



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

---

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**FACULTADES DISCRECIONALES Y DERECHOS  
HUMANOS**

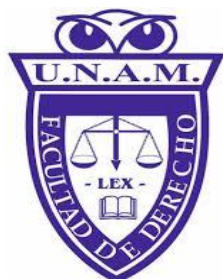
**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:**

**LUIS ALBERTO RUIZ SALINAS**



**ASESOR:**

**DOCTORA SONIA VENEGAS ÁLVAREZ**

**CIUDAD DE MÉXICO, 2019**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.





**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

Ciudad Universitaria CDMX., a 21 de mayo de 2019

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE  
DIRECTORA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR  
P R E S E N T E**

El pasante de esta Facultad, **RUIZ SALINAS LUIS ALBERTO** con número de cuenta **409060069** ha elaborado la tesis denominada "**FACULTADES DISCRECIONALES Y DERECHOS HUMANOS**" bajo la dirección de la suscrita, la cual a mi juicio cumple con los requisitos reglamentarios del caso, para ser sometido a examen profesional.

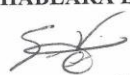
Ruego a usted ordenar lo conducente para que se continúen los trámites inherentes y dicho pasante presente el examen profesional correspondiente, en caso de no existir inconveniente para ello.

Transcribo acuerdo del Consejo de Directores de Seminarios, según circular SG/003/98, de la Secretaría General:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Reitero a usted las seguridades de mi consideración y respeto.

**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**

  
**DRA. SONIA VENEGAS ÁLVAREZ  
DIRECTORA DEL SEMINARIO  
TURNO VESPERTINO**

C.c.p.- Dr. Raúl Juan Contreras Bustamante -Director de la Facultad de Derecho UNAM.  
C.c.p.- Dr. Víctor Manuel Garay Garzón-Secretario General.-oficina de Exámenes Profesionales.-  
C.c.p.- Alumno. Luis Alberto Ruiz Salinas





## AGRADECIMIENTOS

- A mi Padre                      Tu voz está en mi memoria, gracias por dejarme ver el regalo de la libertad, por hablarme de espíritus cultivados, por mostrarme la última lección de Sócrates y por creer en mí, aun cuando se nos hundía el bote.
- A mi Madre                      A quien le debo todo en la existencia, quien ha cincelado las virtudes, me has mostrado el valor y la fortaleza de espíritu, la belleza de la dignidad, así como la importancia de la fe que nace del amor. Un amor incondicional que se demuestra por todas las alegrías y penurias que puede dar un hijo.
- Inna                                El la de mi ho, y la persona que busco cuando quiero acordarme de papá. Has sido la WIP de mis dendritas y el catalizador de este proyecto.
- Quechi                             Has estado con nosotros en los momentos más difíciles, aún en la adversidad nos has dado todo tu cariño y has buscado la forma de mostrarnos la belleza de nuestras raíces más profundas.
- Luis Alfonso Salinas            Desde mis recuerdos más tempranos decidiste motivar mi curiosidad, retar mis conocimientos y alimentar el espíritu de obtenerlos, me hablaste de la Universidad Nacional, a la que no hubiera llegado sin tu guía.

## VI

Maria Elena Salinas                      Desde la primera infancia mía has procurado mi camino, me has hablado del valor que nació en la familia y encontraste la forma de mostrarme lecciones invaluable.

Amado García                              Has buscado fortalecer mis pasos, ser un tutor, mostrarme un camino ideológico que para reencontrar el camino primero recuerda que el corazón es rojo y está a la izquierda.

Luz María Salinas                        Me has dado comprensión y cariño, has compartido conmigo la sabiduría, sensibilidad, dulzura y paciencia para apreciar la belleza de las cosas del mundo.

Socorro Salinas                            Me enseñaste a sentir orgullo de mi raíz, a comprender el pasado y así poder ser una mejor persona en el futuro. Todo junto con la belleza de la naturaleza y la fuerza de la palabra.

Angela Salinas                            El corazón más grande, dulce y cariñoso que conozco, nunca has dejado de preocuparte por cuidar mi espíritu.

Mariel García                              Desde bebes hemos compartido todo, incluso lo más valioso para nosotros. Aun en el temporal que viene o en la tranquilidad de la casa buscaré compartir contigo tanto como tú lo has hecho conmigo.

Raúl    Eres un ejemplo vivo de la constancia, la tenacidad, el valor del trabajo, la responsabilidad y la amistad.

Alfredo, César y Gerardo                                      Un agradecimiento por su preciada amistad, creativos consejos y desinteresada ayuda.

Dra. Sonia Venegas Álvarez                      Gracias por creer en mis ideas y en el proyecto desde el principio, por la invaluable guía y el regalo del conocimiento.

Mis Sinodales                                      Agradezco sus oportunos consejos y correcciones para mejorar y enriquecer este trabajo.

Mis Profesores                                      Por su ejemplo, su experiencia, su conocimiento y su dedicación, a quienes les guardo mi gratitud y admiración.

Universidad Nacional y su Facultad de Derecho                      La nobleza de la Máxima casa se enmarca por la esperanza y el amor de sus profesores y alumnos, por su compromiso con la nación y por regalarnos a todos la posibilidad de trascender, alguna vez mi padre escribió “un espíritu cultivado es aquel para el que se han abierto las puertas del conocimiento” así como la Universidad expresa “Por mi Raza hablará el espíritu”





**ABREVIATURAS**

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
Fracc.	Fracción
Ídem	En la misma página de la cita anterior
Ibídem	Mismo lugar cita inmediatamente anterior, distinta página
Op. Cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas

## Acrónimos

SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
OEA	Organización de Estados Americanos



## ÍNDICE

<b><u>AGRADECIMIENTOS</u></b>	<b><u>V</u></b>
<b><u>ABREVIATURAS</u></b>	<b><u>IX</u></b>
<b><u>ÍNDICE</u></b>	<b><u>XI</u></b>
<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>1. FUNCIONES DEL ESTADO</u></b>	<b><u>7</u></b>
<b>1.1. CONCEPTO DE ESTADO</b>	<b>9</b>
1.1.1. ELEMENTOS DEL ESTADO	12
1.1.1.1. POBLACIÓN	13
1.1.1.2. TERRITORIO	14
1.1.1.3. GOBIERNO	17
1.1.2. FEDERALISMO	18
1.1.3. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL ESTADO	19
<b>1.2. SEPARACIÓN DEL PODER EN FUNCIONES</b>	<b>20</b>
1.2.1. FUNCIÓN LEGISLATIVA	24
1.2.2. FUNCIÓN JURISDICCIONAL	25
1.2.3. FUNCIÓN EJECUTIVA	25
1.2.3.1. CONCEPTO GENERAL DE ACTO ADMINISTRATIVO	29
1.2.4. LEGITIMIDAD	37
<b>1.3. ELEMENTOS AUTÓNOMOS DEL ESTADO</b>	<b>39</b>
<b>1.4. TEORÍA DE LA COLABORACIÓN DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO</b>	<b>43</b>
<b>1.5. NOTA FINAL DEL CAPÍTULO 1</b>	<b>47</b>
<b><u>2. FACULTADES DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO</u></b>	<b><u>53</u></b>

## XII

<b>2.1. CONCEPTO DE ÓRGANO</b>	<b>53</b>
2.1.1. COMPETENCIA Y FUNCIÓN DEL ÓRGANO EJECUTIVO	59
2.1.1.1. COMPETENCIA	60
2.1.1.2. FUNCIÓN	62
2.1.1.2.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA	63
2.1.1.3. OBSERVACIONES A LA COMPETENCIA Y LA FUNCIÓN	64
2.1.2. ATRIBUCIONES DEL ÓRGANO EJECUTIVO	64
2.1.2.1. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	74
2.1.2.2. PODER ADMINISTRATIVO	74
<b>2.2. CONCEPTO DE FACULTAD</b>	<b>76</b>
2.2.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA QUE SOSTIENE LA EXISTENCIA DE FACULTADES LEGISLATIVAS DEL PRESIDENTE	85
<b>2.3. FACULTAD REGLADA</b>	<b>87</b>
2.3.1. ACTO REGLADO	90
<b>2.4. FACULTAD DISCRECIONAL</b>	<b>92</b>
2.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DISCRECIONALIDAD	107
2.4.2. ELEMENTOS DE LA FACULTAD DISCRECIONAL	108
2.4.3. GRADOS DE DISCRECIONALIDAD	109
2.4.4. SOBRE LA NECESIDAD DE LA DISCRECIONALIDAD	111
2.4.5. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD	114
2.4.6. FINALIDAD	118
2.4.7. INEXISTENCIA DE ACTOS DISCRECIONALES	119
<b>2.5. CLASIFICACIÓN DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES EN EL DERECHO MEXICANO</b>	<b>120</b>
2.5.1. FACULTAD DISCRECIONAL LIBRE	121
2.5.2. FACULTAD DISCRECIONAL OBLIGATORIA	122
2.5.3. FACULTAD DISCRECIONAL TÉCNICA	122
<b>2.6. LÍMITES DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA</b>	<b>123</b>
2.6.1. LÍMITES A LA FUNCIÓN DISCRECIONAL	127
2.6.2. RELACIÓN DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES CON LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES:	138

<b>2.7. DERECHO COMPARADO</b>	<b>140</b>
<b><u>3. DERECHOS HUMANOS</u></b>	<b><u>147</u></b>
<b>3.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS</b>	<b>148</b>
3.1.1. SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y SISTEMA REGIONAL D DERECHOS HUMANOS	150
3.1.2. DERECHOS HUMANOS POR SU NATURALEZA O PONIBLES AL EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES	156
3.1.2.1. GARANTÍAS JUDICIALES	158
3.1.2.2. PROTECCIÓN JUDICIAL	159
3.1.2.3. DERECHOS POLÍTICOS	161
3.1.2.4. RECURSO EFECTIVO	168
3.1.2.5. DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN	171
3.1.2.6. DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES	172
<b>3.2. INSTRUMENTOS NACIONALES DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	<b>175</b>
3.2.1. RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS DE DERECHOS HUMANOS	176
3.2.1.1. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	178
3.2.2. RECURSOS ADMINISTRATIVOS	178
3.2.2.1. RECURSO DE REVISIÓN	179
3.2.2.2. EL RECURSO DE INCONFORMIDAD	180
3.2.2.3. RECURSO DE REVOCACIÓN	181
3.2.3. AMPARO	182
<b>3.3. INSTRUMENTOS SUPRANACIONALES DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS</b>	<b>190</b>
3.3.1. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES	191
3.3.2. ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	193
3.3.3. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS	199

3.3.4. SENTENCIA RADILLA PACHECO	202
3.3.5. EXPEDIENTE VARIOS 912/2010	204
<b>3.4. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS</b>	<b>206</b>
3.4.1. SISTEMA DE PETICIONES	207
3.4.2. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	210
3.4.2.1. INDIVIDUO	213
3.4.2.2. COMPETENCIA	214
3.4.2.3. PROCESO	216
3.4.3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	219
3.4.3.1. COMPETENCIA Y FACULTADES APLICABLES AL SISTEMA NACIONAL	221
3.4.3.2. VINCULACIÓN	225
3.4.4. AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS	227
3.4.4.1. FALTA DE UN RECURSO EFECTIVO	228
3.4.4.2. INEFICIENCIA DE UN RECURSO YA EXISTENTE	229
<b><u>4. ESTUDIO DE CASO ESPECÍFICO</u></b>	<b><u>231</u></b>
<b>4.1. EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES COMO HERRAMIENTA PARA ELUDIR MECANISMOS DE CONTROL Y TRANSPARENCIA.</b>	<b>232</b>
4.1.1. AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN	233
4.1.2. ANTECEDENTES	233
4.1.3. CONTENIDO Y RESULTADOS DE LAS AUDITORÍAS	235
<b>4.2. EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES COMO HERRAMIENTA PARA TOMAR DECISIONES POLÍTICAS DESATENDIENDO REQUISITOS PLASMADOS EN NORMAS VIGENTES Y LA FORMA EN QUE PUEDE SER UN ACTO VIOLATORIO DE DERECHOS HUMANOS.</b>	<b>244</b>
4.2.1. RELATO DE LOS HECHOS	244
4.2.2. NORMATIVIDAD APLICABLE	252
4.2.3. EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES	260
4.2.4. DESIGNACIÓN DEL DEFENSOR DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO DE OAXACA	262

4.2.5. PROBLEMAS RELACIONADOS AL EJERCICIO DE FACULTADES DISCRECIONALES EN RELACIÓN CON EL ASUNTO.	263
4.2.6. AMPARO PRESENTADO	275
4.2.7. EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ATRACCIÓN	277
4.2.8. FALTA DE ACCESO A LA JUSTICIA	277
4.2.9. COMPETENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO PARA CONOCER DEL ASUNTO	281
<b>4.3. OBSERVACIONES SOBRE CONFLICTOS CON DERECHOS HUMANOS.</b>	<b>284</b>
<b><u>5. CONCLUSIONES</u></b>	<b><u>289</u></b>
<b><u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u></b>	<b><u>295</u></b>





## INTRODUCCIÓN

Existen dentro del orden jurídico problemas de ambigüedad y claridad, tanto en la Constitución como en las leyes que emanan de ella, específicamente tratándose del tratamiento jurídico que se le deba dar a las facultades que confiere a las distintas funciones Estatales, así como las distintas posibilidades de ejercicio que se desprenden de aquellas. Específicamente cuando una facultad es identificada como discrecional, comienza un juego argumental dentro del sistema jurídico cuya aplicación y control dependen completamente de los operadores jurídicos y aun cuando los pronunciamientos judiciales a veces llegan a considerar principios de justicia y derechos humanos, las resoluciones o pronunciamientos judiciales tienden a responder primordialmente a principios de oportunidad política.

El Derecho se encuentra bajo un proceso de constante cambio, sus alcances y delimitaciones se conforman en relación con los cambios estructurales, sociales, culturales, económicos y en general los productos de las complejidades humanas, dentro de dichos cambios, la exigencia de la dignidad humana ha tomado un papel central como eje de la legitimidad Estatal, en oposición a los cambios menos afortunados que tienen por objeto la captación del poder y la centralización del control jurídico.

La metamorfosis social y la evolución del Derecho van de la mano, sin que ello signifique que el rumbo tomado contenga siempre tintes garantistas y dignificatorios, dichas condiciones únicamente pueden ser exigidas a través de la madurez social y de la justificación de su capacidad de participación dentro de la vida pública del Estado. Al pronunciarme por el sistema normativo en su conjunto, lo hago para oponerme a la línea discursiva que separa a los derechos humanos del propio sistema, dado que dicha separación que en apariencia únicamente es gramatical, tiene fines ideológicos que permean dentro del sistema normativo.

En este sentido las definiciones clásicas se han visto superadas por la realidad y la racionalidad de la confrontación entre la práctica Estatal y la sociedad que le conforma, es a través de la sociedad participativa que pueden conformarse los cambios necesarios dentro del sistema jurídico, en especial cuando el Estado se encuentra superado o anclado por sus propias normas, para ello deben reconocerse jurídicamente los mecanismos que permitan a la sociedad ser parte de la vida Estatal, al menos de la parte que concierne a la vigilancia de sus operadores y de no ser posible, dicha participación se debe exigir a través de la argumentación estratégica frente a espacios internacionales de protección de derechos humanos. La intención es buscar conducir al Estado desde todos sus factores en equilibrio, coordinándose a través del así llamado de forma clásica principio de división y equilibrio de poderes por un camino ético, el cual se logra al menos respetando los derechos humanos contemplados por el artículo primero constitucional. El desarrollo de los derechos humanos, así como la creación de mecanismos de protección internacionales, sumados al reconocimiento que el Estado Mexicano ha hecho de los diversos sistemas y derechos manados de las relaciones de derecho internacional, permiten una nueva interpretación del Derecho, así mecanismos jurídicos como las facultades discrecionales pueden ser analizados y vigiladas, por las posibles violaciones de derechos humanos que pueden manar de estas.

Podemos sostener desde la propia introducción, que no existe una mención expresa dentro de la Constitución que tenga como producto la distinción de los actos del Estado, por medio de la cual pueda inferirse un trato jurídico diferenciado entre estos. Sin embargo, en la práctica jurídica se ha creado un estándar de división, el cual como producto ha interpuesto principios de oportunidad política sobre los propios principios constitucionales, no en pocas ocasiones la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha declarado incompetente para conocer de temas relacionados al ejercicio de facultades discrecionales, así como en otras ha decidido controlar o disminuir su alcance al estudiar los actos solicitados. Como consecuencia directa se ha creado un vacío legal por el cual los ciudadanos no pueden tener acceso a la protección de garantías mínimas como la protección judicial, generando así una falta al debido acceso a la justicia.

La asunción de los derechos humanos al sistema jurídico nacional a través de la firma y ratificación de diversos instrumentos internacionales tiene por resultado la vinculación normativa con los valores reconocidos dentro de dichos instrumentos, ello obliga al Estado en cuanto al respeto y reconocimiento progresivo de los compromisos asimilados y aceptados.

Para lograr un desarrollo argumental acorde a la evolución progresiva del Derecho, fue necesario partir de una lectura crítica sobre sus instituciones fundantes, dado que dentro de las definiciones clásicas, existen elementos discordantes, al ser nociones nacidas de periodos pasados, contienen aún tintes producto del reciente rompimiento de las estructuras absolutistas, por lo que guardan mayor proximidad con dicho sistema que con la realidad actual imperante, dado que tienden a ser limitadas en contenido y cautelosas en contexto.

Por ello se tornó necesario reconfigurar la forma en que abordamos el concepto de Estado, dado que es la misma base tópica a partir de la cual se observa la división del Poder en Funciones, punto focal opuesto a la doctrina clásica que observa al Estado dividido en Poderes. Es importante observar que dichos elementos no son sinónimos, por lo que el mismo cambio en la argumentación es una herramienta de discriminación entre poder y función, observando que también en dicha distinción yace la diferencia entre siervo y ciudadano, así como la diferencia entre monarca y servidor público. Dentro de la visión clásica, se valida al poder como elemento denominativo de la acción estatal y éste por principio no requiere de una justificación para lograr la legitimidad, el poder es en sí mismo un acto de imposición. En el polo opuesto, el titular de una función es un operador del aparato estatal, puede ser mandatario, legislador o juzgador, ello implica que su actividad se concentra en la de ser un operario del sistema jurídico, y como operario, su labor se encuentra enmarcada por el contenido normativo Estatal el cual determina y delimita las herramientas y la forma en que éstas deben ser operadas, de cuyo cumplimiento y respeto deviene la legitimidad de su mandato.

De tal modo que una posición crítica nos permite observar el modo en que las funciones colaboran entre sí, así como su interacción con el ciudadano, abriendo el debate al perfeccionamiento de la actividad Estatal para lograr los fines establecidos de una forma jurídicamente adaptada a la evolución progresiva del Derecho, dada dicha importancia fue preponderante desarrollar dichos temas dentro del primer capítulo.

Posteriormente el objetivo de éste trabajo se enfoca en desarrollar dentro de su segundo capítulo el uso de las facultades de las funciones del Estado desde una óptica general con el objeto de taxonomizar su naturaleza, enfrentando la doctrina tradicional con las vicisitudes y necesidades que éstas presentan así como con su evolución en otros sistemas jurídicos, por lo que se analiza y se confronta a la posición formalista frente a la posición material de sus descripciones, procurando que desde la misma argumentación se logre la protección e interpretación más amplia, en oposición a las limitaciones que la visión formalista presenta.

En armonía con la visión de la evolución progresiva del Derecho, se analizan los derechos humanos desde los sistemas internacionales de protección que se han creado en el derecho internacional, analizando la capacidad de exigir su respeto, el grado de vinculación que el Estado mantiene con dichos sistemas, así como la forma en que estos se han incorporado al derecho doméstico o la resiliencia que se ha presentado en la inclusión de algunos de ellos, de tal suerte que pueda comprenderse si es posible acudir al sistema internacional de protección de derechos humanos y ubicar cual es el mecanismo adecuado para su exigencia y tratamiento.

Por último, se analizan dos casos específicos de ejercicio de facultades discrecionales, dentro de los cuales la exigencia ciudadana ha sido una lucha de tensiones entre la argumentación jurídica y las posiciones de Derecho clásicas, los cuales presentan evidentes violaciones a derechos humanos para los cuales los principios de acceso a la justicia, protección judicial y otras garantías sociales no han sido aún contemplados.

El objetivo de este trabajo no se encuentra en oponerse al ejercicio de facultades discrecionales, como señalamiento apriorístico es importante adelantar que se encuentra una necesidad en su existencia así como en su ejercicio, el objetivo es aceptar la complejidad que representa la colisión entre las funciones del Estado en el ejercicio de sus facultades, frente a la falta de contenidos jurídicos que sean capaces de regularlas apropiadamente, o que al menos tengan la posibilidad de emitir pronunciamientos sobre las distintas formas de ejercicio que la oportunidad política tiende a imponer. Por ello dentro del desarrollo del trabajo, así como en sus conclusiones se busca responder a las preguntas ¿son verificados todos los actos del Estado bajo el principio de legalidad? ¿el ejercicio de facultades discrecionales puede violar derechos humanos? ¿la falta de reconocimiento constitucional y legal de las facultades discrecionales provoca la posibilidad de que estas colisionen con derechos humanos? ¿es necesario adoptar medidas jurídicas adecuadas que tengan como resultado el reconocimiento de las facultades discrecionales las cuales permitan su conformidad con el sistema de derechos humanos adoptado?



# CAPÍTULO 1

## FUNCIONES DEL ESTADO

**SUMARIO: 1. Funciones del Estado. -1.1. Concepto de Estado. -1.1.1. Elementos del Estado. -1.1.1.1. Población. -1.1.1.2. Territorio. -1.1.1.3. Gobierno. -1.1.2. Federalismo. -1.1.3. Consideraciones finales sobre el Estado. -1.2. Separación del poder en funciones. -1.2.1. Función legislativa. -1.2.2. Función jurisdiccional. -1.2.3. Función ejecutiva. -1.2.3.1. Concepto general de acto administrativo. -1.2.4. Legitimidad. -1.3. Elementos autónomos del Estado. -1.4. Teoría de la colaboración de las funciones del Estado. -1.5. Nota final del capítulo 1.**

### 1. FUNCIONES DEL ESTADO

Estudiar al Estado desde la visión vertida en el Leviatán de Hobbes, como se ha realizado de forma convencional, ha anquilosado la forma en la que se le ve, determina y actúa dentro de éste, ya que se ha descrito un ente al cual se le han colgado apotegmas superiores, presuponiendo que su actuar estará en sí mismo determinado por valores y por una conducta racionalmente aceptable y ha sido en gran medida una actitud social que ha disminuido la velocidad en que éste evoluciona. Lograr una observación de dicho ente que se adapte a las necesidades actuales debe cambiar el punto de observación, de tal suerte que podamos estudiarlo a partir de los postulados de Hobbes y no desde ellos.

Lograr observar las funciones del Estado especialmente desde un punto de vista que nos permita identificar al Estado Mexicano, presupone un esfuerzo de delimitación del campo de observación, dado que los aspectos que han perseverado de este, desde su evolución no han estado necesariamente ligados a la doctrina más que al propio desarrollo que la sociedad le ha entregado.

Es importante adelantar de manera general sin enunciarlo como un concepto que “el Estado es una figura jurídica que busca ir armonizando las fuerzas sociales, al



utilizar una serie de elementos que contribuyen a formar su esencia”<sup>1</sup>. La importancia de enunciarlo como figura jurídica antes de la determinación de un concepto radica en lo mencionado por la doctora Arnaiz Amigo quien al plantearse “los interrogantes del Estado” enuncia “el Estado existe porque los hombres que viven en él crean las instituciones políticas que lo originan”, esto en relación a su “interrelación política”<sup>2</sup> en un primer orden de ideas nos podría conducir a la afirmación de que éste es una ficción (como se le ha llamado a las construcciones jurídicas) sin embargo, la propia doctora lo considera una abstracción dado que se encuentra corporizado en sus propios elementos.<sup>3</sup>

Si algo podemos rescatar de los distintos movimientos y exigencias sociales que han tenido lugar en la historia de México, es que existe una necesidad general de buscar la legitimidad del Estado y que únicamente se puede alcanzar en la medida en que las distintas instituciones y funciones que lo conforman puedan rescatar y reivindicar los valores y necesidades de la sociedad. Para ello es importante, que tienda a satisfacer cada una de sus funciones conferidas por la ley, así como que busque el perfeccionamiento del propio sistema cuando no existan los medios adecuados o los recursos accionables carezcan de eficiencia, siempre contemplando el pleno respeto a los derechos humanos y en atención completa al principio de legalidad. Siendo así, para lograr un mayor entendimiento, es importante desarrollar de manera general al Estado, particularizando su naturaleza, funciones y la forma en que éste actúa, así como la forma en que interactúan sus funciones entre sí y con la sociedad civil.

---

<sup>1</sup> CRUZ, Gayosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge. “Teoría general del Estado”, IURE, México, 2007. p.211

<sup>2</sup> ARNAIZ Amigo, Aurora. “Ciencia del Estado”, 2da. ed. México, UNAM, 1996. p.3

<sup>3</sup> Ibidem p.5

## 1.1. Concepto de Estado

Para determinar un concepto de Estado, primero debemos acudir a la definición etimológica de este, siendo *statum* palabra derivada del latín la que acuña dicho concepto cuyo significado se remonta al *lugar o situación en que se encuentra una persona o una cosa*<sup>4</sup> por su naturaleza, el Estado ha sido descrito como un fenómeno social y otras veces se ha contrapuesto dicha descripción haciendo una relación directa con el poder.<sup>5</sup> Dichas descripciones han sido naturalmente dadas por la subjetividad de la naturaleza del propio axioma.

El Estado ha sido estudiado como un fenómeno y como una integración, visto en la teoría desde su aparición dentro de la doctrina agregado a la literatura con la frase *“tutti gli stati, tutti i domini che hanno avuto e hanno imperio sopra gli uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati”*<sup>6</sup> por Nicolás Maquiavelo, resulta en la necesidad de crear una realidad política a la idea de la organización social<sup>7</sup>, si bien es el primer momento en que se identifica el uso de la palabra Estado en relación a las organizaciones políticas humanas, Norberto Bobbio señala que dicha denominación se encontraba contenida en el lenguaje convencional de los siglos XV y XVI, trasladándose del sentido común de la palabra status comprendida como situación a el Estado en el sentido moderno de la palabra.<sup>8</sup>

La propia idea del contrato social da vida a la necesidad y justificación de la existencia y actuar del Estado, de este se derivan las teorías sobre los derechos

---

<sup>4</sup> DOGER Guerrero Enrique, “Gobierno Estatal”, México, Miguel Ángel Porrúa, 2013 p.13

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> “todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen dominio sobre los hombres han sido y son o repúblicas o principados”

<sup>7</sup> MÁIZ, Ramón, 1986, “Nicolás Maquiavelo: La política en las ciudades del silencio”, Revista de estudios políticos, España, núm. 52, enero-marzo p. 52.

<sup>8</sup> CRUZ, Gallosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge. “Teoría general del Estado”, México, 2007. p. 55

inalienables e inherentes al hombre los cuales el Estado debe garantizar, incluso deben ser protegidos aquellos derechos del hombre que trasciendan a la ley del Estado por su naturaleza trascendente. Sin embargo, para garantizar la propia función Estatal, cada ser humano debe entregar al Estado su propia soberanía a cambio de la seguridad que éste provee. Sin embargo, dicho poder entregado al Estado puede ser revocable si es vulnerada la confianza del individuo.<sup>9</sup>

En un sentido amplio, los Estados pueden ser entendidos como sistemas jurídicos, esto es, el conjunto de elementos con una interacción otorgados dentro de un orden jurídico se compone por los medios que le dan coherencia y funcionamiento, componiéndose de instituciones, normas, procesos y actores que permiten la función de una comunidad específica en un momento dado.<sup>10</sup>

Siendo México un Estado de tradición neoromanista<sup>11</sup>, es importante mencionar definiciones anteriores que le dieron forma a la figura de Estado como concepción ideológica, de éste, Cicerón sostuvo que es una reunión de hombres ligados por un común derecho y por la utilidad, mientras que en la cosmovisión de Kant es la reunión de hombres bajo leyes jurídicas.<sup>12</sup>

Hablar de la voluntad estatal puede llevarnos a una falacia, dado que el Estado en sí, es el resultado de las voliciones, posiciones, tendencias y contratendencias del pueblo que le da existencia,<sup>13</sup> es incorrecto sostener o siquiera pensar que una ficción

---

<sup>9</sup> BARNETT, Hillarie. y JAGO, Robert. "Constitutional and Administrative Law". 11a. ed. Gran Bretaña. Abingdon, Oxon: Routledge, Taylor and Francis Group. 2016. p. 55

<sup>10</sup> TARDIF, Éric. "Sistemas Jurídicos Contemporáneos, derecho comparado" 2da. ed. México, Limusa, 2016 p.24

<sup>11</sup> Nos referimos a México como país con tradición neoromanista por tener su derecho codificado. Sin embargo, tampoco puede quedarse de lado la evolución del derecho y la asimilación de las instituciones francesas y españolas, las cuales históricamente le dieron forma al derecho mexicano.

<sup>12</sup> ARNAIZ Amigo, Aurora. op.cit., nota 2, p. 35

<sup>13</sup> Ibidem. p. 46

creada a forma de herramienta, cuya vida y acción depende completamente de los hombres que la operan tenga una voluntad propia. Es importante separar al Estado de los adjetivos que nos llevan a interpretarlo de una forma equivocada, dado que una visión tan subjetiva como lo puede ser la voluntad del Estado, puede llevarnos también a justificar cualquier clase de injusticias.

La base de un Estado, así como la de las instituciones que de este emanan, se encuentra en la legitimidad que su propio documento fundacional y el actuar de sus instituciones le pueden dar, la cual se provee a través de la Constitución que le da forma, provee de reglas generales que regulan las relaciones entre las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, así como los valores y principios que el Estado debe respetar. Por ello en las naciones que tienen Constituciones escritas, la legalidad de las acciones del gobierno es conferida a la Corte Suprema de Justicia, la cual tiene la obligación de decidir sobre la legalidad o la constitucionalidad de las controversias que le sean presentadas<sup>14</sup>

La relación que mantienen el concepto de Estado y la propia idea de Derecho es de vital importancia para este trabajo, ya que poder describir su manifestación en la realidad, puede llevarnos a dos visiones opuestas, o el Estado es un ente previo y de naturaleza objetiva, o el Estado es una maquinación mental y por lo tanto modificable según la racionalidad de las necesidades de la sociedad que habita dentro de aquel.

Como se puede ver dentro del desarrollo de este trabajo, el Estado y el Derecho son conceptos correlativos, sería imposible sostener que alguno es anterior a otro ya que ambos se complementan conjuntamente para materializarse en la ficción creada por la sociedad de éste. Ya que el Derecho es un conjunto normativo proveniente del Estado, y a su vez el Estado encuentra su origen y delimitación en el Derecho.<sup>15</sup> Incluso

---

<sup>14</sup> BARNETT, Hillarie. y JAGO, Robert, op.cit., nota 9, p. 7

<sup>15</sup> CRUZ, Gallosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge, op.cit., nota 8, p. 67

para el propio Hans Kelsen el Estado y el Derecho forman parte del mismo fenómeno idénticos y sin reservas ya que todo acto del Estado es un acto jurídico a la vez que toda definición de Estado es una definición de Derecho<sup>16</sup>

Para lograr el entendimiento de lo planteado por este trabajo se acepta como definición de Estado la siguiente:

El Estado es una asociación humana de carácter político, el cual requiere de un cúmulo de sujetos agrupados con fines de organización que constituyen un ente en abstracto con una denominación determinada.<sup>17</sup> El artículo 40 constitucional señala que la República está compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación, a lo que cabe precisar que la teoría constitucional señala que esta cualidad debe ser entendida como autonomía.<sup>18</sup>

### **1.1.1. Elementos del Estado**

El desarrollo de la teoría del Estado nos ha presentado formas de racionalizar sus elementos, las cuales tienen como resultado un mejor entendimiento del sistema jurídico, así como tienden a buscar la legitimidad del propio Estado y su actuación, no solamente a través del pacto social, sino a través de la realidad que la doctrina puede observar. Para determinar y aceptar la existencia del Estado la teoría clásica ha enunciado los diversos elementos que debe contener dicho ente, generalmente enunciados como territorio, población y gobierno, pudiéndose identificar los primeros dos como elementos previos, ya que por su propia naturaleza anteceden al Estado y el tercero como elemento constitutivo, ya que deviene de un esfuerzo mental que le da

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 68

<sup>17</sup> ARNAIZ Amigo, Aurora. Op.cit., nota 2, p. 49

<sup>18</sup> ACOSTA Romero, Miguel. "Teoría General del Derechos Administrativo". 17a. ed. México. Porrúa. 2004 p. 123

una naturaleza ficticia a la creación del poder, que, para racionalizarlos es importante desarrollarlos en sus factores.

#### **1.1.1.1. Población**

Es el elemento humano componente esencial del Estado<sup>19</sup>, el cual normalmente ha sido vinculado al concepto pueblo cuando se encuentra en unidad social, buscando de éste características jurídicas tales como la ciudadanía y la residencia. Se entiende a la población como la agrupación humana que habita dentro de un territorio de manera estable, dicho elemento excluye a los transeúntes que únicamente se encuentran de paso,<sup>20</sup> se establece a la nacionalidad como el vínculo jurídico que une a un Estado con el individuo.<sup>21</sup>

Por otro lado, la Dra. Arnaiz señala que la agrupación humana que vive en un Estado es denominada como pueblo, el cual tiene una herencia de factores étnicos y políticos, los cuales, bajo la existencia de una creencia, configuran a su vez el concepto de nación.<sup>22</sup>

Dichas definiciones si bien forman parte de una evolución del entendido original y estático de la idea que configura el concepto pueblo, se han visto incompletas con el desarrollo de la realidad globalizada y concentrada en el reconocimiento de derechos humanos en que vivimos actualmente, ya que conceptos como “pueblos originarios” “naciones indígenas”<sup>23</sup> obligan a expandirse a esta visión original de

---

<sup>19</sup> CRUZ, Gallosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge, op.cit., nota 8, p. 142

<sup>20</sup> DOGER Guerrero Enrique, op.cit., nota 4, p. 17

<sup>21</sup> Ídem.

<sup>22</sup> ARNAIZ Amigo, Aurora. Op.cit., nota 2, p. 49-50

<sup>23</sup> El 27 de junio de 1989, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el convenio No. 169 de la Organización internacional del Trabajo, convenio por medio del cual dentro de su artículo 1, se señala

pueblo. Del mismo modo el concepto de pueblo no ha sido eficiente al integrar en éste las diferencias jurídicas entre las personas que se encuentran dentro de un territorio, ya que no todas cuentan con la misma calidad jurídica, por ejemplo las distintas formas en que se puede detentar, obtener o conservar la ciudadanía en los diversos sistemas jurídicos, o asimilar a las personas que se encuentran fuera del territorio nacional que pese a encontrarse fuera ya sea de forma permanente o temporal, siguen detentando derechos como parte de la población, pese a que de facto no se encuentren contemplados dentro de la teoría clásica.<sup>24</sup>

Dada la complejidad que ocupa el concepto de Pueblo, así como su importancia dentro del entramado constitucional, por ser aquel el depositario de la soberanía nacional, para efectos de este trabajo se acepta como definición de pueblo a la sociedad civil vinculada a un Estado ya sea por razón de origen o por asimilación jurídica que genera consecuencias jurídicas.

#### **1.1.1.2. Territorio**

La importancia de territorio como elemento del Estado ha evolucionado en una forma por la cual parece haber perdido relevancia en la práctica y en la doctrina, para autores contemporáneos y postmodernistas, el territorio del Estado ha sido sometido a procesos de integración económica, globalización, progresos en medios de comunicación e información.<sup>25</sup>

---

el criterio que debe seguirse para ser reconocido como, pueblo originario y como indígena.  
[http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169\\_oit.pdf](http://www.cdi.gob.mx/transparencia/convenio169_oit.pdf)

<sup>24</sup> De acuerdo con el artículo 329 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, los ciudadanos que residan en el extranjero podrán ejercer su derecho a voto.  
<http://www.votoextranjero.mx/web/vmre/preguntas-frecuentes>

<sup>25</sup> CRUZ, Gallosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge, op.cit., nota 8 p. 170

Para Enrique Dodger, el territorio es el espacio físico donde se asienta la población, no es un elemento únicamente visto de forma clásica, sino una condición de existencia, ya que en el pasado la falta de éste determinaba también la desaparición del Estado, en gran medida porque en lo común es una condición estable y específica. Éste a su vez debe estar delimitado geográficamente, lo que no implica una invariabilidad ya que admite cambios.<sup>26</sup> El elemento territorial delimitado es un instrumento necesario del Estado para determinar la realización de sus funciones y el cumplimiento de sus fines<sup>27</sup> esto significa que el Estado únicamente puede determinar su jurisdicción y competencia dentro de los límites que él mismo marque en su documento fundacional.

Como un agregado general, el territorio se compone de espacio terrestre, aguas interiores, territorio marítimo y espacio aéreo, sin embargo, es importante remarcar que existen dentro de la doctrina ficciones de territorialidad, las cuales han perseverado para el sano desarrollo del derecho internacional, en estas se ha reputado que diversos espacios pertenecen a ciertos Estados cuando físicamente no lo son,<sup>28</sup> en realidad no podríamos sostener que únicamente los avances económicos o tecnológicos han modificado la forma de entender el territorio, también la complejidad en las relaciones humanas ha aportado su parte en la evolución del entendimiento del Estado, ya que las migraciones, los conflictos armados y políticos también han interferido en la forma de entender al Estado, de tal suerte que han visto la luz creaciones como el Estado de Israel y el Estado Palestino y la Segunda República Española en el Exilio.

A modo de resumen práctico sobre el Estado de Israel y el Palestino, el sistema de obligaciones impuestos a ambas comunidades las cuales conviven en un mismo territorio ha sido imposible de implementar dadas las diferencias fundamentales entre ambos grupos sociales.<sup>29</sup> Es natural que hablar sobre la condición que viven ambas

---

<sup>26</sup> DOGER Guerrero Enrique, *op.cit.*, nota 4, pp. 14-15

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 15

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 17

<sup>29</sup> LOEVY, Karin. 2016, "Reinventing a Region (1915–22): Visions of the Middle East in Legal and Diplomatic Texts Leading to the Palestine Mandate" *Israel Law Review*: Cambridge University Press



naciones en estos momentos ocupe un trabajo completo, sin embargo es importante hacer hincapié en el elemento territorial ya que en un mismo espacio coexisten dos Estados en constante colisión y reconfiguración de sus aparentes fronteras.

Por otro lado, la República Española en el exilio, también se encuentra entre los precedentes sobre Estados sin el elemento territorial, ya que el 17 de agosto de 1945, sus instituciones fueron formalizadas y su titular del ejecutivo rindió protesta frente a su congreso y testigos de entre los que figuraron funcionarios diplomáticos de diversas nacionalidades y funcionarios mexicanos, ya que la República Española nació dentro del territorio mexicano, en el Salón de Cabildos del palacio de Gobierno.<sup>30</sup>

Dado lo anterior, podemos aceptar que el elemento de Territorio ha perdido terreno en cuanto a la necesidad esencial de este para el establecimiento de un Estado, sin embargo, han sido en realidad excepciones en el panorama internacional, así como las necesidades diversas de las sociedades las que han ido tejiendo la evolución de dicho elemento. Sin embargo, tampoco podemos pasar por alto que cuando no ha existido un territorio físicamente delimitado, se ha creado una ficción jurídica a modo para suplir dicha necesidad, ya sea tratándose de la localización de misiones diplomáticas, abanderamiento de transportes internacionales, o cuestiones como la ocupación de un territorio o el exilio.

El desarrollo anterior sirve para mostrar que la concepción del Estado puede ser mutable cuando es necesario y adaptarse a las necesidades humanas que lo operan y a quienes debe servir aun tratándose de uno de sus elementos de existencia. Sin embargo, debido a las consecuencias e importancia que tiene para los Estados determinar o

---

and The Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem, Israel, Vol. 49, núm. 3, November 2016, p.337

<sup>30</sup> FERRER Benimeli, José A. 1977 “Historia de la República española en el exilio (1939-1977)”, Revista Tiempo de Historia, España, núm. 32, julio, p. 11

delimitar los territorios en que puede ser ejercida la soberanía,<sup>31</sup> para efectos de este trabajo, es importante aceptar bajo sus reservas que el Territorio es el espacio geográfico dentro de las fronteras jurídicas o geográficas que el propio Estado valida dentro de su normatividad.

### **1.1.1.3. Gobierno**

De manera clásica se le denomina gobierno a la organización política específica de la colectividad humana que se estructura dentro de una realidad territorial a través de órganos dotados con poder de coerción.<sup>32</sup> La estructura del gobierno se compone a través de una red de diversas normas jurídicas las cuales delimitan la acción de aquel, dichas normas no son independientes unas de otras, se encuentran íntimamente relacionadas y constituyen un sistema denominado “orden jurídico”<sup>33</sup>

Dado que la totalidad de la estructura gubernamental del Estado se encuentra fundada en un mismo documento, con delimitaciones específicas generales, sería adecuado sostener que también se encuentra sujeto a dichas normas y a su vez esta correlación necesariamente debe ser atendida por las propias instituciones las cuales deben operar como un sistema de equilibrio de poder, por lo que no es sorpresivo que muchos Estados incluido el Estado Mexicano hayan encontrado en la división de poder la forma de crear un sistema de pesos y contrapesos a las funciones encomendadas, buscando así evitar los vicios que puedan generarse por el desarrollo de las funciones del sistema.

El propósito primario de las leyes que se pronuncian sobre las funciones administrativas del Estado es mantener el desarrollo de su función dentro de los límites

---

<sup>31</sup> CRUZ, Gallosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge, op.cit., nota 8, p.172

<sup>32</sup> DOGER Guerrero Enrique, op.cit., nota 4, p. 18

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 18-19

legales , así como la protección de la sociedad del abuso, el abuso no debe entenderse únicamente como un acto lesivo premeditado, o de mala fe, ya que los distintos organismos gubernamentales pueden malinterpretar inintencionadamente la ley, en especial siendo la ley que los rige de naturaleza compleja o por contener lagunas, el abuso de poder es inevitable y por ello es muy necesario que la ley provea de herramientas para poder realizar un control sobre éste.<sup>34</sup>

### 1.1.2. Federalismo

Federal proviene del latín *foedus* cuyo significado es alianza, presupone la constitución de un ente por varias entidades territoriales y políticas que ceden parte de su soberanía para crear una persona jurídica distinta a ellas y que las dotará a su vez de autonomía para realizar ciertas actividades, otorgando un cierto grado de independencia en las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, pero siempre quedando bajo el control del gobierno de la propia federación<sup>35</sup>.

Paralelo al desarrollo conceptual de la división del poder en funciones, debe hacerse mención al sistema federal aplicado en la nación mexicana, ya que si bien es un reflejo del sistema implementado en los Estados Unidos de América desde su fundación<sup>36</sup>, el Estado mexicano lo ha adoptado y modificado en tanto su necesidad evolutiva, éste es la técnica constitucional que divide la competencia entre distintos niveles de gobierno, siendo los dos básicos el gobierno nacional y los Estados miembros del pacto federal.<sup>37</sup>

Se otorgan a los distintos niveles concesiones y facultades en relación con el balance de poder entre la centralización o la descentralización<sup>38</sup> siendo la primera el

---

<sup>34</sup> BARNETT, Hillarie. y JAGO, Robert. op.cit., nota 9, p. 603

<sup>35</sup> TARDIF, Éric, op.cit., nota 10, p. 43

<sup>36</sup> DOGER Guerrero Enrique, op.cit., nota 4, p. 111

<sup>37</sup> Ídem.

<sup>38</sup> Ídem

sistema que otorga mayor poder al gobierno nacional y la segunda la que libera un mayor número de facultades a las entidades parte del pacto federal, haciendo hincapié en que aún en estas divisiones se encuentran coincidencias en tanto se refiere a la toma de decisiones fundamentales.<sup>39</sup>

### 1.1.3. Consideraciones finales sobre el Estado

La Doctora Arnaiz presenta como una de sus conclusiones la posición de que el Estado moderno se aleja de la visión clásica de ente de poder y se transmuta hacia la administración y el servicio público, no en sí a la realización de la Constitución del Estado, sino la realización de los grandes ideales constitucionales, ya que, en su cosmovisión la Constitución no se limita a un cuerpo positivo, sino que se conforma de un contenido axiológico primario del que se deriva el derecho político. Pese a la oposición desde la tergiversación del concepto Estado Nacional.<sup>40</sup>

El Estado puede caer fácilmente en irregularidades, dado que lejos de ser un ente autónomo de características inamovibles, es una herramienta social y humana, la cual como cualquier herramienta carece de vida o acción propias, es únicamente a través del ser humano que la maquinaria gubernamental puede ser activada y, por tanto, está sujeta a las acciones y pasiones de sus operadores, quienes no se encuentran forzosamente dotados de un imperativo moral elevado o de un conocimiento total de la maquinaria y pueden caer en excesos tales como el ejercicio de un poder absoluto y arbitrario, el cual permite atentar a un hombre contra otro, conocido como “poder despótico” facultades que ningún pacto puede establecer ni algún hombre puede transferir.<sup>41</sup> Ello valida la correlación de las funciones del poder y la necesidad de que puedan establecer entre sí un sistema que genere equilibrio entre el ejercicio de éstas.

---

<sup>39</sup> DOGER Guerrero Enrique, *op.cit.*, nota 4, p. 114

<sup>40</sup> ARNAIZ Amigo, Aurora. *Op.cit.*, nota 2, p. 365

<sup>41</sup> CRUZ, Gallosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge, *op.cit.*, nota 8, p. 71

## 1.2. Separación del poder en funciones

El poder del Estado<sup>42</sup> se representa en la atribución que posee sobre la creación del Derecho, cabe la aclaración de que la doctrina en mucho se ha equivocado cuando menciona el tema de división de poderes, ya que un concepto tal tendría que englobar la correlación de varios poderes en un mismo entorno, sin embargo, dado que el poder es único e indivisible, la forma correcta de enunciar su división debe responder a la categoría de funciones, siendo la división tripartita aquella que ofrece la separación entre legislación, ejecución y actuación judicial.<sup>43</sup>

Pese a los esfuerzos académicos y legislativos, el Derecho por sí mismo es insuficiente para describir la actividad estatal real, la forma en la que se materializan las funciones en el orden real, en muchos casos llegan a diferir del orden legal. Sin embargo, no deja de ser de vital importancia la descripción de éstas para delimitar su campo de acción y su función, para que en esa medida puedan ser además de estudiadas, sometidas al escrutinio racional del equilibrio de poderes.

Desde Carl Schmitt puede verse a la división de poderes como una separación de funciones, con el propósito fundamental de establecer límites al poder político, evitando la concentración en un individuo o corporación, de este modo se garantiza a las personas que habrá instituciones que defiendan la libertad y, por lo tanto, se asignan expresas y excluyentes a los órganos del Estado.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dentro de su Artículo 49 en su párrafo primero señala “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.” Dicha redacción nos permite comprender que el poder es uno y a su vez se divide en tres funciones.

<sup>43</sup> ARNAIZ Amigo, op.cit., nota 2, pp. 37-38

<sup>44</sup> VALLS Hernández, Sergio. MATUTE Gonzáles, Carlos, “Nuevo derecho Administrativo” Porrúa, México, 2003, p.86

En un panorama general, pueden obtenerse una definición sencilla que abarque la descripción de las funciones del Estado, las cuales son los medios diversos que adopta el Estado para cumplir sus fines a través del desarrollo de sus atribuciones,<sup>45</sup> dichos medios presuponen la división del poder único e indivisible señalado por la Constitución.

La doctrina clásica y la legislación han reconocido tres actividades esenciales del Estado que parte de la división del trabajo aplicado a la teoría constitucional.<sup>46</sup> Dichas actividades han permeado naturalmente en el orden jurídico mexicano bajo el nombre de Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Que pese a los esfuerzos de la academia por señalar que no son poderes independientes sino funciones desembocadas en órganos ejecutores de un mismo poder, se han mantenido bajo dicho nombre. Con relación a lo anterior, en el entendido de que los órganos son un conjunto de facultades, entonces procede concluir que más que una división de poderes existe una unidad de poder con una pluralidad de órganos y funciones que no necesariamente desnaturaliza la teoría tradicional de la división tripartita de poderes, pero que abre la oportunidad para crear órganos de origen constitucional, e incluso legal, autónomos de los poderes considerados en el artículo 49 constitucional.<sup>47</sup>

Respecto de las funciones que desarrollan los distintos órganos del Estado, debe remarcarse que, todos los entes públicos están obligados a desarrollar un proceso de gestión administrativa que les permita ser funcionales en los entornos complejos, plurales y de competencia, por lo que deben ser capaces de medir los resultados de su acción, generar impactos positivos y medibles y primordialmente responsabilizarse de lo señalado.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> SÁNCHEZ Gómez, Narciso. "Primer curso de Derecho Administrativo" 6a. ed. México. Porrúa. 2012 p.10

<sup>46</sup> Ibidem, p.11

<sup>47</sup> VALLS Hernández, Sergio. MATUTE Gonzáles, Carlos, op.cit., nota 44, p.87

<sup>48</sup> Ibidem, p.91

Dada la dificultad en determinar las funciones por la actividad que realizan, puesto que las tres funciones del Estado no se enfocan de forma exclusiva en el desarrollo explícito de la función, sino que para lograr su objetivo realizan acciones que parecieren pertenecer a la facultad de otra función, a lo que Agustín Gordillo le llama realización imperfecta, por ejemplo, existen potestades de la función legislativa que ejercen control sobre la actividad administrativa, como la solicitud de informes, venias y autorizaciones, incluso para labores propiamente ejecutivas.<sup>49</sup> A su vez la función judicial y la legislativa realizan actividades materialmente administrativas, las cuales el mismo Gordillo asegura que no son seudoadministrativas ya que no puede asegurarse que se encuentran fuera del régimen jurídico administrativo.<sup>50</sup> Por las razones anteriores Gordillo decide que por utilidad debe ser utilizado para la distinción de las funciones el criterio orgánico, esto es será función ejecutiva, legislativa o judicial si el acto emana del órgano respectivo.<sup>51</sup> Pues atenerse a un criterio distinto como el material en el cual se sostiene que los tres poderes realizan las tres funciones también significa sostener que no existe una división de poderes y por lo tanto tampoco existe un sistema de frenos y contrapesos, destruyendo el sistema constitucional por vía de definiciones.<sup>52</sup>

Las funciones federales que corresponden al principio como hemos señalado comúnmente como “principio de división de poderes” reconoce a las funciones Legislativa, Judicial y Ejecutiva, previéndolos del artículo 50 al 107. Haciendo parecer en un análisis somero que el sistema mexicano se encuentra adscrito a la teoría clásica de división de poderes, afirmación que se encuentra sujeta a un análisis posterior.

Es común dentro del desarrollo del Derecho que se encuentren conflictos entre las diversas funciones del Estado, dichos conflictos por principio se dan en el caso de

---

<sup>49</sup> GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo” 9a. ed. México. Porrúa. Tomo I. 2004 p.227

<sup>50</sup> Ibidem, p.278

<sup>51</sup> Ibidem, p.280

<sup>52</sup> Ibidem, p281

dos funciones estatales con interés en un mismo asunto, para ello se estima a priori que uno debe ejercer la competencia primariamente que otro,<sup>53</sup> dado que de ejercer ambos su imperio sobre el asunto podría componer contradicciones. En el entendido anterior, por la violación alegada a alguna norma del Estado, idealmente una de las funciones en conflicto debería tener interés en que se subsane el sistema con el ideal de que el daño sea reparado.<sup>54</sup> Sin embargo el simple interés de la solución de un conflicto no puede configurar un argumento suficiente para que una de las funciones ejerza su competencia, deben entrar en dicho entendido condiciones importantes como el principio de legalidad.

Para la solución de los diversos conflictos donde los poderes deben ser controlados, debiera ser un tribunal designado por el Poder Constituyente para mantener las leyes fundamentales del Estado en todo su vigor.<sup>55</sup> Sin embargo, dentro del desarrollo del derecho mexicano se han determinado asuntos para los cuales los distintos órganos judiciales han decidido no ejercer la función por argumentos diversos que serán analizados más adelante.

Para ahondar en el tema, tenemos ejemplos en otros sistemas jurídicos, los cuales han encontrado soluciones a los diversos conflictos de competencia, procurando que no exista un asunto en el cual no puedan ser ejercidos los diversos derechos humanos aplicables. En Francia y Alemania se establecieron tribunales para resolver los conflictos de competencia entre la Administración y el Poder Judicial, éstos integrados por miembros de ambas instituciones contendientes, en Alemania se le dio el nombre de “Tribunal Constitucional”, mientras que Francia optó por nombrarlo “Tribunal de Conflictos”<sup>56</sup> de este modo dichas naciones se han asegurado de que los conflictos entre las distintas funciones estatales no queden desiertos de justicia,

---

<sup>53</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. “Tratado General de Derecho Administrativo”. España. Casa Editorial Urgel. Tomo I. 1958 p.47

<sup>54</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, op.cit., nota 53, p.48

<sup>55</sup> Ibidem, p.51

<sup>56</sup> Ibidem, p.p.52-53



rompiendo así el esquema que permite la impunidad en el ejercicio de los diversos actos estatales.

### **1.2.1. Función legislativa**

La potestad de crear, modificar, transformar y extinguir situaciones generales de Derecho, a través de actos jurídicos que crean normas abstractas, universales, permanentes e impersonales dictadas por un órgano colegiado mediante criterios de representación política.<sup>57</sup> Se encarga de establecer las normas jurídicas generales de carácter impersonal y obligatorio, a través del mecanismo reconocido de forma constitucional.<sup>58</sup>

Tiene por objeto determinar la estructura y organización del Estado, fijando su órbita de acción, así como la de regular los actos que se desarrollan dentro de éste. Tal certeza tiene por objeto mantener la paz, el orden y la tranquilidad.<sup>59</sup> La organización y funcionamiento de los órganos del poder público, así como la certeza que las normas arrojan dentro de los sistemas estatales también presupone como requisito de funcionamiento la creación de el régimen de garantías que protejan al ciudadano en contra de los abusos de las autoridades.<sup>60</sup>

Dentro del derecho mexicano, se encuentra integrado por el congreso federal dividido en dos cámaras<sup>61</sup>, cuya labor se puede describir como la iniciativa y formación de leyes, agregando también las facultades exclusivas que la misma Constitución les otorga,<sup>62</sup> así como las actividades internas necesarias para llevar a cabo su labor, las cuales también han sido descritas por la normatividad nacional.

---

<sup>57</sup> VALLS Hernández, Sergio. MATUTE Gonzáles, Carlos, op.cit., nota 44, 2003. p.95

<sup>58</sup> SÁNCHEZ Gómez, Narciso, op.cit., nota 45, p.11

<sup>59</sup> Ibidem, p.13

<sup>60</sup> Ibidem, p.14

<sup>61</sup> Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, Enunciadas dentro del artículo 50 constitucional.

<sup>62</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p. 130

### 1.2.2. Función jurisdiccional

Su función es la de resolver las controversias que nacen del desarrollo del Estado, orienta la vida jurídica a través de declarar el derecho a través de la interpretación de las normas.<sup>63</sup> Tiene como potestad el crear, modificar, transformar y extinguir situaciones particulares de derecho, a través de actos jurídicos concretos que se integran por medio de un proceso en el que el Estado interviene para dirimir una controversia y que tiene fuerza de verdad última.<sup>64</sup>

Realizada por el órgano responsable de administrar la justicia de forma monopólica, resolviendo los conflictos de intereses que le sean planteados a través de sentencias con fuerza de verdad legal, para ello cuenta con independencia e imparcialidad.<sup>65</sup> Consagrado en el Artículo 94 constitucional se deposita en la SCJN, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, en Juzgados de Distrito y el Consejo de la Judicatura Federal. Del Consejo de la Judicatura Federal cabe la aclaración sobre sus funciones de administración del Poder Judicial Federal.<sup>66</sup>

### 1.2.3. Función ejecutiva

Encargada de ejecutar la actividad concreta y tutelar del Estado particularizando la aplicación de las normas aplicables.<sup>67</sup> determinada por la ejecución de las leyes expedidas por la función legislativa, señalando como hincapié que en la fracción primera del artículo 89 constitucional se le impone la exacta observancia de éstas.<sup>68</sup> De

---

<sup>63</sup> SÁNCHEZ Gómez, Narciso, op.cit., nota 45, p.11

<sup>64</sup> VALLS Hernández, Sergio. MATUTE Gonzáles, Carlos, op.cit., nota 44, p.93

<sup>65</sup> *Ibidem*, p.95

<sup>66</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p. 131

<sup>67</sup> SÁNCHEZ Gómez, Narciso, op.cit., nota 45, p.11

<sup>68</sup> SÁNCHEZ Pichardo, Alberto C. “Los Medios de Impugnación en Materia Administrativa: Recursos Administrativos, juicios de nulidad tradicional, en línea y sumario. Amparo en materia Fiscal y Administrativa, doctrina, jurisprudencia y formularios”. México. Porrúa. 2012 p.56

forma armónicamente complementaria, del Art. 16 se desprende el derecho a la legalidad, el cual es la prerrogativa de los gobernados en contra de los actos de autoridad, los cuales se encuentran obligados a señalar pertinentemente la competencia, fundamentación y motivación que los generan, quitando el lugar a la espontaneidad o arbitrariedad.<sup>69</sup>

Dicho señalamiento se ha ido tocando someramente, ya que como Sánchez Pichardo señala, implica que el ejecutivo se encargue de que las leyes sean obedecidas por los gobernados,<sup>70</sup> me parece que pese a la omisión de señalarlo, no implica que la obligación deba ser impuesta por el ejecutivo, sino que se encuentra impuesta a la función ejecutiva, sea que se encuentra actuando como poder político o como órgano administrativo, ya que del texto constitucional no se desprende que deba interpretarse de forma limitativa.

Potestad de crear, modificar, transformar y extinguir situaciones particulares de derecho emitidas conforme a un orden jurídico preestablecido, a través de actos jurídicos concretos para la consecución de los fines del Estado, la ejecución de la ley y el accionar del Estado.<sup>71</sup>

La complejidad de la función administrativa radica en su amplio espectro de actividad pública, ya que no se dedica únicamente a la ejecución estatal, sino que su contenido es amplio y heterogéneo,<sup>72</sup> por ello es posible señalar que si bien no existe un consenso general en las actividades y su naturaleza de la función administrativa, haciendo importante pronunciarse por ellas en lo particular, punto de vista que ha permitido la creación de criterios interpretativos diversos que en cierta medida compactan o expanden la acción de dicha función.

---

<sup>69</sup> Ibidem, p.65

<sup>70</sup> SÁNCHEZ Pichardo, Alberto C., op.cit., nota 68, p.58

<sup>71</sup> VALLS Hernández, Sergio. MATUTE Gonzáles, Carlos, op.cit., nota 44, p.93

<sup>72</sup> Ibidem, p.97

La función Ejecutiva es desarrollada en forma de administración pública, la cual tiene como obligación primordial la ejecución de las leyes expedidas por la función legislativa, las cuales le señalan como su actuar a un umbral amplio de acciones necesarias, por ejemplo, la prestación de los servicios públicos.<sup>73</sup> Dentro del derecho mexicano reside en el Presidente de la República por mandato del artículo 80 constitucional, el cual es auxiliado en sus funciones por los distintos organismos señalados como las secretarías de Estado, la Procuraduría General etc.<sup>74</sup>

Los actos de la función ejecutiva son catalogados como netamente jurídicos dado que crean, transfieren, modifican o extinguen obligaciones y derechos, en relación con terceros. Por lo que el fundamento legal es esencial en la función administrativa.<sup>75</sup> Lo cual es de suma trascendencia para lograr guardar coherencia en el orden jurídico nacional que, sería inconstitucional atribuir a la administración facultades de decisión sobre controversias entre particulares, sin la posibilidad de que ocurran a la justicia, del mismo modo lo es impedir el acceso directo a una tutela judicial efectiva como es garantizado por el Art. 8 incisos 1 y 25 de la Convención Americana de derechos humanos,<sup>76</sup> como ha sido señalado por Gordillo.

En relación con lo anterior, existe confusión entre algunos juristas sobre la naturaleza jurídica del reglamento, ya que éste se ha señalado como una función de carácter legislativo que ejerce el ejecutivo, dicha interpretación mucho daño ha hecho al sistema normativo, ya que ha abierto las puertas a diversos tipos de justificación que incrementan las potestades de la función ejecutiva, alejándolo de la intención original del legislador. Sin embargo, es importante ser reiterativo en el señalamiento de que el reglamento no es una actividad legislativa, sino que es un elemento subordinado creado para concretar la norma general, el cual no es producto de la voluntad general, por lo

---

<sup>73</sup> SÁNCHEZ Gómez, Narciso, op.cit., nota 45, p.21

<sup>74</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.130

<sup>75</sup> SÁNCHEZ Gómez, Narciso, op.cit., nota 45, p.22

<sup>76</sup> GORDILLO, Agustín, op.cit., nota 49, p.286

que no es un acto creador de normas, ni puede ser independiente a éstas.<sup>77</sup> Ya que, para su validez, no requiere de los pasos del proceso legislativo, sino únicamente de refrendo ministerial su publicación en el Diario Oficial de la Federación, por lo anterior la ley conserva superioridad posicional.<sup>78</sup> Esto significa que no existe una potestad discrecional suficiente que pueda exceder el orden jurídico nacional y, por tanto, debe existir un control judicial sobre el actuar de la administración.<sup>79</sup> La emisión de reglamentos se vuelve vinculante para la autoridad administrativa en tanto que su acción se enmarca a través de éste, por lo que no puede contravenirlo por una decisión individual, es decir, no puede violar sus propios reglamentos, incluso no puede contravenir un reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior en ejercicio de su competencia, con la excepción de que el reglamento sea ilegal, ya que en ese entendido la autoridad puede apartarse de lo dispuesto.<sup>80</sup>

Si bien el desarrollo jurídico nacional ha buscado disminuir la rigidez del principio de división de poderes, permitiendo al ejecutivo creatividad y dinamismo jurídicos, en la realidad se ha visto que la práctica abusiva de las facultades reglamentarias se ha transformado en una amplia y discrecional facultad legislativa trastocando el orden constitucional.<sup>81</sup>

Adicionalmente, es importante señalar en cuanto a la división de funciones dentro de las entidades federativas, conforme a lo dispuesto por los Arts. 40, 41 y 115 a 122 de la Constitución, encontramos la organización local, la cual a forma de espejo en su nivel superior se encuentra organizada por las tres funciones, ejecutiva, legislativa y judicial, que, si bien se encuentran compelidos a respetar la forma fundamental de organización, conservan autonomía para organizar su régimen interno, de acuerdo a las necesidades y la opinión política de los gobernantes, así como las características

---

<sup>77</sup> VALLS Hernández, Sergio. MATUTE González, Carlos, op.cit., nota 44, p.99

<sup>78</sup> Ibidem, p.563

<sup>79</sup> VALLS Hernández, Sergio. MATUTE González, Carlos, op.cit., nota 44, p.563

<sup>80</sup> Ibidem, p.564

<sup>81</sup> Ibidem, p.561

propias de su administración. Por ello El órgano legislativo se constituye de forma unicameral compuesto por una cámara de diputados; mientras el órgano ejecutivo se deposita en un gobernador y los diversos órganos que lo auxilian; finalmente el órgano judicial integrado por un Tribunal Superior de Justicia.<sup>82</sup> Finalmente la célula más pequeña de organización estatal se enmarca en el municipio, dispuesto por el artículo 115 constitucional, está a cargo del Ayuntamiento. El cual es un cuerpo colegiado que realiza funciones administrativas, sin embargo, las legislaciones de las entidades federativas les disponen a los municipios diversas facultades las cuales hacen que su particularización sea motivo de un trabajo distinto.<sup>83</sup>

### **1.2.3.1. Concepto general de acto administrativo**

El actuar de la administración pública únicamente se desenvuelve a través de actos administrativos,<sup>84</sup> los cuales de manera previa señalaremos como la decisión unilateral ejecutoriada de la administración pública en la que se concreta el ejercicio de una potestad administrativa.<sup>85</sup> Puede ser descrito como la acción unilateral del ejecutivo que determina situaciones jurídicas (crea, reconoce, modifica, transmite o extingue) para casos individuales, en cumplimiento de las atribuciones y facultades determinadas por la ley, contiene la voluntad de la autoridad administrativa de aplicar la ley y proveer lo necesario para su cumplimiento, es importante señalar que lo señalado es una expectativa de la literatura jurídica y doctrinaria antes que una realidad material.

Son considerados actos administrativos los producidos por una vía de derecho público o dentro de un régimen jurídico excepcional donde aparece la figura del poder

---

<sup>82</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.p. 138-139

<sup>83</sup> Ídem.

<sup>84</sup> PATIÑO Manfer, Ruperto y ARMIDA Reyes, José Raúl. Coords. "Temas selectos de Derecho Administrativo: En homenaje a los 40 años del Tribunal de los Contencioso Administrativo del Distrito Federal". México. Porrúa. 2011 p.139

<sup>85</sup> Ibidem, p.140

público, que abarca una posición coactiva, autoritaria o de prestación de servicios de bienes.<sup>86</sup> Es importante crear una definición extensa del acto administrativo, ya que en otros aspectos de la teoría se han separado los actos administrativos de los actos de gobierno, éstos últimos señalados como un residuo del poder discrecional del poder ejecutivo, a los cuales en la práctica jurídica se les ha dado la potestad de ejercerse de forma absoluta, distinguidos únicamente de forma empírica ya que la doctrina no puede detallarlos completamente, determinándose así por conveniencia política.<sup>87</sup>

El acto administrativo tiene efectos jurídicos concretos de carácter individual, puesto que de lo contrario se estaría en presencia de un acto materialmente legislativo y no administrativo.<sup>88</sup> Las realizaciones de actos jurídicos tienden a la conservación y la afirmación de la existencia del Estado, así como al logro de sus fines, los que deben traducirse en el bien público,<sup>89</sup> esto último naturalmente es ideal o al menos el ideal del Estado, sin embargo, no necesariamente el ideal de los operadores de aquel. Haciendo hincapié que el presentar una transformación hacia el criterio de actuación libre y discrecional, incluso bajo cualquier argumentación aparentemente positiva implica la aplicación de un principio absolutista<sup>90</sup> e incluso se puede describir como Estado-policía aquel en el que las decisiones de los gobernantes se excluyen de la competencia de los tribunales, volviéndose de carácter inapelable y regidas por el principio de discrecionalidad,<sup>91</sup> cuestión que por principio de confrontación lógica viola el principio de legalidad. Por ello, como ha ocurrido en otros Estados, el sistema jurídico debe tender a definir normativamente los derechos y obligaciones de los administrados frente a la administración pública<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> Ibidem, p.109

<sup>87</sup> Ídem.

<sup>88</sup> PATIÑO Manfer, Ruperto y ARMIDA Reyes, José Raúl. Coords., op.cit., nota 84, p.108

<sup>89</sup> RIOS Elizondo, Roberto. "El Acto de Gobierno: El Poder y el Derecho Administrativo". México. Porrúa. 1975 p.361

<sup>90</sup> Ibidem, p.336

<sup>91</sup> Ibidem, p.367

<sup>92</sup> Ibidem, p.368

Particularizando al acto administrativo Serra Rojas señala que es un acto de derecho público, proveniente de una decisión ejecutoria, que mana de la autoridad administrativa, de carácter unilateral y concreto, el cual crea, modifica o extingue una situación jurídica subjetiva. Agregando como sexta característica su objeto de satisfacer el interés general.<sup>93</sup> De este último punto me pronunciaré en su oportunidad.

Si bien es posible reducir desde un punto de vista doctrinario el concepto de acto administrativo a toda declaración unilateral de voluntad de la administración que tiene efectos jurídicos, también es cierto que abre el enfoque a verlo desde tres puntos de vista.<sup>94</sup>

El punto de vista objetivo se concentra en la declaración o exteriorización intelectual de la voluntad administrativa, mientras el enfoque subjetivo se refiere a, todo acto emanado de un órgano administrativo separándose de la voluntad psíquica del funcionario de quien emana. Finalmente, la consideración material se relaciona al producto de la potestad administrativa, entendida como la creación de consecuencias de derecho.<sup>95</sup>

La importancia del enfoque material es su calidad realista, su enfoque es aplicable a la realidad material de los actos jurídicos del Estado, aceptando de forma tácita que los actos jurídicos que de éste emanan, no pueden ser separados materialmente de los sujetos quienes los ordenan. Uno puede tomar como ciertos los textos jurídicos que señalan excelentes intenciones en tanto el desarrollo de la actividad Estatal, sin embargo, no existe forma real de separar el producto de dichos actos de quienes los emiten, a lo largo del desarrollo de la actividad estatal, muchos ejemplos

---

<sup>93</sup> SERRA Rojas, Andrés, "Derecho Administrativo" 10ª ed., México, Porrúa, 1981, p.368.

<sup>94</sup> PATIÑO Manfer, Ruperto y ARMIDA Reyes, José Raúl. Coords., op.cit., nota 84, p.106

<sup>95</sup> Ídem.



pueden ser nombrados, por ejemplo, en México la simple alternancia de partidos políticos genera actos distintos, con resultados opuestos pese a ser el mismo.

El acto administrativo debe estar fundado y motivado, así como expresar el objeto o propósito de que trata, al hacerlo, se hace expresa la voluntad del sujeto activo que lo emite, y del porqué tal instancia administrativa está creando o produciendo situaciones y efectos jurídicos concretos.<sup>96</sup>

La fundamentación de un acto administrativo alude a la obligación de la autoridad de hacer constar la fuente del acto de molestia, para lo cual habrá de citar ciertas normas jurídicas generales y abstractas que contengan y prevean la hipótesis fáctica en función de la cual, la autoridad procedió a realizar o materializar el acto administrativo, a su vez, hace referencia al principio de legalidad según el cual, la autoridad no puede actuar arbitrariamente, sino que debe limitar sus acciones a lo determinado por la ley sin excederla. Si la autoridad excede la ley en sus actos, la fuente de su actuación es el propio acto administrativo y no la ley, por lo cual dicho acto es arbitrario y transgrede el principio de legalidad, por lo cual no es susceptible de ser obedecido. No obstante, la arbitrariedad no es inmediata ni obvia, por el contrario, se presume su legalidad hasta que la autoridad competente declare su nulidad o ilegalidad.<sup>97</sup>

En cuanto a la competencia administrativa para realizar un acto, requiere que siempre exista un texto expreso de la ley para que pueda existir, es obligatoria e irrenunciable, a su vez, es constitutiva del órgano que la ejercita y no un derecho del titular del órgano.<sup>98</sup> A lo que cabría la aclaración de que si bien no es un derecho del titular del órgano, es él quien dispone de los actos para que éste sea realizado ya que es

---

<sup>96</sup> SÁNCHEZ Pichardo, Alberto C, op.cit., nota 68, p.86

<sup>97</sup> BURGOA, Ignacio. "Las garantías individuales", México, Porrúa, 1979, p. 615

<sup>98</sup> PATIÑO Manfer, Ruperto y ARMIDA Reyes, José Raúl. Coords, op.cit., nota 84, p.112

imposible sostener que un órgano actúa por sí mismo y ese enfoque también debe permear en la determinación de responsabilidades.

La desviación de poder es un abuso del mandato, un abuso del derecho, ya que en apariencia el acto puede haber sido realizado con regularidad y pese a ello estar afectado de ilegalidad, si su autor ha usado los poderes para un fin distinto al interés general, en el mismo orden de ideas se ha señalado por la doctrina que en el desvío de poder no debe importar tanto la ilegalidad del acto como el hecho de que resulte en una inmoralidad administrativa.<sup>99</sup> Un cambio tal en el paradigma del Derecho Administrativo es capaz de romper el paradigma excesivamente legalista que permite lagunas suficientes para evitar el pronunciamiento de la justicia.

Hechos o Actos que determinan el abuso de poder:<sup>100</sup>

- a) Que lo cometa la máxima autoridad o gobernante que tiene el poder del Estado.
- b) Que el poder se haya transformado en ilegítimo.
- c) Que el acto o hecho del poder sea contrario a la Constitución (aún sea por obedecer una ley contraria a la Constitución)
- d) Que el acto o hecho del poder sea contrario a la ley, incluso cualquier acto que no esté previsto por la ley.
- e) Que el gobernante incurra en una inmoralidad.
- f) Tomar actos y decisiones contra la voluntad popular.
- g) Incumplimiento de promesas electorales.
- h) Desaprobación de la opinión pública y encuestas desfavorables.
- i) Corrupción.

En el derecho internacional aplicable a México, la Organización de Estados Americanos, dentro de la Convención Interamericana contra la corrupción Caracas

---

<sup>99</sup> Ibidem, p.115

<sup>100</sup> CHALCO, Reyes, Marcial. “Estado, poder y abuso de poder: especial referencia los derechos económicos, sociales y políticos” Colombia, Temis, 2014 p.p.236-244

1996, señaló que La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas y atenta contra la sociedad.<sup>101</sup> La corrupción y la arbitrariedad se encuentran desligadas de ideologías o normas,<sup>102</sup> del mismo modo se encuentran desligadas de las funciones como se encuentran constituidas a la letra constitucional o en el ordenamiento legal, sin embargo, es el individuo quien les pueda dar a los actos una posición adversa que sea perjudicial para la sociedad. En este sentido la sociedad civil debe imponer a la sociedad política un mínimo ético indispensable,<sup>103</sup> de lo contrario el ciudadano queda en un estado de indefensión frente al poder del Estado y el Derecho entonces actúa como aliado de la corrupción. En especial si a la norma, aun existiendo se le permite oscuridad tal que admita diversas interpretaciones las cuales le permitan al funcionario determinar el grado de cumplimiento que él mismo se debe exigir.<sup>104</sup> De no ser posible a los particulares obtener la oportuna intervención judicial, el control que se ejerce sobre la decisión del funcionario es ineficaz, por la existencia de doctrinas jurídicas que crean o aumentan la indefensión jurídica de los particulares.<sup>105</sup> Señalando que se ha identificado en la investigación que el Sector Administrativo sostiene que no importa que los actos se den contra el ordenamiento jurídico, ya que “de por sí no van a ser impugnados” y esto es porque “la sociedad no se asombra de la corrupción cuando está corrompida”.<sup>106</sup>

La Constitución mexicana no se refiere al abuso de poder. Dentro del Art. 86 prevé la posibilidad de renuncia del presidente por causa grave, la cual debe ser calificada por el Congreso, sin señalar de forma particular un concepto para el término “causa grave” El Art. 108 señala “El Presidente de la República durante su mandato

---

<sup>101</sup> CHALCO, Reyes, Marcial, op.cit., nota 100, p.245

<sup>102</sup> PATIÑO Manfer, Ruperto y ARMIDA Reyes, José Raúl. Coords., op.cit., nota 84, p.145

<sup>103</sup> Ídem.

<sup>104</sup> PATIÑO Manfer, Ruperto y ARMIDA Reyes, José Raúl. Coords., op.cit., nota 84, p.145

<sup>105</sup> Ibidem, p.146

<sup>106</sup> Ibidem, p.147

sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves contra el orden común” sin señalarse cuál debe ser el procedimiento por seguir sobre dicha acusación.<sup>107</sup>

Por lo anterior, como forma de control a la acción administrativa, existen el derecho de los jueces a ejercer control sobre el gobierno ejecutivo, alumbrado en la doctrina del *Common Law* como *Rule of law* y la garantía individual frente a los actos del Estado en cuanto a la aplicación de la ley, también emanada de la misma doctrina como *dew process of law*,<sup>108</sup> cabe señalar que ambas instituciones fueron creadas con la finalidad de apuntalar la necesidad de que los funcionarios respeten estrictamente el principio de legalidad.<sup>109</sup> Sin embargo la adaptación de las instituciones anteriores al Derecho Positivo Mexicano ha encontrado suficientes obstáculos para entorpecer dichos principios, ya que el asimilar aquellas pertenecientes a la evolución de un sistema jurídico distinto, también debe contemplar el modo en que se han perfeccionado a lo largo del tiempo dadas la diferencia de herramientas e interpretaciones que tienen en el sistema de origen. De no ser así incorporarlas puede resultar inútil.

El poder Estatal se sujeta a derecho porque está convencido de que a eso lo lleva su propio interés. El orden sólo está verdaderamente garantizado donde el Estado respeta lo que él mismo ha establecido. No es una verdadera limitación aquella que puede ser modificada o suprimida a capricho de quien realiza el acto.<sup>110</sup> Dicho de una forma directa, el Estado está limitado en virtud de su propia organización y vinculado a la responsabilidad que generen sus actos.

El poder público debe forzosamente someterse al orden jurídico fundamental del cual deriva, no es admisible que su desempeño se realice sobre, al margen ni contra

---

<sup>107</sup> CHALCO, Reyes, Marcial, op.cit., nota 100, p.257

<sup>108</sup> RIOS Elizondo, Roberto, op.cit., nota 89, p.370

<sup>109</sup> Ibidem, p.377

<sup>110</sup> CHALCO, Reyes, Marcial, op.cit., nota 100, p. 224

el propio orden jurídico del cual dimana.<sup>111</sup> Es muy importante remarcar que al hablar sobre el sometimiento del poder público al orden jurídico, Burgoa no es omiso al señalar que incluso actuar al margen de las posibilidades que ofrece la ley es en sí mismo un acto contra derecho, ya que una óptica simplista de los actos de gobierno, nos dice que actuar al margen de la ley es aún actuar conforme a derecho, sin embargo si sometemos los actos al margen de la ley a un juicio ético, nos arroja como resultado un actuar conforme a la norma pero contrario a la moral, tratándose de actos que perjudiquen en modo alguno a terceros.

Es producto de la evolución del hombre, que al experimentar los graves daños a la libertad y la dignidad que causa un gobernante con poder y sin control. Tienen que fijarse reglas que deben ser respetadas por todos, incluso por quienes tienen la obligación de conducir la sociedad, ya que aquellas son las bases dentro de las cuales aceptan el mandato que se les confiere.<sup>112</sup>

Así como el autocontrol, que se refiere a los instrumentos de la administración pública para corregir sus propios actos cuando han sido emitidos de tal forma que violan al derecho o a los procedimientos internos establecidos,<sup>113</sup> sin embargo, presupone que el Estado y en especial la función ejecutiva sea juez y parte en el desarrollo de sus acciones por lo que no existiría un terreno en el cual la visión y el resultado del ejercicio del autocontrol no esté comprometido.

Separar el acto administrativo del acto de gobierno únicamente es útil para la doctrina, ya que permite un estudio adecuado de sus particularidades. Sin embargo, trascender dicha diferencia al sistema jurídico violenta principios fundamentales como la legalidad y el debido proceso. Por lo que extender dicha interpretación no puede ir

---

<sup>111</sup> BURGOA, Ignacio, "Derecho constitucional mexicano", México, Porrúa, 1979 p.123

<sup>112</sup> CHALCO, Reyes, Marcial, op.cit., nota 100, p.226

<sup>113</sup> RIOS Elizondo, Roberto, op.cit., nota 89, p.380

acorde con el Desarrollo Progresivo del Derecho o los derechos humanos ya que ni siquiera es acorde al escrutinio de la lógica.

El uso de frases como “conforme al mejor servicio”<sup>114</sup> “en aras del interés público”, “para la satisfacción del interés general” etc. utilizadas por la doctrina y la ley, ha sido tan engañoso como pernicioso, ya que a priori se ha calificado con dicha característica a todos los actos jurídicos del Estado otorgándole fuerza de verdad legal, justificando así cualquier abuso. Sin embargo, al juicio de este estudio, dicha frase no tiene por objetivo calificar a priori el actuar del Estado, la ley no puede calificar los actos del Estado antes de que estos ocurran, ni presuponer que cualquier persona que active el desarrollo de las funciones estatales lo hará de esa forma simplemente por su acción, dicho alcance radica en funcionar como directriz que rija el actuar Estatal, su lectura debería significar un eje rector que se extienda a las facultades que deben existir dentro del balance y control entre las funciones del Estado.

Para el desarrollo de este trabajo, no parece necesario reconfigurar el sistema jurídico completo, sino dar el alcance correcto interpretativo a los preceptos que ya existen, tanto a los conceptos que el propio Derecho maneja como a las prerrogativas fundamentales que lo integran, permitiendo que los órganos estatales puedan ejercer de forma correcta el equilibrio del poder.

#### **1.2.4. Legitimidad**

Los límites contenidos en la Constitución, son el poder legítimo equivalente a la fuerza del Estado, mientras que los excesos y la arbitrariedad son sinónimo del poder ilegítimo del mismo<sup>115</sup> si el poder del Estado fuese monstruoso, el hombre no podría liberarse de él, sería un cascarón vacío, por lo que el Estado debe procurar un respeto

---

<sup>114</sup> PATIÑO Manfer, Ruperto y ARMIDA Reyes, José Raúl. Coords., op.cit., nota 84, p.104

<sup>115</sup> ARNAIZ Amigo, op.cit., nota2 p. 51

a los derechos innatos del individuo,<sup>116</sup> por ello el quehacer de los hombres del Estado encargados de sus funciones debe estar integrado por la suma de lo ideal (la realización de sus fines) más la realidad (los hechos tangibles)<sup>117</sup> La legitimidad deviene de la avenencia, aceptación y el consentimiento de la población, para ello los representantes del poder estatal deben concentrarse en la labor por la cual fueron elegidos por la población y actuar conforme a derecho, en sentido contrario la ilegitimidad deviene de la pérdida de las cualidades anteriormente señaladas<sup>118</sup>

El gobierno no puede mantener su imperio por sí mismo, dadas las funciones que debe realizar, debe contener requisitos mínimos de acción, los cuales sean suficientes para que los ciudadanos decidan seguir cediendo sus derechos a los órganos que desempeñan el control Estatal, por ello se vincula con el mundo de los valores a través de la legitimidad. La cual, cuando es racional descansa en la creencia de la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad, basándose en la observación de los diferentes ordenamientos jurídicos promulgados, por lo que la autoridad que detentan los gobernantes deriva de su actuar conforme a la ley, para ello los valores que se manejen deben estar sancionados por la colectividad o por la mayoría de ésta, por ello también es la propia capacidad de obtener el consenso.<sup>119</sup>

La Constitución garantiza que las instituciones del Estado tengan legitimidad, entendida ésta como la validez que le otorga el consentimiento del pueblo a las instituciones creadas bajo aquella, por lo que una Constitución no es un acto de gobierno, sino el pueblo que constituye un gobierno, y un gobierno sin una Constitución, es poder sin derecho, por ello la Constitución es el antecedente del

---

<sup>116</sup> Ibidem p. 52

<sup>117</sup> ARNAIZ Amigo, Aurora. op.cit., nota 2, p. 69

<sup>118</sup> CHALCO, Reyes, Marcial, op.cit., nota 100, p.208

<sup>119</sup> CRUZ, Galosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge, op.cit., nota 8, pp. 180-183

gobierno y el gobierno es únicamente la creación de una Constitución dicho en palabras de Thomas Paine.<sup>120</sup>

El poder tiende a desgastarse cuando incurre en corrupción, quienes lo detentan se niegan a reconocer esta realidad y pretenden seguir ejerciéndolo, su permanencia en el poder o prolongación devienen en el abuso de poder.<sup>121</sup> Sin embargo, la teoría es insuficiente al tratar temas relacionados al abuso de poder, si acaso son enunciados por la ley y la teoría, sin embargo, son ineficientes al momento de limitarlos.<sup>122</sup>

El Gobierno debe ser legítimo por la calidad ética de sus mandatos, atendiendo a límites morales ya que los impuestos por el Derecho Positivo pueden ser franqueados por la modificación de la ley,<sup>123</sup> en la práctica estatal hemos notado que también son franqueados desde la aplicación, inaplicación e interpretación de la ley. El poder moral es el único capaz de señalar en las circunstancias más difíciles los excesos de poder.<sup>124</sup>

### **1.3. Elementos autónomos del Estado**

La división de poderes en México vista desde el panorama tradicional se ha vuelto insuficiente para describir la organización estatal, ya que, vista desde aquella, los órganos constitucionalmente autónomos no pueden ser ubicados en una de las tres vertientes tradicionales. Ello no representa un postulado negativo, ya que los órganos constitucionalmente autónomos han llegado para enriquecer la visión tradicional,<sup>125</sup> ya que como ha sido señalado, no existe justificación suficiente para identificarlos como

---

<sup>120</sup> RYAN, Mark. “Unlocking constitutional an administrative law” 3ra. ed. Routledge, Taylor and Francis Group. 2014. pp. 12-13.

<sup>121</sup> CHALCO, Reyes, Marcia , op.cit., nota 100, p.213

<sup>122</sup> Ibidem, p.214

<sup>123</sup> Ibidem, p.221

<sup>124</sup> Ibidem, p.222

<sup>125</sup> CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro. “División de poderes y régimen presidencial en México” Porrúa, México, 2011 p.55



poderes de la forma tradicional, también es cierto que el texto constitucional les asegura por mandato directo una serie de atribuciones y funciones relevantes, sin que dichos órganos dependan orgánicamente de alguna de las funciones tradicionales.<sup>126</sup>

La teoría que alumbró a los órganos constitucionalmente autónomos tuvo su origen con Jellinek y con Santi Romano desde finales del siglo XIX, sin embargo, fueron materializados en el derecho en un punto posterior a la Segunda Guerra Mundial,<sup>127</sup> la inclusión de dichas funciones al texto constitucional corrobora la evolución del Derecho y la posibilidad de crear mecanismos alternos que den solución a conflictos que el Estado por sí y desde el ejercicio de sus funciones no puede resolver. Marcan una manifestación social que imprimió la necesidad de probidad y control del ejercicio estatal.

Desde la visión de la evolución del Derecho que atiende a las necesidades sociales, se han creado tareas las cuales por cuya naturaleza debe ser llevada a cabo por órganos diferentes a los tradicionales, con el objetivo de perfeccionar la actuación estatal y la distribución de funciones.<sup>128</sup> Dotar de autonomía a órganos, les ha provisto de cierta libertad de actuación, necesaria para llevar a cabo sus funciones, ya que dicha autonomía atiende a la imparcialidad, situación que desde el ejercicio Estatal directo no es posible desarrollar.

Para ser órganos constitucionalmente autónomos deben contener características mínimas, las cuales permiten su identificación y enmarcan la forma en que ejercen sus facultades:<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro, op.cit., nota 125, p.55

<sup>127</sup> Ídem.

<sup>128</sup> Ibidem, p.56

<sup>129</sup> Ídem.

- a) Su configuración inmediata por la Constitución, desde la cual se determina su composición, así como los métodos para la designación de sus integrantes, estatus institucional y competencias.<sup>130</sup>
- b) Su labor es central para la configuración del modelo de Estado, la necesidad de su existencia es indefectible y su desaparición afecta al modelo constitucional en su conjunto, así como al correcto desempeño de las funciones del Estado.<sup>131</sup>
- c) Tienen una participación directa en la dirección política del Estado, inciden de forma directa en la formación de la voluntad Estatal, ya sea encaminada a los procesos de toma de decisiones o en la solución de conflictos.<sup>132</sup>
- d) Su ubicación está fuera de la estructura orgánica de las funciones tradicionales, siendo imposible adscribirlas orgánicamente a alguna de ellas, carecen de controles burocráticos externos y gozan de una garantía económica.<sup>133</sup>
- e) Tienen una cierta paridad de rango con las funciones tradicionales, dado que manan directamente de la Constitución sin que les sea señalada una subordinación a alguna de las funciones tradicionales. Dicho postulado no es óbice para que sus actos se encuentren fuera del control o revisados por la función judicial.<sup>134</sup>

Naturalmente los órganos constitucionalmente autónomos deben distinguirse de los órganos dotados de autonomía administrativa y de gestión por ser la propia Constitución quien debe dotar de dicha autonomía la cual no puede devenir o extenderse el criterio para aquellos que se encuentran contenidos dentro de normas secundarias. Del mismo modo se distinguen de los órganos auxiliares u órganos de

---

<sup>130</sup> Ídem.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> Ibidem.

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> Ibidem.

relevancia constitucional, pese a que comparten ciertas características, los órganos auxiliares tienen como diferencia el hecho de estar agregados a la estructura orgánica de alguna de las funciones tradicionales.<sup>135</sup> Por ejemplo el Tribunal Electoral<sup>136</sup> o el Consejo de la Judicatura<sup>137</sup>, los cuales pertenecen a la estructura orgánica del poder Judicial<sup>138</sup>.

Doctrinariamente su creación deviene de la necesidad de desarrollar funciones nuevas, de las cuales sus características deben separarse de las funciones tradicionales.<sup>139</sup> Pareciera que esta nueva visión del Estado comprende que el Estado no es una persona o un ente sujeto de moral por el simple hecho de ser el Estado, también pareciera que su existencia reconoce que las personas encargadas de desarrollar las funciones estatales pueden carecer de principios como la imparcialidad, necesarios para llevar a cabo funciones estadísticas o de desarrollo de probidad.

Por lo anterior es que se reconoce la existencia de una necesidad política, ya que, a modo de ejemplo, el IFE vio su creación dada la falta de legitimidad del Estado para organizar elecciones, así como la CNDH vio su origen en la necesidad de un mecanismo no jurisdiccional de protección de derechos humanos<sup>140</sup>. Teniendo como resultado la inclusión del texto constitucional que otorga reconocimiento constitucional a un grupo de órganos agregados, cuya característica fundamental es la de no estar sujetos a la potestad de ninguna de las funciones clásicas del Estado. Por lo cual, pese al problema de ambigüedad lingüística que el uso del término “autónomo” conlleva en nuestro sistema jurídico, los órganos que no están sujetos a la potestad de alguna de las funciones clásicas y que su creación deviene directamente del mandato constitucional, son 5:

---

<sup>135</sup> CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro, op.cit., nota 125, p.p. 57-58

<sup>136</sup> Artículo 99 Constitucional

<sup>137</sup> Artículo 100 constitucional

<sup>138</sup> CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro, op.cit., nota 125, p.58

<sup>139</sup> Ídem.

<sup>140</sup> CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro, op.cit., nota 125, p.p. 58-59

- a) Tribunales Agrarios: Art. 27 fracc. XIX
- b) Banco de México: Art. 28 párrafos sexto y séptimo
- c) Instituto Nacional Electoral: Art. 41 fracc. V apartado A
- d) Comisión Nacional de Derechos Humanos: Art. 102 apartado B. (También está contemplada la creación y autonomía de las comisiones locales).
- e) Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica: Art. 26 apartado B

La argumentación vertida por los ejemplos anteriores, así como por el desarrollo señalado de la naturaleza de los órganos constitucionalmente autónomos, nos enfrenta a la realidad del ejercicio del poder por parte del Estado, en un primer punto desmitifica el permanente actuar pródigo del Estado, ya que acepta que necesita controles de una índole paralela al desarrollo de sus funciones, también rompe con la creencia convencional de que las funciones estatales son personas en sí mismas dotadas de una ética y moral invencibles, mostrando que en realidad las personas son quienes ejercitan dichas funciones y como tales, también deben estar sujetas a controles, los cuales garanticen su autonomía y juricidad, de tal forma que el resultado de la actuación de dichas funciones sea vinculante para el Estado.

#### **1.4. Teoría de la colaboración de las funciones del Estado**

La Constitución establece la unidad del orden total,<sup>141</sup> dicha aseveración cobra vital importancia, debido al grado de ponderación que se le da al texto constitucional, ya que por el hecho de ser enunciada como la norma superior, todo el orden estatal debe remitirse a lo señalado por ésta. Por ello podemos asegurar que los órganos del poder central coexisten en igual categoría y fundamento.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> CARPIZO, Jorge. “La Constitución mexicana de 1917” 6ta ED, México, Porrúa, 1983 p.238

<sup>142</sup> Ídem.

Por lo anterior, podemos desprender sin error que el poder público es indivisible. Siendo las funciones o facultades las que son susceptibles de dividirse al momento de su ejercicio.<sup>143</sup> El lenguaje convencional y la falta de entendimiento de la teoría ha llevado a la confusión sobre la llamada división de poderes, siendo en sí mismo un error lingüístico que ha desatado controversia, sin embargo las funciones son elementos de un mismo poder, aplicables dentro de un mismo orden jurídico, para una misma sociedad, por ello es importante señalar la base constitucional para llegar a la afirmación la cual sostiene que las funciones no se encuentran separadas sino coordinadas.<sup>144</sup>

Cada una de las funciones estatales para el desarrollo de sus funciones dentro de la legalidad se encuentra coordinada con la otra, y si bien el pensamiento de Montesquieu señala la separación de poderes como un elemento preponderante en el Estado, la realidad es que el desarrollo del Derecho y las interpretaciones modernas se han inclinado por aceptar la colaboración de funciones orientadas hacia un fin común.<sup>145</sup>

Es importante hacer una división doctrinal para entender la naturaleza de las funciones y tener una óptica que permita describirlas, de tal forma puede clarificarse la colaboración de funciones, sin embargo, también es importante remarcar que, esta observación doctrinal no debe trascender a efectos jurídicos que permitan interpretaciones oscuras que puedan llegar a entorpecer la legalidad de un Estado. Dicha aclaración es importante enunciarla ya que en muchas ocasiones se ha utilizado a la doctrina para hacer separaciones interpretativas, las cuales terminan por empobrecer al sistema jurídico en lugar de enriquecerlo.

---

<sup>143</sup> Ibidem, p.199

<sup>144</sup> Ídem.

<sup>145</sup> Ídem.

Las funciones pueden ser vistas desde el aspecto material y desde el aspecto formal, desde el aspecto formal se atiende al órgano del que emana la función, del aspecto material se atiende a la naturaleza intrínseca del acto, sin importar el órgano que realiza la función.<sup>146</sup>

Apegándonos a dicha medida, podemos observar diversas funciones que vistas desde el punto de vista formal o material, arrojan distintos resultados, por ejemplo, el Consejo de la Judicatura Federal es el encargado de realizar funciones administrativas para la Función Judicial, por lo que sus actos son materialmente administrativos sin embargo formalmente judiciales. Mismo criterio aplica a la facultad que conserva la Función Judicial en cuanto a la emisión de su propio reglamento, ya que esta es materialmente legislativa.

Del mismo modo, la función Ejecutiva contiene dentro de su organigrama tribunales que son formalmente administrativos, sin embargo, el desarrollo de sus funciones es materialmente una labor jurisdiccional. También posee dentro de sus atribuciones la facultad reglamentaria, la cual, si bien será analizada con profundidad más adelante, podemos adelantar que es una función materialmente legislativa y como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, el estudio de dicha facultad debe ser separado de la ambigüedad que hasta ahora conserva.

El uso de esta óptica bivalente ayuda a corroborar la colaboración de las funciones del Estado, ya que, por principio, de no ser desarrolladas en la manera en la que se presentan, representarían atrasos y contradicciones tales que romperían con la necesidad Estatal, entorpeciendo el desarrollo del orden constitucional. Así mismo nos es útil para sostener que existe una coordinación entre las funciones que les permite generar actos materialmente distintos a su naturaleza y que enriquecen el sistema jurídico.

---

<sup>146</sup> CARPIZO, Jorge, op.cit., nota 141, p.200

No obstante que la colaboración de funciones vista desde la óptica de la naturaleza jurídica de estas ayude a enriquecer los estudios jurídicos del mismo modo que enriquecen al sistema jurídico, muestran también puntos álgidos que deben ser satisfechos y en los cuales no se ha presentado el desarrollo necesario. Ya que, en una primera idea, es importante remarcar que los controles constitucionales que las funciones pueden y deben ejercer no han funcionado.<sup>147</sup> Dado que, dentro del sistema jurídico mexicano el equilibrio de poderes se ha inclinado en favor de la función Ejecutiva, siendo la figura del ejecutivo la que se ha tomado atribuciones metaconstitucionales que lo convierten en el centro de poder del sistema político<sup>148</sup> y jurídico, teniendo como resultado que el sistema de pesos y contrapesos que presupone la Constitución, siendo la base de la colaboración de funciones se ha visto debilitado.

Para que la colaboración de poderes sea funcional, es necesario reconocer que a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, el mejoramiento de las garantías y un acentuamiento de responsabilidades.<sup>149</sup> Para fortalecer la colaboración de funciones debe conseguirse una nueva relación entre los órganos de poder donde exista un equilibrio de pesos y contrapesos.<sup>150</sup>

El reconocimiento de la obligación constitucional que tienen las diversas funciones del Estado de cooperar entre sí en unidad estatal, nos permite corroborar la existencia de la colaboración y coordinación entre las funciones,<sup>151</sup> y por ello se remite al sistema constitucional a reforzar el sistema de control de las funciones en base al equilibrio de poder. La falta de mecanismos constitucionales claros que mantengan el equilibrio de los poderes se puede corroborar en la “irresponsabilidad del presidente”<sup>152</sup>

---

<sup>147</sup> CARPIZO, Jorge. “Nuevos estudios constitucionales” 6ta ED, México, Porrúa, 2000 p.275

<sup>148</sup> Ibidem, p.279

<sup>149</sup> CARPIZO, Jorge, op.cit., nota 147, p.281

<sup>150</sup> Ibidem, p.310

<sup>151</sup> CARPIZO, Jorge, op.cit., nota 141, p.284

<sup>152</sup> Ibidem, p.290

establecida en la Constitución, ya que no existen mecanismos que vinculen el ejercicio de su acción con controles legales que puedan ser vinculantes y efectivos.

Dentro del desarrollo del derecho nacional, se han encontrado diversos obstáculos relacionados al desarrollo de la colaboración de funciones y al ejercicio del equilibrio de poderes, la falta de claridad en los mecanismos existentes, así como el corto espectro dentro del cual puede ser invocado el ejercicio de control de poder, ha afectado al sistema jurídico. Si bien no existe una negativa expresa, tampoco han existido acciones que permitan mejorar el sistema de pesos y contrapesos, tampoco ha sido un tema discutido por alguna de las funciones. Abusos por parte de la función Ejecutiva han sido desarrollados sin que ninguna de las dos funciones restantes pueda ejercer un control claro y vinculante, lo que configura la violación de diversos derechos humanos, como será desarrollado en este trabajo.

### **1.5. Nota final del capítulo 1**

Señalar lo anterior es muy importante dados los opuestos puntos de vista que el desarrollo doctrinal puede arrojar a la forma de ver y aplicar el Derecho, de tal suerte que las discrepancias generan resultados distintos, Gordillo las separa en tres grupos; El primer grupo lo comprenden aquellos quienes afirman que no cabe la revisión judicial de ciertos actos de la administración fundando su dicho en razón de la creencia que la administración ha ejercido ya su jurisdicción; la segunda posición asegura que cabe una revisión judicial limitada del ejercicio administrativo; finalmente la tercer posición la contemplan quienes entienden que debe existir una revisión judicial suficiente y adecuada y que no cabe limitarla.<sup>153</sup> Finalmente el mismo Gordillo se suma a la tercera visión mencionada, señalando que la mera y exclusiva existencia de un recurso extraordinario ante la Suprema Corte contra un acto administrativo, no constituye revisión judicial en el sentido del artículo 18 de la Constitución, dadas las

---

<sup>153</sup> GORDILLO, Agustín, op.cit., nota 49, p.289



características limitadas, tan mínimas como para perder trascendencia como medio regular y ordinario de ésta.<sup>154</sup>

El desarrollo de la teoría clásica del Estado ha encontrado la necesidad de evolucionar, desde los postulados por los cuales, se entendía que no cabe acción ciudadana frente a los actos del Estado, desarrollo teórico anquilosado en el pasado absolutista de los monarcas, para ello, autores como Feuerbach quien en su libro *Anti-Hobbes* busca probar que, frente al regente, incluso en su papel de persona pública, se justifica la resistencia negativa mediante coacción, cuando viola contratos civiles básicos.<sup>155</sup> Como contratos civiles básicos debe entenderse que Feuerbach se refiere a las normas a las cuales la sociedad se encuentra sujeta, tanto a las que rigen a la ciudadanía como las que rigen a las funciones del Estado, ya que cuando él menciona la palabra regente, se refiere al poder del Estado como un todo y no de manera específica a una de las funciones.

En Kant no se encuentra alguna defensa frente al poder supremo cuando éste ejerce como soberano,<sup>156</sup> su pensamiento presupone un poder supremo el cual debe tener la característica de ser incuestionable, sin embargo, tanto Hobbes como Kant presuponen necesario para su tesis la apelación a la norma ética como juez supremo de la existencia,<sup>157</sup> para la obra de Kant, el imperativo categórico moral debe ser la norma que rija el actuar de los seres humanos y dicha apelación a la moral la que presupone como característica del regente, por lo que un actuar bajo dicha condición no tiene fundamento en ser cuestionado.

---

<sup>154</sup> Ibidem, p.292

<sup>155</sup> FEUERBACH, Anselm V. “Anti Hobbes, o, sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano” introducción y revisión de Eugenio Raúl Zaffaroni; traducción de Leonardo G. Brond, Buenos Aires, Hammurabi, 2010 p.101

<sup>156</sup> Ibidem, p.100

<sup>157</sup> Ibidem, p.101

En contrasentido a las tesis de Hobbes y Kant, Feuerbach señala que para Rousseau “es una convención vana y contradictoria el reconocer de una parte una autoridad absoluta y de otra una obediencia sin límites”<sup>158</sup> es una condición racional acorde a la realidad humana considerar que el Estado no es un elemento dotado de características superiores al hombre, sino sujeto a sus consideraciones, circunstancia, y pasiones, por lo que presuponer que las personas que le dan acción al Estado actuaran conforme a un código moral o en total respeto a un ordenamiento legal no refleja necesariamente toda la actividad de las personas que accionan las funciones estatales.

La tesis de Feuerbach sostiene dos planteamientos esenciales, el primero dice que el pacto de sometimiento es un contrato bilateral, cada parte es prominente y recíproca fundándose para ambas derechos y obligaciones, imponiendo así deberes plenos al soberano, el segundo planteamiento dice que sí el soberano actúa contradiciendo sus deberes plenos y violando el pacto de sometimiento, deja de ser soberano con respecto a la acción particular con la cual ha lesionado el pacto, por conclusión no es el soberano quien será presionado, sino una persona privada,<sup>159</sup> haciendo hincapié en que el poder sin control da por resultado a un ladrón privilegiado, pero no a un soberano.<sup>160</sup>

Las premisas que sostienen el argumento de Feuerbach pueden ser planteadas de la siguiente manera:

Quien quiera asumir el gobierno, sólo puede hacerlo bajo la condición de la sujeción a la voluntad general (entendiendo que la voluntad general se manifiesta a través del orden normativo el cual deviene de los valores a los que la sociedad acepta someterse, así como los que le dan estructura y límites al Estado): Soberano no es más que la persona mediante quien se debe poder alcanzar el Estado jurídico y el objetivo

---

<sup>158</sup> Ibidem, p.106 en Nota al pie.

<sup>159</sup> Ibidem, p.103

<sup>160</sup> Ibidem, p.107

del Estado. De este modo, quien quiera ser regente deberá querer ser órgano de la voluntad general, puesto que nadie puede querer un objeto deseado sin los predicados que le son inherentes. Por lo tanto, cuando el soberano asume realmente el gobierno, con esta conducta está declarando que se somete a la condición impuesta por la voluntad general y que quiere cumplir con los deberes sin los cuales no puede ser soberano.<sup>161</sup>

Lo anteriormente expuesto resulta en un deber de hacer jurídicamente posible la conservación del Estado y su objetivo. Dicho deber también manifiesto en contra de la posible voluntad privada del soberano.<sup>162</sup> Haciendo hincapié en que, a lo largo del desarrollo de su trabajo al referirse Feuerbach a la voluntad privada del soberano, se refiere a los actos jurídicos que pueda desempeñar el Estado a través de sus funcionarios de los cuales pueda entenderse que no se encuentran sujetos a lo previsto por las normas.

Por ello, podemos observar la complejidad del problema en tanto el ejercicio del poder del Estado, así como los diversos problemas que las personas quienes lo ejercen pueden encontrar u oponer a la sociedad, pese a que, las normas en lo general brindan datos sobre su correcta comprensión y aplicarlas de tal forma implica un acto de responsabilidad.<sup>163</sup> Si observamos a la moral como una línea que divide los actos, colocando del lado derecho todos aquellos actos morales y del lado izquierdo los inmorales, nos llevaría a entender que mientras más se acerque el acto a la línea de la moral también significa que es menos moral y la actuación de un órgano o la permisión de otro al desarrollarse sobre la línea debe ser entendido también como un acto inmoral y, por tanto, contrario a derecho, ya que en aras de buscar un nicho más amplio de actuación se rompe la responsabilidad que se tiene sobre la adecuada comprensión de la norma.

---

<sup>161</sup> Ibidem, p.113

<sup>162</sup> Ibidem, p.114

<sup>163</sup> POLANIA Tello, Nicolás. “La Moralidad Administrativa: de la formulación a la eficacia”. Bogotá. Universidad del Externado de Colombia. 2014 p.125

La exigencia del acatamiento que rige el actuar estatal es aplicable a quienes ejercen la función y en particular siendo de interés para este trabajo quienes ejercen la función administrativa, su comportamiento debe sujetarse al principio de Moralidad Administrativa,<sup>164</sup> así como ajustarse a las normas de ética y moral públicas,<sup>165</sup> por lo tanto, cualquier persona tiene derecho a exigir la tutela judicial en caso de que se viole o se amenace violar la Moralidad Administrativa,<sup>166</sup> ya que éste es el mismo principio rector de la función administrativa.<sup>167</sup>

La necesidad de crear códigos de ética y buen gobierno tienen su razón de ser en las situaciones respecto de las cuales resulte insuficiente el juicio de legalidad,<sup>168</sup> ya que la ley como objeto puede ser cumplida de forma moral o inmoral, siendo que la administración pública debe decidir entre lo “legal-ilegal” “conveniente-inconveniente” “oportuno-inoportuno” y lo “honesto-deshonesto”.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> Ibidem, p.26

<sup>165</sup> Ibidem, p.31

<sup>166</sup> Ibidem, p.26

<sup>167</sup> Ibidem, p.29

<sup>168</sup> Ibidem, p.p.39-40

<sup>169</sup>MIRANDA, María Bernadete, “Princípios constitucionais do Direito Administrativo” en [www.direitobrazil.adu.br](http://www.direitobrazil.adu.br)



## CAPÍTULO 2

### FACULTADES DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

**SUMARIO: 2. Facultades del Órgano Administrativo. -2.1. Concepto de órgano. -2.1.1. Competencia y función del órgano ejecutivo. -2.1.1.1. Competencia. -2.1.1.2. Función. -2.1.1.2.1. Consideraciones sobre la función pública. -2.1.1.3. Observaciones a la Competencia y la Función. -2.1.2. Atribuciones del órgano ejecutivo. -2.1.2.1. Actividad Administrativa. -2.1.2.2. Poder Administrativo. -2.2. Concepto de Facultad. -2.2.1. Consideraciones sobre la teoría que sostiene la existencia de facultades legislativas del Presidente. -2.3. Facultad reglada. -2.3.1. Acto Reglado. -2.4. Facultad discrecional. -2.4.1. Naturaleza jurídica de la discrecionalidad. -2.4.2. Elementos de la facultad discrecional. -2.4.3. Grados de Discrecionalidad. -2.4.4. Sobre la necesidad de la discrecionalidad. -2.4.5. Discrecionalidad y arbitrariedad. -2.4.6. Finalidad. -2.4.7. Inexistencia de Actos Discrecionales. -2.5. Clasificación de las facultades discrecionales en el derecho mexicano. -2.5.1. Facultad discrecional libre. -2.5.2. Facultad discrecional obligatoria. -2.5.3. Facultad discrecional técnica. -2.6. Límites de la función ejecutiva. -2.6.1. Límites a la función discrecional. -2.6.2. Relación de las facultades discrecionales con los artículos 14 y 16 constitucionales. -2.7. Derecho comparado.**

## 2. FACULTADES DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

### 2.1. Concepto de órgano

La primera necesidad que se nos presenta al tratar de dilucidar el concepto de órgano se encuentra en la naturaleza misma de las necesidades sociales, la configuración de un Estado presupone una actividad organizada y, por consiguiente, la división de esa actividad en núcleos que puedan dar respuesta a las problemáticas sociales. Naturalmente para la realización de las actividades se necesita una base tópica para la cual el desarrollo de la vida en sociedad ha tomado como respuesta al propio derecho. Como respuesta a lo anterior encontramos que el Estado es una organización de decisión y acción, es la conexión de los quehaceres sociales, implica actividades

organizadas para conseguir la convivencia pacífica. Así la sociedad política no es la suma aritmética, aséptica, la acción política individual, ha de implicar la acción conjunta que transforma las tendencias sociales en formas jurídicas, en esto consiste la existencia del Estado, ya que es la unidad de acción organizada.<sup>170</sup>

Como respuesta a los diversos movimientos que han tratado de otorgarle al Derecho un carácter científico, así como de la asimilación de conceptos por medio de la observación, el concepto de órgano fue retomado dentro del mundo del Derecho a partir de la biología, proviene del griego *organon*, el cual se refiere a la parte de un cuerpo que desempeña funciones específicas relacionadas con las demás de un todo, dicho concepto se agregó dada la influencia que han tenido las diversas disciplinas de la ciencia sobre los estudios sociales<sup>171</sup>, debido a la evidente necesidad que existe al momento de perfeccionar las descripciones doctrinales del Derecho.

Ya que el concepto de órgano deviene de una analogía, nos permite afirmar su referencia a una forma de organización donde se configura un cuerpo colegiado de personas para desarrollar una función determinada, al respecto la Enciclopedia jurídica mexicana rescata de George Jellineck cuando sostuvo que, una asociación presupone la necesidad de una voluntad unificadora la cual únicamente puede devenir del individuo, para que dicha voluntad sea la de una asociación, en ese sentido el órgano tiene por objeto ser el instrumento de la ejecución material de los actos.<sup>172</sup> La visión señalada se perfecciona desde la visión positiva de Kelsen, en tanto trata de enmarcar la forma en que la norma da sustento al órgano, señalando que, el orden jurídico únicamente puede ser creado y aplicado por individuos designados por el mismo orden, no basta con la declaración que señale cuales individuos pueden ser parte de éste,

---

<sup>170</sup> ARNAÍZ Amigo, Aurora. “El Estado y sus fundamentos institucionales”, México, Trillas, 1995. P.49

<sup>171</sup> “Enciclopedia jurídica mexicana”, Tomo V, 2ª Ed. México, Porrúa, 2004 p.375

<sup>172</sup> “Enciclopedia jurídica mexicana”, Tomo V, 2ª Ed. México, Porrúa, 2004 p.375

también deben señalarse los procedimientos por los cuales los individuos se hacen órgano.<sup>173</sup>

Al respecto configura el pensamiento de Acosta Romero para dar un sentido a la doctrina, el cual observa al órgano como un ente colectivo diseñado para expresar la voluntad de la sociedad, al cual se le otorgan funciones de representación y administración, encargándoles la ejecución de obligaciones, dichos órganos varían en cuanto a estructura y facultades, ya que dentro de ellos podemos encontrar a las funciones tradicionales del Estado (Ejecutiva, Legislativa y Jurisdiccional) hasta el ayuntamiento, organismos descentralizados, elementos autónomos, consejos de administración, etc.<sup>174</sup>

En armonía con la doctrina señalada, Serra Rojas señala la necesidad de asociaciones las cuales se orienten hacia el desarrollo del fin común, haciendo hincapié en la necesidad de asimilar metafóricamente el concepto ya que el propio Estado supone una realidad orgánica viva, señalando además que el órgano es una esfera de competencia.<sup>175</sup> Sin embargo, encuentra la necesidad de particularizar el significado de órgano, desde un punto realista del Derecho señala atinadamente que este es la conjunción de funcionarios, empleados públicos y los propios particulares, quienes desarrollan la actividad del Estado encaminada a satisfacer necesidades generales o de una manera general, todos los fines de la vida social a través de una estructura especial conformada por el derecho.<sup>176</sup> Desde el punto de vista de la Teoría del Estado, particulariza que, un órgano es una esfera de competencia por medio de la cual se manifiesta la actividad del Estado como unidad jurídica a través del conjunto de personas que tienen a su cargo cumplir los mandatos, incluido el titular o titulares a

---

<sup>173</sup> KELSEN, Hans. "Teoría general del Derecho y del Estado" Trad. Eduardo García Máynez, 2ª ed. México, UNAM, 1958. p. 232.

<sup>174</sup> "Enciclopedia jurídica mexicana", Tomo V 2ª Ed. México, Porrúa, 2004 p.375.

<sup>175</sup> Ídem.

<sup>176</sup> SERRA Rojas, Andrés. "Derecho Administrativo: Doctrina, legislación y jurisprudencia", 15a. ed. México, Porrúa. Tomo I. 1992. P.26



quienes se les da la dirección del órgano para que éste pueda cumplir sus propósitos dentro del orden jurídico. Siendo así, una persona o institución a quien se encomiendan aplicaciones parciales de la ley, cuyos elementos trascendentes son, por un lado, la estructura que se le confiere y, por otro, la finalidad que la ley le asigna.<sup>177</sup>

Sobre la misma tesis, podemos complementar agregando la visión del jurista Ernesto Gutiérrez y González, ya que manifiestamente, hizo hincapié en señalar que los actos jurídicos del Estado no los realizan los órganos, se realizan mediante el personal (personas físicas designadas temporalmente), quienes se encargan de su manifestación material. Particularizando sobre la Función Judicial su naturaleza jurídica al ser un órgano del aparato judicial, así como los órganos, sub-órganos y dependencias del Estado no son personas, son entes jurídicos cuyo actuar se activa a través de personas físicas, para que materialmente realicen las funciones del Estado.<sup>178</sup>

Que al tenor agrega sobre el Ejecutivo Federal, las secretarías y los departamentos de Estado no son personas, el Ejecutivo es un órgano del Estado y las secretarías son sub-órganos del órgano ejecutivo. Así como los integrantes del Congreso, quienes son personal del Órgano Legislativo.<sup>179</sup> La visión de Gutiérrez y González responde a un punto de vista objetivo y realista, a través del cual él trata de motivar el reconocimiento de la separación que debe existir entre los Órganos del Estado y su operar a través de lo que él mismo nombra personal, sin distinción de cargos. Dicha visión fue motivada en relación a la crítica al momento jurídico por el que pasaba la Nación Mexicana, dado que, a su visión, la discrecionalidad y la ambigüedad normativa había desembocado en lo que señaló como “caprichos presidenciales violatorios de la Constitución (...) el presidente es el todo poderoso del país, los legisladores y los jueces sin importar su categoría sólo se mueven hacia el lado

---

<sup>177</sup> SERRA Rojas, Andrés. “Teoría del Estado” México, Porrúa, 1990. p.p. 219.221

<sup>178</sup> GUTIERREZ y González, Ernesto. “Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo Mexicano”, México. Porrúa. 1993 pp. 94-96.

<sup>179</sup> Ibidem, pp. 169-170.

que el titular del ejecutivo les determina, no hay igualdad ni autonomía entre los tres poderes”<sup>180</sup>

Para Hans Kelsen, el concepto de órgano se encuentra desligado del significado gramatical de la palabra y únicamente debe entenderse por órgano, el significado que la ley le otorga a aquel, por lo que, la persona que cumple una función determinada y específica por el orden jurídico tiene el carácter de órgano. Tales funciones sean de creación o de aplicación de normas tienden, en última instancia, a la ejecución de una sanción jurídica. Es órgano en tanto realiza una función creadora o aplicadora del derecho<sup>181</sup>; siendo así, elimina todo carácter subjetivo de la definición de un órgano, enmarcándolo en el alcance que la ley le puede dar, teniendo como resultado que, también se encuentre sometido de forma íntegra al cuerpo legal que le da fundamento, agregando de forma clarificadora que, se es órgano únicamente cuando tiene un cargo jurídico específico, debe ser nombrado o electo para desempeñar dicha función.<sup>182</sup>

La visión aquí plasmada tiene un amplio grado de importancia, ya que desde la elaboración doctrinal contempla la realidad física de la integración de los órganos, desde una interpretación particular, podemos decir que desmitifica la naturaleza metafísica del órgano y lo plasma en el mundo físico, haciendo hincapié en que dicha categoría es operada por sujetos de derecho conferidos al cargo, no dejando oportunidad a la visión cuasiromántica de la naturaleza del órgano. Agregando que, la naturaleza del órgano se desenvuelve anotando al aparato burocrático como concepto material mientras que el concepto formal incluye a todos los individuos incluso a los que sin ser órganos del Estado se encuentran sometidos al orden jurídico.<sup>183</sup>

Por lo anterior, podemos afirmar que un órgano es un ente colectivo estructurado creado por una norma jurídica, la cual lo dota de obligaciones vistas como

---

<sup>180</sup> GUTIERREZ y González, Ernesto, op.cit., nota 178, p.p.111-113

<sup>181</sup> KELSEN, Hans, op.cit., nota 173, p. 229

<sup>182</sup> Ibidem, p. 230

<sup>183</sup> KELSEN, Hans, op.cit., nota 173, p.231

atribuciones y funciones, que deben perseguir los fines de la sociedad, siendo necesariamente parte de la estructura del Estado. Por lo que, se dota de facultades a los individuos encargados de desarrollar los actos para los cuales el órgano fue creado. Sin embargo, el principio de división de poderes, el cual es base de la estructura del Estado, no puede sustentar de modo absoluto categorías del derecho público están ancladas en la lógica de otro paradigma, tampoco se puede razonar de modo simple y esquemático la relación entre la división de poderes y el régimen de Derecho Administrativo y las prerrogativas de los órganos del Estado. Como hemos podido advertir en el caso de las prerrogativas, su existencia no se puede validar simplemente afirmando que son herramientas legítimas para concretar el interés público al servicio de la administración pública y que por ello están amparadas por la división de poderes. Tal afirmación es una condición necesaria pero no suficiente desde una perspectiva sistémica protectora de los derechos fundamentales. La reconfiguración de la noción de soberanía y de la división de poderes tornan obsoletas y deslegitiman las bases sobre las que descansan las prerrogativas clásicas de la administración pública.<sup>184</sup>

Para su comprensión doctrinal, los órganos pueden clasificarse en dos, los primeros son los órganos mediatos, los cuales son una consecuencia inmediata de la asociación, dicho en otras palabras, son los que se encuentran enunciados dentro del texto constitucional, mientras que los órganos mediatos son los que encuentran su creación en normas secundarias.<sup>185</sup> Por su parte, Hans Kelsen perfecciona el pensamiento haciendo visible la prelación que existe entre órganos, dado que para él, un órgano es superior a otro si el primero es capaz de emitir normas que obliguen al segundo.<sup>186</sup> Dicho orden lógico tiene mayores alcances, dado que en esa medida podemos también ayudarnos a determinar tanto cuales son los órganos que pertenecen a cada una de las funciones del Estado como la separación de éstos en relación con la

---

<sup>184</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, “Derecho Administrativo en transición” Astrea, Argentina, 2016 p.66-67

<sup>185</sup> “Enciclopedia jurídica mexicana” Tomo V 2ª Ed. México, Porrúa, 2004 p.376

<sup>186</sup> KELSEN, Hans, op.cit., nota 173, p. 232

autonomía constitucional, dado que dichos órganos no se encuentran sujetos al organigrama de alguna de las funciones estatales clásicas.

A modo de conclusión para el concepto de órgano, podemos sostener que, siendo la herramienta que desempeña una función imputada al Estado,<sup>187</sup> el actuar del órgano se encuentra siempre sometido al orden jurídico que le da fundamento y conserva al Estado. Agregando el dicho sostenido por Serra Rojas que, La conservación del Estado supone el buen funcionamiento de su maquinaria administrativa, supone, la existencia de una sana economía.<sup>188</sup>

### **2.1.1. Competencia y función del órgano ejecutivo**

Es útil reducir el concepto de función a un carácter minimalista ya que nos permite entender de manera general su espectro, por ello podemos describir a la función como una singular actividad del Estado, revelando una primera diferencia con la competencia, la cual en su descripción más reductiva es el conjunto de atribuciones que tiene un órgano. Si bien la doctrina se ha encargado de romper el sinónimo entre la función ejecutiva y el órgano ejecutivo señalando que cada órgano puede contener diversas funciones,<sup>189</sup> a la luz de el postulado inicial, esto no parece contener una armonía lógica. Desde un análisis crítico, es prudente sugerir un panorama que se adecúe de forma armónica, señalando a la Función como la actividad singular del Estado, esto es por ejemplo la Función Ejecutiva como actividad singular, la cual para el desarrollo de sus actividades dentro de su competencia existen facultades materialmente diversas, las cuales pueden tener características similares a las legislativas y judiciales. Interpretación que no provoca un rompimiento con la división de poderes ni con la jerarquía de normas.

---

<sup>187</sup> Ibidem, p. 230

<sup>188</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p.27

<sup>189</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, op.cit., nota 53, p.36

Lo anterior se sostiene y encuentra corroboración a través de lo desarrollado dentro del capítulo previo, dado que, de entre las funciones de un órgano, aquellas cuya naturaleza material es distinta a la naturaleza formal únicamente afectan al desarrollo interior del órgano. Por ejemplo, las funciones administrativas que realizan tanto el órgano judicial como el órgano legislativo únicamente se desenvuelven al interior del órgano. Continuando con el ejemplo las funciones reglamentarias del órgano ejecutivo, se subordinan a las normas emanadas del legislativo, son derogadas por la publicación de una norma especial posterior referente a la misma materia, son aplicables únicamente a casos concretos permitidos por una ley superior y finalmente no tienen un proceso legislativo por el cual pueda sostenerse que devienen de la voluntad general. Del mismo modo, los actos discrecionales que realiza la Función Legislativa no pueden sostenerse como un producto devenido de la voluntad general.

#### **2.1.1.1. Competencia**

La competencia es el conjunto de atribuciones que concentra un órgano,<sup>190</sup> como hemos desarrollado, la actividad estatal es de una amplia complejidad, el Derecho se ha encargado de delimitar los actos del Estado, para dividirlos en las diversas funciones. Para su mayor comprensión e identificación la competencia concentra las atribuciones específicas que puede desempeñar cada una de las Funciones de éste, la cual se nutre a través de la función, siendo esta la descripción de una singular actividad del Estado.<sup>191</sup>

Como se señaló dentro del capítulo anterior, existen complicaciones doctrinarias que incluso se han vuelto tema de controversia en la SCJN al momento de describir las funciones que se desempeñan en el Estado dentro del ámbito de la competencia de cada uno de los órganos. Por ello, por ejemplo, dentro del ámbito de competencia del Poder Legislativo podemos encontrar que éste no desarrolla

---

<sup>190</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. op.cit., nota 53 p.36

<sup>191</sup> Ídem.

únicamente funciones legislativas, sino que tiene a su cargo el desarrollo de funciones que doctrinariamente pudieren ser descritas como funciones judiciales o funciones administrativas, que si bien, la doctrina carece del carácter vinculante que ubique dichas aptitudes, contiene un carácter descriptivo que puede ayudarnos a dilucidar su entendimiento, sin que sea obstáculo para la corroboración de la competencia por la sumatoria del conjunto. De tal suerte que se abre una puerta argumental que nos permite justificar el ejercicio de la revisión judicial al menos tratándose de la conformidad jurídica con el cuerpo normativo en sus conjunto.

Por tanto, como elementos mínimos de la definición de competencia, podemos catalogarla como el conjunto de facultades necesarias para la realización de la labor del Estado, que enmarcan y dividen la actuación de sus órganos, sin importar la naturaleza formal o doctrinal de éstas.

El ámbito de competencia se distingue por ser la atribución primordial del órgano, en el mismo orden de ideas las funciones pueden corresponder a dos diferentes naturalezas: una formal y otra material. Las formales se distinguen para enmarcar el ámbito de la competencia; mientras que las materiales encuentran su necesidad de distinción en la doctrina para entender la naturaleza de la acción, sin embargo llevar dicha interpretación al sistema judicial puede representar obstáculos al sistema de pesos y contrapesos del Estado, así como principios básicos de derechos humanos.

Por lo tanto, el ámbito de competencia del ejecutivo para su operatividad tiene a su cargo también funciones formalmente administrativas, mientras que materialmente desempeña funciones que son judiciales y legislativas, sin embargo, como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, ese dicho no puede ser sostenido con facilidad, ya la emisión de reglamentos (función llamada materialmente legislativa) se encuentra subordinada siempre a ser un medio de ejecución particular de una norma superior a la cual presenta subordinación; su vigencia se encuentra sometida a que la función legislativa no cree una norma sobre el mismo tópico, ya que eso derogaría al

reglamento; y éste no puede contravenir de modo alguno las normas existentes sobre la misma materia ni las normas superiores del mismo sistema jurídico.

### **2.1.1.2. Función**

Toda actuación por razón del fin jurídico en su doble esfera, privada y pública, a través de procedimientos de técnica jurídica encaminada a desarrollar los principios generales, permitiendo así al Estado el cumplimiento de sus atribuciones, para su mejor comprensión, se puede resumir como la actividad delimitada jurídicamente dirigida a un fin concreto y determinado, mediante la descripción lógico-jurídica.<sup>192</sup>

La función administrativa puede ser estudiada desde el punto de vista formal y desde el punto de vista material; desde el punto de vista formal u orgánico, se toma en cuenta únicamente el órgano que emite los actos y prescinde de cualquier otra estimación; el punto de vista material considera la naturaleza interna del acto definiéndolo a través de la observación de sus caracteres propios o naturales.<sup>193</sup>

Es importante realizar la aclaración sobre un así llamado “catálogo de las funciones”, dado que no existe un consenso general y acabado dentro de la doctrina, sino parámetros que nos ayudan a identificarlas, de tal manera la división puede ser muy vasta, por ejemplo: por la naturaleza de sus elementos pueden dividirse en funciones políticas y funciones administrativas,<sup>194</sup> identificando a las funciones políticas como la actividad de los órganos supremos del Estado que ejecutan y aplican la Constitución en actos como la declaración de Estado de Guerra o el nombramiento y separación de Ministros, separándose de las funciones administrativas, por ser las que se refieren a la aplicación de leyes y reglamentos del poder Ejecutivo del Estado y de

---

<sup>192</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, pp. 39-40

<sup>193</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p. 60

<sup>194</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, op.cit., nota 53p.37

las administraciones locales con el fin de satisfacer las necesidades públicas, o sea desarrollan las actividades jurídicas individualizadas y concretas.<sup>195</sup>

#### **2.1.1.2.1. Consideraciones sobre la función pública**

Como fue particularizado, sobre la función política responde a la actividad de los órganos supremos del Estado, que ejecutan y aplican la Constitución en relación a sus altos intereses, referente a nombramientos y separaciones, por ejemplo, los ministros y embajadores, la declaración de estado de guerra,<sup>196</sup> ya que se presumen como las concernientes a la seguridad y orden público del país<sup>197</sup> y en la doctrina se les separa de la función administrativa por concernir a ésta la aplicación de leyes y reglamentos, así como de los agentes de gestión, con el fin de satisfacer necesidades públicas y que originan, extinguen o modifican situaciones jurídicas objetivas.<sup>198</sup>

No podemos evitar señalar que el órgano Ejecutivo únicamente pueda actuar según el principio de legalidad, por ello las funciones políticas también son la ejecución de las normas que enmarcan la actuación de la Función Administrativa, por lo tanto, la tesis que plantea un trato distinto dentro del mundo jurídico a las funciones políticas solamente puede ser sostenida si selectivamente ignoramos la existencia del principio señalado. De una manera general, podemos decir que no existe una discrecionalidad absoluta en lo administrativo, pues para ejercer una función, ésta ha de ser contemplada dentro de la competencia del órgano que la realiza<sup>199</sup> El Estado se encuentra investido por una relación de poder-deber, ello implica que la representación política de un Estado Constitucional debes ser siempre entendida y limitada normativamente.<sup>200</sup>

---

<sup>195</sup> Ídem.

<sup>196</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, op.cit., nota 53, p.37

<sup>197</sup> Ibidem, p.41

<sup>198</sup> Ibidem, p.37

<sup>199</sup> Ibidem, p.38

<sup>200</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.218



### **2.1.1.3. Observaciones a la Competencia y la Función**

La competencia y funciones de las Funciones del Estado responden no a una doctrina estricta del Derecho, sino a la necesidad que presenta cada uno de los órganos al momento de ejecutar su labor, así como la obtención de facultades a través de la evolución natural del Derecho y las presiones políticas que los titulares de los órganos han ejercido para aumentar su espectro de acción.

La visión material de las funciones puede separarnos de la realidad desde la que se desenvuelven las funciones, existe en la vida estatal una trama compleja la cual debe ser reconocida y diagnosticada de forma adecuada, imposible mantener un criterio purista del Derecho, sin que se vuelvan manifiestamente evidentes las contradicciones entre aplicación, la interpretación e incluso con la norma. Por ello existe una manifiesta necesidad de describir a los actos del Estado, no únicamente con un criterio geográfico (desde el órgano que emanan) sino deben pasar por un análisis racional que identifique las características que los componen, de tal suerte que cada acto pueda ser corroborado a través de la herramienta jurídica de control adecuada. Dejando en el pasado los criterios anacrónicos a través de los cuales únicamente se puede llegar a resultados.

### **2.1.2. Atribuciones del órgano ejecutivo**

El órgano que ejecuta la ley, para concretarlo en casos particulares, que la actualiza en determinado momento, circunstancia y oportunidad de su aplicación, es el encargado de desempeñar la Función Administrativa, para lo cual dispone de medios jurídicos y materiales que hacen posible la determinación particular o subjetiva de la ley, con el objetivo de proveer el mantenimiento de los fines públicos, ejecutando sus determinaciones a los casos particulares que se le presentan.<sup>201</sup>

---

<sup>201</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p.217

Es un hecho invencible que todo poder en manos de la Administración tiene fundamento y existencia únicamente en el Derecho. Esto implica por definición, que debe estar sometido a estándares jurídicos.<sup>202</sup>

- Principios Sustantivos: Los principios sustantivos determinan un objetivo a perseguir o un valor a proteger.<sup>203</sup>
  
- Principios de discreción: Guían la discrecionalidad que ejerce el operador, estipulando qué tipos de valores debe tener en cuenta al ejercer sus competencias. Se puede elegir siempre dentro de los límites del Derecho y, estos a su vez, exigen a la administración y a los jueces que se resuelvan sobre la base de razones, las cuales nunca pueden ser arbitrarias o irracionales.<sup>204</sup>

Dado el uso del lenguaje puede aparentarse la existencia de un conflicto semántico, al cual, para efectos de este trabajo, se encontró como solución la individualización del concepto “Función Administrativa” el cual se identifica con el concepto conocido de forma clásica como “Poder Ejecutivo” distinguiéndose del concepto “función administrativa” el cual alude a algunas de las atribuciones del Órgano Ejecutivo o de las distintas Funciones del Estado cuando el producto de los actos realizados sea generado través de la ejecución de normas. La función administrativa es la actividad del Estado, dirigida a la aplicación y conservación del orden jurídico y social , conjuntamente la prestación de servicios públicos,<sup>205</sup> sus

---

<sup>202</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.216

<sup>203</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.217

<sup>204</sup> Ídem.

<sup>205</sup> Como se ha señalado de manera reiterada, dentro del desarrollo de este trabajo y otros afines, la Constitución Nacional alude a un Poder Único el cual para su ejercicio se divide en Funciones. Por lo que el concepto Poder Ejecutivo, en realidad hace referencia a la Función Ejecutiva dividida de éste para su ejercicio. Así como el concepto Órgano Ejecutivo se refiere a la asociación humana de carácter jurídico diseñada para accionar las funciones correspondidas constitucional y normativamente a la Función Ejecutiva.

funciones también son divididas en la teoría como funciones políticas y funciones administrativas, así como en actividad jurídica y actividad social<sup>206</sup>, sin embargo, nos es imposible dejar de notar qué, cualquiera que sea la clasificación de las funciones del órgano ejecutivo, todas son la ejecución de una norma sin excepción, por ende, todas son funciones jurídicas y que, por el principio de legalidad, no puede ejecutar función alguna que no se encuentre estrictamente señalada en la ley.

Para el enfoque denominado formal, se alude de forma exclusiva al órgano ejecutivo quien es el encargado de desempeñar la función administrativa, por lo que todos los actos jurídicos que tiene a su cargo se denominan actos formalmente administrativos,<sup>207</sup> la visión formal es rígida si nos atenemos a los principios constitucionales.<sup>208</sup> Sin embargo desatiende la naturaleza material de los actos, utilizando así, un criterio cerrado que no atiende al panorama de elementos existentes dentro del Derecho. Remarcando que cualquier análisis doctrinal, es no sólo descriptivo, sino también puede verificar finalidad, relaciones entre eficiencia, realidad, acción, ética, etc. y su función utilitaria nos ayuda a desmenuzar la naturaleza de los actos, sin embargo, de ningún modo puede ser vinculante, si el operador jurídico no le otorga el grado de pertinencia o la importancia necesaria, ya sea porque la misma doctrina es opinable (bajo el criterio del operador jurídico). Como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, se carece de elementos primordiales que particularicen al derecho o que le den un marco positivo, por lo que la forma correcta de enunciar a las funciones del Estado, es como “metafunciones” dado que cada actividad Estatal, en tanto contenido como ejecución es independiente de la Función del Estado que la realiza, ya que se encuentra materialmente ligada a los elementos que la conforman, por ejemplo, la actividad reglamentaria de la Función Ejecutiva, conlleva elementos de creación legislativa, sin embargo carece del proceso de aprobación legislativa, así como

---

<sup>206</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p.220

<sup>207</sup> Ibidem, p.218

<sup>208</sup> Ibidem, p.219

de generalidad, encontrándose sujeta al perfeccionamiento de otra norma, teniendo por objetivo es describir los pasos ejecutorios del acto jurídico al que se encuentra sujeta.

La jurisprudencia señala sobre los reglamentos que provienen de la función ejecutiva como normas subordinadas, las cuales no expresan la voluntad general, sino que su función se centra en acatar las normas generales emanadas del legislativo, por lo que únicamente pueden desarrollar, pormenorizar o complementar a las normas generales.<sup>209</sup> Por lo anterior, es evidente que la facultad reglamentaria no responde al significado de función administrativa, dado que contempla elementos distintos, si la analizamos bajo la óptica formal desnaturalizamos el acto señalándolo como acto administrativo, lo cual no es preciso, sin embargo señalarlo únicamente como acto materialmente legislativo, también presenta problemas, dado que puede tener como resultado el arraigo de la Función Judicial limitando su pronunciamiento sobre dicha facultad. Evidentemente el fenómeno de las facultades es más complejo y no puede ser abordado por visiones doctrinarias limitativas, sino que deben crearse herramientas jurídicas que puedan observar y pronunciarse adecuándose a la naturaleza de cada uno de los fenómenos jurídicos.

Concentrarse en la extensión del Derecho a través de los diversos métodos de interpretación, así como la conformidad con los derechos reconocidos por la comunidad internacional, permitiría al resto de las funciones del Estado ejercer activamente el equilibrio de poderes, ya que es el propio sentido de la Constitución Nacional el que alumbró la existencia y necesidad de dicha herramienta. Sin embargo, utilizar la visión material o la visión formal, como elementos autoexcluyentes para analizar los actos de los órganos (visión que no se encuentra contemplada dentro de la normatividad nacional) en apariencia limitaría el actuar de las Funciones del Estado, sin embargo, en la práctica, permite a las instituciones un margen de discrecionalidad sin controles, se crean lagunas que permiten esquivar las facultades pertinentes del

---

<sup>209</sup> Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo IX, abril de 1999, Tesis 2ª. /J.29/99, p.70. Amparo en Revisión 1948/94.

resto de las funciones.<sup>210</sup> En realidad, el problema de las facultades no se encuentra en que tan amplias o reducidas son las posibilidades al tomar decisiones, tampoco en si se ajustan o no a las viejas descripciones específicas, sino en la ausencia de controles eficientes al momento de su ejercicio.

Por lo anterior es importante identificar a los elementos de la función administrativa, separándolos de la gramatical observación que los limita o relaciona de forma exclusiva a la actividad de la Función Ejecutiva, identificando las características más esenciales a los elementos jurídicos de la función administrativa, que son:<sup>211</sup>

- La subordinación al orden jurídico Estatal: Todas sus actividades deben estar sujetas a una norma que le permita la competencia.
- La finalidad de la función: Debe perseguir la realización de los fines del Estado.
- Los medios como se realiza la función: La serie de actos que realiza la administración necesarios para el desarrollo eficiente de su actividad.
- Los límites concretos de la función: La acción de la administración se determina por las facultades que la ley le otorga y la proyección del ejercicio de dichas facultades tiene efectos limitados que no deben alcanzar la proyección general.<sup>212</sup>

Dentro de la presunción taxonómica de las distintas actividades del Estado atribuidas al Órgano Ejecutivo, ordenando a través de parámetros que puedan organizarlas en grupos, encontramos, a la división que presupone dos grandes grupos.

Siendo el primero aquel que contempla a las “funciones comunes” compuesto por: las funciones de representación, las de fe pública, registro, información, estadística, inspección y tutela, así como la actividad técnica y económica.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p.223

<sup>211</sup> Ibidem, pp.223-224

<sup>212</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p.223-224

<sup>213</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. op.cit., nota 53, p.38

El segundo grupo contempla las “funciones especiales”, el cual se subdivide en condicionales y mixtas, basando dicha división en relación con los medios que utiliza para desempeñarse, a los fines y a la relación entre ambos, siendo las condicionales aquellas referidas a las funciones de propiedad y dominio público, así como a las de carácter militar, naval y aéreo. Mientras que las Mixtas son aquellas relativas a los servicios del Estado realizados de modo indirecto, como lo son las desarrolladas a través de empresas concesionarias.<sup>214</sup>

Una clasificación más particularizada en las cualidades de las actividades, divide a las funciones en cuatro grupos; el primer grupo el de las funciones encargadas de garantizar la seguridad, de las personas y las cosas, referido a las funciones de policía y militares; el segundo grupo es el de las funciones encargadas de velar por la utilidad colectiva, la propiedad nacional y comunal, dichas funciones incluyen aspectos como los referidos a la difusión de la cultura, regular la impartición de la enseñanza; el tercer grupo se refiere a las funciones encaminadas a la realización de los socorros públicos y la organización de la beneficencia oficial; el cuarto grupo se refiere a las que organizan los servicios financieros y la hacienda nacional.<sup>215</sup>

En cuanto a las funciones administrativas se refiere, es importante señalar que ninguna lista puede ser limitativa y en muchos casos completa, dada la diversidad de funciones encargadas al órgano administrativo, las cuales además de ser contempladas en el texto constitucional, éste mismo reconoce que no es limitativo y que leyes integrantes del mismo sistema jurídico pueden también ampliar las funciones encargadas a dicho órgano.

Se advierte que el acto administrativo, como acto jurídico de la función administrativa, puede ser catalogado como “acto administrativo garantista” cuando

---

<sup>214</sup> Ídem.

<sup>215</sup> ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, op.cit., nota 53, p.39

vincula simultáneamente la relación entre un deber de la autoridad y un derecho fundamental existente, con independencia de que el acto contribuya al reconocimiento o aumento de la esfera de intereses particulares, los restrinja o los extinga. Por ello en última instancia debe traslucir el doble propósito constitucional de garantía y eficacia, por lo que el estudio de los actos debe ser realizado atendiendo en la medida de lo posible la totalidad de su contexto. Lo que hace imposible que se deba administrar a espaldas de la justicia y por ello debe tener una función garantista de las libertades.<sup>216</sup> Siempre y cuando la actuación garantista se convierta en uno de los ejes rectores de la Administración.

Dada la naturaleza evolutiva del Derecho y su modificación por medio del trabajo constante de los órganos legislativos, los cuales en ocasiones operan sin tomar en consideración la doctrina jurídica, no es posible crear una lista de las atribuciones del órgano Ejecutivo, sin que en algún punto parezca una lista limitativa, por ello es importante describir elementos que la conforman, sin que sea entendida dicha descripción como una de corte limitativo,<sup>217</sup> por ello, en lugar de hacer una cita del Artículo 89 constitucional,<sup>218</sup> y por principio de utilidad, es preferible enunciar axiomas

---

<sup>216</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel. “La Nulidad de los Actos Administrativos”. Porrúa. México. 2007 p.280

<sup>217</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p.59-60

<sup>218</sup> Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes: I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. II. Nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado, remover a los embajadores, cónsules generales y empleados superiores de Hacienda, y nombrar y remover libremente a los demás empleados de la Unión, cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución o en las leyes; Los Secretarios de Estado y los empleados superiores de Hacienda y de Relaciones entrarán en funciones el día de su nombramiento. Cuando no sean ratificados en los términos de esta Constitución, dejarán de ejercer su encargo. En los supuestos de la ratificación de los Secretarios de Relaciones y de Hacienda, cuando no se opte por un gobierno de coalición, si la Cámara respectiva no ratificare en dos ocasiones el nombramiento del mismo Secretario de Estado, ocupará el cargo la persona que designe el Presidente de la República; III. Nombrar, con aprobación del Senado, a los embajadores, cónsules generales, empleados superiores de Hacienda y a los integrantes de los órganos colegiados encargados de la regulación en materia de telecomunicaciones, energía y competencia

mínimos por los cuales su funcionalidad sea la de darnos la capacidad para identificarlas, los cuales se enuncian de la siguiente manera:<sup>219</sup>

---

económica; IV. Nombrar, con aprobación del Senado, los Coroneles y demás oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales; V. Nombrar a los demás oficiales del Ejército, Armada y Fuerza Aérea Nacionales, con arreglo a las leyes. VI. Preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente o sea del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación. VII. Disponer de la Guardia Nacional para los mismos objetos, en los términos que previene la fracción IV del artículo 76. VIII. Declarar la guerra en nombre de los Estados Unidos Mexicanos, previa ley del Congreso de la Unión. IX. Intervenir en la designación del Fiscal General de la República y removerlo, en términos de lo dispuesto en el artículo 102, Apartado A, de esta Constitución; X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales; XI. Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, cuando lo acuerde la Comisión Permanente. XII. Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones. XIII. Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas, y designar su ubicación. XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales; XV. Conceder privilegios exclusivos por tiempo limitado, con arreglo a la ley respectiva, a los descubridores, inventores o perfeccionadores de algún ramo de la industria. XVI. Cuando la Cámara de Senadores no esté en sesiones, el Presidente de la República podrá hacer los nombramientos de que hablan las fracciones III, IV y IX, con aprobación de la Comisión Permanente; XVII. En cualquier momento, optar por un gobierno de coalición con uno o varios de los partidos políticos representados en el Congreso de la Unión. El gobierno de coalición se regulará por el convenio y el programa respectivos, los cuales deberán ser aprobados por mayoría de los miembros presentes de la Cámara de Senadores. El convenio establecerá las causas de la disolución del gobierno de coalición. XVIII. Presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter sus licencias y renunciaciones a la aprobación del propio Senado; XIX. Objetar los nombramientos de los comisionados del organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución hechos por el Senado de la República, en los términos establecidos en esta Constitución y en la ley; XX. Las demás que le confiere expresamente esta Constitución.

<sup>219</sup> SERRA Rojas, Andrés, *op.cit.*, nota 176, p.59-60



- a) Es una serie de funciones que la legislación le asigna al órgano Ejecutivo (sin que ello sea obstáculo para que en contexto pueda ser manifestada e identificada en el desarrollo funcional del resto de las funciones.
- b) Realizada bajo un orden de derecho público mediante la sumisión al orden jurídico.
- c) Busca el cumplimiento de los fines del Estado a través de la actuación de la autoridad, la cual se hace de oficio y con iniciativa para actuar.
- d) La limitación de sus actos se encuentran determinados por las características de éstos, los cuales deben ser: concretos, prácticos, particulares y de efectos limitados por las circunstancias.
- e) Sus medios son los actos materiales y los actos jurídicos de efectos limitados
- f) El ejercicio de un régimen de control o de policía, ya que sin este carecería de facticidad el orden jurídico administrativo (en tanto se refiera a la manifestación de la ejecución de las normas y la necesidad de una garantía de respeto).
- g) La realización de todos los actos materiales como antecedentes del acto jurídico o como medios necesarios que hacen posible el cumplimiento de la ejecución de la ley.

En cuanto a las pautas y los límites que guían y condicionan el obrar Administrativo, en un ejercicio preliminar podemos enumerar:<sup>220</sup>

- a) Que se ejerza dentro del marco de referencia normativo (Constitución, Tratados Internacionales, leyes y reglamentos) Deben ser observados incluso aquellos que no las regulan en concreto pero que emanan pautas de las cuales puedan ser aplicables según sea el caso.
- b) Que las medidas o cursos de acción no sean arbitrarios o irrazonables, armónicamente con el uso de los Principios Generales del Derecho que guían

---

<sup>220</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.219-221

el obrar estatal y el grado de desarrollo argumental. Para ello se debe exigir una motivación racional, lógica e intensa. A juicio de Calamandrei, la motivación constituye el signo más importante y típico de la racionalización de las funciones del Estado. El simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no sólo para los destinatarios directos de la misma, sino al mismo tiempo e invariablemente para terceros, comporta para el autor aquella exigencia de un principio o un *plus* de justificación del acto y una mayor exposición de éste a la opinión.

- c) Identificación de “pisos mínimos” los cuales son umbrales que se presentan como una frontera a la discrecionalidad de los Poderes Públicos, de los cuales el mínimo control judicial debe ser su observación.
  - a. Las prioridades que puedan establecer los mandatos normativos, por ejemplo, el interés superior del menor.
  - b. El grado de vulnerabilidad de ciertos ciudadanos, observar a qué afecte o las afecciones que puedan ser generadas a causa de la decisión.
  - c. Las posibles acciones u omisiones antijurídicas en las que pueda incurrir a la luz de los mandatos normativos.

En este contexto desde la Función Judicial se ha mantenido la afirmación que sostiene a la Función Administrativa como la que se encuentra en una mejor posición para evaluar la oportunidad, mérito y conveniencia, así como la forma en que hará efectivos los mandatos normativos de los que derivan los derechos fundamentales. Sin embargo, dicho argumento otorga una posición diferenciada sobre una labor que deben desarrollar las funciones en conjunto a través de diversos ejercicios de control. Dado que debe manifestarse como garantía mínima de respeto a los derechos humanos y al orden jurídico en general la posibilidad de hacer perfectibles los actos del Estado a través del análisis de la conformidad de éstos con el cuerpo normativo. Ya que en todo momento existe la limitante humana de la aplicación del Derecho a través de la posición personal de los operadores jurídicos.

### **2.1.2.1. Actividad Administrativa**

La Función Administrativa tradicionalmente es relacionada al poder ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a actos jurídicos concretos o particulares y lingüísticamente y judicialmente se han realizado esfuerzos para acotarla a dicha Función de Estado, sin embargo su localización y diagnóstico debe realizarse desde el menos la naturaleza material de los actos, de la cual se observa en un primer punto, tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros poderes públicos o con particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía y control.<sup>221</sup>

Dado que no es suficiente que el Estado exprese su voluntad en la ley, que es un acto creador de situaciones jurídicas generales, es necesaria una organización que ejecute la ley, que la concrete en los casos particulares, que la actualice determinando el momento, modos y circunstancias de su aplicación.<sup>222</sup> En virtud de que podemos encontrar actos materialmente administrativos dentro del desarrollo convencional del resto de las Funciones del Estado, los cuales son necesarios para la materialización de sus mandatos, por lo que un pensamiento formalista no debe ser obstáculo para que el principio de legalidad sea efectivo también tratándose de dichos actos Estatales.

### **2.1.2.2. Poder Administrativo**

Los Estados constitucionales no pueden desconocer que los derechos humanos forman parte de su programa normativo y su actividad se halla sometida a la estricta vinculación positiva del Derecho. El estado de derecho en la actualidad presupone la subordinación de los poderes públicos de cualquier grado a las leyes generales del país y también al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales

---

<sup>221</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, pp.58-59

<sup>222</sup> Ídem.

considerados constitucionalmente y, por tanto, en principio inviolables. La incorporación de dichos valores no constituye un rechazo a la tesis del positivismo, sino que invita a repensarlo desde la defensa y efectividad de los derechos fundamentales.<sup>223</sup>

A la Función Administrativa le corresponden por regla general las actividades de ejecución de las normas y los criterios jurídicos que devienen de las otras funciones del Estado, sin embargo, también le corresponden otras actividades de apreciación material distinta, como la facultad reglamentaria de corte materialmente legislativo, así como la resolución de controversias en materia fiscal, agraria, obrera que son materialmente jurisdiccionales.<sup>224</sup>

Siguiendo el criterio formal de la doctrina para la descripción del Derecho, debemos considerar a todas las funciones vistas en conjunto que se le han otorgado al así llamado Poder Ejecutivo dentro del Artículo 89 constitucional, así como las contenidas dentro del Art. 97 y las demás que dispongan las leyes, son pertenecientes a la función administrativa.<sup>225</sup> Toda acción administrativa concreta, si quiere tener la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico.<sup>226</sup>

Sin embargo, la doctrina ha decidido describir de forma precisa la naturaleza de las funciones, a través del criterio material, el cual se enfoca en los elementos propios de la función, considerándolo objetivo por su capacidad de particularizar la naturaleza jurídica de las funciones. De tal suerte que las funciones del Ejecutivo contenidas dentro del Artículo 97 constitucional tienen desde el punto de vista material una naturaleza Jurisdiccional.<sup>227</sup>

---

<sup>223</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.56-57

<sup>224</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p.42

<sup>225</sup> Ídem.

<sup>226</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.57

<sup>227</sup> SERRA Rojas, Andrés, op.cit., nota 176, p.42

## 2.2. Concepto de Facultad

El derecho subjetivo, conocido como capacidad o posibilidad normativamente hablando atribuida a una persona para ejercer por sí o por medio de representante una acción jurídicamente organizada, debe estar expresamente concedida por una norma jurídica, concepto que se mantiene a través de todas las legislaciones influenciadas por el Derecho Romano. Kelsen subordina la noción de facultad a la preexistencia lógica y temporal del derecho objetivo, ya que para él sólo existe el deber como modalidad de obrar normativamente, ya que la norma jurídica es la condición para un acto coactivo calificado como consecuencia jurídica. Y ningún derecho subjetivo existe como algo independiente del derecho objetivo.<sup>228</sup>

La Facultad resulta ser una función auxiliar determinada por el Derecho Objetivo, en cuanto éste pone a disposición del sujeto facultado las herramientas procesales tendientes a hacer efectiva, contra el obligado, una consecuencia jurídica.<sup>229</sup> La estricta vinculación positiva de la administración al Derecho sólo puede realizarlo expresamente, que por norma como resultado existe una condición necesaria pero no suficiente para legitimar su obrar, para ello se requiere un examen concreto y específico de valores de eficacia y eficiencia para examinarlos en la concreción y optimización de la tutela de los derechos. La razonabilidad guiada por los pisos mínimos requiere la observancia de los siguientes principios: pro homine, igualdad democrática, progresividad, no regresividad, confianza legítima, racionalidad, motivación intensa, moderación, coordinación, participación, proporcionalidad, entre otros.<sup>230</sup>

El desarrollo de la doctrina también identifica a las facultades bajo el sinónimo “potestades” dado que, El término potestad deriva del latín *potestas* cuya raíz *pot*

---

<sup>228</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.787

<sup>229</sup> Ibidem, p.788

<sup>230</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.51

significa poder, potestad, poderío, potencia, facultad, soberanía. En este caso se adjetiva al sustantivo como “administrativa” y constituye una parte sumamente discutible del objeto del Derecho Administrativo.<sup>231</sup>

Las autoridades deben gozar de facultades expresas para actuar, ello significa, que la permisión legal para desempeñar determinado acto de su incumbencia no debe derivarse o presumirse mediante la inferencia de una atribución, ya que la voz jurídica habilitante debe ser clara y precisa. En efecto la SCJN ha afirmado que las autoridades no tienen más facultades que las que la ley les otorga, pues si así no fuera fácil suponer implícitas todas las necesarias para sostener actos que tendrían que ser arbitrarios por carecer de fundamento legal.<sup>232</sup>

En el ejercicio de su competencia los órganos administrativos actúan en un plano evidentemente inferior de la pirámide jurídica, dictando los actos indispensables, necesarios, convenientes u oportunos, para la mejor satisfacción de las necesidades colectivas, dichos actos deben conformarse a las normas superiores de carácter reglamentario, legal o constitucional que establecen los límites dentro de los cuales pueden actuar los órganos de la administración pública.<sup>233</sup>

La motivación es el razonamiento de la autoridad en el acto administrativo de molestia, del porqué la conducta del particular se ajusta a la hipótesis fáctica prevista en la ley, según la cual fundamenta su actuación, lo que da explicación a que las consecuencias legales sean aplicables.<sup>234</sup>

Existe una clasificación tradicional de las facultades, la cual las divide en un primer grupo llamado Facultades regladas, a su vez divididas en Simples o de Arbitrio

---

<sup>231</sup> DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo” Ediciones Ciudad Argentina, 6ª ed. Argentina, 1997 p.169

<sup>232</sup> SÁNCHEZ Pichardo, Alberto C., op.cit., nota 68, p.88

<sup>233</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.788

<sup>234</sup> SÁNCHEZ Pichardo, Alberto C., op.cit., nota 68, p.88

y un segundo grupo llamado Facultades Discrecionales.<sup>235</sup> De manera preliminar e introductoria podemos señalar que se describen de la siguiente manera:

De manera provisional, como necesaria introducción podemos señalar acerca de las facultades discrecionales especialmente tratando la naturaleza de la potestad que confieren, dado que, no es en sí discrecional, sino su ejercicio es el que posee dicha característica, por lo cual, no puede sostenerse que el acto, como resultado procedimental de tal ejercicio sea en sí discrecional. La relatividad de la clasificación se encuentra en el concepto discrecional, ya que no es convencional y la doctrina se encuentra lejos de un consenso.<sup>236</sup> Siendo identificables cuando el acto a dictar no es el resultado único. La necesidad del cumplimiento normativo frente a determinadas condiciones de hecho compele al órgano administrativo la facultad o el poder de dictar o no el acto.<sup>237</sup> Así como la decisión sobre oportunidad y modo de dictar el acto, por ejemplo, el establecimiento de fechas de vencimiento. Cuando la ley faculta al órgano administrativo a adoptar una entre varias soluciones posibles. Cuando frente a una categoría de hechos o un hecho específico, el órgano administrativo encuentra que no existe una ley que determine su obrar. En este precepto la competencia sólo encuentra límites en la ley de su función y por las normas superiores contempladas en la Constitución.<sup>238</sup>

Las Facultades Regladas deben satisfacer los elementos del supuesto de hecho o hipótesis normativa, la Administración debe actualizar, sin más, las consecuencias que el precepto establezca, ya que en todo momento actúa la voluntad de la ley, no la de la Administración.<sup>239</sup>

---

<sup>235</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, p.23

<sup>236</sup> Ídem.

<sup>237</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.807

<sup>238</sup> Ídem.

<sup>239</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, p.24

En virtud del artículo 124 constitucional, las facultades federales deben estar expresamente señaladas, principio por el cual, las facultades conferidas a las entidades federativas se entienden como residuales dado que compete a ellas todo lo que no se encuentra señalado de forma expresa a la Federación, a su vez el orden local tiene la obligación de legislar y expresar dentro del orden jurídico local sus propias facultades. Sin embargo, la competencia presenta un desarrollo más complejo de lo que la norma en sí puede aclarar de primera vista. Ya que dentro del cuerpo constitucional también se desprenden una serie de principios respecto a la competencia que pueden enunciarse de la siguiente manera.<sup>240</sup>

Facultades atribuidas a la federación; las facultades que puede realizar se encuentran enunciadas de forma expresa, consignadas dentro del Art. 73, mientras que en oposición se enuncian prohibiciones a las entidades federativas, enunciadas en el contenido de los Arts. 117 y 118.<sup>241</sup> Es importante señalar que las primeras 29 fracciones del Art. 73 contiene las facultades expresas, mientras que la última establece facultades implícitas.

Facultades Atribuidas a las entidades federativas; naturalmente contemplan las facultades no señaladas a la federación, salvo las prohibiciones contenidas en el cuerpo constitucional, así como las que éste les señala de manera expresa.<sup>242</sup>

Facultades prohibidas a la federación; Por exclusión dicho término debería entenderse de forma directa señalado en el Art. 124, sin embargo, la Constitución en un esfuerzo por clarificar la dirección de la normatividad nacional, ya que de manera

---

<sup>240</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.23

<sup>241</sup> Ídem.

<sup>242</sup> Ibidem, p.22-23



enunciativa se pronuncia sobre situaciones como la dictaminación de normas que prohíban alguna religión.<sup>243</sup>

Facultades prohibidas a las entidades federativas: Se presentan en dos clases, Las prohibiciones absolutas, referidas a actos que jamás pueden realizar las entidades federativas; y las prohibiciones relativas, son actos que en principio se les prohíben a las entidades federativas, sin embargo, pueden ser realizados por éstas bajo la previa autorización del Congreso Federal. (a. 118)<sup>244</sup>

Facultades Coincidentes: Son las que tanto la Federación como las entidades pueden realizar, las cuales se encuentran establecidas de dos formas. De forma amplia cuando la Constitución enuncia tanto a la federación como a las entidades sin establecer bases o un criterio de discriminación sobre el ejercicio de éstas. (a.18 establece la facultad coincidente en el tratamiento de menores infractores); la forma restringida se entiende cuando la facultad se confiere a la federación y a las entidades, pero se concede a una de ellas la atribución para fijar bases o criterios de división. (art.3, señala a los órdenes de gobierno, sin embargo, la expedición de leyes relativas a la distribución de la educación queda a título del Congreso federal)<sup>245</sup>

Facultades Coexistentes: Cuando una parte de la facultad compete a la federación y otra a las entidades. Por ejemplo, la salubridad general y las vías generales de comunicación, ya que la salubridad local y las vías locales de comunicación competen a las entidades federativas.<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.24

<sup>244</sup> Ídem.

<sup>245</sup> Ídem.

<sup>246</sup> Ídem.

Facultades de Auxilio: Cuando la facultad es conferida a una autoridad y el mismo texto constitucional señala que el resto de las autoridades como auxiliares al desarrollo de ésta. (ministros de culto y templos a130)<sup>247</sup>

Facultades que emanan de la jurisprudencia: Dado que la interpretación constitucional corresponde al órgano Jurisdiccional, los razonamientos que la SCJN realiza sobre el texto pueden modificar el sentido de la disposición constitucional.<sup>248</sup>

Facultades Implícitas: Las que el poder Legislativo puede concederse a sí mismo o a cualesquiera de los otros poderes para ejecutar alguna de las facultades expresas, contenidas dentro de la fracción 30 del artículo 73 constitucional, al señalarse “para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión”.<sup>249</sup> Naturalmente existen requisitos para que las facultades implícitas puedan ser ejercidas los cuales se observan por la relación medio-fin, como primer requisito es que exista una facultad expresa que por sí sola sea imposible de ser ejercitada. Del mismo modo debe existir un reconocimiento por parte del Congreso de la Unión sobre la necesidad de la facultad implícita y finalmente el otorgamiento de dicha facultad al órgano de poder que la requiera.<sup>250</sup> Es importante aclarar que, de la interpretación de dicha fracción, de ninguna forma se entiende la autorización sobre la creación de facultades nuevas, ya que únicamente pueden versar sobre las facultades explícitamente contenidas en las fracciones previas, donde se enuncian las facultades expresas.<sup>251</sup>

---

<sup>247</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.25

<sup>248</sup> Ídem.

<sup>249</sup> Ibidem, p.28

<sup>250</sup> Ídem.

<sup>251</sup> Ídem.

Facultades Impositivas: Referidas al poder fiscal del Estado y a la exigencia del cumplimiento de obligaciones tributarias. Dado que, el Estado, con base en el Derecho puede establecer la obligación coactiva y sin contraprestación de efectuar una transmisión de valores económicos, en general en dinero, a favor de éste y de los entes menores subrogados a él, por un sujeto económico en virtud de una disposición legal, siendo fijadas las condiciones de la prestación, de un modo unilateral por el sujeto activo de la relación tributaria.<sup>252</sup>

Facultades Jurisdiccionales: Sobre las facultades jurisdiccionales del Órgano Administrativo, son señaladas por Burgoa como actos que en puridad procesal no son una sentencia, sin embargo, el producto de dichos actos es llegar a la resolución de una controversia jurídica.<sup>253</sup> En este sentido, se pueden tener dos juicios. El primero y comúnmente aplicado en la doctrina, asegura que la simple apariencia externa del acto es suficiente para llegar a la conclusión de que el órgano Administrativo ejerce funciones jurisdiccionales, aunque dicho acto no contemple todos los elementos del acto jurisdiccional en sí; mientras que el segundo debe sostener que si bien existe una verosimilitud en las características, el adolecer de algunas de éstas que son fundamentales, hace que el acto no sea jurisdiccional en sí mismo, haciendo hincapié en las palabras usadas por Burgoa “en puridad procesal no son una sentencia”

En un análisis doctrinal paralelo a la construcción argumentativa que han creado los sistemas jurídicos, Roberto Dromi, crea señalamientos desde un punto de vista que atiende al análisis que mezcla elementos de corte lingüístico, positivo y realista, señala los errores jurídicos en los que se ha enfrascado la evolución del Derecho al justificar la existencia de las facultades, en el sentido que se han separado de la naturaleza normativa de las que manan, señalando que, es equívoca la clasificación de las potestades administrativas en imperativa o de mando; ejecutiva o de gestión;

---

<sup>252</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.29

<sup>253</sup> BURGOA, Ignacio. “Derecho constitucional mexicano” 20ª Ed. México, Porrúa 2010 p.796

sancionadora y jurisdiccional. Explicando desde su perspectiva que, en primer término, las potestades no existen, sino que derivan del poder. En segundo lugar, porque las clasificaciones pueden ser útiles o inútiles, pero nunca tienen un auténtico rigor científico. Posteriormente plantea las preguntas: ¿qué diferencia hay entre potestad reglamentaria y reglamento (acto jurídico administrativo de efectos generales)? ¿qué diferencia hay entre potestad sancionadora y acto administrativo de sanción disciplinaria o contravencional? ¿qué diferencia hay entre potestad de gestión y ejecución propia del acto administrativo y de toda la actividad administrativa Estatal?<sup>254</sup> Dromi plantea dichas preguntas dado que quiere llevar al campo de la argumentación, la evidencia que le permita sostener a las Facultades como una ficción que se ha entendido en un sentido contrario al que deberían tener, ve como necesario desnaturalizar las facultades como un ejercicio de poder político y busca aterrizarlas en la realidad social, eliminando el mito que se encuentra conformado alrededor de éstas ya que las describe como mandatos de cumplimiento mandados de una norma habilitante, en lugar de potestades de pertinencia política.

A dichas preguntas, encuentra una respuesta única, señalando con la seguridad que le permite la observación realista “Indudablemente ninguna. Lo que se ve, y está en la experiencia diaria, son las formas o relaciones jurídicas que adopta el poder, dentro del orden normativo, o en su desenvolvimiento”.<sup>255</sup>

El desarrollo de sus observaciones responde armónicamente al pensamiento que señala al propio Derecho como una ficción desarrollada y activada por humanos, por lo que encuadra la racionalidad de los argumentos sentenciando que, “Más aún, con algunas diferencias, se califica a las potestades de irrenunciables, imprescriptibles, inalienables, intransferibles. Bueno, es preguntarse si el poder tiene esos caracteres o existen otras notas diferenciales en la potestad que no tenga el poder. La respuesta es obvia: si la potestad es irrenunciable, imprescriptible, inalienable, el poder también lo

---

<sup>254</sup> DROMI, Roberto, op.cit., nota 231, p.170

<sup>255</sup> Ídem.

será. Señalar la existencia de las potestades administrativas como poder público específico de la administración, importa reconocer también prerrogativas especiales para la legislación y la jurisdicción, que forman parte del poder y deberían llamarse potestades legislativas y potestades jurisdiccionales respectivamente”.<sup>256</sup> Por su parte, Sandalli considera que en el campo del acto administrativo (...) la acción administrativa se encuentra siempre condicionada -incluso cuando tiene carácter discrecional- a los fines institucionales. Distingue la autonomía de la voluntad, por permitir al particular todo lo no prohibido de la discrecionalidad, la cual debe ser una libertad reconocida sólo para los casos en que sea autorizada<sup>257</sup>

Bajo tal análisis, la potestad administrativa no puede ser vista como la facultad de dictar actos de mando, sanción, gestión, reglamentos o cualquiera de sus modalidades, por la ausencia de diferencia entre facultad y poder. Por ello no pueden determinarse diferencias que tengan el carácter específico para distinguir entre prerrogativas, potestades y poder. Con esta desnaturalización de la visión que se ha planteado sobre las potestades, se resalta su naturaleza abstracta, no siendo posible sostener que concede prerrogativas a la administración, ya que no pueden otorgar lo que es privado del poder, el cual es visto por Dromi como la capacidad primaria única e indivisible del Estado.<sup>258</sup> En contraposición, se puede observar que lejos de ser facultades, en sentido estricto, son obligaciones conferidas a la Función Administrativa sujetas al principio de legalidad.

La importancia del análisis citado tiene sus frutos en la ubicación de las facultades, ya que, su localización doctrinal y su base tópica vista como poder conferido a la Función Administrativa, ha sido el obstáculo que se interpone entre el ejercicio de las facultades y la posibilidad de realizar un control judicial sobre éstas.

---

<sup>256</sup> DROMI, Roberto, op.cit., nota 231, p.170

<sup>257</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R., PAREJO Alfonso, Luciano y RODRÍGUEZ Rodríguez, Libardo. Coords. “Protección de los derechos frente al poder de la Administración, libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría”. Colombia. Temis. 2014 p.130

<sup>258</sup> DROMI, Roberto, op.cit., nota 231, p.170

Lo anterior en relación con la afirmación resultante la cual expresa que las prerrogativas, derechos, atribuciones y facultades concretas nacen directamente del poder, que se materializa práctica, actualizada, y existencialmente en una orden, autorización, aprobación, permiso, sanción, dictamen, reglamento, etc., que innova respecto de los hechos y obligaciones de los administrados, respecto de las relaciones subjetivas activas y pasivas de los que están vinculados a la administración.<sup>259</sup>

En virtud de lo anterior, se sostiene de manera general que, el ejercicio de facultades puede reducirse al análisis por sus elementos lógicos, siendo todas éstas el resultado de un silogismo en el cual la premisa mayor se encuentra dada por una ley superior, mientras que la premisa menor se desarrolla por la adaptación normativa a hechos en los cuales debe sujetarse la aplicación del acto, especial y particularmente previstos para su aplicación.<sup>260</sup>

Si bien del silogismo anterior podría suponerse que únicamente se refiere a hechos concretos enunciados dentro del ordenamiento jurídico, es necesario aceptar que el orden jurídico no es un cuerpo acabado y estático, ello significa que en la práctica existen diversos supuestos que son variaciones a la aplicación de la interpretación directa o gramatical de la norma.<sup>261</sup>

### **2.2.1. Consideraciones sobre la teoría que sostiene la existencia de facultades legislativas del Presidente**

Ciertos nichos doctrinales han buscado desarrollar y posicionar la teoría por la cual se sostiene que la Función Ejecutiva posee facultades legislativas, las cuales como se ha visto en el desarrollo de este trabajo, se han calificado como cuasilegislativas, dada su naturaleza incompleta, la cual carece de elementos suficientes para ser

---

<sup>259</sup> Ibidem, p.171

<sup>260</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.788

<sup>261</sup> Ibidem, p.807

enunciadas como tales, ya sea por carecer de elementos de sustantividad, permanencia, supremacía. Dado que dichas facultades únicamente tienen por objeto la complementación de otras normas, para poder implementar su ejecución.

La enciclopedia Jurídica Mexicana ha identificado cinco supuestos, los cuales enuncia como:

- Situaciones de emergencia: Cuando previa suspensión de garantías individuales decretada por el Congreso, existe una causa enunciada a superar, por lo que se le otorgan facultades extraordinarias al presidente, para que éste pueda legislar durante el periodo relativo a la emergencia.<sup>262</sup> Es importante aclarar que, las medidas tomadas por la Función ejecutiva únicamente poseen un carácter temporal en tanto el plazo la declaración de suspensión se encuentre vigente. Ello necesariamente implica que las normas pierden su carácter vinculante una vez llegado el plazo. También se asimilan al concepto de complementación normativa con el objeto de implementar medidas sujetas a la normatividad nacional.
- Medidas de Salubridad: La Secretaría de Salud puede, en caso de epidemias de carácter grave o de peligro de invasión de enfermedades exóticas, dictar de forma inmediata las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser sancionadas por el Presidente de la República en acto posterior.<sup>263</sup> En armonía con lo anterior, implican la complementación de las normas vigentes y vinculantes, con la única diferencia que terminada la emergencia, el reglamento implementado por el ejecutivo puede ser sometido al escrutinio y votación de las cámaras para su asimilación al universo normativo.
- Tratados Interaccionales: El titular del órgano ejecutivo puede celebrar tratados internacionales, los cuales requieren la ratificación del Senado, los cuales forman parte del orden jurídico mexicano<sup>264</sup> Es importante aclarar que la

---

<sup>262</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.29

<sup>263</sup> Ídem.

<sup>264</sup> Ibidem, p.30

celebración de tratados internacionales para su perfeccionamiento y asimilación al universo jurídico nacional deben ser sometidos a la ratificación de la cámara alta, la función del ejecutivo es la negociación y su posterior publicación, responsabilidades que no pueden ser catalogadas como legislativas.

- Facultad reglamentaria: El desarrollo de la ejecución del cuerpo normativo a través de la complementación en detalle de los ordenamientos para adaptarlos a la realidad nacional.<sup>265</sup> Como ha sido mencionado, la facultad reglamentaria se encuentra sometida a la complementación operativa de alguna o varias normas a la que se encuentra sometida.
- Regulación de la Economía: La Constitución faculta al ejecutivo para regular los asuntos relacionados al comercio exterior, en relación con la economía del país y la estabilidad de la producción nacional. Las cuales cada año deben ser sometidas a la aprobación del congreso el uso que se ha hecho de dichas facultades.<sup>266</sup> La evidente redacción final de dicha facultad, revela de primera vista que la actividad se encuentra sujeta de forma directa a la aprobación del congreso, como cualquier proyecto normativo del ejecutivo y sin diferencia sustancial presentado al congreso, sin dejar de observar que la imposición de cantidades y formas de recaudación son facultad de la Función Ejecutiva. Acción que no representa una maquinación legislativa sino reglamentaria y, por tanto, de complementación para su operatividad por sujeción a una norma jurídicamente vinculante.

### **2.3. Facultad reglada**

Dentro de la nomenclatura jurídica, distintos operadores lingüísticos han sido utilizados para denominar a la facultad reglada, por ejemplo, por su calidad también se le conoce como acto vinculado, sin embargo, su significado generalmente aceptado, se

---

<sup>265</sup> Ídem.

<sup>266</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.31



enuncia como aquel acto del cual que se exige su cumplimiento al órgano administrativo de forma imperativa, desprendido directamente de la redacción del cuerpo normativo, como acto del cual manan parámetros normativos que dan vida a la ejecución del mandato, que contienen una obligaciones de naturaleza ineludible,<sup>267</sup> cuya implementación requiere un mínimo de interpretación por parte del operador, dado que aquel debe actuar conforme a lo normativamente establecido. En una primera descripción podemos observar que la facultad se encuentra ligada a la norma que le da origen, por ser el requisito indispensable de su existencia. Sin embargo, es importante mencionar de forma preliminar que, la atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la legalidad, es una forma de atribución aplicable a todos los casos.<sup>268</sup>

Sin embargo, dentro de la tradición jurídica, se ha señalado que son regladas cuando las facultades de las que se encuentra investido el órgano administrativo estén preestablecidas en la ley, de forma tal que contemplan su obrar, la obligación de obrar y la forma en que debe obrar, de tal suerte que no queda un margen de apreciación subjetiva del agente sobre el acto. Ello significa que las facultades se encuentran ligadas de forma total a la normatividad preestablecida.<sup>269</sup> Como es evidente, por el principio de legalidad, toda facultad debe estar contemplada dentro de una norma, sin importar cualquier otro tipo de característica descriptiva que la doctrina pueda crear. Sin embargo y pese a que por principio todas las facultades son producto de la norma, se ha puntualizado sobre la facultad reglada la característica de carecer de margen de interpretación o apreciación, pese al señalamiento racional que nos indica que, para su aplicación, todas las normas están sujetas al menos a la interpretación lingüística del operador jurídico.

---

<sup>267</sup> ACOSTA Romero, Miguel, *op.cit.*, nota 18, p.1115

<sup>268</sup> GARCÍA De Enterría, Eduardo. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo I” España, Civitas, 2000 p.452.

<sup>269</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.808

Para un mayor entendimiento sobre las potestades, es importante remarcar sobre el poder que contiene la ley sobre la agotadora determinación de cada una de las condiciones del ejercicio de la potestad, de modo tal que construya un supuesto legal concreto y una potestad aplicable en todos sus términos, y como resultado defina también sus consecuencias,<sup>270</sup> el cual ha sido requisito para ser determinada una facultad como reglada.

Los autores que admiten la existencia de las potestades administrativas en el sentido clásico, hacen grandes y plausibles esfuerzos doctrinarios, pero al fin equívocos, para justificar su autonomía y diferenciación con el poder, la autoridad, las prerrogativas, los derechos o atributos de la Administración o medios jurídicos de la Administración.<sup>271</sup> Del mismo modo que los esfuerzos realizados tratan de desnaturalizar los actos administrativos de su comprensión material. Desde dicho punto de vista, se puede observar como la potestad reglada reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, por tanto, aplicar en presencia de este, lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente. La decisión en que consta dicha libertad es obligatoria y no puede ser configurada libremente.<sup>272</sup> Sin embargo la base que construye el argumento señalado, revela una naturaleza que ha sido sintácticamente escondida en el debate sobre las facultades, dado que, con un enfoque apegado a la lógica, podemos observar que no son poderes ni facultades conferidos, sino obligaciones encomendadas, interpretación que guarda mayor armonía con el principio de legalidad así como de diversas garantías fundamentales aplicables.

Es así que podemos sostener lo erróneo en afirmar que la administración pública cuenta con potestades jurídicas para desarrollar su actividad y lograr los fines públicos estatales propuestos. La capacidad primaria del Estado (poder) para establecer los

---

<sup>270</sup> GARCÍA De Enterría, Eduardo. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op.cit., nota 268, pp. 452-453

<sup>271</sup> DROMI, Roberto, op.cit., nota 231, p.169

<sup>272</sup> GARCÍA De Enterría, Eduardo. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op.cit., nota 268, p.453

mandatos imperativos, necesita de ciertos atributos que la especifican dentro de su orden genérico y la fraccionan en facultades particulares. A esos atributos inherentes a la supremacía Estatal e indispensables para que la administración cumpla sus funciones de interés general, se les llama potestades administrativas, que no son sino aspectos del poder, de una capacidad superior de carácter formal y relacional al Estado. Se insiste en que no hay que confundir poder con potestad; aquél es lo genérico, este lo específico, como prerrogativa inherente a una función; así, se dice que las potestades constituyen un reflejo cualificado del poder general del Estado, pero no se las puede confundir con ese poder.<sup>273</sup>

### **2.3.1. Acto Reglado**

Consiste en el cumplimiento exacto de la obligación que impone la ley al órgano administrativo, por ejemplo, el jefe del Estado Mexicano no puede dejar de cumplir con la obligación de informar anualmente del estado que guarda la Administración Pública del país, en la apertura de sesiones ordinarias del Congreso de la Unión (Art.69 constitucional)<sup>274</sup> o, Todo acto administrativo debe sujetarse a las condiciones impuestas por la Constitución. Lo anterior se puede reducir como el producto del ejercicio y cumplimiento de una facultad reglada.

La distinción entre actos reglados y discrecionales fue aceptada como absoluta por los teóricos del siglo XIX, interpretación que permeó a diversas legislaciones y criterios jurisdiccionales, con la consecuencia de que sólo procedían los recursos en contra de los actos reglados, excluyendo a los discrecionales.<sup>275</sup> Es importante mencionar que la visión normativa del siglo XIX atendía a las necesidades del desarrollo de estructuras Estatales de carácter autoritario, devenidas de un contexto en el cual las monarquías aún tenían un peso sobre el desarrollo del Derecho. De forma

---

<sup>273</sup> DROMI, Roberto, op.cit., nota 231, p.169-170

<sup>274</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1115

<sup>275</sup> Ídem.

posterior, su asimilación fue práctica para los Estados, sin embargo, el desarrollo de los derechos humanos ha modificado la visión del Derecho como una imposición estatal, ampliando el equilibrio de poderes, así como la participación y la protección del individuo dentro del sistema jurídico.

Actualmente la disciplina jurídica acepta la distinción entre actos reglados y discrecionales, y por libre o limitada que se suponga, aún se ejercita una autoridad más o menos reglada. Pese a las dificultades que representa la delimitación del campo.<sup>276</sup> Lo anterior se refiere a que en general las facultades manan de la norma, por lo que aún en el mayor grado de discrecionalidad, se requiere que exista una norma preexistente. Ello quiere decir que, pese a que la distinción artificial entre facultades regladas y discrecionales sea parte de la tradición jurídica, no es en realidad parte de los textos normativos.

Aún en supuestos que por antonomasia se incluyen dentro de las facultades regladas, en algunos casos, las facultades de quien debe aplicar la norma serán discrecionales debido a la textura abierta del lenguaje. Esto distorsiona la idea bastante extendida de poder fundar un criterio diferenciador sobre la base argumental que crea la distinción “reglado-discrecional” al mismo tiempo no permiten sostener la existencia de una única respuesta correcta.<sup>277</sup> Existen elementos suficientes para observar la imposibilidad de dar *a priori* un trato diferenciado a las facultades, ya no sólo por no estar así dispuesto más que por la jurisprudencia, sino, porque todas las facultades tienen elementos que nos indican un grado de discrecionalidad, en el mismo tenor, todas tienen grados de sujeción a la norma.

En todo caso la función judicial, al crear dicha distinción y hacerla vinculante, ha invadido la esfera legislativa, por crear un estándar de distinción. Como también ha invadido la esfera ejecutiva al sancionar el cumplimiento de dicho estándar. Lo que

---

<sup>276</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1115

<sup>277</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.203

debería ser en si misma una contradicción desde el punto de vista del análisis doctrinal, dado que justifica su falta de acción al sugerir que de implementar la revisión judicial (en los casos en que decide abstenerse) es invadir esferas de las otras funciones.

Los actos Administrativos, sean de naturaleza reglada o discrecional, producen efectos similares a la creación, modificación, transmisión o extinción de situaciones jurídicas particulares.<sup>278</sup> Y si bien dentro del sistema jurídico mexicano, se ha señalado al amparo como medio de control al ejercicio de las facultades discrecionales, dicho instrumento jurídico no siempre responde a un recurso efectivo, dado que la SCJN matiza sobre el ejercicio de la revisión judicial. Puntualizando que la existencia de una norma habilitante justifica la necesidad de un control sobre los actos que se realicen producto de aquella, dado que la ausencia de parámetros de derecho diseñados para garantizar el apego a la voluntad del cuerpo normativo puede generar arbitrariedades.

#### **2.4. Facultad discrecional**

La noción de Estado Constitucional demanda integralidad y coherencia, dado que la actividad estatal para su desempeño necesariamente implica la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos en ellas establecidos; por tanto, la sujeción positiva del poder a las normas se orienta a garantizar los derechos fundamentales de las personas. Dicha convicción reposa sobre la piedra clave de los derechos fundamentales, los cuales vinculan a todos los poderes públicos.<sup>279</sup>

Dado que el proceso del quehacer administrativo exige la comprobación y apreciación de los hechos que determinan su obrar, es necesario observar un conjunto

---

<sup>278</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1115

<sup>279</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.4

de procedimientos y recursos para lograr su objetivo.<sup>280</sup> Siempre en virtud del principio de legalidad del Estado, el cual implica que únicamente puede realizar los actos que le están legalmente conferidos. Desde un plano analítico, la discrecionalidad pretende demostrar o significar la ausencia de normas precisas de en virtud de las cuales se pueda actuar o decidir, por lo que postulan una especie de antinomia entre la actividad reglada y la actividad discrecional. Dicho lo anterior nos permite identificar un plano bidimensional por el cual podemos deducir que, a mayor densidad normativa, mayor será el fortalecimiento de la actividad reglada y a menor densidad normativa se irá presentando la discrecionalidad en incrementos graduales.<sup>281</sup>

El concepto de Norma expresa diversos fenómenos, para el caso de las normas regulativas o prescriptivas, refiere a que tienen por objeto regular conductas y representan imperativos categóricos, de entre sus fenómenos nos interesa aquel que confiere poderes, dado el hecho de que la discrecionalidad se suele ubicar dentro de las mencionadas normas que confieren poderes, que también se puede ubicar por la falta de descripción de la norma, de su resultado e incluso de la consecuencia jurídica. Para Kelsen, las medidas que se adoptan en concreto son una actividad de especificación o desarrollo del Derecho existente, por lo que no le parece adecuado calificar a la actividad que se realiza, como una actividad de interpretación o netamente discrecional. Son normas que obligan a asumir la concreción de determinados fines, pero que no imponen determinados medios o no son exhaustivas sobre ellos. La norma asume la estructura hipotética condicional, en cuyo antecedente manifiesta un deseo y en el consecuente las posibilidades de hacer o no hacer para que su objeto sea alcanzado. Operan como mandatos de optimización ya que obligan a utilizar el medio considerado óptimo según sean dadas las circunstancias.<sup>282</sup>

---

<sup>280</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.813

<sup>281</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.74

<sup>282</sup> Ídem, pp.171-174

En un sentido preliminar amplio, la facultad discrecional es la potestad emanada de la norma que tienen los órganos del Estado para determinar su actuación o abstención, así como su decisión de actuar, el límite que le darán al ejercicio de dicha potestad, así como el contenido de la misma. El acto discrecional no es exclusivo de la rama administrativa, permea también en las ramas jurisdiccional y legislativa,<sup>283</sup> sin embargo, es pertinente mencionar que el caso en concreto a estudiar es la forma en que se desenvuelve en la rama administrativa en relación con la naturaleza de este trabajo. La diferencia entre las facultades regladas y discrecionales radica principalmente en la correspondencia entre el objeto del acto y las circunstancias de hecho exteriores a él. En el caso de las facultades regladas se precisan las circunstancias de hecho que deben dar lugar al acto, en oposición a las facultades discrecionales, en las que el acto puede darse libremente en cualquier situación de hecho, siempre y cuando tenga verdaderamente una situación de hecho que lo justifique y la apreciación sea razonable y proporcionada, etc.<sup>284</sup> Sin embargo, parece tener mayor propiedad reconocerla como la situación de derecho, que se presenta cuando la norma es incompleta y requiere de complementación para que sea implementada, cuya cumplimentación implica la elección de una forma de comportamiento de entre varias posibles, todas igualmente posibles dentro del marco habilitante del Derecho. Producto de un ámbito de acción y uno de decisión.<sup>285</sup>

El concepto de discrecionalidad es multívoco y complejo, por ello se encuentra plagado de ambigüedades<sup>286</sup> las cuales han operado de forma arrítmica dentro del sistema jurídico, no han sido pocos los asuntos que se han sometido a la interpretación de la función judicial tratándose de la discrecionalidad que puede ejercer el órgano ejecutivo. Sin embargo, los criterios han variado en relación con la oportunidad política y no a la coherencia jurídica. Por ello la doctrina se ha visto en la necesidad de dilucidar

---

<sup>283</sup> ACOSTA Romero, Miguel, *op.cit.*, nota 18, p.113.

<sup>284</sup> GORDILLO, Agustín, *op.cit.*, nota 49, p.323

<sup>285</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, *op.cit.*, nota 184, p.107

<sup>286</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, *op.cit.*, nota 216, p.25

clases dentro del actuar discrecional.<sup>287</sup> Sin embargo, sigue siendo importante remarcar que únicamente la doctrina se ha pronunciado por el tema y de forma poco extensa, de tal suerte que ha permeado milimétricamente en la interpretación del órgano judicial.

Su característica principal es la libre apreciación que se le da al órgano administrativo, con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad o razones determinadas, las cuales pueden ser apreciadas de forma circunstancial para cada caso concreto, bajo los límites que la ley consigna.<sup>288</sup> O bien, algunas de las condiciones de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho o bien en cuanto al contenido concreto dentro de los límites legales de la decisión aplicable o bien de ambos elementos.<sup>289</sup> Sin embargo, la visión señalada ignora la concepción que distingue a la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, los cuales son una representación lingüística de carácter jurídico, cuyo significado presenta signos de vaguedad o ambigüedad, sin embargo, al momento de su interpretación, admiten una solución única de entre las posibilidades que puede manifestar, ya que de entre las posibilidades que presenta la vaguedad, solamente hay un comportamiento que responde a los fines del concepto, al cual se llega a través de la interpretación. Estos se resuelven por la mera aplicación del Derecho.<sup>290</sup>

Los elementos señalados por la doctrina sobre la discrecionalidad pueden particularizarse como la libertad de apreciación y de decisión, debido a que existan lineamientos objetivos, propósitos o estándares susceptibles de aplicar a las circunstancias de hecho.<sup>291</sup> Es importante enunciar de manera enfática la aclaración de que el desarrollo que aquí se ha presentado, no pretende menospreciar la importancia de la actuación discrecional, y por ningún motivo se pronuncia en contra de ella, dada

---

<sup>287</sup> Ídem.

<sup>288</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1113.

<sup>289</sup> GARCÍA De Enterría, Eduardo. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op.cit., nota 268, pp. 452-453

<sup>290</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.107

<sup>291</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, p.25



su necesidad fáctica y la gama de posibilidades que permite dar atención pronta a las necesidades del Estado. Sin embargo, es más importante dentro de un sistema jurídico clarificar los sistemas de control sobre el actuar de los órganos del Estado y permitir siempre que los principios básicos anunciados como derechos humanos sean siempre aplicables a todos los actos del Estado y, por ende, todo el actuar del Estado sea controlable a través de la óptica de dichos elementos.

Entonces, la voluntad de la administración en el ejercicio de una potestad discrecional es en un primer momento el poder de elección entre el dictado de diversos proveimientos previstos por la norma, en un segundo momento expresa un poder de fijación de su contenido y en un tercer momento la potestad de elegir la modalidad a seguir en tales proveimientos, como la elección del tiempo y forma de la exteriorización. Señalando también que la administración pública no posee facultades para apartarse de las reglas de carácter técnico, por el contrario, debe ajustarse a ellas, dado que en sí mismas representan la satisfacción del interés público.<sup>292</sup>

Cuando el intérprete de la ley las asiente como el poder de apreciación libre que la ley reconoce a las autoridades administrativas sobre el contenido de sus actos o de sus acciones, entonces su visión les adjudica la posibilidad para ser de mayor o menor rango, ello resulta visible cuando la autoridad tiene la elección entre dos o más decisiones,<sup>293</sup> las cuales deben ser jurídicamente posibles. Las potestades discrecionales agregan al principio aplicativo de la ley una estimación subjetiva con la que completa el cuadro legal, que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Dicha facultad estimativa no es de carácter extra-legal.<sup>294</sup> Cuando el órgano administrativo, además de la facultad de obrar, se encuentra investido de elección para hacerlo, atendiendo a su oportunidad y discreción de su leal saber y entender, con el

---

<sup>292</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.814

<sup>293</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.14

<sup>294</sup> GARCÍA De Enterría, Eduardo. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op.cit., nota 268, p.453

objeto de lograr una mejor satisfacción de las necesidades colectivas. Dichas posibilidades pueden encontrarse en la ley de forma expresa o tácita.<sup>295</sup>

Por sus cualidades, la actuación puede existir con relación al hecho de la realización de la actividad, en relación con el contenido o disyuntivamente, de las cuales pueden desenvolverse cuatro situaciones diversas:<sup>296</sup>

- Actividad vinculada tanto con relación a la ejecución como con relación al contenido.
- Actividad vinculada en cuanto a la ejecución y discrecional en cuanto al contenido.
- Actividad discrecional en cuanto a la ejecución y vinculada en cuanto al contenido.
- Actividad discrecional en cuanto a la ejecución y contenido.

Sin embargo, no es un supuesto de libertad frente a la norma; más bien, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que, no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede el proceso aplicativo. No hay discrecionalidad al margen de la ley, sino sólo hay discrecionalidad en virtud de la ley y en la medida en que ésta haya dispuesto.<sup>297</sup> La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto o a un acto en bloque, únicamente puede referirse a alguno o alguno de los elementos del acto. (habla de actos y no de potestades desde la perspectiva de su impugnación; todo acto administrativo es resultado del ejercicio de una potestad. (debe ser)<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.808

<sup>296</sup> Ibidem, pp.811-812

<sup>297</sup> GARCÍA De Enterría, Eduardo. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op.cit., nota 268, p.454

<sup>298</sup> Ibidem.

La discrecionalidad refleja de modo bien perceptible el antiguo modo de gobernar, que parece prescindir de la ley y consagra la voluntad de los gobernantes como criterio último de decisión. Y es que en el fondo hay una indiscutible continuidad histórica entre los actuales conceptos de lo discrecional y lo reglado y de la primitiva sistematización de la actividad del Rey en dos bloques diferenciados, *gubernaculum* y *iurisdictio*.<sup>299</sup>

Diversas opiniones se han esgrimido alrededor del ejercicio de facultades discrecionales, desde su evolución histórica y nacimiento, se opinó que dicho ejercicio carecía de límites, sin embargo, aún en el ejercicio más amplio de facultades discrecionales existen límites que se desprenden del cuerpo normativo, por ejemplo, cuando el artículo 33 constitucional confiere la facultad para expulsar del país a extranjeros, el límite se encuentra en la realización o no de dicho acto,<sup>300</sup> así como de forma transversal se puede entender la necesidad Estatal de justificar dicha decisión de tal suerte que los criterios aplicados no contravengan el ejercicio de los derechos humanos consagrados en la Constitución, dentro del mismo orden de ideas, la facultad conferida por el Art. 89 fracción I consagrada a otorgar la potestad de emitir Reglamentos, el límite será también la realización o no de dichos actos,<sup>301</sup> así como la naturaleza de la materia al cual dichos reglamentos sean conferidos.

En el proceso material de formación del acto administrativo existe un momento que es donde tiene su imperio la discrecionalidad, donde debido a la eficacia, oportunidad y satisfacción, la autoridad debe emitir un acto para la satisfacción de necesidades concretas, en las cuales el grado de discrecionalidad se determina por el grado de libertad que se tiene en la elección. Dicho acto debe ejercerse dentro del grado de competencia que el ordenamiento positivo vigente confiere al órgano, lo que

---

<sup>299</sup> GARCÍA De Enterría, Eduardo. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op.cit., nota 268, p.454

<sup>300</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1114

<sup>301</sup> Ídem.

significa la sujeción a todas las normas vinculantes aplicables dentro del sistema jurídico.<sup>302</sup>

El poder discrecional o poder de querer, corresponde a la autoridad administrativa competente y corresponde a la persona a la cual se confiere la representación de dicha función la posibilidad de libre apreciación.<sup>303</sup> La autoridad jerárquica supone a la vez, la ausencia de un poder real de decisión para los subordinados, ya que existe siempre la posibilidad reconocida de que el superior jerárquico ordene la modificación o la corrección de los actos de los subordinados. Siempre que el Derecho reconozca el poder jerárquico.<sup>304</sup>

Algunos autores sugieren que existe mayor propiedad en hablar de facultad discrecional que de acto discrecional, sin embargo, dicha posición puede ser señalada como radical, dado que, desde un punto de vista lógico, el acto discrecional es consecuencia del ejercicio de la facultad discrecional, y que, desde el punto de vista teórico puede hablarse de dichas categorías para distinguir la naturaleza de los actos.<sup>305</sup> Haciendo hincapié en que es el punto de vista teórico el que puede hacer dicho diagnóstico y hasta en tanto el acto discrecional no sea reconocido de forma separada en el cuerpo jurídico, por lo que sin dicha cualidad una distinción tal realizada por los órganos jurisdiccionales sería excesiva.

Para otorgar un sentido formal, es importante comenzar mencionando la tesis de la demarcación fuerte, basada en la noción de Wittgenstein la cual sostiene que, una regla solo lo es, si cumple con su naturaleza primordial que es “ser seguida” ya que, de no ser seguida, no puede ser llamada regla debido a que no existe una tercera alternativa. Dentro de la tesis, se entiende a las excepciones como parte de la regla. Y se excluye a los principios dado que no son normas sino mandatos de optimización y

---

<sup>302</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.812

<sup>303</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1114

<sup>304</sup> Ídem.

<sup>305</sup> Ibídem, p.1116

por ello su naturaleza están sujetos a matices los cuales pueden variar según el caso, así como su interpretación puede ser flexible.<sup>306</sup>

A. de Laubadére sostuvo sobre las facultades discrecionales que, en cada organización administrativa es necesario que una parte de poder discrecional sea dejada a las autoridades administrativas. Ya que es imposible que los legisladores tengan una visión exacta de todos los elementos necesarios que deben ser contemplados al momento de la ejecución de las facultades consagradas a la autoridad, por lo que la justificación del poder discrecional es de carácter práctico.<sup>307</sup> Por lo cual se nos presenta como evidente la necesidad de un grado de plasticidad en el acto administrativo para que los actos señalados por la ley sean completados a través de dicha herramienta.

Por su parte, Laun es puntual al reconocer al poder discrecional, sin embargo, para él sólo existe propiamente dicho cuando el agente tiene poder de elección de los fines inmediatos a cumplir, y no un poder de los medios para satisfacer un fin determinado por la ley.<sup>308</sup> A lo que Bernatzik-Buhler agrega, que necesariamente consiste en la libertad de determinar el sentido de una noción que es indeterminada por su propia naturaleza.<sup>309</sup> Para estos autores no interesa el origen de la indeterminación, ya que de forma pragmática observan la necesidad de completar la norma a través de reconocer la capacidad de elección.

La tesis de Sesín establece que, el requisito de juridicidad del actuar de la administración, lo lleva a sostener que no puede hablarse de requisitos de legitimidad del acto administrativo dado que el uso de terminología que sugiera la legitimidad o legalidad podría entenderse demasiado apegado a la ley, olvidando que la administración moderna debe someterse a un contexto más amplio. El control judicial

---

<sup>306</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, *op.cit.*, nota 184, p.250

<sup>307</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, *op.cit.*, nota 216, p.26

<sup>308</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.811

<sup>309</sup> Ídem.

de la juridicidad no puede hacerse usando el silogismo jurídico sobre una base exclusivamente legal. Debe utilizar un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico. En este sentido la discrecionalidad se configura cuando una norma jurídica confía la administración pública la potestad de determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo dentro de los límites impuestos por los principios generales del Derecho.<sup>310</sup>

Para Robert Alessi, la discrecionalidad es el margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad, en caso de que los límites establecidos por la ley sean imprecisos. Por lo que se trata de un margen de actividad más o menos limitada, de apreciar cuál es el interés público concreto, el cual debe ser suficiente para justificar la acción conforme a criterios de utilidad práctica, siempre dentro de los límites del mínimo señalado por la ley.<sup>311</sup>

Particularizando sobre la limitación señalada como precisa, así como la nombrada imprecisa, Alessi entiende:

- a) Precisa: cuando se realiza exclusivamente mediante la indicación de las condiciones de hecho cuya naturaleza es solamente pasible de una comprobación de existencia, por lo que cualquier apreciación queda excluida. Para dicho supuesto, no goza de ninguna potestad de apreciar el interés público en orden a la oportunidad de obrar o no, de donde su actividad se dice vinculada.<sup>312</sup>

---

<sup>310</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, pp.82-83

<sup>311</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, p.26

<sup>312</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.811

- b) Imprecisa: La administración puede apreciar la oportunidad de obrar o no, de forma más o menos amplia según los casos, a fin de decidir la conveniencia de actuar o no, se presenta en tres casos:<sup>313</sup>
- a. Al presentarse determinadas condiciones de hecho, queda siempre a la administración la potestad de apreciar si el proveimiento es más o menos oportuno en relación con el interés público.
  - b. Al determinarse las condiciones del hecho, son susceptibles de una apreciación o estimación de razón de su mayor o menor grado de existencia.
  - c. Al determinarse las condiciones, no se realiza una referencia explícita de cuál es el interés público que debe satisfacerse.

El tribunal alemán ha alumbrado al Derecho la posibilidad del control de la ponderación efectuada por otros órganos, concepto que responde al mandato de prohibición de protección deficiente. Tiene como regla la necesaria protección adecuada bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan, reconociendo que es decisivo (para la vida jurídica del Estado) que la protección como tal sea eficaz. Las medidas legislativas o de la administración deben ser suficientes para alcanzar la protección adecuada y eficaz, reconociendo la existencia de tensiones entre la competencia de la Administración para decidir políticas públicas y derechos fundamentales.<sup>314</sup>

Necesario someter a examen de omisión o acción estatal insuficiente y el medio ordenado debe ser una acción suficiente y adecuada. Por su parte el Estado entiende que la selección del medio forma parte de su margen de apreciación, incluso puede

---

<sup>313</sup> Ídem.

<sup>314</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, *op.cit.*, nota 184, pp.264-265

afirmar que no existirá la obligación de elegir algún medio determinado que implique un quehacer específico.<sup>315</sup>

Dos formas en que se gestan los conflictos:<sup>316</sup>

- a) Por omisión: El Estado debió realizar alguna acción con respecto a un derecho (fundamental)
- b) Por acciones insuficientes o irregulares: El Estado realizó alguna acción lesiva de un derecho fundamental o defectuosa con relación al mismo.

Sin embargo, para que el Derecho sea invocado y poder calificar la acción como lesiva o defectuosa con relación a un derecho constitucional, debe descansar sobre un parámetro objetivo; para ello es utilizada la noción de “prohibición por acción insuficiente o defectuosa” lo cual configura un camino más para analizar la ponderación de principios.<sup>317</sup>

- a) Operatividad del Derecho: que su implementación inicial requiere de una ley del Congreso o de una decisión de la Función Ejecutiva que provoque su implementación.
- b) Control de razonabilidad: Reconocimiento de la existencia de garantías mínimas que constituyen una frontera a lo discrecional de los Poderes Públicos (Funciones del Estado) Razonabilidad sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, las Funciones deben atender las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situación de extrema vulnerabilidad.
- c) Disponibilidad de los recursos estatales: El hecho de que los recursos sean limitados, no constituye en si mismo una justificación para no

---

<sup>315</sup> Ídem.

<sup>316</sup> Ídem.

<sup>317</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.266-269



adoptar medidas. El Estado debe velar por el disfrute más amplio de todos los derechos humanos. No depende del monto sino de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible.

En el constitucionalismo mexicano, la administración pública debe regularse concretamente y los servidores públicos deben constreñirse al mandato legal, sin embargo, algunas materias otorgan un margen de decisión en el ámbito de la ley que se trate para orientar sus decisiones. Estos casos son conocidos como facultades discrecionales, dado que se encuentra un espacio para la actividad volitiva y de criterio regidos por la actividad de que se trate.<sup>318</sup> Por ello dentro del desarrollo jurídico nacional, la facultad discrecional es la que tienen los órganos del Estado para determinar su actuación o abstención, cuyo límite se encuentra contenido en la misma facultad; es la libre apreciación que se le da al órgano de la administración pública, con vistas a la oportunidad, la necesidad, la técnica, la equidad o razones determinadas, que puede apreciar circunstancialmente en cada caso, todo ello con los límites consignados en la ley.<sup>319</sup>

Dentro del Derecho comparado, se ha desarrollado de forma paralela una teoría sobre la naturaleza unitaria de la facultad discrecional, la cual ha manifestado un elevado impacto en tanto la resolución de conflictos por las herramientas que otorga al juzgador al momento de aproximarse a controversias relacionadas. La utilidad de realizar una aproximación al desarrollo de la teoría unitaria de la discrecionalidad radica en las características que ésta desenvuelve, como coadyuvante en la identificación de elementos suficientes para abordar el tema de las facultades discrecionales desde un diorama amplio. Del mismo modo puede servir como una

---

<sup>318</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.15

<sup>319</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.15

suerte de sugerencias alternativas para el futuro desarrollo del tratamiento a las facultades discrecionales.<sup>320</sup>

Esta tesis observa que la discrecionalidad de la Función Administrativa se genera por la inexistencia o imperfección del supuesto de hecho en la norma jurídico-habilitante, la cual es producto de la ausencia o bien de la imperfección de los criterios determinantes en la aplicación. En virtud de los elementos señalados, la Administración tiene la potestad y el deber de establecer los presupuestos de su propia actuación, los cuales son inacabados, imperfectos o intencionalmente imperfectos en su configuración inicial. Por tanto, existe la discrecionalidad cuando la aplicación del Derecho así lo requiera, sea por el desarrollo de una actividad cognitiva, de constatación o reglamentaria.<sup>321</sup>

La teoría unitaria contiene diversas variantes en cuanto a la relación de la discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados, variantes que en conjunto sirven para crear un criterio en tanto la discrecionalidad Administrativa.<sup>322</sup>

- a) *Los conceptos normativos indeterminados como habilitaciones discrecionales.* Desde esta visión, se pueden observar conceptos indeterminados de carácter jurídico y otros que son de carácter meramente discrecional, los cuales no pueden ser fiscalizables jurídicamente, sin embargo, la discrecionalidad como elemento de indeterminación debe ser pretendida por la ley. Los conceptos pueden diferenciarse desde la potestad de valoración del concepto, característica en la cual reside la discrecionalidad de la actuación, en oposición a los conceptos jurídicos en los cuales su aplicación es agotada por la mera subsunción de hechos bajo una norma jurídica.

---

<sup>320</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.99

<sup>321</sup> Ibidem, p.99-100

<sup>322</sup> Ibidem, pp.101-105

- b) *Discrecionalidad administrativa y margen de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como un mismo fenómeno.*

Esta visión denomina “margen de decisión de Ejecutivo” a la potestad discrecional, el margen de apreciación, la libertad de configuración en la planificación, señalando que dichas características engloban al mismo fenómeno, el cual es controlado jurisdiccionalmente con intensidad variada. El margen de decisión del Ejecutivo siempre será identificado por los elementos de elección, ponderación y valoración, ya que son modalidades diversas donde la administración completa creativamente a la ley.

- c) *Los conceptos normativos indeterminados y la discrecionalidad son formas equivalentes de la aplicación reglada del Derecho.*

Para esta visión doctrinal, existe una vinculación de todos los actos de la Administración a la ley, por tanto, todos los supuestos con características de discrecionalidad constituyen meras modalidades de la aplicación reglada del Derecho en ámbitos de vinculación matizados. Ya que la aplicación del Derecho no se agota en un mero proceso cognitivo lógico-formal, se requiere además un proceso cognitivo-tópico-teleológico. Por ello, la actividad discrecional presupone un ejercicio teleológico por el cual se rellenan lagunas normativas. Así como en otros casos será necesario un relleno axiológico. Por lo tanto, para quienes consideran esta doctrina, la discrecionalidad puede hallarse en el supuesto de hecho o en el ámbito de las consecuencias jurídicas y es plenamente fiscalizable en sede judicial.

### 2.4.1. Naturaleza jurídica de la discrecionalidad

La naturaleza jurídica de la discrecionalidad no se encuentra contenida en un consenso doctrinario, ni se hace presente en el conjunto normativo.<sup>323</sup> Por la utilización que los sistemas jurídicos han encontrado tanto en su necesidad para complementar el Derecho, como en la prevalencia de un grado de ambigüedad, la primera dificultad que contempla su origen radica en la impureza de sus elementos metajurídicos que integran su contenido conceptual. Dado que, por principio, la pretensión de hacer convivir el libre albedrío con la norma jurídica o con el principio de legalidad contenido en la propia Constitución es en sí mismo absurdo.<sup>324</sup>

Por ello la definición y alcance dado a ésta, es peligrosa, debido a que, además de dejar la libre voluntad del órgano que dicta el acto, se le declara excluido de todo control jurisdiccional, como lo ha hecho el sistema judicialista. Incluso el simple establecimiento de un órgano de control jurisdiccional no soluciona al problema, puesto que, en el fondo, la ubicación, imperio, latitud, límites y alcances de la discrecionalidad dentro del Estado, seguirían indeterminados.<sup>325</sup>

Por los argumentos anteriores se sostiene que existe una imperiosa necesidad de sustraer la discrecionalidad, del campo amorfo y metajurídico en el que hoy se estudia, para analizar su contenido estrictamente jurídico, para evitar contradicciones con el Estado de Derecho.<sup>326</sup> En tal medida es necesario que tanto la doctrina se esfuerce por llegar a una identificación particularizada de la naturaleza de las facultades discrecionales, por lo que su descripción debe ser exhaustiva.

---

<sup>323</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.810

<sup>324</sup> Ídem.

<sup>325</sup> Ídem.

<sup>326</sup> Ídem.

#### 2.4.2. Elementos de la facultad discrecional

Es evidente que la identificación de elementos de las facultades discrecionales padece los mismos problemas doctrinales que la naturaleza jurídica y el resto de los componentes que integran su universo, por lo que de forma no limitativa podemos enunciar los elementos mínimos que deben encontrarse en ellas como:

- Competencia: La ley debe otorgar desde el punto de vista formal y material la facultad,<sup>327</sup> por lo que del cuerpo normativo también se desprende el marco que otorga la competencia.
- Límites: Los límites se señalan dentro de la norma que otorga la potestad,<sup>328</sup> naturalmente, no es la ley de la que mana la única capacitada para otorgar límites, sino el conjunto jurídico completo, ya que toda norma deviene de la Constitución y dentro de ésta se encuentran los límites fundamentales a la actuación del Estado.
- Objeto: La serie de circunstancias que el funcionario tiene la potestad de apreciar, enmarcadas por los límites que la propia ley le otorga al ejercicio de la facultad,<sup>329</sup> manadas de la necesidad concreta que debe atenderse.

Pudiere agregarse a la visión tradicional, el reconocimiento de los conceptos de valor como elementos, ya que estos se refieren a la motivación de las autoridades, dentro de la interpretación jurídica, esto es la discrecionalidad con relación a la valoración dada, la cual debe hacerse de éstos para así lograr su implementación.<sup>330</sup>

---

<sup>327</sup> ACOSTA Romero, Miguel, *op.cit.*, nota 18, p.1113

<sup>328</sup> *Idem.*

<sup>329</sup> *Ibidem*, p.1114

<sup>330</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, *op.cit.*, nota 184, p.108

La procuración de la existencia de un Estado de Derecho considera que, las facultades de los funcionarios y de los órganos del Estado deben estar siempre previstas en la ley. Aún en los casos para los cuales la facultad discrecional otorgada, implica diversas posibilidades dentro de cierta apreciación. Dichas posibilidades no implican que el ejercicio de una facultad discrecional se encuentre al margen de la ley, ya que, es la misma norma jurídica la que da base al contenido y límites a la actuación discrecional del órgano administrativo.<sup>331</sup>

### 2.4.3. Grados de Discrecionalidad

De ningún modo éste trabajo pretende presentar una lista acabada o limitativa sobre los grados de discrecionalidad ya que no existen divisiones absolutas sobre éstos, también es importante mencionar que aún en los actos que realiza la administración pueden identificarse características pertenecientes a los diversos grados señalados.<sup>332</sup> Por lo que enunciando puntos focales mínimos podemos describir los siguientes:

- Cuando lo provisto por la norma se encuentra enunciado de manera incompleta, por lo que la voluntad del Estado puede ser agregada libremente lo que falta con el objeto de que sea conveniente al interés público.<sup>333</sup>
- Cuando se deja a la administración la libertad de determinar medidas, al mismo tiempo ella recibe una directiva hacia un fin determinado. Por lo que existe una amplitud interpretativa y de acción.
- Cuando no es posible definir una aplicación directa ni automática de la ley, debido a los procesos sociales o culturales que se interponen entre el tránsito de la norma y su realización.<sup>334</sup>

---

<sup>331</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1113.

<sup>332</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.809

<sup>333</sup> Ibidem, p.808

<sup>334</sup> Ídem.

En general, analizado desde un contexto amplio, aún en los procesos donde en apariencia no existe una libre apreciación, existen siempre elementos discrecionales.<sup>335</sup> Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, todos los actos tienen elementos reglados y elementos discrecionales, e incluso en los elementos reglados, siempre existirá al menos la característica discrecional de la interpretación lingüística del operador jurídico, pese a ser extensivamente o limitativamente catalogados, con base en ello podemos encontrar dos grados de discrecionalidad:

- a) Discrecionalidad Fuerte o típica: Cuando la discrecionalidad carece de estándares, debe contemplar cursos de acción correctos y aún en ausencia de cursos de acción, la elección tomada debe de ser justificada con base en un criterio universal. Ya que existe una libre elección entre varias opciones igualmente válidas.<sup>336</sup> Cuando el operador dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento jurídico, sin acotar su margen de maniobra, se identifica si el margen de arbitrio no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados.<sup>337</sup> Particularizando sobre la discrecionalidad fuerte, es el modo de conferir poderes en el que se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen, a la luz de las circunstancias de los casos concretos. Donde además no se especifica de modo concluyente el antecedente de la norma. Por ello su ejercicio presupone un margen de elección y opción en las decisiones que adopte la autoridad, ya que completa el supuesto de aplicación. Expresan una libertad positiva para resolver la cuestión a consideración, dado que la Administración se ve

---

<sup>335</sup> Ídem.

<sup>336</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, p.25

<sup>337</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, pp.83-85

obligada a obtener un resultado determinado sin que se haya precisado como ha de alcanzarlo.<sup>338</sup>

- b) **Discrecionalidad Débil o atípica:** Cuando existen estándares o propósitos, aunque estos sean ambiguos, vagos o no sean evidentes a la óptica convencional. Si bien no existe una aplicación mecánica, existen estándares de discernimiento, que deben ser revisables en otra instancia, y sus elementos deben ser reglados enjuiciables.<sup>339</sup> La discrecionalidad débil se identifica por encontrarse enmarcada dentro de una norma cuyos límites no son claros, pero pueden determinarse.<sup>340</sup> Cuando las normas no permiten su aplicación mecánica exigiendo una operación de discernimiento, identificable si se encuentra limitada por un concepto indeterminado el cual acepta cierto margen de valoración dentro y del cual se puede optar entre varias soluciones igualmente justas.<sup>341</sup>
- c) **Discrecionalidad atenuada:** el margen de actuación está limitado a supuestos predeterminados por el ordenamiento jurídico.<sup>342</sup>

#### **2.4.4. Sobre la necesidad de la discrecionalidad**

Dado que las leyes son un acto posterior y casuístico a la vida social, la propia norma termina por no satisfacer los objetivos que se le han conferido, por ello es necesario un espectro de libertad en la actuación, sin embargo, una administración sin límites positivos o negativos de ninguna clase en su acción concluye por no satisfacer

---

<sup>338</sup> Ibidem, pp.173-174

<sup>339</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, p.25

<sup>340</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.184

<sup>341</sup> Ibidem, 82-85

<sup>342</sup> Ibidem, p.85



los fines que justifican su existencia, dando paso a arbitrariedades mayores y persecuciones inocuas.<sup>343</sup>

La discrecionalidad es una herramienta jurídica que tiene como objeto adecuar la aplicación de la norma a una realidad inestable, que de otra forma no podría cumplir con la gestión de los intereses sociales,<sup>344</sup> tiene límites en el orden normativo, sin embargo, carece de medios de control que corroboren su conformidad con la norma, por lo que, si bien es innegable la necesidad de la discrecionalidad en la administración, es igual de importante la necesidad de un control al ejercicio de ésta, el cual pueda corroborar la conformidad de ésta a los límites establecidos en el orden jurídico.<sup>345</sup>

Existen tres áreas en las que posiblemente sea conveniente otorgar facultades discrecionales:

1. Tratándose de Jefes de Estado y Jefes de Gobierno, los cuales deben tomar decisiones basadas en criterios políticos antes que, en criterios jurídicos, por ejemplo, el nombramiento y remoción de funcionarios públicos referidos por las fracciones II, III, IV del Artículo 89 constitucional.<sup>346</sup>
2. Ciertas materias que requieren de conocimientos especializados, la conjunción de requisitos técnicos o, de oportunidad, en este supuesto se justifican por la necesidad o conveniencia de apreciar estas circunstancias, por parte del funcionario que ejerza las facultades discrecionales. Por ejemplo, el establecimiento o exención de tarifas arancelarias conforme al Artículo 131 Constitucional.<sup>347</sup>

---

<sup>343</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.809

<sup>344</sup> Ídem.

<sup>345</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.809

<sup>346</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, pp.1121-1122

<sup>347</sup> Ídem.

3. El supuesto en que dichas facultades se otorguen en búsqueda de fines de justicia y de equidad, que no siempre pueden obtenerse a través del otorgamiento de facultades vinculadas y de la aplicación del supuesto legal, sino que exista un margen de apreciación de la gravedad, por ejemplo, las faltas que realizan infractores menores en cuanto a la apreciación de su capacidad económica y el daño causado por la infracción, se concede la facultad discrecional, a fin de lograr con ello acercarse al concepto de justicia, a través de aplicar el Derecho en forma equitativa al caso concreto.<sup>348</sup>

En la actualidad la mayor parte de la doctrina se inclina a sostener que la facultad discrecional se deriva de la imposibilidad del legislador de poder prever todas y cada una de las circunstancias por las que pueda atravesar la Administración Pública.<sup>349</sup> Mientras que otro nicho señala que la discrecionalidad no es consecuencia de una omisión legislativa, ya que su existencia es imprescindible para el funcionamiento del orden jurídico, para evitar que se interrumpa la continuidad de la actividad administrativa, sino para la mejor satisfacción de las necesidades públicas.<sup>350</sup>

La posición de este trabajo no es ajena a la necesidad Estatal que se satisface a través de las facultades discrecionales ubicadas dentro del sistema jurídico nacional o cualquier sistema jurídico, sin embargo, urge reconocer sus elementos, tanto los respectivos a su naturaleza como a su calidad material, dado que el análisis permite que sean reconocidos dentro del orden jurídico, de tal suerte que su diagnóstico permee en la procuración de la certeza jurídica, como para que el ejercicio del control judicial sea una herramienta para todos los casos exigible y logra así ser eficiente. En suma, el ejercicio de una libertad positiva en la discrecionalidad fuerte necesita un adecuado

---

<sup>348</sup> Ídem

<sup>349</sup> Ídem.

<sup>350</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.810

control de la actividad de la Función que la realiza, en especial tratándose del ejercicio de facultades materialmente administrativas, ya que presupone el respeto por el principio de equilibrio de poderes, así como al principio de legalidad y otros reconocidos dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Observando también que, el control debe ser ejercido, sin que éste implique un reemplazo ilegítimo de la decisión de la Función Ejecutiva o la Función Legislativa.<sup>351</sup> Motivando que, el principio del equilibrio de las funciones prevalezca.

#### **2.4.5. Discrecionalidad y arbitrariedad**

El poder arbitrario representa la voluntad personal del titular de un órgano que obra impulsado por sus pasiones, sus caprichos o sus preferencias, la subjetividad de los operadores del Estado debería ser argumento suficiente para desmitificar las características supramorales con las que se ha descrito al Estado. Aterrizando el tema, pese a que la facultad discrecional constituye la esfera de la libre actuación de una autoridad, tiene un origen legítimo en la autorización legislativa y un límite, que, en el caso extremo de no estar señalado en la misma ley, existe siempre porque el interés general constituye la única finalidad que pueden perseguir las autoridades administrativas. Por esta razón, mientras que una orden arbitraria carece de todo fundamento legal, la orden dictada en uso de una facultad discrecional podrá satisfacer los requisitos del artículo 16 constitucional, de fundar y motivar la causa legal del procedimiento.<sup>352</sup> Lo anterior nos remite a utilizar como herramienta de distinción entre la arbitrariedad y la facultad discrecional, la conformidad con el texto constitucional, así como con el orden normativo que orbite la facultad discrecional de la cual nos encontremos realizando un análisis. Ya que, para no caer en la arbitrariedad, es necesario que todo acto pueda ser sujeto de control judicial de forma específica o de alguno de las funciones del Estado, en aras del equilibrio de poderes, para que dicho control pueda ser controlado desde una óptica lo más neutral posible.

---

<sup>351</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.221

<sup>352</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1117

Toda autoridad que actúa en ejercicio de una facultad discrecional debe partir de una base legal, por lo que debe estar autorizada para ello por una norma jurídica explícita, no puede darse administrativamente en forma implícita.<sup>353</sup> La actuación arbitraria no parte de una ley, tampoco busca la satisfacción de necesidades del interés colectivo, sino la satisfacción de un interés propio.<sup>354</sup> Sería pertinente agregar que también existen actos que se califican de naturaleza discrecional, los cuales parten de una ley, sin embargo, su ejecución no acata los parámetros establecidos por la norma, por lo que existe dentro de los parámetros de la razón una obligación oponible al órgano jurisdiccional de calificar también a dichos actos como actos arbitrarios.

La enciclopedia Jurídica Mexicana ha buscado crear un énfasis en el cambio de paradigma en el tratamiento de Facultades Discrecionales, La idea antigua que sostenía la necesidad de mantener la discrecionalidad como un poder arbitrario ha sido superada, en ese sentido la discrecionalidad es la acción que deriva de la ley como respuesta coherente al régimen de legalidad que prohija. Arbitrariedad es la acción realizada al margen de todo texto legal (arbitrariedad también es que no se sostenga en parte).<sup>355</sup> La primera parte corresponde a un criterio objetivo de interpretación, al tenor de la ley, sin embargo, en el segundo caso genera arbitrariedad cuando el criterio es subjetivo, es decir, se aparta del sistema jurídico respectivo.<sup>356</sup> Pareciera más una declaración romántica de buenos principios, sin embargo, la labor de la enciclopedia no ha sido exhaustiva en verificar si existen o no recursos efectivos frente a la arbitrariedad en las facultades y si éstos son a su vez implementados o acatados, también ha sido omisa en desarrollar una base tópica adecuada por la cual se creen las condiciones para activar la revisión judicial y el principio de equilibrio de poderes, ni

---

<sup>353</sup> Ídem.

<sup>354</sup> Ídem.

<sup>355</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.15

<sup>356</sup> Ídem.

la participación social o la procuración de los derechos humanos para todos los casos en los que sean invocados.

Es posible señalar que existen diversas teorías que desarrollan al acto discrecional en tanto sus elementos de libertad de elección, así como la ubicación de ellos dentro de un marco conceptual limitado, señalando, desde una libertad práctica en hechos determinados vinculando el acto de forma directa o indirecta a la finalidad pública, hasta las que sujetan el acto siempre al sometimiento de una ley previamente dada. Sin embargo, es posible englobar las teorías de a discrecionalidad administrativa señaladas en su carácter deontológico, ya que el acto discrecional se realiza para satisfacer los fines del Estado, aun cuando la ley es ambigua o limitada, por lo que la teoría reduce el acto discrecional y lo compele a cumplimentar los principios de: exhaustividad, exacta y completa información; la logicidad y la coherencia.<sup>357</sup> Sin embargo, ningún desarrollo doctrinal es suficiente si no existe un compromiso por parte de los aplicadores legales en tanto respetar dichos parámetros, así como de los juzgadores e intérpretes, al afrontar su responsabilidad conferida a través de la revisión judicial. Los problemas relacionados a la discrecionalidad pueden presentarse en los casos siguientes:<sup>358</sup>

- a) A nivel de identificación de la norma (discrecionalidad débil)
- b) A nivel de la sistematización de la norma (discrecionalidad débil)
- c) Las vinculadas al fenómeno de las normas que confieren poderes (discrecionalidad fuerte)

Desgraciadamente, no son pocos los casos en los que la interpretación de la norma que ha realizado el Órgano Judicial sobre las facultades discrecionales ha tomado matices políticos antes que legales (como se analizará oportunamente). A través del uso de la doctrina como medio de justificación de los actos realizados por el

---

<sup>357</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, pp.27-28

<sup>358</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.183

Órgano Administrativo, ha logrado hacer posible llamar exitosamente teoría a la pretensión de la aplicación de la norma constitucional la cual corresponde al principio de legalidad, por medio de la cual se exige a todos los actos del órgano administrativo sujetarse al principio de legalidad,<sup>359</sup> teniendo como resultado un sistema de criterios asimétricos jurídicamente justificados, los cuales pueden validar decisiones arbitrarias o abstenerse de revisarlas.

Sin embargo, otra vertiente de la doctrina, especialmente la que se ha encargado de desarrollar las garantías constitucionales como requisito mínimo de dignidad, sugiere para las facultades discrecionales un mayor número de pasos a justificar, ya que sujeta la legalidad del acto discrecional a justificaciones más amplias y la aplicación de análisis exhaustivos, por medio de los cuales se justifique su armonía simétrica con el resto del cuerpo perteneciente al sistema jurídico, ya que, pese a su libertad de elección debe desenvolverse dentro de los límites mínimos señalados por la ley y, por tanto, exige que las garantías constitucionales prevalezcan sobre los actos del Estado.<sup>360</sup> Entonces, no es posible asegurar que si la norma constitucional señala a los derechos humanos como límites a los actos del Estado, por conclusión, los actos del Estado deben ser cotejados con aquellos (el sistema de derechos humanos reconocidos en la Constitución) por el órgano judicial cuando se exija su respeto y ejercicio.

La ley establece límites a la facultad discrecional, dado que ésta supone la posibilidad de actuar dentro de cierto marco. Sin embargo, los límites son difíciles de precisar y valorar dentro y con las herramientas del sistema jurídico, dado que es necesaria una apropiada valoración de motivos o razones que provocan la emisión del acto, de los fines que se persiguen con éste,<sup>361</sup> de los efectos que provoca, así como los requisitos legales que deben ser garantizada su observancia. Por lo que es imperante el necesario reconocimiento sobre la ausencia de recursos efectivos, que tengan por

---

<sup>359</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, p.28

<sup>360</sup> Ibidem.

<sup>361</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.15

resultado la disolución de la ambigüedad, así como permitan la revisión judicial para todos los casos (naturalmente con matices idóneos según sea el contexto del acto) y se subsanen los huecos existentes en el ejercicio del equilibrio de los poderes.

#### **2.4.6. Finalidad**

La finalidad perseguida con el ejercicio de la facultad discrecional puede ser descrita bidimensionalmente, desde su naturaleza mediata que es el cumplimiento con el interés general, en relación con la actividad concreta que realiza el Estado, a través del órgano que ejercita la facultad discrecional. Mientras que la naturaleza inmediata se describe como la satisfacción concreta y definida de la actividad pública específica.<sup>362</sup> Es evidente que su finalidad justifica la necesidad, sin embargo, no justifica la interpretación que ha tenido como resultado otorgar a ciertos actos y a determinados actores la evasión de la revisión judicial y, por tanto, un poder ilimitado.

La administración puede elegir la forma en la cual cumple con el deber conferido y todas las elecciones son equivalentes, no obstante, el uso del apotegma “puede” no es equivalente a que se actúe sobre la base de una norma regulativa permisiva, tampoco es una licencia para actuar fuera de estándares normativos o de forma arbitraria, la actividad de la Administración siempre estará regulada, aunque por normas de distinto tipo. En este sentido, la discrecionalidad se vincula con el concepto de “libertad positiva”, por lo que el órgano decisor no puede hacer lo que quiera. Su labor es determinar el curso de la acción correspondiente.<sup>363</sup>

El acto administrativo, sea reglado o discrecional, debe ser plasmado en concordancia con todo el orden jurídico y no solamente con la aplicación de ciertos

---

<sup>362</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1114

<sup>363</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.186

requisitos legales, sin perjuicio del cumplimiento de su juricidad. Debe responder sustancialmente a los objetivos básicos:<sup>364</sup>

1. Someter las actuaciones de la administración a un régimen jurídico uniforme.
2. La necesidad de pensar en el interés público.

#### **2.4.7. Inexistencia de Actos Discrecionales**

Una de las características compartidas en el desarrollo jurídico de diversas naciones, es que la doctrina no ha podido ocuparse de la naturaleza de dichos actos, sin embargo, no ha sido obstáculo para que distintos doctrinarios hayan tomado la responsabilidad de analizar a las facultades del Estado desde el punto de vista de la correlación lógica, buscando separarse de los principios de oportunidad política que las han mantenido operantes. Comenzando por el reconocimiento sobre la actividad de la administración que se encuentra siempre condicionada a las reglas de competencia y formas jurídicas a las que debe ajustarse, aún en los casos que la ley no indica de antemano a la administración la conducta a seguir, dejando a su entender la elección de la decisión a tomar.<sup>365</sup>

Al respecto Hauriaou ha expresado que, no hay el acto discrecional; existe un cierto poder discrecional de la administración que se encuentra en mayor o menor medida en todos los actos. Dicho foco fue perdido cuando se creó en el mundo del Derecho una categoría distinta para los actos discrecionales, lo cual condujo a excluirlos de control jurisdiccional, excluyendo la totalidad de dichos actos no al menos ciertos aspectos de éstos.<sup>366</sup>

---

<sup>364</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R., PAREJO Alfonso, Luciano y RODRÍGUEZ Rodríguez, Libardo. Coords, op.cit., nota 257, p.134-135

<sup>365</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.809

<sup>366</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.809



Del anterior postulado, podemos observar la identificación de la no existencia de un poder discrecional por no encontrarse elevado al sistema jurídico a través de una norma, sino que éste se encuentra en la interpretación de los operadores jurídicos. Posteriormente se puede entender que todos los actos jurídicos se encuentran sometidos a un grado de discrecionalidad y que todos los actos del Estado devienen de una regla que los habilita. Esto significa que los actos en conjunto son todos reglados y que admiten grados de interpretación

Por su parte, Guicciardi sostuvo que, no existe algún acto de características completamente discrecionales, pues existen únicamente actos administrativos con elementos más o menos numerosos y relevantes de discrecionalidad. Por lo cual no debe hablarse de actos discrecionales, sino únicamente de actos administrativos. Haciendo hincapié en que dicha afirmación niega las categorías de acto reglado y acto discrecional. En conclusión, a dicho señalamiento, únicamente existen los actos administrativos y dentro de ellos, podrá haber ejercicio de poder discrecional.<sup>367</sup>

Olvidando que los actos son en esencia administrativos y que no existe una categoría jurídica que los separe de los actos discrecionales, es como se ha caído en la confusión de sustraer el acto del control jurisdiccional, por lo que únicamente debieren sustraerse ciertos aspectos del acto y no en su totalidad.<sup>368</sup>

## **2.5. Clasificación de las facultades discrecionales en el Derecho Mexicano**

Como se ha visto, no existe un consenso sobre las facultades discrecionales, ya sea en la naturaleza formal ni material del acto, por ende, tampoco existe tal consenso en la clasificación, sin embargo, la experiencia mexicana y la forma en que los órganos jurisdiccionales las han abordado nos ayuda a apreciar fundamentalmente tres tipos,

---

<sup>367</sup> Ídem.

<sup>368</sup> Ídem.

facultad discrecional libre; facultad discrecional obligatoria; facultad discrecional técnica.<sup>369</sup> Las tres variantes que ha recogido el contexto mexicano, responden a una moderada visión de las facultades discrecionales, la cual se ha desarrollado desde la cautela del sistema judicial.

El desarrollo de las distintas características que la particularizan responden a la focalización en alguno de sus elementos, aislándolo de manera acentuada, dado que, en la facultad discrecional obligatoria, se acentúa que es la que debe ser ejercitada, la libre se acentúa que permite elegir entre hacer alguna posibilidad o no hacer la conducta, y finalmente la técnica la cual acentúa la necesidad de un especialista que analice el acto a realizar.

### **2.5.1. Facultad discrecional libre**

Permite al órgano administrativo el ejercicio de la facultad discrecional, concediendo a éste los más amplios márgenes de decisión, únicamente la ciñe a la propia prevención contenida dentro del texto legal, por lo que la pertinencia de ejercitarse o no, así como el ejercitarse de manera parcial o continua corresponde a la apreciación de quien la ejercita.<sup>370</sup> Implicando que, la doctrina la reconoce por su cualidad aquella que da total libertad de actuar o no, así como para determinar el sentido y alcance de la declaración unilateral de la voluntad.<sup>371</sup>

Son ejemplos vistosos de la facultad libre, el Art. 89 fracción I, referente a la facultad reglamentaria, las fracciones II, III y IV, donde se otorga al ejecutivo facultades para nombrar y remover libremente a los funcionarios de la administración

---

<sup>369</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1116

<sup>370</sup> Ídem.

<sup>371</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.15

pública. El artículo 33 constitucional, referente a la expulsión de extranjeros, entre otras.<sup>372</sup>

### **2.5.2. Facultad discrecional obligatoria**

Dentro de ésta, no se contemplan las posibilidades de pertinencia en cuanto a la decisión de su aplicación, ya que esta es obligatoria para la autoridad, sin embargo, mantiene la característica discrecional la cual se sostiene en que la ley permite la posibilidad de apreciación al momento de su ejercicio. El funcionario público por cuenta del órgano competente tiene que actuar en uno u otro sentido, dentro de los límites que la ley contempla.<sup>373</sup>

El ejemplo visible de dicha libertad de apreciación se encuentra en la aplicación de multas, ya que el supuesto jurídico debe aplicarse de manera invariable, sin embargo, la sanción puede variar dependiendo de los márgenes que la ley establezca.<sup>374</sup>

### **2.5.3. Facultad discrecional técnica**

Existen actos del Estado, cuya mejor apreciación únicamente puede lograrse a través de la apreciación de datos técnicos, pertenecientes a la realidad o devenidos del conocimiento científico, para mejor proveer la normatividad puede contemplar la necesidad de observar y atender a través de los postulados que puedan otorgar la ciencia o la técnica aplicables a la materia. Dado que para su desarrollo se realizan sobre operaciones materiales de carácter técnico, y dichas operaciones no son sobre actos jurídicos, operaciones las cuales orbitan fuera del Derecho. Es la libertad para seleccionar los mecanismos idóneos para llevar a cabo sus tareas de naturaleza

---

<sup>372</sup> ACOSTA Romero, Miguel, *op.cit.*, nota 18, p.1116

<sup>373</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 p.15

<sup>374</sup> ACOSTA Romero, Miguel, *op.cit.*, nota 18, p.1117

científica o técnica.<sup>375</sup> Como ejemplo podemos mencionar, la determinación de exenciones de impuestos, el concurso de oposición sobre ciertos elementos.<sup>376</sup>

## 2.6. Límites de la función ejecutiva

El obrar administrativo se encuentra sometido a los límites establecidos en el ordenamiento positivo en vigor. Es importante mencionar que dicho obrar por esencia es teleológico, justificando su existencia en la satisfacción de los fines del Estado. El establecimiento de límites tiene lugar en forma de derechos subjetivos generalizados a los ciudadanos, las guías positivas vienen aportadas principalmente por la estipulación de objetivos colectivos determinados como fines hacia cuya consecución debe orientarse el actuar de la función Ejecutiva,<sup>377</sup> señalando que la existencia de los límites a su actuar se encuentra delimitado incluso en el ejercicio de facultades discrecionales.<sup>378</sup> Resulta evidente la importancia de señalar que, sobre toda actuación del Estado debe existir la posibilidad de ejercer un control sobre los actos, desde el punto de vista constitucional y del desarrollo de los derechos humanos, así como desde los principios fundamentales que obligan al Estado, control que tenga por finalidad última el sano desarrollo del equilibrio de poderes entre los órganos del Estado y la protección del individuo frente a los actos Estatales. Los derechos fundamentales son conocidos como principios y como normas de competencia “negativa”, es decir, como una norma que restringe a otra de competencia positiva.<sup>379</sup>

Desde un sector de la doctrina, se ha sostenido que el margen de apreciación de la Función ejecutiva no puede tener inmunidad jurisdiccional, sin embargo, la actividad de la Función jurisdiccional, así como diversos autores consideran que el control que

---

<sup>375</sup> Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002 pp.15-16

<sup>376</sup> Ídem.

<sup>377</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.248

<sup>378</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.813

<sup>379</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.247

se ejerce debe ser limitado. Se argumenta con base en el principio de legalidad, dado que, si se le otorga a la Administración un margen de apreciación en su favor, entonces deben ser las autoridades administrativas quienes fijen el contenido de la norma.<sup>380</sup> Sin embargo, dicha visión requiere otorgar una calificación a priori sobre los actos de los funcionarios que operan a la Administración, así como un actuar moral, ético y perpetuamente horizontal.

La propia Constitución en su Art. 108 segundo párrafo, dispone que durante el tiempo del encargo del Presidente de la República “sólo puede ser acusado de traición a la patria y delitos graves del orden común”, sin embargo, Burgoa en la doctrina llamó a dicha herramienta, así como a la responsabilidad que se le pudiere achacar una vez terminado el cargo, como estériles dadas las dificultades e ineficiencia del proceso, incluso calificándolas de quiméricas e imposibles de aplicar dentro de la realidad política.<sup>381</sup> Sin embargo, la visión realista y atinada del jurista Ignacio Burgoa, debe ser tomada como el diagnóstico que motiva a enriquecer el análisis doctrinal de los límites posibles y los límites necesarios a la función ejecutiva. El establecimiento de límites tiene lugar en forma de derechos subjetivos generalizados a los ciudadanos, las guías positivas vienen aportadas principalmente por la estipulación de objetivos colectivos determinados como fines hacia cuya consecución debe orientarse el actuar de la función Ejecutiva.<sup>382</sup>

Desde la posición de Alessi, los límites a la actividad estatal se clasifican por su naturaleza jurídica en dos clases, la primera se refiere a los límites formales, dado que estos son identificados por la forma a la que debe ajustarse la actividad administrativa; mientras que los segundos nombrados límites sustanciales lo son por las normas relativas a la competencia del órgano.<sup>383</sup>

---

<sup>380</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.114

<sup>381</sup> BURGOA, Ignacio, op.cit., nota 253, pp.797-799

<sup>382</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.248

<sup>383</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.813

Para Fiorini los límites se identifican desde la fuente de la cual manan, dividiéndolos en tres grupos. Siendo los límites negativos aquellos impuestos por el orden jurídico; a su vez denomina límites relativos a los que la administración se impone para sí; finalmente enuncia a los límites positivos, los cuales como su nombre lo indican se encuentran contenidos en la norma positiva y cuyo objeto es evitar que la actividad discrecional desemboque en actos arbitrarios o ineficaces.<sup>384</sup> Argañaraz agrega sobre los límites negativos que estos se encuentran cuando se veda a la administración la producción de ciertos actos o se fijan límites a su actividad; también señala sobre los límites positivos que estos son identificados cuando se regula en el momento que debe dictarse, el contenido, el procedimiento o la forma.<sup>385</sup>

Por su parte, la enciclopedia jurídica OMEBA se ajusta al criterio de Fiorini, haciendo ciertas especificaciones que colaboran a enriquecer la teoría, desde la cual señalan sobre los límites relativos, y la necesidad de ser entendidos como negativos-relativos, en oposición a los que llama negativos, ya que estos son Negativos-absolutos. Describiendo que los Negativos relativos tienen dicha descripción dado que los crea la propia administración y su derogación es realizada por la misma, en tanto no le es otorgada la misma posibilidad en los límites negativos absolutos.<sup>386</sup>

Producto de la elección discrecional, se crean tensiones entre los límites y las guías positivas, en especial cuando los medios elegidos resultan deficientes para el cumplimiento del derecho fundamental constitucionalizado.<sup>387</sup> Sobre los límites positivos señala acertadamente que son en realidad los que regulan la eficacia del acto administrativo; hacen el contenido de éste, y determinan si el fin querido por la ley se ha cumplido o se ha bastardeado. Ya que se manifiestan como un juicio lógico y un juicio de valor.<sup>388</sup> La importancia del reconocimiento sobre la eficacia de los límites

---

<sup>384</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.813

<sup>385</sup> Ídem.

<sup>386</sup> Ídem.

<sup>387</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.248

<sup>388</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.813

positivos realizada por la enciclopedia jurídica se potencia dado que son los únicos límites que pueden contener al ejercicio de facultades dentro de un marco legal, dado que para algunos de los casos en los que la ley es ambigua o incompleta, la revisión judicial se ha arraigado de ejercer el control de los actos.

El ejercicio que determina los límites a la ejecución de facultades debe realizarse desde un juicio lógico, el cual observe como elemento preponderante que la ley tiene un fin establecido al cual debe sujetarse, así como la satisfacción de una necesidad concreta. En dicha medida, así sea un acto reglado o discrecional, apreciará las condiciones que debe reunir el acto oportuno que satisfaga el fin concreto. Dado que el acto no puede ser dictado para satisfacer una necesidad distinta.<sup>389</sup> Por su parte, los derechos fundamentales son normas, en tanto comparten el concepto de norma y se encuentran agregados al texto constitucional y reconocidos como tales y, por tanto, límites a los actos del Estado. Así que, siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de Derecho que lo otorga y que es exigible. La norma de derecho fundamental y el derecho fundamental son dos caras de una misma moneda.<sup>390</sup>

Así mismo, debe acompañarse de un juicio de valor, por medio del cual el acto debe ponderar los condicionamientos técnicos, económicos, culturales, sociales y jurídicos mediante los cuales aquel fin será satisfecho de forma eficaz.<sup>391</sup> Para permitir un oportuno control judicial, se debe señalar de forma incisiva que allí donde existe traspasado un límite negativo absoluto o negativo relativo, hay un vicio de legalidad que autoriza que el acto pueda ser atacado, siempre que se posea para ello como mínimo un interés legítimo.<sup>392</sup> Mientras que, donde son traspasados los límites positivos, será necesario discriminar entre aquellos aspectos del acto que constituyen la ponderación

---

<sup>389</sup> Ídem

<sup>390</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, *op.cit.*, nota 184, p.250

<sup>391</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.813

<sup>392</sup> Ibidem, p.815

valorativa cumplida por la administración, para apreciar lo que sea más oportuno conveniente o eficaz.<sup>393</sup>

### 2.6.1. Límites a la función discrecional

La afirmación de la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado, la cual se hace efectiva por el funcionamiento de los tribunales destinados a garantizar la legalidad de la actuación estatal,<sup>394</sup> La primacía de la Constitución sobre la ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que se entienda en la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley.<sup>395</sup> Por lo anterior, cuando el ordenamiento constitucional disciplina a las normas inferiores al sistema, se complementa la noción de estado de derecho, del mismo modo es posible sostener que el desarrollo y evolución del derecho internacional, han creado un condicionamiento Estatal a lo Supra-Estatal, lo que se evidencia con la implementación y acción de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos.<sup>396</sup> La expresión división de poderes, según sea el desarrollo del sistema jurídico en que se invoca, puede tener dos acepciones, una responde a la doctrina de la separación entre poderes (división entre poderes) que es cuando se asume la palabra división como separación y el término poder a las funciones, mientras que la División del Poder presupone como significado de división el de distribución, dicha interpretación responde a la teoría de los frenos y contrapesos (checks and balances). Por lo que, de la expresión “División de Poderes” debe asumirse al significado que señala al poder como un ente único, el cual para su ejercicio se divide en los poderes de la unión. Dando como resultado que la palabra división tenga el significado de distribución, mientras que la palabra poderes, se refiere a la asignación de una de las funciones determinadas a un órgano.<sup>397</sup> Esto con relación al texto

---

<sup>393</sup> Ídem.

<sup>394</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel, "Estado legal de Derecho y Estado constitucional de derecho", Revista Ilanud, años 9-10, no. 23-24, p.8

<sup>395</sup> Ídem.

<sup>396</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, 2016. p.5

<sup>397</sup> Ibidem, p.p. 30-31



constitucional mexicano, nos lleva a sostener de manera firme que el desarrollo constitucional ha manifestado que el poder es único y este se divide para su ejercicio, remitiéndose necesariamente a la doctrina de los pesos y contrapesos. Indicándonos así, que las distintas funciones del Estado deben y contemplan la capacidad invocar límites entre sí, los cuales perfeccionen el ejercicio del Derecho, la constitucionalidad y la legalidad.

La división de poderes asigna a los jueces domésticos e internacionales la última palabra en lo relativo a los conflictos jurídicos. La existencia única del control político se encuentra en la misma tesitura de la ausencia de todo control, dado que no resultan suficientes ni se ajustan a los postulados que emergen del nuevo paradigma. Cualquier acto de los poderes públicos puede y debe ser controlado jurídicamente; cuando menos en sus contornos externos. La fragmentación de la soberanía y la existencia de múltiples órdenes normativos y órganos de control interno supranacional, reactivan y refuerzan la unificación de parámetros universales.<sup>398</sup>

Existe un señalamiento apriorístico, el cual sostiene que, las leyes de manera general se encargan de fijar los límites mínimos y máximos a la actividad discrecional, así como la imposición de modalidades, las cuales pueden ser: apreciar la equidad, oportunidad, las razones técnicas, etc.<sup>399</sup> Sin embargo, utilizar el término “de manera general” ha dado como resultado que los nichos donde no se ejercitan los límites, ya sea por imprecisión o por ausencia de los elementos señalados no sean ejercitados, diluyendo un problema social con una herramienta gramatical. El proceso de perfeccionamiento al que se ha sometido el Derecho, nos ha dado como resultado que no se pueda sustentar por medio de fórmulas teóricas que el Poder Judicial se abstenga de intervenir cuando está en juego la efectividad de los derechos fundamentales. El control judicial debe construirse desde razonamientos complejos que se basen en los

---

<sup>398</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, *op.cit.*, nota 184, p.p. 54-55

<sup>399</sup> ACOSTA Romero, Miguel, *op.cit.*, nota 18, p.1114

enfoques dinámicos, integrales y flexibles cuya finalidad sea la de equilibrar entre las acciones y omisiones estatales y los derechos fundamentales.

De manera general, es el sometimiento de la Administración a la legalidad, dada la obligación que tiene sobre realizar los fines del interés público, siempre dentro de los límites establecidos por las leyes. Como ya fue mencionado, en una época primitiva del Derecho, la función que realizaban los órganos administrativos se acompañaba de amplios márgenes de discrecionalidad, dicha doctrina conocida como “vinculación negativa” ha sido sustituida con el tiempo. Sin embargo, desde la proliferación de la visión positiva del Derecho manada de Hans Kelsen, así como las múltiples necesidades sociales de generar certeza en el Derecho y romper con privilegios innecesarios, ha sido paulatinamente sustituida por la doctrina de la “vinculación positiva”,<sup>400</sup> doctrina que otorga un espectro completo de protección al individuo y la sociedad, otorgando un margen de aplicación simétrica del Derecho, ya que, así la acción administrativa tiene como origen y límite la legalidad, ubicándose positivamente ligada a un cuerpo jurídico, condicionándose a la legalidad y habilitándose únicamente bajo una cobertura legal previa.<sup>401</sup>

La teoría busca señalar el campo de la limitación a la facultad discrecional aplicando ésta sólo en aquellos casos en los cuales exista la posibilidad de muy variadas ocurrencias, en que concurren elementos cuya apreciación técnica no pueda ser regulada de antemano, o que, el principio de igualdad ante la ley quede mejor protegido por una estimación en cada caso individual.<sup>402</sup> Señalamiento que al mismo tiempo es una contradicción a la realidad, dado que entre mayor sea la posibilidad de ocurrencias, se entiende como mayor la discrecionalidad y por tal motivo, también es menor el control judicial ejercido. Los operadores jurídicos y actores estatales deben aceptar de forma fehaciente que todo acto que carezca de control obtiene la posibilidad de ser

---

<sup>400</sup> HIERRO, Liborio. “Estado de Derecho”, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política no.69, Distribuciones Fontamara, 1998 p.63

<sup>401</sup> Ídem.

<sup>402</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1118

arbitrario. La facultad discrecional ilimitada coincidiría con la arbitrariedad; de esto se desprende que todo acto administrativo debe limitarse.<sup>403</sup>

Las repercusiones del cambio de paradigma se reflejan en el examen que realiza la legalidad administrativa sobre los actos que realiza el órgano, ya que, al únicamente poder actuar válidamente mediante un título legal concreto, implica que el silencio legal no signifique una autorización en favor del órgano administrativo. La potestad, no pierde su naturaleza instrumental al quedar incorporada a la norma legal, ya que su ejercicio e incluso su naturaleza, vienen condicionados por la finalidad específica de su otorgamiento.<sup>404</sup>

Como hemos observado, existe una amplitud sustancial inherente al desarrollo de las facultades discrecionales, de la cual no se puede negar su necesidad y utilidad, dada la amplitud señalada, presuponer que un orden jurídico dado es capaz de emitir límites a su ejercicio, rompería con la característica fundamental de plasticidad y maleabilidad que el ejercicio de facultades necesita. Quizás sea esa misma la razón argumental que tanto la doctrina como las interpretaciones judiciales han observado al momento de limitarse sobre la emisión de sus pronunciamientos, interpretaciones y competencia sin señalarlo de forma directa.

Ningún acto administrativo dictado en el ejercicio de facultades discrecionales o privativas debe estar excluido del debido control jurisdiccional, que permita establecer la verdad o falsedad de las circunstancias de hecho, objetivas que se invocan por la administración pública como fundamento de su decisión. De la observancia los límites lógicos, de valor, negativos, positivos y relativos, dependerá la validez o no del acto administrativo dictado en ejercicio de facultades discrecionales, en otras palabras, su legalidad y su legitimidad, es decir, su juridicidad.<sup>405</sup> Lo contrario es la negación

---

<sup>403</sup> Ídem.

<sup>404</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, p.23

<sup>405</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.813

más absoluta del estado de derecho por cuyo afianzamiento debemos luchar todos los que hemos abrazado con vocación propia el estudio de las disciplinas jurídicas.<sup>406</sup>

Los actos llamados de gobierno no pueden contener una naturaleza jurídica especial, por lo que no existe una razón jurídica suficiente para colocar en situación dudosa la efectividad del sistema general de control jurisdiccional. Existen actos que únicamente por razones de oportunidad política escapan a todo control jurisdiccional, recurso de anulación, recurso de indemnización. Por más sensible que esta laguna pueda parecer, por más contradictoria que sea al espíritu general del Derecho Positivo, todavía existen actos que escapan a todo control jurisdiccional, por los cuales ciertos agentes públicos se pretenden colocados por encima de las leyes, de los actos que exitosamente hacen escapar a todo recurso ante las autoridades jurisdiccionales, por ilegales y perjudiciales que estos actos puedan ser para los administrados. Arbitrariedad bajo pretexto de oportunidad política.<sup>407</sup> Si bien es cierto que no existe un acto de gobierno con categoría distinta al acto administrativo, también es cierto que entre uno y otro existen diferencias que ameritan un tratamiento diverso, y un análisis concientizado de las peculiaridades del llamado acto de gobierno<sup>408</sup>

Sin embargo, el acto administrativo, necesariamente debe ser plasmado en concordancia con la totalidad del orden jurídico, no únicamente con la satisfacción de ciertos requisitos legales, ya que no debe existir perjuicio en el cumplimiento de la juricidad de los actos: debe responder sustancialmente a dos objetivos básicos, el primero se refiere al sometimiento a las actuaciones de la administración a un régimen jurídico uniforme; el segundo requisito es la necesidad de tener como marco de actuación el interés público<sup>409</sup>

---

<sup>406</sup> Ibidem, p.815

<sup>407</sup> CHALCO Reyes, Marcial. "Estado, Poder y abuso del Poder". Colombia. Temis. 2014 p.415

<sup>408</sup> Ibidem, p.418

<sup>409</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R., PAREJO Alfonso, Luciano y RODRÍGUEZ Rodríguez, Libardo. Coords., op.cit., nota 257, pp.144-145

Siempre que se habla de discrecionalidad, se habla de legalidad, es importante mencionar que, no sólo la actividad reglada es legal, sino que la actividad discrecional, dado que, por principio toda actividad administrativa es legal. Ello no significa un juicio a priori que califica de forma arbitraria a toda la actividad administrativa de legal, significa que aún en el ejercicio de facultades discrecionales, la administración pública tiene la obligación de acatar todas las normas referentes a la competencia y forma, por lo que el producto de la realización del acto debe ser según el fin de la ley.<sup>410</sup>

Dados los argumentos, estos no fueron ignorados por la evolución del Derecho en Francia, por lo que su jurisprudencia llevó a dicho estado a eliminar el antiguo tabú que separaba los actos discrecionales del control judicial. Sin embargo, en lo general, los estados han sido omisos en observar dicho desarrollo y acatarlo para sí.<sup>411</sup> Sin embargo, ningún acto administrativo dictado en el ejercicio de facultades discrecionales o privativas debe estar excluido del debido control jurisdiccional, que permita establecer la verdad o falsedad de las circunstancias de hecho, objetivas que se invocan por la administración pública como fundamento de su decisión.<sup>412</sup>

En el campo del acto administrativo la voluntad del poder discrecional de la acción administrativa se encuentra siempre condicionada, a los fines institucionales, incluso cuando tiene carácter discrecional. Para romper con posibles confusiones, es importante aportar al debate referente a la desambiguación de la facultad discrecional con relación a la autonomía de la voluntad, ya que son claramente distinguibles, la autonomía de la voluntad es la facultad del particular de realizar cualquier tipo de acto que no se encuentre prohibido por la ley, en contraposición la discrecionalidad se otorga al funcionario público, como un reconocimiento de libertad de acción para los

---

<sup>410</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.815

<sup>411</sup> Ídem.

<sup>412</sup> Ídem.

casos en los que sea específicamente autorizada.<sup>413</sup> Conforme al Art. 124<sup>414</sup> de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los funcionarios federales sólo pueden hacer lo que la Constitución les determina,<sup>415</sup> en oposición a la autonomía de la voluntad y en armonía con el artículo 16 constitucional, como una garantía del derecho humano a la seguridad jurídica, acorde al cual las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo que expresamente les facultan las leyes.<sup>416</sup>

El hecho de que la Constitución no hable expresamente de facultades discrecionales no puede interpretarse en el sentido de que tales facultades no sean constitucionales, ya que puede apreciarse que en el texto constitucional existen numerosas facultades que, analizadas conforme a consideraciones doctrinales pueden ser calificadas como discrecionales.<sup>417</sup> En tal caso, vistas las facultades discrecionales desde el punto de vista doctrinal, sin embargo, no existe categoría distintiva de manera constitucional o legal en texto jurídico actual y vinculante mexicano alguno. Por lo que elevar dicha categoría a al grado jurídico vinculante desde el punto de vista lógico jurídico presenta problemas de coherencia inocultables. Ni en la Constitución ni en las leyes que de esta derivan se utiliza la expresión acto político o acto de gobierno, tampoco se prohíbe a los tribunales o autoridades administrativas conocer inconformidades contra los actos realizados con base en las facultades especiales que

---

<sup>413</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R., PAREJO Alfonso, Luciano y RODRÍGUEZ Rodríguez, Libardo. Coords., op.cit., nota 257, p.130

<sup>414</sup> Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

(Artículo reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la federación el 29 de enero de 2016)

<sup>415</sup> GUTIERREZ y González, Ernesto, op.cit., nota 178, p.39

<sup>416</sup> SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO. Queja 147/2013. Andrés Caro de la Fuente. 22 de noviembre de 2013. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Alejandro Bermúdez Manrique. Ponente: José Carlos Rodríguez Navarro. Secretario: Eucario Adame Pérez

<sup>417</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1119

concede código alguno al ejecutivo federal, en especial cuando ha sido afectada la esfera individual de alguna persona.<sup>418</sup> Los estados constitucionales no pueden desconocer que los derechos humanos forman parte de su programa normativo y su actividad se haya sometida a la estricta vinculación positiva al Derecho. El estado de derecho presupone la subordinación de los poderes públicos de cualquier grado a las leyes generales del país y también al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente y, por tanto, en principio inviolables.<sup>419</sup>

El Estado Constitucional mantiene una relación asimétrica entre los órganos públicos del Estado y los ciudadanos, dicha ecuación se explica desde la investidura que tienen los órganos estatales sobre la potestad de imponer de manera legítima y unilateral obligaciones sobre los particulares. Dicha función, es de carácter específico y mana del orden jurídico. Por ello, mientras la persona puede actuar en el marco de una libertad jurídicamente constituida, el Estado por su parte actúa en el ámbito de competencias jurídicamente atribuidas.<sup>420</sup> La redacción de los primeros 28 artículos de la Constitución, referencian diversas materias en las cuales puede creerse que existen facultades discrecionales, por ejemplo, en materia educativa, la autorización a los particulares para impartir educación contiene elementos de discrecionalidad conferidos a la autoridad administrativa y la pertinencia que ésta califique al momento de otorgar dichos permisos.<sup>421</sup> Sin embargo hemos de recordar que el ejercicio de dichas facultades responde a la complementación de la norma a la cual se encuentra supeditada la acción. El Art. 103 dispone que los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o por actos de la autoridad que viole las garantías individuales, complementado por el Art. 107, el cual señala que todas las controversias

---

<sup>418</sup> CHALCO Reyes, Marcial, *op.cit.*, nota 408, p.427

<sup>419</sup> BOBBIO, Norberto, "Liberalismo y democracia" México, Fondo de Cultura Económica, 2006 p.19

<sup>420</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, *op.cit.*, nota 184, p.192

<sup>421</sup> ACOSTA Romero, Miguel, *op.cit.*, nota 18, p.1118

referidas por el 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley.<sup>422</sup>

Disponer que contra algún acto del ejecutivo no procede juicio o recurso alguno es tanto como amputar al Poder Judicial de su más esencial función que es la procuración de la justicia, alterando el equilibrio de las funciones y, por lo tanto, anulando el sistema de pesos y contrapesos que es elemento clave del modelo federal estatal.<sup>423</sup> Cuando dos disposiciones que forman parte de un mismo código se oponen en lo sustancial, debe desaparecer una de ellas, la regla general nos dice que debe desaparecer aquella que se oponga a las que consagren derechos humanos o que eviten la garantía de su pleno respeto. El límite de las facultades está donde termina su expresa enumeración, no pueden extenderse por analogía, por igualdad, ni por mayoría de razón a otros casos de los expresamente previstos ya que significaría la creación de una nueva facultad sustituyendo indebidamente el intérprete<sup>424</sup>

Que el texto constitucional no separe a las facultades en categorías diferenciadas, significa que todas las facultades por su cualidad normativa únicamente son facultades sin que exista una distinción jurídicamente vinculante, por lo que, la descripción doctrinal de sus elementos no debe ser en caso alguno obstáculo para que se puede ejercer un control sobre el ejercicio de facultades y por lo tanto se corrobore su conformidad con la Constitución y todos los elementos de derechos humanos que ésta contempla. Desde el punto de vista constitucional la autoridad administrativa no tiene más facultades que las concedidas expresamente por las leyes y cuando dicten una determinación que no se encuentre debidamente fundada y motivada tal determinación es violatoria de las garantías consignadas por el artículo 16 de la carta magna.<sup>425</sup> La doctrina ha señalado paralelamente al acto discrecional, marcando que

---

<sup>422</sup> CHALCO Reyes, Marcial, op.cit., nota 408, p.428

<sup>423</sup> Ibidem, p.429

<sup>424</sup> Octava Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Segunda Parte-1, página 144. Amparo Directo 844/87

<sup>425</sup> . Quinta Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXXIII, página 4605.



para éste se reserva cierto grado de independencia, sin embargo, tampoco puede exceder los principios de legalidad, ni violar garantías individuales, por lo que la autoridad debe seguir un procedimiento administrativo adecuándose a los pasos marcados por la ley.<sup>426</sup> Sin embargo aceptar la discrecionalidad de los actos es en sí mismo negar el principio contenido en el Art. 89 fracción primera, así como del Art. 16. Ya que no existe dentro del texto constitucional una mención específica ni la intención de otorgar facultades engalanadas con el calificativo discrecional. Tampoco ha sido posible que dicho criterio aplique a todos los actos discrecionales.

La doctrina ha señalado paralelamente al acto discrecional, marcando que para éste se reserva cierto grado de independencia, sin embargo, tampoco puede exceder los principios de legalidad, ni violar garantías individuales, por lo que la autoridad debe seguir un procedimiento administrativo adecuándose a los pasos marcados por la ley.<sup>427</sup> Sin embargo aceptar la discrecionalidad de los actos es en sí mismo negar el principio contenido en el Art. 89 fracción primera, así como del Art. 16. Como ha sido reiterado, no existe dentro del texto constitucional una mención específica ni la intención de otorgar facultades enunciadas con características pertenecientes al calificativo discrecional. Desde la visión del Tribunal Constitucional de Alemania, se ha sostenido que no resulta constitucionalmente admisible reconocer a la Administración márgenes de apreciación exentos de un control judicial plenario como los que la jurisprudencia les había admitido en el pasado, en razón de que el control jurisdiccional debe ser dilucidado en relación a la habilitación normativa del cual se deriva, y debe ser matizado en razón de la intensidad de afectación que se realice en especial tratándose de la afectación a derechos fundamentales.<sup>428</sup> Dicha visión sobre el control judicial conlleva una armonía evidente con el principio de legalidad, también con el equilibrio de poderes, en relación a la posibilidad que únicamente existe entre ellos de controlar

---

<sup>426</sup> SÁNCHEZ Pichardo, Alberto C., op.cit., nota 68, p.71

<sup>427</sup> Ídem.

<sup>428</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.117

sus actos, evitando así la indefensión y el choque con los principios mandados de los derechos fundamentales.

Es importante reconocer a las facultades discrecionales como una herramienta por medio de la cual algo es ordenado de tal forma que su realización se perfeccione en la mayor medida posible, finalmente responden al concepto denominado como “Mandatos de Optimización” la aceptación de dichas complejidades permite construir bases tópicas para atender los conflictos que puedan invocarse, dicho reconocimiento es útil para alumbrar soluciones que puedan ser accionadas a través de las Funciones del Estado.

Como propuesta preliminar y como medida saludable, debería ser vinculante a todos los actos del Estado la concordancia con la Ley epistémica de la ponderación de Alexy de la cual se desprende:

Cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamenten dicha intervención, agregando la regla que argumentativa definitoria de la intensidad del control que debe practicar el Tribunal Constitucional. Dado que la intensidad del control debe en todos los casos ser matizada según la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la certeza de las premisas.<sup>429</sup>

Por ejemplo, el Tribunal Alemán se auxilia a través de la alusión a tres tipos de controles:<sup>430</sup>

- Control de Evidencia.
- Control de intensidad intermedia.

---

<sup>429</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.117

<sup>430</sup> Ibidem, P.118

- Control sustancial intensivo.<sup>431</sup>

Sin embargo, de aceptar la inmunidad judicial en los actos discrecionales, se altera el principio de legalidad,<sup>432</sup> ya que se impide la confrontación de los actos con la norma. Un margen de apreciación que no sea completamente revisable por la actividad jurisdiccional únicamente debe ser posible cuando el órgano administrativo haya sido habilitado por la correspondiente ley para efectuar una apreciación concluyente, conocida también como teoría de la habilitación normativa.<sup>433</sup> Sin embargo, la habilitación normativa no puede ser obstáculo para que la actividad administrativa evite exponer los criterios seguidos y las circunstancias tomadas en consideración al momento de tomar una resolución. Exponer ante un tribunal los fundamentos de una resolución, permite que dicho tribunal pueda examinar plenamente la aplicación del concepto y cumplir al hacerlo con la función constitucionalmente atribuida.<sup>434</sup>

### **2.6.2. Relación de las facultades discrecionales con los artículos 14 y 16 constitucionales:**

La carencia de un fundamento legal que corrobore la categoría “discrecional” necesariamente debe remitir al órgano jurisdiccional a controlar todas las facultades bajo el mismo trato, dado que dar al desarrollo doctrinal un carácter vinculante, sería en sí mismo el ejercicio de una discrecionalidad desmedida.<sup>435</sup> Por ello, no podemos ser omisos al evitar remarcar el principio de interpretación de la ley que sostiene que donde la ley no distingue, el juzgador no debe distinguir, el cual debe aplicarse al cuerpo de la ley en su conjunto, por lo que no puede sostenerse de forma aislada a cada una de sus disposiciones, ello necesariamente debe constreñir al juzgador a evitar

---

<sup>431</sup> Ídem.

<sup>432</sup> Ibidem, p.114

<sup>433</sup> Ibidem, p.115

<sup>434</sup> Ídem.

<sup>435</sup> ACOSTA Romero, Miguel, op.cit., nota 18, p.1118

realizar distinciones que la ley no contempla, especialmente cuando se invocan violaciones a derechos humanos.

Constitucionalmente el ejercicio de todas las facultades debe estar limitado por la prohibición de la realización de todo acto no conferido por una norma, por lo que todo ejercicio de facultades se encuentra sujeto a los siguientes principios, los cuales por ende también tendrían que ser objeto mínimo en el ejercicio de la revisión judicial:

- Legalidad: La facultad discrecional siempre debe tener una base legal, siempre debe estar conferida al funcionario, la competencia para realizar esa clase de actos es una ley.<sup>436</sup>
- Fundamentación: la fundamentación expresa de lo discrecional, en los preceptos que sirvan de base para ello.<sup>437</sup> La ley debe tener la ambigüedad o una necesidad suficiente en el acto para que pueda ejercerse una apreciación discrecional.
- Motivación: Conforme a la expresión del artículo 16 constitucional, los actos emitidos deben ser motivados en cuanto a la expresión de sus orígenes, antecedentes, y causas que precedieron y dieron lugar al acto discrecional, dicha motivación debe ser expresada en el propio acto y los motivos deben darse en la realidad practico-jurídica, no debe haber espacio a manifestaciones a priori por la autoridad.<sup>438</sup>
- Por escrito: Toda exteriorización de los actos se ajusta a los principios constitucionales a través de su constancia por escrito, ya que es la forma externa objetiva necesaria.<sup>439</sup>

---

<sup>436</sup> Ibidem, p.1120

<sup>437</sup> Ídem.

<sup>438</sup> Ídem.

<sup>439</sup> Ídem.

Los anteriores preceptos deberán satisfacer siempre que el acto discrecional afecte la esfera jurídica del particular en los términos previstos en los artículos cuya exégesis se hace.<sup>440</sup>

Todos los actos estatales deben llenarse tratando de cumplimentar las garantías individuales, y en el ámbito interno de la Administración serán distintos principios los que rigen, en virtud de la eficacia y flexibilidad de la Administración Pública y de las decisiones políticas conforme a las cuales se tome alguna medida. Por ejemplo, que se destine una mayor o menor cantidad a un ramo u otro de la Administración, pudiera pensarse que la educación pública, o recursos hidráulicos u otro, implica una decisión política de apreciación de muchos factores que no expresan en el presupuesto de egresos de la Federación; además debe ser discutible qué a través de esos actos, se busque cumplir una garantía puramente individual.<sup>441</sup>

## 2.7. Derecho comparado

La discrecionalidad es un supraconcepto común, propio de la teoría general del Derecho,<sup>442</sup> ya sea por herencia, oportunidad o necesidad, la institución de la discrecionalidad administrativa ha pasado desde los sistemas monárquicos hasta los distintos sistemas jurídicos contemporáneos. Sin embargo, el trato que cada sistema jurídico ha dado a la discrecionalidad ha creado es distinto, mientras en México el tema ha sido abordado con timidez, en Estados como Alemania, Argentina y Francia, los juzgadores han tomado la responsabilidad de forma paulatina, sin embargo, directa en tanto el control de las facultades discrecionales del ejecutivo.

Europa al principio consideraba a la discrecionalidad técnica como una justificación suficiente para que en ciertos casos los jueces pudieren inhibirse o

---

<sup>440</sup> Ídem.

<sup>441</sup> Ídem.

<sup>442</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, *op.cit.*, nota 184, p.95

restringir el conocimiento respecto a la sustancia de fondo de ciertos asuntos, sin embargo, con el advenimiento de diversos grupos de poder fáctico, como los económicos, mediáticos y sociales, ha optado por conceder a los gobiernos más poderes, aunado a controles más intensos y eficaces de legalidad, razonabilidad y mérito. Para ello la doctrina ha aceptado que el control judicial rige como regla general sobre todos los actos administrativos, lo que necesariamente incluye a los derivados del uso de facultades discrecionales, e incluso ha recomendado que en ciertos casos el juzgador pueda sustituir o pronunciarse dictando la decisión pertinente, ya que desde la teoría, para garantizar la efectividad de la tutela es pertinente que el control de la discrecionalidad pueda anular o sustituir los actos del órgano ejecutivo. Mientras que en el sistema jurídico del Common Law, su evolución le ha permitido el uso de las herramientas jurídicas “*deference y rule of reason*”<sup>443</sup>

La doctrina positivista francesa describe a través de la “teoría de los motivos” la forma de control sobre el poder discrecional contemplado por; describe a los motivos como situaciones de hecho que justifican cada vez la aplicación de la ley. Para esta escuela, existe un poder discrecional todas las veces que la ley no ha precisado de manera suficiente los motivos del acto. En sentido contrario, si la situación objetiva se encuentra suficientemente precisada el acto se encuentra completamente ligado.<sup>444</sup> El motivo se encuentra cuando la autoridad administrativa tiene la posibilidad de determinar libremente sobre una situación real la cual debe ajustarse al motivo previsto por la ley, ayudando a determinar el sentido de la noción prevista.<sup>445</sup>

La forma en que los juristas alemanes han abordado el problema de la discrecionalidad, dado el Derecho como una institución que se ve forzada a evolucionar en conjunto con el pensamiento de la sociedad a la que determina y que lo determina,

---

<sup>443</sup> TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel, op.cit., nota 216, pp.29-30

<sup>444</sup> Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990 p.811

<sup>445</sup> Ídem.

a los juristas alemanes les pareció inverosímil el candado de la discrecionalidad como pretexto para que ciertos actos administrativos no pudieran ser controlados.<sup>446</sup>

Alemania ha dirigido sus esfuerzos ocupándose del fenómeno de la discrecionalidad desde un punto de vista sistémico integral, parten del análisis de la discrecionalidad administrativa, realizando una descomposición de las normas jurídicas a partir de tres elementos; la composición de un supuesto un presupuesto de hecho; un operador interactivo o facultativo que conecta el presupuesto de hecho con la consecuencia jurídica; la consecuencia jurídica. A través del desarrollo desde distintas doctrinas se trata el problema de la discrecionalidad administrativa partiendo de la base estructural de las normas, así como segundo lugar en que se aloje la libertad de elección, se en el antecedente de la norma, en el consecuente o en ambos. Sin embargo, en la práctica convencional alemana predomina la doctrina que ubica a la discrecionalidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas.<sup>447</sup>

El primer enfoque de la doctrina alemana consiga la discrecionalidad administrativa como un margen de volición parálisis: entre la adopción o no de una consecuencia jurídica; la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar consecuencia jurídica por ella prevista; y si se adopta uno la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse (discrecionalidad como fenómeno exclusivamente derivado de la indeterminación de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico administrativas).<sup>448</sup>

El segundo enfoque doctrinal ubica la discrecionalidad en el ámbito de la indeterminación del supuesto de hecho de las normas jurídico-habilitantes, así como, en la indeterminación del supuesto de las consecuencias jurídicas. La visión de esta doctrina genera un margen para la dicha administrativa estructuralmente equiparable a

---

<sup>446</sup> CORVALÁN, Juan Gustavo, op.cit., nota 184, p.97

<sup>447</sup> Ídem.

<sup>448</sup> Ibidem, p.98

la discrecionalidad administrativa. Ha sido nombrada como unitaria de la discrecionalidad.<sup>449</sup> Siendo importante señalar que la indeterminación puede estar alojada tanto en la norma como en la consecuencia jurídica.<sup>450</sup>

El tercer enfoque doctrinal del fenómeno discrecional se encuentra ligado exclusivamente en el ámbito del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas, el desarrollo de dicha doctrina sugiere que se condiciona o no a la aplicación una consecuencia jurídica u otra en relación con la inexistencia o imperfección que se produce a partir de la ausencia, insuficiencia o imprecisión de los criterios determinantes que condiciona la aplicación señalada, situación que provoca el margen de actuación. En esta tesis, la administración podrá establecer o precisar de forma explicativa los presupuestos de su propiedad actuación intencionalmente imperfectos o inacabados, en su configuración normativa inicial.<sup>451</sup> Por lo tanto, la discrecionalidad únicamente opera en el ámbito del supuesto de hecho de la norma jurídico-administrativa.<sup>452</sup>

Es importante aclarar que el desarrollo doctrinal nacional, así como los dichos judiciales, por la evolución del Derecho encuentran únicamente y asimilan a la discrecionalidad desde la visión del primer supuesto doctrinal, dado que, la evolución del Derecho alemán ha logrado diferenciar los supuestos de discrecionalidad del axioma que ellos mismos como conceptos jurídicos indeterminados.<sup>453</sup>

Desde el desarrollo en Argentina, en un principio, el alto tribunal de la nación se sometió al criterio general por el cual se entendían tradicionalmente las facultades discrecionales, por el cual, el mero hecho de que un acto discrecional sea dictado en ejercicio de atribuciones discrecionales resulta suficiente para excluirlo de la potestad

---

<sup>449</sup> Ibidem, pp.70-71

<sup>450</sup> Ibidem, p.94

<sup>451</sup> Ibidem, p.p.72-73

<sup>452</sup> Ibidem, p.94

<sup>453</sup> Ibidem, p.72-73



jurisdiccional revisora, dicho criterio fue extendido incluso cuando el asunto versaba sobre políticas en materia de derechos fundamentales. Posteriormente aceptando la evolución del Derecho ha adoptado paulatinamente la interpretación que admite matices, tomando particularmente la responsabilidad de ejercer el control jurisdiccional.<sup>454</sup> En cuanto a los hechos determinantes que fundan el acto administrativo, los jueces han señalado que poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, ya que ha entendido a los hechos que motivan la decisión administrativa como la condición general de legalidad.<sup>455</sup>

De la evolución tomada por la cosmovisión de los juristas argentinos, podemos resaltar que el desarrollo de los hechos afecta directamente al objeto de la controversia, por lo cual puede romperse la condición general de legalidad. Ello implica el rompimiento de la visión clásica en el tratamiento de las facultades discrecionales, abriendo una puerta necesaria para su control y motivando así, de forma saludable y paulatina, la racionalidad del sistema, a través de la aceptación de la responsabilidad que tiene el alto tribunal sobre el control judicial de la legalidad con la que se desempeñan las facultades discrecionales.

Sin embargo, dichas interpretaciones han encontrado un límite a su evolución y en el ámbito del empleo público, dado que aún existe una tendencia general a rechazar el control de la causa, asegurando que dicha actividad es discrecional y privativa perteneciente al Poder Ejecutivo.<sup>456</sup> Sin embargo, la aplicación del criterio señalado no ha encontrado confrontación en tanto la aplicación o falta de ésta sobre de los requisitos legales señalados para el acto, sino meramente sobre la apreciación discrecional del acto.<sup>457</sup> Ello nos constriñe a pensar que dicho criterio podría evolucionar si la exigencia sobre el actuar discrecional de la administración en tanto empleo público pudiere variar

---

<sup>454</sup> Ibidem, p.p.85-86

<sup>455</sup> Ibidem, p.p. 86

<sup>456</sup> Ibidem, p.87

<sup>457</sup> Ídem.

sus criterios, si se encontrasen elementos suficientes para sostener que los requisitos normativos señalados para el acto fuesen inacatados por ser claramente arbitrarios.

Continuando con la evolución al tratamiento que la Corte Suprema de Justicia de Argentina le ha dado a las facultades discrecionales, el cual en un segundo momento se había limitado a corregir las actuaciones administrativas que fueren calificadas de ilógicas, abusivas o arbitrarias, sin que dicha corrección implicase que hubiese una sustitución a la Función Administrativa por parte del juez, en la facultad que aquella tiene de decidir,<sup>458</sup> dicho criterio encontró una excepción en el fallo “Q. C. S. Y. 24-04-12” por medio el cual el alto tribunal sustituyó a la Administración, ordenando llevar adelante las medidas necesarias a fin de garantizar un mínimo existencial frente a un grupo familiar que se encontraba en situación de máxima vulnerabilidad social. Así, la corte entendió que existe una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos.<sup>459</sup> Sin embargo, para que lo anterior sea posible, necesariamente debe acreditarse una afectación a una garantía, entendida dicha afectación como una amenaza grave para la existencia de la misma persona.

Para poder entender las causas que llevaron a un principio de cambio paradigmático, se desprende del desarrollo de los hechos del fallo “Q. C. S. Y. 24-04-12” que la parte actora se encontraba en situación de calle, tendiendo a su cargo un hijo menor discapacitado. Por lo que la Corte Suprema señaló que encontrándose la parte actora en estado de extrema necesidad era imperante procurarles condiciones dignas de manera no definitiva, dado que no se encontraban (la parte actora y su familia) en condiciones de desarrollar su proyecto de vida. Para la visión de la corte la Función Administrativa en su elección de prioridades presupuestarias, no implementó políticas públicas razonables ni realizó el máximo esfuerzo requerido, significando la

---

<sup>458</sup> Ibidem, p.91

<sup>459</sup> Ibidem, p.92

demostración de la situación de desamparo y el grado de extrema vulnerabilidad de la parte actora.

En resumen, la pretensión primordial de los juristas argentinos se sostiene en el hecho de que una facultad discrecional nunca puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria de la administración. Sin embargo, por ello la evolución desde la limitante a corregir únicamente las actuaciones administrativas manifiestamente ilógicas, abusivas o arbitrarias, de los cuales se exige una prueba manifiesta para que el control judicial sea activado. Y si bien, tienen como punto inicial la imposibilidad de sustitución del criterio de la Administración por parte de la Función Judicial (haciendo únicamente un control de legalidad, razonabilidad o arbitrariedad de las decisiones administrativas) han pasado a la excepción manada de la protección de derechos fundamentales.<sup>460</sup> Creando un precedente por el cual han permitido una evolución cautelosa y paulatina dentro de su sistema jurídico, permitiendo que los derechos fundamentales encuentren un nicho de reconocimiento y preponderancia sobre las facultades discrecionales.

---

<sup>460</sup> Ibidem, p.97

## **CAPÍTULO 3**

### **DERECHOS HUMANOS**

**SUMARIO: 3. Derechos Humanos. -3.1. Concepto de Derechos Humanos. -3.1.1. Sistema internacional de Derechos Humanos y sistema regional de Derechos Humanos. -3.1.2. Derechos humanos por su naturaleza oponibles al ejercicio de facultades discrecionales. -3.1.2.1. Garantías Judiciales. -3.1.2.2. Protección Judicial. -3.1.2.3. Derechos Políticos. -3.1.2.4. Recurso Efectivo. -3.1.2.5. Derecho a la buena administración. -3.1.2.6. Derechos Sociales Fundamentales. -3.2. Instrumentos Nacionales de tutela de los Derechos Humanos. -3.2.1. Recomendaciones de los organismos autónomos de Derechos Humanos. -3.2.1.1. Acción de Inconstitucionalidad. -3.2.2. Recursos Administrativos. -3.2.2.1. Recurso de Revisión. -3.2.2.2. El recurso de inconformidad. -3.2.2.3. Recurso de Revocación. -3.2.3. Amparo. -3.3. Instrumentos Supranacionales de tutela de los derechos humanos. -3.3.1. Obligación de respetar los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales. -3.3.2. Artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. -3.3.3. Carta de la Organización de Estados Americanos. -3.3.4. Sentencia Radilla Pacheco. -3.3.5. Expediente Varios 912/2010. -3.4. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. -3.4.1. Sistema de peticiones. -3.4.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. -3.4.2.1. Individuo. -3.4.2.2. Competencia. -3.4.2.3. Proceso. -3.4.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. -3.4.3.1. Competencia y facultades aplicables al sistema nacional. -3.4.3.2. Vinculación. -3.4.4. Agotamiento de recursos interno. -3.4.4.1. Falta de un recurso efectivo. -3.4.4.2. Ineficiencia de un recurso ya existente.**

### **3. DERECHOS HUMANOS**

Existen extensas versiones sobre el carácter inherente al hombre de los derechos humanos, sin embargo, es imperante separar el valor de romanticismo con el que se les califica tanto dentro de la doctrina, como dentro el discurso estatal. Dado que la romantización matiza los factores de los cuales devienen y, por tanto, desnaturaliza sus características y frena su evolución. Producto de las revoluciones encaminadas a

reivindicar el valor de la persona en la sociedad respecto del Estado, así como su función central en la toma de decisiones públicas, tanto del proceso para arribar a ellas como de su contenido. La materialización de una larga tradición intelectual, sobre un conjunto de principios básicos necesarios para lograr una vida digna, asumir decisiones de forma autónoma y desarrollarse con respecto de la inviolabilidad personal, como también son verdaderos instrumentos para asegurar ciertos criterios éticos que configuran el piso mínimo que rige el comportamiento individual y colectivo de las personas, desde la visión de la sociología, son mecanismos para promover la inclusión social, a través de la participación en las decisiones que a la sociedad en conjunto conciernen.<sup>461</sup>

### **3.1. Concepto de Derechos Humanos**

Son definibles como el grupo de prerrogativas resultado de un proceso de evolución social, por virtud del cual se establecieron las personas como responsables de decidir su futuro y el de su comunidad, así como de alcanzar los acuerdos necesarios para ello, los cuales no pueden asumirse en contra de los bienes básicos a los que cada uno de los individuos debe acceder para llevar a cabo el plan de vida que se ha impuesto.<sup>462</sup> Desde la óptica del pensamiento neo-constitucionalista considera a los derechos humanos como expectativas positivas y negativas, atribuibles a un determinado grupo de personas en razón de su estatus, que implica una serie de deberes propios de quien concentra el poder o de quien en la relación disímbola de fuerzas, se encuentra en la posición de mayor ventaja.<sup>463</sup>

Es evidente que en apariencia el concepto “principios aceptados por la comunidad internacional” encuentre una pared dentro de la concepción positivista del

---

<sup>461</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord. “Derechos humanos, perspectivas y retos”, México. Tirant lo Blanch. 2016 p.458

<sup>462</sup> Ibidem, p.457

<sup>463</sup> Ibidem, p.458

Derecho, como se ha mencionado a lo largo del trabajo los derechos humanos no son conceptos creados para convivir de manera armónica con los sistemas de Derecho que únicamente reconoce lo positivado. Para ello es importante observar las características inherentes a los derechos humanos, de tal suerte que no se vean como normas tácitas, sino como enunciados de perfeccionamiento y dignificación del Derecho.

Como elemento principal de su naturaleza, al referirnos a derechos humanos, deben ser un precepto reconocido por la comunidad internacional, el cual, por su cualidad generalizada se ha transformado en costumbre internacional, su contenido no puede interpretarse como exhaustivo, dado que la enunciación de los derechos humanos de ninguna forma puede entenderse como la negación o disminución de otros derechos que la sociedad retiene, el reconocimiento y protección, por lo que requiere una concepción distinta a la positiva<sup>464</sup> de tal suerte que se eviten las limitaciones que dicha vertiente (positivismo) del Derecho conlleva. Lo que nos lleva a afirmar que no existe un catálogo limitado de derechos humanos. Naturalmente el Derecho Positivo como herramienta creada para mantener la integridad del sistema normativo permea también en el pensamiento de los operadores jurídicos quienes regularmente se muestran renuentes a los cambios en la estructura jurídica, por ello la intención de estaticidad se representa en sentencias renuentes o tímidas en cuanto a la adopción e interpretación del nuevo paradigma de derechos, en armonía con lo anterior, siendo de especial relevancia acentuar que la cantidad de derechos humanos existentes, reconocidos y plasmados dentro del contenido de diversos tratados internacionales, no está sujeto a limitantes, por lo que las viejas interpretaciones que defienden la existencia de garantías únicamente dentro de la parte dogmática referida a las garantías constitucionales son obsoletas, obligando a los operadores jurídicos a reconocer como derechos humanos lo que otrora fueron negados de dicho reconocimiento, haciendo hincapié en el hecho de que la negativa a reconocer los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte y, en especial, los

---

<sup>464</sup> Ibidem, p.128

reconocidos por la Organización de Estados Americanos, debe ser objeto de la activación del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Ha sido un error contemporáneo de los operadores del Derecho sostener que la única razón para respetar o proteger algo o alguien es que sea titular de ciertos derechos, lo que se ha convertido en una posición discutible, la discusión sobre la naturaleza y fuente de los derechos ha transformado al argumento sobre “la concesión del soberano” o “el carácter absoluto” a simples apotegmas emitidos para generar confusión.<sup>465</sup> La titularidad de derechos y libertades no han sido inherentes e intrínsecos al ser humano, dado que han sido producto de luchas y victorias sociales, el hombre no nació con ellos, ni se encontraban en el entorno por el mero acto de la naturaleza, ya que en realidad estamos obligados a reconocer que los meros actos de la naturaleza del hombre solamente han demostrado ser intentos de control e imposición dado que desde un enfoque realista, los viejos postulados quedan como simples aforismos que nunca encontraron mayor lugar que dentro de discursos vacíos. Por ello es importante como sociedad exigir de las autoridades el respeto a los derechos humanos, así como su completo reconocimiento, adopción y protección.

El problema no ha sido el bagaje internacional de derechos reconocidos desarrollado, el problema sigue presentándose en la falta de una efectiva jurisdicción nacional y supranacional para conocer y procurar el contenido constitucional de los derechos.<sup>466</sup>

### **3.1.1. Sistema internacional de Derechos Humanos y sistema regional d Derechos Humanos**

---

<sup>465</sup> Ibidem, 2016 p.133

<sup>466</sup> Ibidem, p.136

Como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, existe un cambio de paradigma en tanto al tratamiento que se le ha dado desde el derecho interno al derecho internacional. La mudanza de paradigma ha posicionado al derecho internacional de los derechos humanos como límite a la discrecionalidad de los Estados. La ambigüedad a que sujeta a los sistemas de protección de derechos humanos positivados por los Estados, así como los elementos y herramientas jurídicas de corte híbrido a los que se somete, responden a la resistencia de las fuerzas políticas internas de los Estados.<sup>467</sup>

Desde el desarrollo histórico del paradigma actual, del 21 de agosto al 7 de octubre de 1944 tuvo lugar en Dumbarton Oaks una Conferencia Internacional entre China, Estados Unidos, Reino Unido y la URSS, en la cual se preparó el proyecto de la Carta de las Naciones Unidas, ultimado en la Conferencia de Yalta en Febrero de 1945, en la cual se acordó la reunión de una conferencia Internacional en Estados Unidos con el objeto de establecer la que sería llamada Organización de las Naciones Unidas el 25 de abril de 1945.<sup>468</sup>

Como resultado de la Conferencia de San Francisco, se crearon dos documentos complementarios, los cuales sentaron las bases del orden internacional de la postguerra en primer lugar, la Carta de las Naciones Unidas y en segundo el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dentro de la Organización se constituyeron dos órganos principales, por una parte la Asamblea General, compuesta por representantes de todos los Estados miembros, la cual se basa en el principio de igualdad entre Estados, a esta se le otorgaron funciones puramente consultivas y recomendatorias; a su vez fue creado el Consejo de Seguridad, compuesto por un número limitado de miembros, cinco de ellos designados de carácter permanente (China, EUA, Francia, Reino Unido y la

---

<sup>467</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio. “La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009.2011” 4ª ed. México, Porrúa, 2015 p.17

<sup>468</sup> MARTÍNEZ Morán, Narciso. Ed. “Utopía y Realidad de los derechos Humanos en el 50 aniversario de su Declaración Universal”. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 1999 p.251



URSS) el cual tiene facultades decisorias en cuanto el mantenimiento de la Paz y de la seguridad internacionales.<sup>469</sup>

Si bien, todos los Órganos de las Naciones Unidas están vinculados con actuaciones en favor de los derechos humanos, también es cierto que las recomendaciones, informes u opiniones que de ellos manan, no tienen el carácter de decisiones o resoluciones judiciales, ni tampoco tienen un carácter ejecutivo. Estos se dirigen a la Asamblea General para que, a su vez, ésta acuerde emitir una Recomendación dirigida al Estado denunciado para que adopte medidas oportunas que hagan cesar la situación señalada.<sup>470</sup>

La resistencia a la asimilación adecuada de los derechos humanos ha encontrado una respuesta más o menos firme desde el derecho internacional, desde donde se han adecuado limitantes a ciertos aspectos de la discrecionalidad Estatal, especialmente cuando se abordan temas relacionados a los derechos mencionados.<sup>471</sup> Dichas adecuaciones han sido posibles únicamente de forma paulatina y desde la regionalización de los sistemas de protección de derechos humanos, de los cuales advinieron el “Sistema Europeo de Derechos Humanos” “El sistema Africano de Derechos Humanos y el “Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

En 1950 con la aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, inicia la existencia del primer sistema regional, dicho instrumento contiene elementos de protección a derechos civiles y políticos. Europa encontró en la comunión geográfica e histórica, la posibilidad de conciliar distintas visiones de Estado y de dignidad Humana, de tal suerte que decide romper la ambigüedad del discurso que las naciones habían generado sobre los derechos humanos y crea el primer sistema regional. Si bien en un principio se estableció una Comisión y una Corte, es importante mencionar que

---

<sup>469</sup> Ibidem, p.252

<sup>470</sup> Ídem.

<sup>471</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.18

desde la entrada en vigor del protocolo No. 11 de 1994 al convenio Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Europea dejó de ser el filtro de entrada para el individuo, quien ahora puede accionar la competencia de manera directa, por su parte la Corte Europea asume que sus sentencias son obligatorias para los Estados parte.<sup>472</sup>

El más reciente de los sistemas regionales es el Sistema Africano de protección de los Derechos humanos, creado a través de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, del 27 de junio de 1981, firmada en el seno de la entonces Organización para la Unidad Africana, hoy llamada Unión Africana siendo el único instrumento que en un solo documento contempla tanto los derechos civiles como los políticos, económicos, sociales y culturales. Contempla en su texto el derecho al desarrollo y los derechos de los pueblos, dado que África clama tener un enfoque global y comunitario. Su único mecanismo de protección se encuentra en el modelo tomado de los dos sistemas predecesores, dado que la Carta Africana en su artículo 30 contempla a la Comisión Africana de Derechos Humanos, la cual sigue el modelo de las anteriores tanto en la emisión de informes periódicos como en la recepción de peticiones por parte de los Estados o del individuo. Sin embargo, su actuar se encuentra debilitado por la satisfacción de distintos requisitos que requieren además la aceptación de los Estados, por lo que su estudio aún no es temporalmente pertinente hasta en tanto el sistema pueda fortalecerse.

Por lo que respecta al Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, tiene sus orígenes formales dentro de la IX Conferencia de Panamericana de Bogotá se desarrolló desde el 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, producto de la conferencia se aprobó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.<sup>473</sup>

---

<sup>472</sup> [http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf\\_seccion/proteccion\\_inter\\_6\\_7\\_1.pdf](http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/proteccion_inter_6_7_1.pdf)

<sup>473</sup> MARTÍNEZ Morán, Narciso. Ed., op.cit., nota 469, p.259

Dentro de los tópicos se analizó la pertinencia y oportunidad de emitir una declaración americana de manera temporalmente paralela a la declaración Universal, sin embargo, fue evidente para las naciones las disparidades presentadas al momento de crear un sistema universal, tornándose evidente la posibilidad de enfocar el radio de observación, se encontró una respuesta positiva en tanto las ventajas que la limitación geográfica y social presentan, lo que torna clara la necesidad de una declaración de mayor claridad y precisión para la región. Se manifestaba evidente la disparidad ideológica dadas las diversas raíces mundiales de los distintos Estados y sistemas jurídicos. Ambiguos son los puntos de entendimiento cuando se trata de armonizar el sistema jurídico del Common law, con las familias neoromanistas, la familia comunista, etc.<sup>474</sup> Por lo que la afinidad histórica, social y cultural que representa el desarrollo de las naciones americanas, representaba una mayor homogeneización en tanto instituciones jurídicas y políticas, lo cual permite establecer principios más firmes, concretos y específicos.<sup>475</sup>

Mientras que, tanto en la ONU como en el floreciente sistema europeo de protección de derechos humanos, se comenzaron a desarrollar y reconocer a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), así como los Derechos Políticos, todos ellos planteados desde los inicios de los sistemas de protección de derechos humanos, la Convención Americana, así como el resto de Estados americanos, tuvieron la intención de desfasar dichos derechos aceptando su asimilación aún de forma tímida dentro del sistema. En oposición, las Naciones Unidas se plantearon desde el inicio la necesidad de que los derechos enunciados tuviesen reconocimiento y rango de tratado.<sup>476</sup>

Si bien, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos tuvo un origen imperfecto por carecer en apariencia de valor legal, dado que no creaba un

---

<sup>474</sup> Ibidem, p.260

<sup>475</sup> P.260

<sup>476</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe. "Sistema Interamericano de Derechos Humanos" España, Tirant lo Blanch, 2013 p.39

órgano ni un sistema de exigencia de cumplimiento, en 1959 dentro de la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores fue creada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a cual fue encargada de promover el respeto a los derechos humanos según las directrices y atribuciones que les señalara el consejo de Organización de los Estados Americanos, para tal función se aceptaron los consagrados dentro de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.<sup>477</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha evolucionado en competencias desde su creación, en 1967 se reforma la Carta de la Organización de Estados Americanos, de tal suerte que la redacción del Artículo 150 cambia su texto, dado que originalmente le encargaba la promoción de los derechos contenidos, siendo que, producto de la reforma, cambió de la función de promover a la de velar por la observancia, cuestión que cambia el significado del artículo, dada la diferencia entre promover y velar. Reafirmando así la presencia de la Comisión como uno de los órganos permanentes y principales de la Organización de Estados Americanos.<sup>478</sup>

El 22 de noviembre de 1969, fue aprobada por 12 Estados la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor hasta 1978, ya que para entrar en vigor requería la ratificación de por lo menos 11 Estados.<sup>479</sup> Integrandó también en su texto la existencia de un órgano judicial encargado de pronunciarse sobre los aspectos de la convención que pudieren entrar en conflicto entre Estados o entre éstos y el individuo.

El texto se estructura en tres partes<sup>480</sup>

- Objeto de la protección: Deberes de los Estados y derechos de los protegidos

---

<sup>477</sup> MARTÍNEZ Morán, Narciso. Ed., op.cit., nota 469, p.261

<sup>478</sup> MARTÍNEZ Morán, Narciso. Ed., op.cit., nota 469, p.261

<sup>479</sup> Ídem.

<sup>480</sup> Ídem.

- Órganos de Protección
- Disposiciones generales.

El nuevo paradigma del Derecho imperante implica puntualizar que, tanto las leyes como la Constitución únicamente pueden ser señaladas como válidas y aún como democráticas, a través del reconocimiento y garantía dado a los derechos humanos.<sup>481</sup> Dentro de la importancia de la regionalización, podemos destacar la posibilidad en tanto a la dimensión de protección de derechos que ha permitido, ya que como fue señalado, no existía un órgano internacional frente al cual el individuo pudiese acceder a exigir el respeto de algún derecho. Permitió que los Estados creasen sistemas de valores afines entre sí. Permitió que los Estados de la región accediesen a someterse a una jurisdicción internacional, aún tratándose temas relacionados al individuo y no únicamente entre Estados como es el caso de la Corte Internacional de Justicia. Y finalmente ha evolucionado el derecho interno de los Estados parte, perfeccionando la protección a la dignidad humana.

### **3.1.2. Derechos humanos por su naturaleza oponibles al ejercicio de facultades discrecionales**

Los derechos humanos son garantías mínimas, que operan como límite al ejercicio de la actuación del Estado, el cual en ningún caso puede ser transgredido, a través de una base jurídica que señala un límite mínimo de protección que debe ser respetado por las Funciones del Estado en el desempeño de sus labores.

La función primordial de los derechos fundamentales de la Constitución descansa en proteger al individuo frente a cualquier conducta excesiva del poder público, únicamente se pueden concebir los derechos humanos como oponibles a los actos del Estado, específicamente para proteger la dignidad humana. La doctrina alemana los ha calificado como obligaciones iusfundamentales, de tal suerte que, la

---

<sup>481</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.18

adecuación de los derechos Humanos dentro de los textos constitucionales los ha transfigurado dentro del concepto derechos fundamentales y, por tanto, agregado al sistema positivo.<sup>482</sup>

Si bien los textos constitucionales pueden variar en lenguaje, utilizando algunas veces el concepto “garantizar” mientras que en otros textos el de “proteger” en lugar de la concepción de “reconocerlos”, no puede llevar a la deducción simplista de un tipo de tutela específica y diferenciada, dado que ellos únicamente sirven para reducir el deber de protección del Estado,<sup>483</sup> además ello marcaría una actitud estatal en completa oposición al principio de “interpretación más favorable”.

El criterio denominado fórmula Radbruch ha sido abrazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a modo sintético, sentencia que las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica cuando son extremadamente injustas. Dicho, dado que, aún la norma de carácter constitucional cuyo texto sea contrario a las obligaciones contraídas por los Estados al ratificar la Convención Americana, constituye una violación a ésta. Entonces la cumplimentación de un texto tal realizada por agentes del Estado conlleva a la confrontación con una responsabilidad internacional para el mismo.<sup>484</sup>

La propia finalidad tuitiva individual de las obligaciones iusfundamentales hace que resulte un tanto incongruente denegar al individuo un poder jurídico al respecto y limitar el enjuiciamiento a las vías de control del cumplimiento del derecho constitucional objetivo. Esto significa que no se puede admitir la existencia de una obligación iusfundamental en interés del individuo sin reconocerle también un derecho subjetivo.<sup>485</sup> La naturaleza de las facultades discrecionales, como ha sido descrita, tiene la posibilidad de escapar de los diversos medios de defensa que existen dentro del

---

<sup>482</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.137

<sup>483</sup> Ibidem, p.147

<sup>484</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.19

<sup>485</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.171

sistema jurídico así mismo, dicha posibilidad también se encuentra sujeta a la discrecionalidad del juzgador, dado que no existe un contenido jurídico que enmarque a las facultades discrecionales, ni una disposición legal o constitucional que les reconozca. De manera dialéctica podemos llegar a la afirmación que los derechos humanos son la vía natural para oponerse al ejercicio de facultades discrecionales, especialmente aquellos que matizan la protección y garantías judiciales.

### 3.1.2.1. Garantías Judiciales

El artículo 8 de la Convención Americana<sup>486</sup> contempla el derecho de toda persona a ser oída, dentro de un plazo razonable por juez o tribunal competente dentro

---

<sup>486</sup> Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

de un plazo razonable, para la determinación de derechos y obligaciones de cualquier índole. Eminentemente es importante remarcar en un punto inicial que la obligación se opone a las Funciones de cualquier Estado parte del tratado, dentro del cual se encuentre cualquier individuo con el que se entable un vínculo jurídico.

La redacción del artículo es capaz de apoyar la presentación de casos ante órganos supranacionales de supervisión de los derechos humanos se apoyan en el tema de acceso a la justicia, y tienen que ver con el deber del Estado de proveer recursos administrativos y judiciales eficaces, a fin de poder hacer planteamientos incluso sobre la satisfacción del orden jurídico internacional,<sup>487</sup> dado que establece el acceso a los tribunales para hacer valer derechos de cualquier índole.<sup>488</sup> Ello podría significar la exigencia de la inclusión de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales de los que el Estado sea parte, cuando el Estado se niega a darles tal categoría.

### 3.1.2.2. Protección Judicial

El artículo 25 de la Convención Americana<sup>489</sup> contempla a la protección judicial como el recurso que garantice el acceso a la función jurisdiccional, el cual sea creado

---

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

<sup>487</sup> VON BOGDANDI, Armin. FIX-FIERRO, Héctor. MORALES, Antoniazzi, Mariela. FERRER, Mac-Gregor, Eduardo. Coords. "Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales, hacia un ius constitutionale commune en América Latina". México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2011 p.192

<sup>488</sup> Ídem.

<sup>489</sup> Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales



para amparar contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos ya sea por la Constitución, la ley o la misma Convención, aún se actuando en ejercicio de las funciones Estatales. Ello implica que ni el Estado ni el Sujeto que ordena un acto pueden excusarse sobre la violación a derechos humanos. Crea un suelo mínimo de responsabilidad evitando que el individuo quede en estado de indefensión.

La intención del artículo es extender la protección de los derechos humanos como obligaciones judiciales a las que los Estados parte se encuentran sujetos. Cuando Costa Rica solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciarse sobre la exigibilidad en dicho país sobre el derecho de rectificación y respuesta, impuesto por el artículo 14 del Convención Americana, debido a que no era un derecho contemplado por su cuerpo normativo, en razón de que la última parte del artículo señala “en las condiciones que establezca la ley” la Corte respondió dentro de la OC-07 el posicionamiento sobre dichas disposiciones de derechos humanos.<sup>490</sup>

---

reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

<sup>490</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-7/86 párr 28.

El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído según el artículo 1.1, que establece el compromiso de los propios Estados Partes de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención y de "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos.

Señalando que, el sistema mismo de la Convención Americana está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas, puntualizando que el hecho de que los Estados puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación a respuesta, ello no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquellos han contraído, en consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiere ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituye una violación a la Convención.

### **3.1.2.3. Derechos Políticos**

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, del que se ha afirmado ser vinculante al Estado Mexicano, sostiene que son derechos que se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. Sumando la tesis aislada de la SCJN en la cual reconoce a la dignidad humana como condición y base de los demás derechos

fundamentales,<sup>491</sup> tendría entonces por simple asimilación armónica entender a los derechos políticos en plenitud como derechos humanos.<sup>492</sup>

Es importante acentuar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya realizó un posicionamiento sobre el grado vinculante de los derechos políticos como derechos Humanos, dado que además de estar contemplados en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>493</sup>, dentro de la Opinión Consultiva

---

<sup>491</sup> DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.

Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.

<sup>492</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.77

<sup>493</sup> Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

OC-16/99, hizo notar a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos que son Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que es un convenio de derechos humanos aplicable a los Estados Americanos.

Los derechos políticos protegen valores esenciales para lograr un proyecto político y social sustentado en la igualdad, la libertad y la paz; que se reconocen por una autoridad legitimada para ello, a través de una norma fundamental, debido al carácter preponderante que se le asigna a la dignidad, a la autonomía y a la inviolabilidad de los individuos, en la relación Estado-Ciudadanía.<sup>494</sup>

Se ha desarrollado como parte de la doctrina sobre la doble dimensión en la aproximación epistémica de los derechos humanos, siendo una expresión de la justicia y a su vez los medios para alcanzarla. Ello evoca una reivindicación frente a la negativa Estatal de aceptarlos como derechos humanos, e incluso bajo los criterios del Sistema Interamericano, dicha negativa es un evidente foco de legitimación sobre cualquier petición que se presente a la luz de la Comisión interamericana, en virtud de la obligación de respetar los derechos humanos contenidos dentro de la Declaración Americana.<sup>495</sup> Los derechos políticos son verdaderos derechos humanos, su pleno

---

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

<sup>494</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.458

<sup>495</sup> Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

ejercicio garantiza que la colectividad asuma las mejores decisiones y de esta forma generan condiciones para construir un mejor gobierno.<sup>496</sup> Su reconocimiento en diversos instrumentos internacionales vinculantes legitima su defensa y exigencia.

Como se afirmó en el capítulo 1, el Estado tiene como fin último la libertad de sus ciudadanos, los cuales en ejercicio de su libre albedrío deciden someterse a la potestad estatal, con el propósito de alcanzar objetivos comunes, ello representa una obligación estatal para la cual debe justificarse en su correcto actuar, situación que responde al concepto de legitimidad. Y se encuentra devenida de la presuposición de un contrato social.

La relevancia de la legitimidad de Estado es preponderante para su desempeño y justificación, por lo que es necesario robustecerla lo que implica el desarrollo de alternativas encaminadas a maximizar las expresiones normativas de la justicia política. Por ello la exigencia de reconocimiento de los derechos políticos dentro de los derechos humanos a los cuales el Estado Mexicano se encuentra sometido a respetar.

El Estado se encuentra en obligación de garantizar concesiones soberanas y recíprocas que controlen la dominación que ejerce sobre la ciudadanía, Así el ejercicio del poder estatal es legítimo, sólo si el mismo se ha instrumentado a través del consenso de las personas sobre las cuales se ejerce dicho poder, es decir, de quienes han decidido libremente someterse a él. Desde la óptica de Norberto Bobbio, la legitimidad del Estado reside en el acuerdo entre quienes deciden someterse a un poder superior con las personas a las que este poder es confiado., el cual deriva del presupuesto de que los individuos tengan derechos que no dependen de la institución de un soberano y que la institución del soberano tenga como función principal el permitir el desarrollo máximo de estos derechos. La condición enunciada describe tanto el tránsito como la diferencia entre súbditos y ciudadanos, en el que la relación de Estado-Individuo es de

---

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

<sup>496</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.459

corresponsabilidad y no de subordinación, ya que los segundos otorgan al primero la autoridad a cambio del reconocimiento de sus derechos.<sup>497</sup> Para el Estado, el reconocimiento y salvaguarda de los derechos del individuo es una labor constante la cual debe garantizar desde todos los puntos rizomáticos posibles, incluso de su propia injerencia.

Los derechos políticos permiten la participación dentro de la toma de decisiones públicas, por ello la ausencia de respeto a aquellos evidencia la posición Estatal al arrancar la calidad de ciudadanos a los individuos que lo componen, resignándolos a la secundaria calidad de súbditos.<sup>498</sup>

El Estado debe obediencia a sus mandatos, puede sostenerse que los derechos políticos y de participación política necesariamente sean axiomas relativos a la interpretación de los derechos humanos, dado que constituyen un efectivo contrapeso al actuar estatal, a través de una elección racional sustentada en una discusión moral que permita brindar verdaderas razones para decantarse hacia la mejor opción, dejando excluida aquella opción política que ha incurrido en los abusos de poder que los derechos políticos pretenden limitar.<sup>499</sup> Finalmente, de no respetar las obligaciones internacionales a las cuales se encuentra sujeto, incurre también en el abuso de poder. La negativa a aceptar los derechos políticos cobra una dimensión recursiva y tautológica, desde la cual el único resultado es la responsabilidad Estatal.

Se ha sostenido que los derechos políticos permiten formular y transmitir demandas, así como exigir responsabilidades a los gobernantes, cuya actuación se premia o castiga, mediante la expresión del sufragio.<sup>500</sup> Dichas aseveraciones son lamentables por múltiples razones evidentes incluso al análisis más laxo, dado que de ninguna forma la ciudadanía ha logrado de manera si quiera ineficiente transmitir, ya

---

<sup>497</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.462

<sup>498</sup> Ídem.

<sup>499</sup> Ibidem, p.463-464

<sup>500</sup> Ibidem, p.464

ni siquiera formular un balbuceo a través de una boleta electoral, la cual no trasmite más información que la del sufragio, tampoco producto de la emisión del sufragio se ha exigido responsabilidad alguna a funcionario alguno, no existe un mecanismo por medio del cual el voto sea siquiera vinculado de una forma distinta a la falacia con la exigencia de una responsabilidad, es imposible que dichos argumentos se acompañen o que uno se desprenda como conclusión del otro. Y finalmente el sufragio no es un castigo, su existencia y justificación tampoco pretenden que sea el sufragio un castigo, ello es una visión más engañosa que incompleta, dado que no tiene el sufragio elemento punitivo alguno ni quien lo emite tiene competencia para que su sufragio sea un castigo, al votar se decide sobre la representación de los ideales, se decide sobre el rumbo que se busca a futuro. No se puede pretender que el ejercicio del sufragio tenga un significado o elemento que premie y mucho menos que sea punitivo, dicha visión únicamente puede ser entendida como una narrativa estatal para mantener a los súbditos y desconocer a los ciudadanos, deja al sufragio en un suelo desgastado por la inmoralidad y le desliga de la legitimidad y virtud que la institución presupone para funcionar.

La participación política es un derecho cuya realización es una expresión práctica de la dignidad y la autonomía, así como una garantía de que los depositarios que se elijan sean personas conscientes de su papel en la defensa de esas precondiciones, que son, necesariamente el aseguramiento de los bienes materiales mínimos para ejercer la libertad.<sup>501</sup>

La naturaleza del voto no se refiere a una dimensión individual, sino al logro de acuerdos colectivos que reflejen del mejor modo las preferencias de cada persona o grupo de ellas y garanticen la libertad más amplia a la mayor cantidad de individuos, de esta forma el ejercicio de los derechos políticos se define como la capacidad de asumir acuerdos colectivos, que resultan de la suma de voluntades individuales; sólo entonces será posible hablar de un autogobierno. No hay sistema político capaz de

---

<sup>501</sup> Ibidem, p.465

hacer individualmente efectiva la participación política de cada uno, ni de hacer de los gobiernos perfectos agentes ciudadanos. La democracia es un marco dentro del cual un grupo de personas más o menos eficientes y más o menos libres pueden luchar en forma pacífica por mejorar el mundo de acuerdo con sus diferentes visiones, valores e intereses.<sup>502</sup>

Dada la existencia de minorías con necesidades específicas de representación, los derechos políticos también deben tender a hacer extensiva su capacidad y fungir como criterios de corrección de decisiones colectivas, dado que la democracia no es una manera de ejercer el poder, sino la construcción dialógica de razones para la acción, a través de la capacidad de los individuos de acudir al foro público de la discusión moral, que permitirá la consolidación de un árbitro imparcial en razón de su carácter intersubjetivo, de tal suerte que su ejercicio permita la construcción de una discusión moral que permita exponer los resquicios en disputa.<sup>503</sup> Los derechos políticos garantizan la dignidad dado que suponen un mecanismo para aminorar el desequilibrio social y económico, asegurando para ello la igualdad social y de participación.

Las aspiraciones de arribar a decisiones colectivas que permitan el mejoramiento de las condiciones de vida de toda la colectividad son circunstancias necesarias para maximizar la autonomía individual, dado que son mecanismos para la construcción de acuerdos intersubjetivos, que exponen las mejores razones, a las cuales los individuos pueden adherirse libremente.<sup>504</sup> Por consiguiente, la protección de derechos políticos garantiza tanto la protección del individuo, como la garantía de que el funcionario sea aquel que pueda tomar las decisiones que la sociedad en su mayoría busca.

---

<sup>502</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.466

<sup>503</sup> Ibidem, p.467

<sup>504</sup> Ibidem, p.468



### 3.1.2.4. Recurso Efectivo

El artículo 25 de la Convención Americana referente a la protección judicial<sup>505</sup>, hace específica mención a la solicitud expresa de la existencia de un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo accionable de manera jurisdiccional. Sin embargo, es importante hacer mención sobre la desambiguación que se ha realizado sobre la expresión “recurso efectivo” del cual en un primer punto ha señalado que constituye una de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.<sup>506</sup>

En armonía con lo anterior, la Corte, desde sus inicios ha establecido como criterio que para cumplir con lo dispuesto por el artículo 25 no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. O sea, cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia,<sup>507</sup> según lo dispone el artículo 25 de la Convención. De lo anterior, podemos

---

<sup>505</sup> Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

<sup>506</sup> Corte I.D.H., Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52.

<sup>507</sup> Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4; y Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

destacar que, la mera existencia de un recurso no lo califica a priori como efectivo, sino que además el recurso debe ser adecuado para remediar la situación jurídica, por lo que no pueden existir normas que lo impidan o dificulten.

A través del Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, 30 de enero de 2014 del párrafo 31 se desprende lo siguiente:

“31. La efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención Americana, en la Constitución o en las leyes<sup>508</sup>.” Es decir, el Tribunal Interamericano ha establecido que para que tal recurso efectivo exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.<sup>509</sup>

Podemos enumerar las características del recurso Efectivo como las siguientes:

- La simple existencia y reconocimiento jurídico de un recurso no implica que sea efectivo
- Debe remediar la situación que generó la violación o violaciones alegadas
- No deben existir obstáculos ni impedimentos dentro del mismo ordenamiento jurídico

---

<sup>508</sup> Cfr. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; y Caso del Tribunal Constitucional (*Camba Campos y otros*), Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 228.

<sup>509</sup> *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 136; y *Caso García y Familiares Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 199. Serie C No. 63, párr. 142.

- Debe realizarse en un plazo razonable
- Debe ser idóneo para establecer si se ha incurrido o no en una violación

De la enumeración de elementos anterior, se vuelve evidente que el Juez MacGregor adjudica la categoría de ilusorio a aquel recurso que incumple con alguna de las características destacadas. Lo que es un silogismo razonable y correcto si se analiza desde la luz de la lógica.

Mientras que las obligaciones de los Estados se desarrollan dentro de la redacción del párrafo 32:

“32. La Corte IDH ha señalado también que, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que *amparen* a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes<sup>510</sup>, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos.”

Como elementos a resaltar dentro de las obligaciones del Estado mencionamos:

- El Estado tiene la obligación de crear las condiciones especiales de tal forma que el producto de dichas condiciones garantice que los recursos sean efectivos.
- Garantizar que se protejan efectivamente los derechos tanto Constitucionales como los reconocidos por el Estado dentro de Tratados Internacionales.

---

<sup>510</sup> Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237.

### 3.1.2.5. Derecho a la buena administración

Es importante aclarar que es una doctrina en desarrollo, la cual comienza a tener aceptación, dado que sus elementos forman parte vinculante y activa de otros derechos humanos. Sin embargo, la justificación que nos permita aceptarla como íntegra y separable de los elementos que la componen, aún puede resultar opinable (bajo el nombre de derecho a la buena administración, ya que se compone de otros derechos humanos los cuales en su conjunto requieren de una buena administración para ser disfrutados), sin embargo su importancia radica en que tiene por objeto que los poderes públicos se comporten de manera adecuada, regular y correcta, con plena sujeción a los parámetros de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, respetando el principio de seguridad jurídica. A través de todo lo anterior encuentra su legitimidad frente a los administrados.<sup>511</sup>

Dada la interconexión de derechos, para que estos puedan ser respetados de forma íntegra, deben observarse como un conjunto rizomático de cuyas interconexiones se sostienen entre sí, por ello, las resoluciones administrativas y en general todos los actos administrativos deben ser suficientemente motivados como medida que procure la transparencia en el proceso administrativo, la falta o deficiencia en la motivación constituye un vicio grave del debido proceso y la defensa.<sup>512</sup> El principio de responsabilidad de las administraciones públicas exige que toda lesión antijurídica causada por el poder público debe ser integralmente reparada, resarcida o indemnizada, independientemente de que se trate de una conducta lícita o ilícita, no se encuentra dentro del cuerpo constitucional, sin embargo la SCJN ha sostenido que dicho principio se desprende del espíritu e interpretación de los diversos preceptos constitucionales.<sup>513</sup>

---

<sup>511</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.850

<sup>512</sup> Ibidem, p.872

<sup>513</sup> Ibidem, p.876

El Derecho Administrativo actualmente es una respuesta comprometida a la necesidad de objetivar el poder público y desligarlo de su antecedente monárquico. Sin dejar de reconocer que la necesidad de administración ha existido con amplias variantes a lo largo de la historia humana.<sup>514</sup>

### 3.1.2.6. Derechos Sociales Fundamentales

Son derechos fundamentales de la persona que requieren ordinariamente de una acción positiva de los poderes públicos para su realización,<sup>515</sup> pese a las controversias o resistencia que se pueda encontrar dentro de los distintos sistemas jurídicos estatales en cuanto su asimilación interna, su asimilación y reconocimiento internacional plasmado dentro de diversos instrumentos internacionales, ha devenido en el desarrollo doctrinal que sostiene que se trata de derechos de titularidad personal que atienden a la dignidad de las condiciones de vida de las personas.<sup>516</sup>

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocidos en el derecho internacional,<sup>517</sup> por la naturaleza que ostentan, precisan acciones positivas de las Funciones Públicas para garantizar una vida digna en condiciones humanas, el respeto a los mínimos fundamentales que éstos enmarcan sirven de presupuesto para la progresión y promoción de éstos, dicha materia se rige bajo el criterio de prohibición de la regresión, salvo casos muy excepcionales a los que debe acompañar una serie de rigurosos requisitos que deben ser plenamente satisfechos y acreditados.<sup>518</sup> Siendo importante mencionar que su orientación y objetivo se centran en los grupos sociales que se encuentran en condiciones de desigualdad y vulnerabilidad, si bien están diseñados para ser exigibles y oponibles por la sociedad en general, fueron alumbrados

---

<sup>514</sup> Ibidem, p.892

<sup>515</sup> Ibidem, p.199

<sup>516</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.199

<sup>517</sup> Reconocidos a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales firmada en 1966, y en vigor desde 1976, el cual es vinculante para México al tener el estatus de firmado y ratificado.

<sup>518</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.199

para garantizar condiciones de dignidad a aquellos grupos sociales cuyas condiciones son tendientes a privarlos de la dignidad que protegen dichos derechos.

La garantía de una vida digna asegura las condiciones que la materializan, condición que, si bien es variable dependiendo de cada grupo social, en términos generales velan por las condiciones que permiten un libre desarrollo de la personalidad de cada sociedad.<sup>519</sup> Si bien el debate aún es resiliente al cambio de paradigma comienza a manifestarse dentro de las expresiones judiciales. En general se identifican de entre los DESC como imprescindibles el derecho a la alimentación y el derecho a la asistencia sanitaria, así como el derecho a la educación y a formar una familia.<sup>520</sup> La alimentación, el vestido, la vivienda, la educación y la sanidad como derechos humanos permiten al ser las condiciones para una existencia en libertad solidaria, dada su naturaleza de necesidades imprescindibles para el ser humano. Por ello son identificados como posiciones que deben llevarse al ámbito de protección jurídica establecidas en la norma que incorporen obligaciones y deberes jurídicos. Alexi los denomina “derechos subjetivos de especial relevancia y de mayor rango”, dado que son expresiones y manifestaciones de la dignidad humana en su proyección jurídica, por ser derechos subjetivos deben ser exigibles e invocables ante la función judicial en caso de lesión o vulneración. Dado que no se trata de expectativas que dependen de la reserva de lo posible o de las disponibilidades presupuestarias en cada caso. Por ello los derechos fundamentales son un todo indivisible, tanto los derechos sociales como los individuales, por lo que deben tener el mismo rango de protección jurídica. Si así no fuera la centralidad de la dignidad humana sería una quimera y, por tanto, los derechos sociales se encontrarían sujetos únicamente a la conveniencia u oportunidad política, situación inaceptable para el derecho. Como conclusión anticipada, deben ser exigibles judicialmente cuando son lesionados por la acción u omisión de las Funciones

---

<sup>519</sup> Ibidem p.200

<sup>520</sup> Ver capítulo 2.7 Derecho Comparado: El asunto de la Corte Suprema de Argentina “Q. C. S. Y. 24-04-12” por medio el cual el alto tribunal sustituyó a la Administración, ordenando llevar adelante las medidas necesarias a finde garantizar un mínimo existencial frente a un grupo familiar que se encontraba en situación de máxima vulnerabilidad social. Así, la corte entendió que existe una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos.

Públicas. Tanto una prestación pública deficiente dirigida a satisfacer estos derechos fundamentales, como su omisión, deben ser objeto de la acción procesal.<sup>521</sup>

Bourdeau identifica y justifica la titularidad personal de los derechos sociales fundamentales, desde su señalamiento que identifica a los derechos civiles y políticos manados desde las primeras declaraciones de derechos como residentes del hombre en abstracto, mientras que en el tiempo de los derechos sociales, económicos y culturales la titularidad de dichos derechos fundamentales corresponde a la persona en concreto, definido por la particular y real situación en la que se encuentra.<sup>522</sup> Es natural observar que dichos derechos se manifiestan para atender problemas manifestados en la realidad social, la desigualdad y la falta de acceso a servicios mínimos, la carencia en la alimentación y en la educación, son condiciones presentadas dentro del desarrollo de la vida estatal, la misma legitimidad del Estado se sostiene en la obligación de atender a dichos grupos, los cuales de cualquier otra forma no podrían ser atendidos. No se trata de crear condiciones y asimetrías jurídicas, sino atender en contexto las necesidades humanas, utilizar las herramientas de la razón, la solidaridad y la empatía.

El derecho fundamental a la buena administración incluye entre sus características, que las decisiones administrativas se adopten en plazos razonables, justifica que en alguna medida que los derechos fundamentales y sociales puedan canalizarse jurídicamente a través de la lesión del derecho fundamental a la buena administración, dado que, de no realizarse en determinado lapso, las acciones encaminadas a velar por los derechos sociales pueden resultar inútiles. Al tratarse de grupos vulnerables, las condiciones temporales, así como el estado en que se encuentran dichos grupos, puede devenir en la imposibilidad de atender los problemas.<sup>523</sup> Al citar la jurisprudencia argentina dentro del párrafo anterior, no obliga también a remarcar que ella ha buscado ser el reflejo de las visiones sostenidas por la doctrina y jurisprudencia alemanas, donde el derecho fundamental como mínimo

---

<sup>521</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.p.201-203

<sup>522</sup> Ibidem, p.217

<sup>523</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.204

existencial constituye un claro ejemplo de la posibilidad de alumbrar nuevos derechos sociales a rango de fundamental, siempre que estén vinculados a la realización de la dignidad humana en unas condiciones mínimas y básicas, sin las cuales la misma dignidad estaría coartada, impedida o imposibilitada.<sup>524</sup> Por lo que se manifiesta evidente afirmar que su sistemático olvido o deliberada preterición, resta operatividad a los mismos derechos fundamentales individuales,<sup>525</sup> dilatar los servicios estatales diseñados a mantener la dignidad y condiciones mínimas básicas tiene efectos deshumanizantes en la sociedad, los cuales pueden caer en el supuesto de la imposibilidad de reparación. La propia ausencia de recursos que garanticen la distribución adecuada, legal y eficiente de las políticas públicas encaminadas a garantizar mínimos básicos debe ser reconocida judicialmente como la violación a derechos fundamentales, para que los actos al menos puedan ser revisables de forma eficiente.

En el sentido opuesto a la buena administración y la procuración de la dignidad, el desequilibrio o desestabilización ocasionados voluntariamente precisarían la creación de sistemas que recuperen el equilibrio, dado que el Estado tiene como obligación el mantenimiento de un marco legal e institucional confiable y seguro, que fomente la previsibilidad de las transacciones, la protección del equilibrio y el restablecimiento cuando haya sido vulnerado. Por lo que existe una obligación de crear acciones procesales individuales dado que la medida de legitimidad es también de orden individual.<sup>526</sup>

### **3.2. Instrumentos Nacionales de tutela de los Derechos Humanos**

Desde la visión más ideal de la doctrina, la soberanía o imperio son simplemente atribuciones o derechos reconocidos por el orden jurídico y carentes de toda peculiaridad extraña o superior al derecho; si esas facultades son ejercidas con exceso, se transforman en antijurídicas y serán dejadas sin efecto por los tribunales,

---

<sup>524</sup> Ídem.

<sup>525</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.211

<sup>526</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.213



ante el reclamo del individuo afectado.<sup>527</sup> Como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, los derechos humanos no conforman un cuerpo positivo que sea vertible de forma directa dentro del sistema jurídico, estos deben adecuarse en conjunto al sistema jurídico para perfeccionarse. Sin embargo, dada la naturaleza positiva del Sistema Jurídico Mexicano, es imposible adecuarlos sin antes volverlos vinculantes a través del reconocimiento jurídico. Por ello, podemos argumentar como instrumentos nacionales los que a continuación se desarrollan.

### **3.2.1. Recomendaciones de los organismos autónomos de Derechos Humanos**

El Ombudsman tiene un origen en el sistema de tinte iusnaturalista, en la Ley Constitucional sobre la Forma de Gobierno de Suecia de 1809, figura que fue siendo adoptada de forma paulatina por otros Estados.<sup>528</sup>

Para Fix-Zamudio es el organismo dirigido por uno o varios funcionarios, designados por el órgano parlamentario, por el Ejecutivo o por ambos, los cuales con el auxilio de personal técnico, poseen la función esencial de recibir e investigar reclamaciones (también pueden hacerlo de oficio) por la afectación de derechos e intereses legítimos e inclusive los fundamentales de los gobernados, consagrados constitucionalmente respecto de los actos y omisiones de autoridades administrativas, no solo por infracciones de legalidad, sino también, por injusticia, irracionalidad o retraso manifiesto.<sup>529</sup>

En México, el ombudsman se ha establecido de acuerdo con un esquema federal estructurado en dos ámbitos: el de las entidades federativas y el ámbito nacional; juntos

---

<sup>527</sup> GORDILLO, Agustín, op.cit., nota 49, p.85

<sup>528</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.170

<sup>529</sup> Fix-Zamudio, Héctor. "Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos. 2ª ed. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, p. 204

integran el sistema nacional del ombudsman para protección de los derechos humanos. En el referido sistema encontramos a los organismos públicos creados por las legislaturas de los Estados en cada una de las entidades federativas, para la protección de derechos humanos. Tales organismos locales conocen de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, cometidos por cualquier autoridad o servidor público local, salvo que se trate de asuntos electorales, y jurisdiccionales.<sup>530</sup> Disponen de un marco nacional de rango constitucional, alojado en el apartado B del Artículo 102, así como se encuentran disposiciones vinculadas en los Artículos, 105, 110 y 111.<sup>531</sup>

La aparición constitucional proviene de la reforma de 1991, mientras que su rango de autonomía constitucional se dio en la reforma de 1999, así como se dispuso a través del artículo 7º transitorio del Decreto de Reforma que, las legislaturas locales realizaren las adecuaciones correspondientes para otorgar autonomía a los organismos locales de derechos humanos.<sup>532</sup>

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos se encarga de la segunda instancia, a cuyo efecto conoce inconformidades que se presentan respecto de las recomendaciones, de los acuerdos y de las omisiones de los organismos que tienen a su cargo la primera instancia, por medio de dos recursos distintos: el recurso de impugnación y el de queja.<sup>533</sup>

En lo concerniente a las quejas presentadas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa, cometidos por autoridad o servidor público federal, con excepción del Poder Judicial de la Federación, existe una única instancia, la cual está

---

<sup>530</sup> FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. “Derecho Administrativo”. Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INERM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016 p.267

<sup>531</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.171

<sup>532</sup> Ibidem, p.172

<sup>533</sup> FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, op.cit., nota 531, p.267

a cargo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.<sup>534</sup> Quien como facultad última emite recomendaciones a los distintos órganos de su competencia.

### **3.2.1.1. Acción de Inconstitucionalidad**

Producto de la reforma de 2006, el artículo 105 fracción II de la Constitución legitima y reconoce a la CNDH para ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes y tratados que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución, en los términos de la reforma la CNDH quedó facultada para ejercer acción de inconstitucionalidad a propósito de leyes o tratados que pugnarán con la ley suprema, pero no con respecto a las normas que entrasen en conflicto con tratados internacionales. Por ello en 2009 al resolver la acción de inconstitucionalidad 22/2009 La Suprema Corte desestimó la pretensión de la CNDH de cuestionar por acción de inconstitucionalidad un tratado violatorio de otro tratado, no de la Constitución.<sup>535</sup>

### **3.2.2. Recursos Administrativos**

El recurso es definido desde el Derecho Administrativo como un medio para atacar un acto administrativo que se hace valer normalmente ante un órgano administrativo. Se trata de un instrumento del que dispone el administrado, lesionado en su esfera de derechos e intereses jurídicos por un acto administrativo, a fin de obligar a la autoridad administrativa a hacer una revisión de la oportunidad o de la legalidad del acto atacado.<sup>536</sup>

Desde una óptica menos rigurosa, pero útil en cuanto a su poder descriptivo, puede ser considerado como una reclamación dirigida a una autoridad administrativa a

---

<sup>534</sup> Ídem.

<sup>535</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.194

<sup>536</sup> VÁZQUEZ Alfaro, José Luis. “El control de la Administración pública en México” México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996 p.61

fin de dar solución a un conflicto que tiene como fuente un acto jurídico cuyo autor es una autoridad administrativa.<sup>537</sup> Naturalmente el elemento que lo identifica es el sujeto que origina el acto reclamado ya que necesariamente implica que debe ser una autoridad Administrativa, o debe desprenderse del ejercicio de los actos de la Función Administrativa. De manera didáctica, por recurso debemos entender una demanda o instancia destinada a obtener que la administración modifique una posición que ella misma ha optado, inicialmente respecto del promovente.<sup>538</sup>

Sin embargo, los recursos pueden ser factores que retarden resoluciones, que simplemente se limiten a confirmar las decisiones sin estudiar el asunto y, por tanto, sin llegar a una conciliación, la eficacia se encuentra limitada por el conocimiento de los administrados en materia de procedimiento administrativo, la propia administración puede actuar para retrasar resoluciones, pueden tener consecuencias para terceros interesados, cuando no son informados de la existencia de un recurso o cuando la administración no reconoce sus intereses.<sup>539</sup> Pese a los puntos en contra, el recurso administrativo no pierde su vigencia e importancia, sin embargo, tampoco escapa a la vista la necesidad de la corroboración judicial, así como la oportunidad que existe dentro de estos para pronunciarse sobre al menos garantías fundamentales.

### 3.2.2.1. Recurso de Revisión

Contemplado como único recurso dentro del Título Sexto de la Ley federal del Procedimiento Administrativo<sup>540</sup>, buscó la unificación de el universo de recursos

---

<sup>537</sup> Ibidem, p.62

<sup>538</sup> Ídem.

<sup>539</sup> VÁZQUEZ Alfaro, José Luis, op.cit., nota 537, pp. 64-65

<sup>540</sup> Artículo 83.- Los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer el recurso de revisión o, cuando proceda, intentar la vía jurisdiccional que corresponda.

En los casos de actos de autoridad de los organismos descentralizados federales, de los servicios que el Estado presta de manera exclusiva a través de dichos organismos y de los contratos que los particulares

administrativos existentes derogando a aquellas leyes que se opusieren a ésta. Es importante mencionar que no deroga a todos los recursos, sino únicamente a las que se oponen a la ley señalada.<sup>541</sup>

El recurso puede ser interpuesto frente a actos o resoluciones que pongan fin a algún procedimiento, a una instancia o que resuelvan un expediente. El recurso administrativo permite revisar la legalidad, así como la oportunidad del acto administrativo que se impugna.

### **3.2.2.2. El recurso de inconformidad**

Es un derecho por el cual las personas físicas o morales pueden manifestar su desacuerdo sobre resoluciones tomadas por las autoridades de las instituciones públicas, por medio del cual, a través de la expresión de agravios, harán del conocimiento del superior jerárquico de la autoridad que haya emitido el acto administrativo, los argumentos que consideren con la finalidad de revocar la decisión de origen. es un medio legal con el que cuentan los interesados y afectados para manifestar su desacuerdo sobre los actos y resoluciones de las autoridades administrativas. El objeto es que el Superior Jerárquico de la autoridad emisora confirme, modifique, revoque o anule el acto administrativo recurrido, el cual se encuentra previsto en el artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de México. El término con el que se cuenta para promoverlo es de quince días hábiles a partir del día siguiente al en que surta sus efectos la notificación de la resolución o acto que se recurra (artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de México).<sup>542</sup>

---

sólo pueden celebrar con aquéllos, que no se refieran a las materias excluidas de la aplicación de esta Ley, el recurso de revisión previsto en el párrafo anterior también podrá interponerse en contra de actos y resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente.

<sup>541</sup> VÁZQUEZ Alfaro, José Luis, op.cit., nota 537, p.84

<sup>542</sup> <http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/index.php/dgsl/recursos-de-inconformidad-y-quejas>

### 3.2.2.3. Recurso de Revocación

Es el que se presenta contra los actos administrativos dictados en materia fiscal federal contemplado por el artículo 116 del Código Fiscal de la Federación,<sup>543</sup> procede frente a resoluciones de autoridades fiscales federales que determinen contribuciones, nieguen la devolución de cantidades que procedan conforme a la ley, las dictadas por las autoridades aduaneras, y en general cualquier resolución que cause agravio en Materia Fiscal.<sup>544</sup>

---

<sup>543</sup> Artículo 116. - Contra los actos administrativos dictados en materia fiscal federal, se podrá interponer el recurso de revocación.

<sup>544</sup> **Artículo 117.** - El recurso de revocación procederá contra:

-Las resoluciones definitivas dictadas por autoridades fiscales federales que:

1. Determinen contribuciones, accesorios o aprovechamientos.
2. Nieguen la devolución de cantidades que procedan conforme a la Ley.
3. Dicten las autoridades aduaneras.
4. Cualquier resolución de carácter definitivo que cause agravio al particular en materia fiscal, salvo aquéllas a que se refieren los artículos 33-A, 36 y 74 de este Código.

-Los actos de autoridades fiscales federales que:

1. Exijan el pago de créditos fiscales, cuando se alegue que éstos se han extinguido o que su monto real es inferior al exigido, siempre que el cobro en exceso sea imputable a la autoridad ejecutora o se refiera a recargos, gastos de ejecución o a la indemnización a que se refiere el artículo 21 de este Código.
2. Se dicten en el procedimiento administrativo de ejecución, cuando se alegue que éste no se ha ajustado a la Ley.
3. Afecten el interés jurídico de terceros, en los casos a que se refiere el artículo 128 de este Código.
4. Determinen el valor de los bienes embargados a que se refiere el artículo 175 de este Código.

### 3.2.3. Amparo

El juicio de amparo mexicano constituye un conjunto de instrumentos procesales, alguno de los cuales conservan la función de tutelar los derechos humanos, en atención a la redacción del Artículo 1º constitucional, de manera posterior se le incorporaron instrumentos procesales que tienen por objeto la protección del principio de legalidad, en relación con sentencias y resoluciones judiciales<sup>545</sup>, así como el respeto a actos y decisiones administrativos. Por ejemplo, el amparo contra leyes es el medio por el cual puede impugnarse directa o indirectamente la inconstitucionalidad de las normas legislativas entendidas en su sentido material, ello implica también las obligaciones adquiridas por el Estado Mexicano en tratados internacionales, así como preceptos reglamentarios, cuando los afectados consideren que dichas disposiciones lesionan sus derechos fundamentales.<sup>546</sup>

Desde el desarrollo histórico de la jurisprudencia de la Suprema Corte, esta ha limitado las áreas de aplicación del juicio, sosteniendo que el juicio de amparo no fue

---

<sup>545</sup> LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2 El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley

<sup>546</sup> FIX, Zamudio, Héctor. Coord. "Ensayos sobre Derecho de Amparo". 3a. ed. México. Porrúa 2003 p.635

establecido para salvaguardar el cuerpo entero de la Constitución, sino para proteger garantías individuales, una conclusión que en la práctica configura los límites de aplicación del juicio de amparo a los primeros 29 artículos de la Constitución. Debido a dichas consideraciones, es evidente que cualquier intento por extender la protección del amparo al resto de las secciones de la Constitución, dependerá del contenido e interpretación de las garantías en sí mismas.<sup>547</sup> El derecho de amparo no cubre y protege el total de las disposiciones constitucionales contenidas en la Constitución, desde la manifestación sobre la división del texto constitucional en dos partes; Dogmática y Orgánica, de la parte dogmática se señaló como aquella que contiene las garantías fundamentales y por lo cual es objeto del Juicio de Amparo.<sup>548</sup> Ello ha implicado que otros derechos humanos contenidos en el resto del texto hayan sido históricamente ignorados por la justicia nacional.

La Suprema Corte no ha sido tímida al destacar que el reconocimiento de limitaciones expresas contenidas dentro del texto constitucional elimina la aplicación de cualquier tipo de estándar, han manifestado que toda restricción de derechos humanos de contenido constitucional o convencional que provenga del propio texto constitucional se encuentra justificada en atención al principio de supremacía constitucional. Por tanto, si se plantea algún problema en el que exista alguna restricción expresa a nivel constitucional, será innecesario generar y aplicar un estándar de revisión ya que se procederá directamente al contenido constitucional.<sup>549</sup> Dicha disposición también se puede desprender del análisis de la Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Pleno Libro 5, abril de 2014, Tomo I Pag. 202 Jurisprudencia (Constitucional),<sup>550</sup> sin embargo pareciere

---

<sup>547</sup>BAKER, Richard D. "Judicial review in Mexico: a study of the Amparo Suit" Latin American Monographs no.22 Institute of Latin American Studies The University of Texas, Texas, University of Texas Press, 1971 p.p. 111-112

<sup>548</sup> CASTRO V, Juventino. "El Sistema de Derecho de Amparo" 3a. ed. México. Porrúa. 1999 p.14

<sup>549</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.924

<sup>550</sup> "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD



contradecir en sí mismo al principio de “interpretación más favorable”<sup>551</sup> también contenido tanto en la Constitución como recogido por la jurisprudencia, dado que lejos

---

CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano."

<sup>551</sup> P./J. 21/2014 (10a.). Pleno. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Pág. 204

"JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona, en cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de

de analizar cual precepto presenta una mayor grado de protección, simplemente se opta por el orden interno a priori.

En cuanto la interpretación del Derecho, se han hecho adecuaciones a la forma de interpretar de la Suprema Corte, buscando armonía con el nuevo paradigma de derechos humanos se ha valido de diversas herramientas, por ejemplo, la primera sala considera que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero se utiliza en cuestiones que no inciden de manera directa sobre los derechos humanos, de los cuales se puede desprender un amplio margen normativo y de discrecionalidad en favor de la autoridad, como ocurre en materia económica o financiera.<sup>552</sup> Mientras que el escrutinio estricto se utiliza cuando el caso involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1° constitucional; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional o por los tratados internacionales.<sup>553</sup>

De esta manera, la primera sala estima que dicha clasificación jurisprudencial y el respectivo teste de proporcionalidad, resultan aplicables para atender cualquier tipo de caso en el que se alegue una violación a un derecho humano. Lo cual aun puede ser una afirmación opinable como veremos más adelante. Así, en apariencia existen señalamientos que concluyen en que el teste de proporcionalidad irradia y se aplica a la totalidad de derechos humanos.<sup>554</sup>

Por otro lado, la Suprema Corte también ha creado tímidos puentes en el reconocimiento de derechos humanos fuera de la parte dogmática, sosteniendo por

---

la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser posible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos."

<sup>552</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.925

<sup>553</sup> Ídem.

<sup>554</sup> Ibidem, p.925-926

ejemplo, que aun cuando el artículo 31<sup>555</sup> se encuentra fuera de la parte dogmática, la lesión del derecho que consagra sí constituye una violación de garantías.<sup>556</sup> En el sentido opuesto, la Suprema Corte y el sistema judicial mexicano ha manifestado renuencia a aceptar otros derechos humanos contenidos dentro del texto constitucional, de tal suerte que al emitir sus dichos se ha evitado la mención de la obligación internacional y constitucional de velar por ellos, siendo el caso de las libertades políticas, de las cuales sentencialmente ha asegurado no son garantías individuales y, por tanto, no conforman una garantía.

Como fue señalado, el Amparo es improcedente para exigir la protección de derechos políticos, aun estando reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como se desprende de:

AMPARO. ES IMPROCEDENTE CUANDO SE IMPUGNAN NORMAS, ACTOS O RESOLUCIONES DE CONTENIDO MATERIALMENTE ELECTORAL O QUE VERSEN SOBRE DERECHOS POLÍTICOS.

De la interpretación de la fracción VII del artículo 73 de la Ley de Amparo, que establece la improcedencia del juicio de garantías contra resoluciones o declaraciones

---

<sup>555</sup> Artículo 31.- Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria, secundaria, media superior y reciban la militar, en los términos que establezca la ley.

II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar;

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior; y

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes

<sup>556</sup> CASTRO V, Juventino, op.cit., nota 549, p.16

de los organismos y autoridades en materia electoral, así como de los artículos 41, 94, 99, 103 y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contienen, por un lado, el sistema integral de justicia en materia electoral, que permite impugnar leyes electorales vía acción de inconstitucionalidad, así como los actos o resoluciones en materia electoral ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, por el otro, el juicio de amparo como una garantía constitucional procesal que tiene por objeto la protección o salvaguarda de los derechos fundamentales de los individuos frente a los actos de autoridad o las leyes, se concluye que la improcedencia del juicio de amparo no surge sólo por el hecho de que la norma reclamada se contenga en un ordenamiento cuya denominación sea electoral, o porque el acto o resolución provenga de una autoridad formalmente electoral, ni mucho menos de lo argumentado en los conceptos de violación de la demanda, sino por el contenido material de la norma, acto o resolución, es decir, es necesario que ese contenido sea electoral o verse sobre derechos políticos, pues en esos supuestos la norma, acto o resolución están sujetos al control constitucional, esto es, a la acción de inconstitucionalidad si se trata de normas generales, o a los medios de impugnación del conocimiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso de actos o resoluciones. Se exceptúan de lo anterior las resoluciones pronunciadas por el mencionado tribunal en los asuntos de su competencia, contra las cuales el juicio de amparo siempre es improcedente, independientemente del contenido material de dichas resoluciones, aun cuando no verse estrictamente sobre materia electoral, ya que en este caso la improcedencia deriva del artículo 99 constitucional, conforme al cual las resoluciones dictadas por el citado Tribunal en los asuntos de su competencia son definitivas e inatacables.<sup>557</sup>

Incluso cuando se trató de comenzar a configurar un criterio por el cual se pudieran proteger los derechos políticos cuando se alegan además violaciones a otros derechos humanos, el ponente Mariano Azuela sostuvo que debía entenderse como

---

<sup>557</sup>P. LX/2008Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época I, Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, Pag. 5. Tesis Aislada

excepción cuando se alegan otros derechos humanos como se desprende del Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís. 9 de septiembre de 1999. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.<sup>558</sup> Parecía existir un avance en el reconocimiento de derechos políticos como derechos humanos y en apariencia se abrió una puerta dentro del juicio de amparo para exigir su respeto, como un aparente recurso efectivo de su protección, sin embargo, El criterio contenido en esta tesis fue superado por la jurisprudencia P./J. 39/2002 del Pleno de este Alto Tribunal, de rubro: "PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, septiembre de 2002, página 1136.<sup>559</sup> Condición

---

<sup>558</sup> La interpretación del contenido del artículo 73, fracción VII, en relación con jurisprudencias sustentadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lleva a determinar que, por regla general, el juicio de amparo en que se pretendan deducir derechos de naturaleza política es improcedente, siendo excepción a lo anterior la circunstancia de que el acto reclamado, además de tener una connotación de índole política, también entrañe la violación de derechos subjetivos públicos consagrados en la propia Carta Magna. Por tanto, tratándose de ordenamientos de carácter general con contenido político-electoral, incluidos los procesos de reforma a la Constitución, para la procedencia del amparo se requiere necesariamente que la litis verse sobre violación a garantías individuales, y no solamente respecto de transgresión a derechos políticos, los cuales no son reparables mediante el juicio de garantías.

<sup>559</sup> PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL.

De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.

que detuvo el desarrollo de la jurisprudencia en el sentido de la protección de los derechos políticos dentro del Juicio de Amparo mexicano.

En otras ocasiones, la Suprema Corte utiliza juicios de ponderación estilo europeo, buscando el efecto de determinar el peso específico de cada derecho, que se debe otorgar tratándose de problemas de confrontación de derechos, acatando la idea de que los derechos son mandatos de optimización.<sup>560</sup> La Suprema Corte ha decidido aplicar o seguir estándares de revisión definidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>561</sup>

No existe un test genérico de proporcionalidad que pueda ser aplicado indistintamente a cualquier problema de constitucionalidad. No obstante, parece que hasta el momento no existe una definición precisa sobre el tipo de metodología que se pretende aplicar para atender cada caso, así como respecto a la terminología aplicable.<sup>562</sup> A lo largo del desarrollo de los temas hemos podido percibir que cada sistema jurídico se ha esforzado por crear parámetros y procedimientos aplicables a la convencionalidad y constitucionalidad, los cuales se han vuelto eficientes en tanto atención de los problemas suscitados, se han perfeccionado tanto las definiciones jurídicas como la armonía de los derechos. México no presenta el mismo esfuerzo, dado que únicamente se han implementado disarmónicamente interpretaciones y métodos de ponderación ya envejecidos en otros sistemas, pero convenientes para la estaticidad del Derecho.

En sentido contrario a la racionalidad del Derecho actual, la SCJN insiste en ampliar los márgenes discrecionales del Estado, siendo laxa tanto en el control que ejerce, como en la falta de exigencia al respeto de preceptos constitucionales básicos como lo son las exhaustivas motivación y fundamentación, incluso se ha evitado ser

---

<sup>560</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.926

<sup>561</sup> Ídem.

<sup>562</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.926

prolífica en el significado, aplicación e interpretación conforme del principio de interpretación más favorable, así como del reconocimiento de los derechos humanos señalados por el artículo 1° constitucional.

Mucho se ha intentado desde la doctrina, así como desde los pronunciamientos judiciales al argumentar sobre la supremacía del Derecho Constitucional sobre la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos, de tal suerte que se ha convertido de una búsqueda por minimizar a alguno de los dos sistemas, arguyendo que se encuentran en conflicto. Dicha argumentación puede fácilmente declararse estéril si se observa en primer punto, que no existen para conflictuarse sino para perfeccionarse.

Para sostener el postulado anterior, primero debemos recordar que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales no son una normatividad positivista, ni su redacción se encuentra diseñada para una aplicación interpretación adjetiva en sentido clásico. Los derechos humanos devenidos del sistema internacional de derechos humanos son pautas mínimas de dignidad y desarrollo del ser, redactados como enunciados que decantan valores superiores reconocidos por los Estados, los cuales deben permear y guiar la redacción, interpretación y aplicación del derecho al interior de los Estados, para perfeccionarlo de manera armónica. Por ello no debe imponerse uno sobre el otro, sino interpretarse en conjunto para lograr un mayor espectro de protección a la dignidad humana.

### **3.3. Instrumentos Supranacionales de tutela de los Derechos Humanos**

El artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas señala que la Corte Internacional de Justicia constituye el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Por lo que todos los miembros son Estados Parte en el Estatuto de la Corte y, por tanto, se comprometen a conformarse con las decisiones que emita en todos los litigios en que sean parte. Dado que si una de las partes incumple las obligaciones que le vinculen en virtud de una sentencia, el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas dispone

que la otra parte puede recurrir al Consejo de Seguridad, para que éste tome las recomendaciones necesarias o adopte medidas oportunas para hacer ejecutar la sentencia.<sup>563</sup>

La misión de la Corte Internacional de Justicia se constriñe a resolver conflictos entre los Estados miembros a la luz del derecho internacional, siendo importante remarcar que únicamente los Estados tienen personalidad jurídica para presentarse en ella, por lo que no puede sostenerse que tenga una competencia específica en materia de derechos humanos, sino en el vínculo, obligaciones e interpretación de estos frente a los Estados.<sup>564</sup> A lo que podemos sumar la nota sobre la carencia de personalidad del individuo para presentarse en dicho órgano.

Sin embargo, como ya fue desarrollado dentro del tema de la regionalización del Derecho, de la cual se tuvo como producto la capacidad de subsanar el problema de la protección de derechos humanos al individuo, alumbrando en un primer punto a las Comisiones regionales, las cuales de entre las funciones que ya les fueron desarrolladas, tienen la capacidad de apersonarse frente a las Cortes Regionales en nombre de quienes sienten violado un derecho, destacando que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos será desarrollada con mayor detalle en los puntos oportunos consecuentes.

### **3.3.1. Obligación de respetar los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales**

El principio de la irreversibilidad de los compromisos comunitarios implica que, una vez adquiridos los compromisos internacionales, no está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos internacionales una vez asumidos; con base en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dentro de su artículo 27

---

<sup>563</sup> MARTÍNEZ Morán, Narciso. Ed., op.cit., nota 469, p.253

<sup>564</sup> Ibidem, p.253



dispone que, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Ello no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico.<sup>565</sup>

La Convención Americana no fue tímida al pronunciarse sobre el mismo tema y en armonía con la Convención de Viena, le impone dentro de su artículo primero la obligación de respetar los derechos humanos contenidos dentro del tratado.<sup>566</sup>

Del contenido de la Opinión consultiva número 13, dentro del cual analiza algunas de sus atribuciones, se reafirma la facultad de la comisión de calificar la compatibilidad de las normas internas con el derecho internacional, respaldando así el accionar del propio organismo, dado que, de la interpretación de la Convención Americana, se desprende como una de sus facultades la capacidad para determinar si los Estados sujetan su derecho interno a los compromisos internacionales a los cuales se encuentran sujetos.<sup>567</sup>

Dicha obligación también se ha vuelto presente dentro del discurso de la SCJN, la que ha señaló lo siguiente:

El Estado Mexicano se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte

---

<sup>565</sup> GORDILLO, Agustín, *op.cit.*, nota 49, p.81

<sup>566</sup> Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

<sup>567</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe, *op.cit.*, nota 477, p.65

Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998, mediante declaración unilateral de voluntad que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999. En ese sentido, los artículos 133 y 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconocen la vigencia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico interno y establecen la obligación de las autoridades nacionales de aplicar los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales vigentes en nuestro país. Por lo anterior, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generan como una consecuencia ineludible que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, resulten obligatorias para el Estado Mexicano, incluidos todos los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales. Esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas.<sup>568</sup>

### **3.3.2. Artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

Producto de una serie de exigencias sociales, así como de una serie de compromisos vinculantes internacionales, México se vio en la necesidad de buscar la forma de armonizar la construcción ideológica de los derechos humanos con la arquitectura positivista del sistema jurídico nacional. El resultado de dichos esfuerzos vio su primera materialización el 10 de junio de 2011, agregando al reconocimiento constitucional los conceptos relativos a la dignidad humana, derechos libertades de las personas, así como los derechos humanos.<sup>569</sup> Esto se manifestó pues, a través de la

---

<sup>568</sup> “CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO” S.C.J.N. Ad 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012; Tomo 1; Pág. 650.

<sup>569</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.37

reforma al Artículo Primero Constitucional,<sup>570</sup> la cual cambio su texto vigente no solo desde el punto de vista de construcción gramatical, sino tuvo una fuerte repercusión en la teleología y axiología del mismo artículo, llevando sus alcances y fines a un nuevo puerto, el cual busca armonizarse (aunque aún un poco renuente) a los valores protegidos internacionalmente.

En el dictamen DD-XXII-2010 los diputados analizaron los antecedentes históricos de los derechos humanos, que definieron como “el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. En cuanto a las garantías individuales, se remitió el dictamen a la Suprema Corte de Justicia, la cual los entiende como “los derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos

---

<sup>570</sup> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es la acción constitucional de amparo”.<sup>571</sup>

Para la doctrina y el derecho mexicanos, la diferencia entre unos y otros se encuentra en que las garantías individuales son los límites de la actuación del poder público consagrados de manera precisa en un texto constitucional, dicho de otra forma, y como se ha reiterado a lo largo del trabajo, las garantías son derecho positivo; mientras los derechos humanos son enunciados como anteriores y superan el poder público, por lo que, aunque no estén consagrados en una Constitución, el Estado se constriñe a reconocerlos, respetarlos y protegerlos.<sup>572</sup> También como hemos puntualizado, a los derechos se les da la calificación de anteriores al hombre y se ha convertido en grado de verdad Estatal, sin embargo dicha afirmación puede ser bien entendida y separada en sus características por un operador del derecho, cosa que no se representará igual para alguien ajeno a la disciplina jurídica dado que dicha argumentación es tendiente a difuminar las históricas luchas que se han librado por conseguir el reconocimiento de cada uno de los derechos.

Dentro de los dictámenes quedó también la constancia histórica a forma de reconocimiento desde la función legislativa de la reforma que el pensamiento de los textos norteamericano y francés y de los ordenamientos mexicanos de 1814 y 1857, ya que se observa de manera directa la influencia iusnaturalista del texto constitucional de 1857 y de manera dialéctica confrontándolo al de 1917, se observa que los derechos humanos son concepciones abstractas, con influencia iusnaturalista, en tanto que las garantías individuales son concepciones concretas e individualizadas, con un esquema positivista.<sup>573</sup>

---

<sup>571</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.64

<sup>572</sup> Ídem.

<sup>573</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.65

Así mismo, se reconoce el reiterado principio fundante o rector de la razonabilidad de las leyes y de todos los actos estatales, de acuerdo con el cual, toda norma que sea desproporcionada en los medios que emplea con relación a sus fines, carezca de sustento fáctico suficiente, que sea arbitraria, persecutoria, etc., debe ser tachada de antijurídica y, por tanto, no aplicada.<sup>574</sup> No como un elemento ajeno del derecho exterior, sino como una razonabilidad interior del sistema jurídico nacional. La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes (Funciones) que integran el gobierno nacional.<sup>575</sup>

El dictamen de la cámara alta DS-IV-2010 consideró al principio de interpretación conforme como el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales, por este medio se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar lagunas existentes, sin que esto signifique en ningún caso la derogación o desaplicación de una norma interna, no se atiende a criterios de supra-subordinación y jerarquía de normas, sino que se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México sea parte, para ofrecer una mayor garantía a las personas.<sup>576</sup>

El segundo párrafo del artículo 1º, además de sostener la interpretación de normas sobre derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, indica también que debe favorecerse la protección más amplia, dicha redacción pone a la vista una doble posibilidad, que la jurisprudencia nacional puede ir más allá de la interpretación internacional en la apreciación de derechos y garantías; y que la jurisprudencia internacional prevalezca cuando su interpretación resulte más benéfica para el ser humano.<sup>577</sup> No debe dejar de observarse que dicha doble

---

<sup>574</sup> GORDILLO, Agustín, op.cit., nota 49, p.84

<sup>575</sup> Ídem.

<sup>576</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.93

<sup>577</sup> Ibidem, p.95

posibilidad ha creado una ambigüedad suficiente dentro del sistema jurídico como para confrontar los compromisos de derechos humanos adquiridos de manera internacional con los derechos humanos ya contenidos dentro de la Constitución, que como ha sido señalado a lo largo del trabajo, es una confrontación aparente, dado que la forma adecuada de abordar dicho conflicto no es como una confrontación sino como una complementación apoyada en el principio de la protección más amplia, también garantizado dentro de la redacción del Artículo 1 Constitucional.

En virtud del principio de interpretación más amplia, se reconoce a este cuando se trata de reconocer derechos protegidos, por lo que la interpretación debe ser la más extensiva, mientras que la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Or ello se consideran las siguientes dos variantes:<sup>578</sup>

- a) Directriz de preferencia interpretativa, en virtud de esta se busca optimizar más un derecho constitucional, la cual conlleva a su vez dos principios: *favor libertatis* el cual postula la necesidad de entender al principio normativo en el sentido más propicio a la libertad en juego y se subdivide en dos vertientes, la primera evoca a las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos, no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo, y el segundo el cual implica que la norma se debe interpretar de la manera que optimice su ejercicio; y el principio de protección de víctimas o *favor debilis*, el cual implica situaciones interpretativas que implican el observar derechos en conflicto, por lo que es necesario considerar a la parte que se haya situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en igualdad.

---

<sup>578</sup> Ibidem, p.96

- b) Directriz de preferencia de normas, presupone la aplicación por parte del juez de la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquella.

Dichas reformas han tenido efectos detectables dentro de la dirección de los dichos de la Suprema Corte de Justicia, dado que en su primera decisión vinculada a la reforma al Artículo 1 constitucional, enumerada como el expediente Varios 912/2010, publicado en julio de 2011, se determinaron los alcances del control de convencionalidad, llamándolo “Nuevo sistema de Control Constitucional-Convencional.”<sup>579</sup>

Para septiembre de 2013, la Suprema Corte nuevamente amplía su visión sobre los derechos humanos, emitiendo la Tesis 293/2011 dentro de la cual establece un bloque de constitucionalidad que operará como parámetro de control de regularidad constitucional y convencional. Este bloque se desprende de la redacción del Artículo 1, dado que analiza la incursión de los derechos humanos contenidos dentro de tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, extendiendo dicha lógica argumental a las sentencias manadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>580</sup>

A su vez, el Cuarto tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito estableció la obligatoriedad del principio *pro persona* en aras de la protección del ser humano y en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado Mexicano, acentuando que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos, y por el contrario, a la norma o interpretación más restringida cuando se trate de establecer límites a su ejercicio.

---

<sup>579</sup> HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord., op.cit., nota 462, p.47

<sup>580</sup> Ídem.

Ahora bien, como la Convención Americana de derechos Humanos, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos forman parte de la ley suprema de la unión, es claro que dicho principio debe citarse de manera obligatoria. Por tanto, no puede ser posible para los órganos estatales sostener que los derechos políticos no configuran derechos humanos, ni pueden sustraerlos con el mero uso de la retórica jurídica de su observancia obligatoria.<sup>581</sup>

Paralela a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, también se reformaron preceptos relativos al juicio de amparo, cambios que guardaron estrecha relación con la reforma en derechos humanos, ya que, en armonía con ésta, se consideró que el juicio de amparo pasa a constituir un medio de garantía de los derechos contenidos en tratados internacionales.<sup>582</sup>

En la misma reforma se introduce la figura del interés legítimo, en virtud del cual se permite figure como quejoso en el amparo quien resulte afectado por un acto que violente un derecho reconocido por el orden jurídico o que, sin violentar directamente el derecho, afecte la situación jurídica derivada del propio orden jurídico. En su versión reformada, el Artículo 107, fracción I dispone “el juicio de amparo seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho, o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser el titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.”

### **3.3.3. Carta de la Organización de Estados Americanos**

---

<sup>581</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.95

<sup>582</sup> Ibidem, p.59



El primer antecedente en cuanto a unión y cooperación de los Estados americanos se encuentra en la Unión Panamericana de 1890, de la cual surgió la protección de ciertos derechos, sin que surgiera un orden sistemático, ni se creó órgano alguno que garantizara la protección de los compromisos internacionales asumidos. En realidad, en la misma época, el derecho internacional lo arrojaba aún antecedentes que dieran pie a organismos internacionales de tutela de derechos humanos.<sup>583</sup>

En la conferencia de abril de 1948 celebrada en Bogotá, los Estados Americanos, lograron la creación de la Organización de Estados Americanos, a través del tratado que les da origen conocido como Carta de la Organización de Estados Americanos. Dicho documento es fundacional y organizacional de la OEA en tanto el papel de los Estados parte de la Organización, sin embargo, su importancia radica en la capacidad de unión entre Estados así como del instrumento que se adoptó para ésta, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dentro de la cual se consagran diversos derechos humanos reconocidos por los Estados americanos como tales, de los cuales se exige una obligación de asimilarlos al derecho interno y procurar su respeto.<sup>584</sup>

Consta de tres partes, La primera desarrolla la naturaleza de la Organización, sus principios, derechos y deberes de los Estados parte, la solución pacífica de controversias, la seguridad colectiva u el desarrollo integral. La Segunda parte contiene los detalles organizacionales, sobre los órganos que componen a la Organización, la Asamblea general, consejos y comités, conferencias y organismos especializados; finalmente en su tercera parte desarrolla disposiciones generales en cuanto a la relación con Naciones Unidas, ratificación, vigencia y disposiciones transitorias.

---

<sup>583</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe, op.cit., nota 477, p.29

<sup>584</sup> Ídem.

Los Estados Americanos, en el ejercicio de su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos adoptaron una serie de instrumentos internacionales que se han convertido en la base de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, conocidos como Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicho sistema reconoce y define los derechos consagrados en esos instrumentos y establece obligaciones tendientes a su promoción y protección. Así mismo a través de este sistema se crearon dos órganos destinados a velar por su observancia: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>585</sup>

La Convención Americana o Pacto de San José es un tratado internacional que prevé derechos y obligaciones que deben ser respetados por los Estados Parte. Estableciendo a su vez que la Comisión y la Corte son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención.<sup>586</sup>

#### Protocolos Adicionales a la Carta de la OEA

- Protocolo de Buenos Aires 27 de febrero de 1967
- Protocolo de Cartagena de Indias 5 de diciembre de 1985
- Protocolo de Washington 14 de diciembre de 1992
- Protocolo de Managua 10 de junio de 1993

#### Protocolos Adicionales a la Convención Americana:

---

<sup>585</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 48 periodo extraordinario de sesiones, “El qué, cómo, cuándo y por qué de la Corte Interamericana” México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2013 p.6

<sup>586</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 48 periodo extraordinario de sesiones, “El qué, cómo, cuándo y por qué de la Corte Interamericana” México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2013 p.6

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. 17 de noviembre de 1988
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte 8 de junio de 1990.

#### **3.3.4. Sentencia Radilla Pacheco**

Dados sus pronunciamientos en materia de derechos humanos, así como en su relación y vinculación con el Estado Mexicano se tornó uno de los instrumentos jurídicos más importantes y prolíferos para el país, el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos se desenvuelve de la siguiente manera.<sup>587</sup>

El primer punto de importancia a aclarar, es sobre los hechos, dado que sucedieron en el año de 1974, se encuentra en el intento por parte del Estado Mexicano quien trato de alegar la incompetencia *ratione temporis*, siendo que México Ratificó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos el 8 de junio de 1990, y depositó la ratificación el 20 de agosto de 2007, buscando esquivar de ese modo la competencia de la Corte, sin embargo la corte respondió que tenía competencia para conocer de actos jurídicos relevantes y dentro del párrafo 20 señala un criterio competencial fundamental, dado que la corte diferencia entre hechos consumados de los actos de carácter continuos o permanentes, los cuales lo son por persistir después de la fecha de realización mencionados en el párrafo 22, por lo que ejercer la competencia no implica la vulneración del principio de irretroactividad de los tratados.

---

<sup>587</sup> Las sentencias de la Corte Interamericana se citan desde el mismo instrumento según se a la ubicación de lo que se analiza por la numeración del párrafo en el que se encuentra, el documento es consultable en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>

Como el Estado Mexicano había realizado reservas las cuales maquinó aplicables sobre el orden castrense interno, la corte hizo notar al Estado Mexicano que las reservas realizadas por un Estado a algún tratado internacional, para ser válidas es requerido que no sean incompatibles con el espíritu del tratado en cuestión.<sup>588</sup> Dadas las obligaciones internacionales asumidas por un Estado al ratificar un tratado internacional de derechos humanos o al adherirse a él, significa que dichas obligaciones gravitan sobre el Estado en su conjunto, por ello abarca a todas las funciones del Estado, desde el ámbito Federal al municipal., así como a sus organismos constitucionalmente autónomos.<sup>589</sup>

Uno de los momentos más prominentes dentro de la sentencia se encuentra dentro de las formas de Reparación y Garantías de no repetición, en el párrafo 338 dado que la corte dictamina que la simple supresión o expedición de normas de derecho interno no es garantía suficiente de los derechos contenidos en la Convención Americana, ya que la existencia de una norma, no garantiza por si misma su aplicación adecuada, se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos, siendo las obligaciones de adoptar disposiciones de derecho interno pertenecientes no únicamente a la Función Legislativa, sino a todos los órganos del Estado en su conjunto. Por lo que todas las autoridades tienen la obligación de vigilar la correspondencia de las normas jurídicas respecto de la Convención para que estén en armonía coherente.

Finalmente, el párrafo que dio origen o al expediente varios 912/2010, así como como a la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos fue el contenido del párrafo 339, el cual contempla el alumbramiento del Control de Convencionalidad, señalando que, al haber adquirido obligaciones internacionales, los jueces mexicanos , así como parte del aparato estatal, se encuentran también sometidos y obligados por la Convención, lo que los obliga a velar por que los efectos de ésta no se vean mermados

---

<sup>588</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio., op.cit., nota 468, p.57

<sup>589</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio., op.cit., nota 468, p.58

por una aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, ya que dichas normas carecen de efectos jurídicos. Por lo que el Poder Judicial en el marco de sus respectivas competencias debe realizar un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, haciendo vinculantes no sólo a los derechos humanos contenidos dentro de la Convención y sus instrumentos, sino también las sentencias de la Corte Interamericana, ya que todas las sentencias les son vinculantes a todos los Estados parte.

### **3.3.5. Expediente Varios 912/2010**

El Expediente Varios 912/2010<sup>590</sup> Surge como la Respuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. En virtud de que la Suprema Corte encontró oportunidad para pronunciarse sobre las diversas disposiciones de derechos humanos, así como la forma en que debían entenderse los postulados de la Corte Interamericana desde el derecho nacional.

En un primer término, la Suprema Corte analiza si la sentencia es fuente generadora de obligaciones al Poder Judicial, a lo cual dan respuesta dentro del primer resolutivo aceptando que dicha sentencia en primer término genera obligaciones al Poder Judicial. Dichas resoluciones tomadas por la Corte Interamericana son vinculantes y obligatorias dado que el Estado aceptó la competencia y se sometió a las obligaciones internacionales de la Convención Americana.

La Suprema Corte aceptó como obligatorias la mayoría de las formas de reparación, sin embargo, se mostró resiliente en cuanto al Control de Convencionalidad, primero dentro del párrafo 25 la Suprema Corte señala que el control de constitucionalidad se había ejercido de manera exclusiva por el Poder

---

<sup>590</sup>[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado\\_electronico\\_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf)

Judicial, mediante los mecanismos de Amparo, Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad, y para el Caso del Tribunal Electoral, la inaplicación de leyes. Desarrolló que de la lectura del Artículo 1 reformado, se entiende que todas las autoridades del país se encuentran obligadas a velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, así como los contenidos en instrumentos internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Haciendo hincapié en que los jueces no pueden pronunciarse sobre la invalidez o la expulsión de una norma del orden jurídico, sin embargo, tienen la capacidad de inaplicarlas dando preferencia a la Constitución y a los tratados, como se desprende del párrafo 29 del expediente.

La inaplicación no supone de forma alguna la eliminación o desconocimiento de la presunción de constitucionalidad. A dicho principio la Suprema Corte le llama “Interpretación Conforme” mientras que se reserva para así el “Control Constitucional”.

También se pronunció con respecto al carácter vinculante del resto de sentencias de la Corte Interamericana, señalando en el párrafo 20 que ésta únicamente operará como criterio orientador de las decisiones de los jueces, es importante remarcar que no es ajeno el hecho de la minimización argumentativa que ello representa.

En cuanto al principio *pro persona*, dentro del párrafo 21 se señala que debe evaluarse de entre los criterios interpretativos aquel que resulte más favorecedor a la persona, ello significa, procure una protección más amplia, sin embargo no cierra la puerta a los criterios internos dado que no se prejuzga sobre la posibilidad de que otorguen mayor protección, como resultado final la Corte ha buscado matizar dicho principio y ha buscado formas de hacer imperar argumentativamente el derecho que ya existía dentro del ordenamiento jurídico, olvidando la vocación de los derechos humanos sobre su desarrollo progresivo y perfeccionamiento del sistema jurídico.

Con base en el principio de subsidiariedad, y complementariedad de la jurisdicción internacional, corresponde a los poderes del Estado en el marco de sus propias atribuciones “velar por el pleno respeto y garantía de todas las obligaciones

internacionales asumidas por los distintos países en materia de derechos humanos, de ahí la necesidad de que el derecho internacional de los derechos humanos sea reconocido plenamente, por ello las instituciones que tienen a su cargo la interpretación de los derechos en el orden interno, deben hacerlo mediante los diversos enfoques y métodos alumbrados por la reforma constitucional, implementando el principio *pro homine* o *pro persona*, que rige tanto la interpretación como la creación y aplicación de normas.<sup>591</sup>

Para ello, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene diversas normas de interpretación:<sup>592</sup>

- a) Ninguna disposición jurídica debe ser interpretada en el sentido de permitir al Estado suprimir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos o limitarlos en mayor medida a la prevista dentro del mismo instrumento.
- b) La convención únicamente puede ser tomada como un estándar mínimo para el reconocimiento y protección de derechos humanos, en consecuencia, constituye un catálogo abierto de derechos y garantías el cual no es limitativo en cantidad de derechos reconocibles, mientras que sí establece como límite mínimo los derechos reconocidos por ella.
- c) La interpretación debe atenerse al principio de mayor protección de los derechos humanos, el cual puede localizarse en el derecho interno o en el internacional, siempre se preferirá la protección más amplia.

### **3.4. Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Desde la creación de la primera Organización regional en Europa, permeó a los Estados del Continente Americano la intención de establecer parámetros de protección en materia de derechos humanos que tuvieran un vínculo con el desarrollo sociocultural

---

<sup>591</sup> GARCÍA Ramírez, Sergio, op.cit., nota 468, p.90

<sup>592</sup> Ibidem, p.91

de la región, dicho establecimiento de parámetros ha consistido primordialmente en la preparación y adopción de instrumentos internacionales relativos a aspectos específicos en materia de derechos humanos, de los cuales los Estados se comprometen no solamente a su respeto, sino a procurarlos y desarrollarlos de manera interna.<sup>593</sup>

Fue objeto de observaciones que en el proyecto inicial sobre la creación de un sistema supranacional de derechos humanos no existieren órganos especializados capaces de vigilar por el cumplimiento y observación de los derechos protegidos, por ello se contempló en un primer punto la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la cual sus funciones son vinculantes tanto a los Estados parte de la Carta de la OEA como a los Estados parte de la Convención Americana; sucesivamente se contempló la Creación de la Corte Interamericana, la cual tiene su sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El sistema Interamericano ha adoptado de forma paulatina diversos instrumentos internacionales, de tal suerte que ha expandido su competencia e influencia en la situación de los Estados parte.<sup>594</sup>

### **3.4.1. Sistema de peticiones**

Como se mencionó al desarrollar el Sistema Europeo de Derechos Humanos, éste fue el pilar bajo el cual se replicó el Sistema Interamericano, originalmente el Sistema Europeo contempló que para ser accionado, el individuo debía acudir a una primera instancia llamada Comisión Europea de Derechos Humanos, a petitionar la protección de un derecho que considerase vulnerado, sin embargo con el advenimiento del protocolo 11 de 1994, el Sistema Europeo decidió dejar de lado a la Comisión, declarando que el acceso a la protección del sistema se volvía directo tanto para el individuo como para los Estados.

---

<sup>593</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe., op.cit., nota 477, p.21

<sup>594</sup> Ibidem, p.19



El Sistema Interamericano ha optado por continuar con el acceso a través del sistema de peticiones, que si bien, puede ser visto como un medio indirecto, ya que únicamente puede ser accionado a través de la Comisión, eso no es óbice para que sea el individuo quien puede accionar su actividad. Al respecto el artículo 44<sup>595</sup> de la Convención Americana señala que “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

Es importante subrayar que dicho artículo al utilizar la expresión “cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida” implica que quien observe una violación de derechos humanos puede iniciar una petición, sin que intervenga obstáculo alguno a la presentación de la solicitud.

Por lo anterior, podemos afirmar que la petición es la capacidad procesal que se posee para exigir un derecho frente a un órgano internacional, para el caso específico, frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ello tiene como consecuencia que se otorgue un lugar en el proceso al peticionario, pudiendo éste ofrecer pruebas, solicitar reparaciones, llegando así con una vida jurídica propia una vez activado el proceso.

El artículo 46<sup>596</sup> de la Convención Americana, dentro de su numeral 1 incisos a-d, se pronuncia por la posibilidad de la admisión de la petición señalando como necesarios los siguientes requisitos:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos;

---

<sup>595</sup> [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

<sup>596</sup> [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

- b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
- d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

En su numeral 2, la Convención no es tímida al apuntar que los requisitos sobre el agotamiento de recursos internos, así como el plazo en que se puede presentar la petición, encuentran excepciones, las cuales son armónicas con los principios de derechos humanos que el mismo instrumento protege y por ello los remarca de la siguiente manera:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Velando así por los principios de derechos humanos de garantías judiciales, protección judicial y el debido acceso a un recurso que sea efectivo.

Finalmente, dentro de su artículo 47<sup>597</sup> la Convención enuncia las razones por las cuales una petición debe ser declarada inadmisibles de la siguiente manera:

- a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46;

---

<sup>597</sup>[https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

- b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención;
- c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y
- d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

### **3.4.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se estableció 11 años después de la creación de la OEA, dado que se decidió crear un órgano de protección, producto de un contexto continental volátil. Entró en funciones en 1960, cuando fue aprobado su estatuto y se estableció como una entidad autónoma de la dicha organización.<sup>598</sup> Fue creada en 1959 con el fin de subsanar la carencia de órganos específicamente encargados de velar por la observancia de los derechos humanos en el sistema.

Para 1966 la Comisión adquirió la función de tramitar y decidir acerca de denuncias en materia de derechos humanos. La trascendencia de la decisión se radica en la naciente posibilidad de levantar públicamente una violación específica y la capacidad de procura alcanzar una solución a ella. Pese al reconocimiento de dicha atribución, la Comisión entendió como su tarea principal la publicación de informes sobre países, cambiando dicho paradigma hasta 1990.<sup>599</sup>

---

<sup>598</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe, op.cit., nota 477, p.31

<sup>599</sup> Ibidem, p.35

Se integra por siete miembros, y representa a todos los miembros de la Organización de Estados Americanos, los miembros son elegidos por la Asamblea General, por un mandato de Cuatro años, el cual puede extenderse sólo una vez.<sup>600</sup>

La Comisión tiene la capacidad para dar inicio a un proceso semijudicial de investigación, si se presenta una denuncia, de esta tarea, la Comisión tiene como una de sus labores procurar una resolución amistosa previa al procedimiento frente a la Corte.<sup>601</sup> Dichas funciones se le otorgaron para promover los arreglos amistosos, así como para evitar una carga procesal excesiva. Siendo la característica más importante de este sistema la capacidad del individuo para activar su acción a través de una queja denominada petición la cual tiene el carácter de individual.

Las regulaciones que rigen su actuación establecen que, una vez recibida la petición, la secretaría ejecutiva le debe dar entrada, debe registrarla y hacer constar en ella el acuse de recibo. Posteriormente llevará a cabo la revisión inicial de la denuncia, verificando que reúne los requisitos exigidos por el reglamento de la comisión, de no reunirse dichos requisitos, podrá solicitar al peticionario que los complete, de no cumplir, la Comisión procederá a archivar la denuncia.

---

<sup>600</sup> Artículo 34

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se compondrá de siete miembros, que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos.

Artículo 35

La Comisión representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 36

1. Los Miembros de la Comisión serán elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros.

2. Cada uno de dichos gobiernos puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los proponga o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

<sup>601</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe, op.cit., nota 477, p.89

Si bien podemos reconocer como sus funciones principales la tramitación de casos y el establecimiento de medidas cautelares, es importante mencionar que posee además una amplia gama de atribuciones manadas de la Carta de la OEA, entre ellas, estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones cuando lo estime conveniente a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus leyes internas y preceptos constitucionales; tomar disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a los derechos; preparar estudios e informes que haya considerado convenientes, solicitar informes a los Gobiernos sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que realicen los Estados miembros.<sup>602</sup>

Debe mantenerse al tanto de las tendencias generales para desempeñar las diversas funciones prescritas por el artículo 41<sup>603</sup> de la Convención Americana,

---

<sup>602</sup> Ibidem, p.p. 183-184

<sup>603</sup> Artículo 41

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Mientras que el artículo 43<sup>604</sup> señala que los Estados miembros se obligan a proporcionar a la comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.<sup>605</sup>

La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de derechos humanos, y servir como órgano consultivo de la OEA, en esta materia, la Comisión tiene competencias con dimensiones políticas, entre las cuales resaltan los informes y visitas in Loco, acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros. Por otro lado, realiza funciones con una dimensión cuasi-judicial. Dentro de esta competencia recibe las denuncias de particular u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad.<sup>606</sup>

### 3.4.2.1. Individuo

La Convención Americana reconoce como individuo a cualquier persona,<sup>607</sup> otorgándole un lugar dentro del proceso, lugar que también pueden poseer otros sujetos de derecho internacional, sin embargo esta capacidad de ofrecer pruebas, solicitar reparaciones, y en general tener una vida jurídica propia tanto una vez activado el

---

<sup>604</sup> Artículo 43

Los Estados Partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención.

<sup>605</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe., op.cit., nota 477, p.p. 183-184

<sup>606</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 48 periodo extraordinario de sesiones, “El qué, cómo, cuándo y por qué de la Corte Interamericana” México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2013 p.8

<sup>607</sup> Artículo 44

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.

proceso, como el reconocimiento para activarlo le otorga un verdadero *locus standi*,<sup>608</sup> situación que compone tanto la fuerza como la importancia que tiene dentro del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos.

### 3.4.2.2. Competencia

La competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no ha mantenido una acción regular de delimitación sencilla, a lo cual podemos apuntar que, la interpretación que se ha dado de las normas como la práctica, nos indican que la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recae únicamente sobre los tratados que le otorgan expresamente esa competencia y respecto de las disposiciones que dichos instrumentos concretamente señalen. Esta afirmación se realiza sin perjuicio de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueda interpretar los artículos convencionales a la luz de otros instrumentos internacionales.<sup>609</sup>

Dentro de la misma tesitura parece pertinente remarcar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sólo será competente para conocer de denuncias individuales en relación con las disposiciones de los instrumentos que le otorguen específicamente esta competencia, como es el caso del artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.<sup>610</sup> Sin embargo, no es en realidad la palabra última dado que la Comisión se ha valido de distintos grados argumentales para poder observar las distintas herramientas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, da tal suerte que su competencia puede ser extensiva siempre y cuando se mantenga dentro de los parámetros enunciados por el artículo 23 del Reglamento de la Comisión.<sup>611</sup>

---

<sup>608</sup> [https://en.oxforddictionaries.com/definition/locus\\_standi](https://en.oxforddictionaries.com/definition/locus_standi)

<sup>609</sup> Juana Inés Acosta-López, Alcance de la competencia contenciosa de la CIDH a la luz del artículo 23 de su reglamento, 14 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 107-131 (2009), p.129

<sup>610</sup> Ibidem, p.123

<sup>611</sup> Artículo 23

Del mismo modo, dentro de su artículo 19 inciso a) hace referencia a la competencia para diligenciar las peticiones y otras comunicaciones contempladas dentro de las disposiciones de los artículos 44 a 51 de la Convención Americana, acentuando que del texto de dichos artículos se rescata que, todo Estado Parte de la Convención acepta dicha Competencia cuando se alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.<sup>612</sup>

---

Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conforme a sus respectivas disposiciones, el Estatuto de la Comisión y el presente Reglamento. El peticionario podrá designar en la propia petición, o en otro escrito, a un abogado u otra persona para representarlo ante la Comisión.

<sup>612</sup> Artículo 45

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.
2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado parte que no haya hecho tal declaración.
3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.
4. Las declaraciones se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que transmitirá copia de las mismas a los Estados miembros de dicha Organización.



### 3.4.2.3. Proceso

El proceso de la Comisión interamericana se encuentra contemplado en la Sección 4 de la Convención Americana de los artículos 48 al 51,<sup>613</sup> dentro de los cuales

---

<sup>613</sup> Sección 4. Procedimiento

#### Artículo 48

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

- a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
- b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
- c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;
- d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;
- e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
- f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

#### Artículo 49

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se les suministrará la más amplia información posible.

se señala que al momento de recibirse una petición o comunicación en relación con los derechos consagrados por la Convención Americana debe procederse a lo siguiente:

Tiene la capacidad de declarar la inadmisibilidad o improcedencia, siempre y cuando sea sobre la base de la información dada o por la aparición e pruebas sobrevinientes. De reconocerse la admisibilidad de la petición, se solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable, para lo cual en atención a las circunstancias del caso concreto se solicita que las informaciones sean presentadas dentro de un plazo establecido como razonable.

Una vez recibidas las informaciones, o también si transcurre el plazo fijado sin que se haya recibido una respuesta, la Comisión debe verificar si las condiciones alegadas persisten, de haber cesado, el expediente será archivado. De no ser archivado, la Comisión debe realizar un examen del asunto planteado en la petición, por lo cual debe realizar una investigación solicitando a los Estados interesados que proporcionen

---

#### Artículo 50

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.
2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.
3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

#### Artículo 51

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.
2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.
3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

todas las facilidades necesarias, incluida cualquier información que sea pertinente, teniendo la capacidad de recibir las exposiciones tanto de manera escrita como de manera verbal.

Posteriormente, se buscará llegar entre las partes a una solución amistosa, la cual se funde en el respeto a los derechos humanos consagrados dentro de la Convención Americana, ésta forma de reparación puede ser entendida como una etapa de mediación entre las partes. Si el fondo de la petición o comunicación es declarado como grave o urgente, la Comisión puede realizar su investigación sin que el Estado señalado emita de forma previa su consentimiento, basta la sola presentación de la petición y la calificación de gravedad o urgencia por parte de la Comisión para que el mecanismo sea activado.

De llegarse a una solución amistosa, se redactará el informe pertinente, el cual será transmitido al peticionario y a los Estados parte, para su posterior publicación por parte de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Si alguna de las partes considera que necesita un mayor grado de información, a comisión tendrá la obligación de suministrarla de la forma más amplia posible. Del mismo modo, si no se llega a una solución a través del mecanismo de solución amistosa, se emitirá el informe respectivo señalando tanto los hechos como las conclusiones a las que se llegue, al momento de transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que considere pertinentes.

Finalmente, la comisión tiene la opción de someter el asunto a la jurisdicción de la Corte Interamericana, siempre y cuando se trata de Estados parte de la Convención Americana, de no ser sometido el asunto a la jurisdicción de la Corte Interamericana y si el Estado interesado lo solicita podrá emitir su opinión, y conclusiones sobre la cuestión sometida. De las recomendaciones que emita la Comisión, se fijará un plazo dentro del cual, el Estado deberá tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada. Transcurrido el periodo señalado la comisión debe decidir por voto en su modalidad de mayoría absoluta si el Estado ha

tomado las medidas adecuadas o no, resultado del cual se decidirá si debe ser o no ser publicado el informe pertinente.

### **3.4.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana posee dos funciones básicas, la primera es contenciosa y la segunda se refiere a su facultad consultiva. La primera como su nombre lo indica, nos remite a la capacidad de conocer casos específicos en los cuales se aleguen violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, así como del resto de los tratados de los cuales ha adquirido competencia para conocer de su respeto. La segunda función se refiere a la capacidad de emisión de Opiniones Consultivas acerca de la interpretación de la Convención Americana, así como de otros tratados pertinentes para la protección de los derechos humanos de los Estados de la OEA.<sup>614</sup>

Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana, ejerce función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales.<sup>615</sup>

La Función contenciosa es la que se ejercita para determinar si algún Estado parte ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano, también es el mecanismo empleado para realizar la supervisión del cumplimiento de las sentencias.<sup>616</sup>

---

<sup>614</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe, op.cit., nota 477, p.41

<sup>615</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 48 periodo extraordinario de sesiones, “El qué, cómo, cuándo y por qué de la Corte Interamericana” México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2013 p.9

<sup>616</sup> Ibidem, p.11

Su reconocimiento, competencia y funciones se encuentran enmarcados por la Convención Americana en su capítulo VIII. Su organización se encuentra dispuesta en los artículos 52 a 60.<sup>617</sup> Se compone de siete jueces, los cuales deben ser nacionales de

---

<sup>617</sup> Artículo 52

1. La Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

2. No debe haber dos jueces de la misma nacionalidad.

Artículo 53

1. Los jueces de la Corte serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados.

2. Cada uno de los Estados Partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos deberá ser nacional de un Estado distinto del proponente.

Artículo 54

1. Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez. El mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años. Inmediatamente después de dicha elección, se determinarán por sorteo en la Asamblea General los nombres de estos tres jueces.

2. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste.

3. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieran abocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos.

Artículo 55

1. El juez que sea nacional de alguno de los Estados Partes en el caso sometido a la Corte, conservará su derecho a conocer del mismo.

2. Si uno de los jueces llamados a conocer del caso fuere de la nacionalidad de uno de los Estados Partes, otro Estado parte en el caso podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc.

3. Si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados Partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc.

los Estados miembros, sin que pueda haber dos jueces que ostenten la misma nacionalidad, son elegidos en votación secreta dentro de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Su periodo tiene una duración de seis años, con la posibilidad a una reelección.

### 3.4.3.1. Competencia y facultades aplicables al sistema nacional

Mediante el Expediente Varios 912/2010 la SCJN analizó en un primer punto si la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia sobre el Estado Mexicano, de lo cual, dentro del considerando segundo la Corte aceptó la competencia,

---

4. El juez ad hoc debe reunir las calidades señaladas en el artículo 52.

5. Si varios Estados Partes en la Convención tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como una sola parte para los fines de las disposiciones precedentes. En caso de duda, la Corte decidirá.

#### Artículo 56

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

#### Artículo 57

La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.

#### Artículo 58

1. La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados Partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados Partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

2. La Corte designará a su Secretario.

3. El Secretario residirá en la sede de la Corte y deberá asistir a las reuniones que ella celebre fuera de la misma.

#### Artículo 59

La Secretaría de la Corte será establecida por ésta y funcionará bajo la dirección del Secretario de la Corte, de acuerdo con las normas administrativas de la Secretaría General de la Organización en todo lo que no sea incompatible con la independencia de la Corte. Sus funcionarios serán nombrados por el Secretario General de la Organización, en consulta con el Secretario de la Corte.

#### Artículo 60

La Corte preparará su Estatuto y lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su Reglamento.

apuntando que “Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el Presidente de la República hizo del conocimiento general la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma tal que los Estados Unidos Mexicanos reconoció, en forma general y con el carácter de obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de dicho órgano jurisdiccional sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>618</sup> reconociendo de esta manera tanto la Competencia de la Corte como la vinculación al instrumento internacional, en razón de la obligación internacional adquirida por el Estado Mexicano.

Agregando que “Este reconocimiento de la jurisdicción de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos implica que existe la obligación de los Estados Unidos Mexicanos de cumplir con la decisión de ese órgano jurisdiccional, toda vez que constituye un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que así lo ha manifestado expresamente.<sup>619</sup> El resultado del dicho de la corte hace patente que el Estado Mexicano se encuentra obligado y vinculado toda vez que las obligaciones internacionales por el Estado Mexicano se encuentren ratificadas, y producto de dichas obligaciones los órganos internacionales pertinentes declaren su competencia para conocer de algún asunto en el cual el Estado Mexicano sea parte.

El preámbulo de la Convención Americana reconoce la estrecha relación existente de entre las distintas categorías de derechos humanos, ya sean los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, acentúa que constituyen un todo indisoluble que encuentran su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente. Agregando que el ideal

---

<sup>618</sup>[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado\\_electronico\\_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf)

<sup>619</sup>[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado\\_electronico\\_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf)

del hombre libre es únicamente realizable si se crean las condiciones que permitan a cada pueblo gozar de los derechos señalados.<sup>620</sup>

Por tanto, al haber ratificado la Convención Americana, los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos por el instrumento internacional, así como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.<sup>621</sup>

Para determinar la Competencia de la Corte, se enunciaron las disposiciones pertinentes dentro de la Convención Americana en su Sección segunda la cual está compuesta por los artículos 61 a 65,<sup>622</sup> donde dispone dentro del artículo 61 que, el

---

<sup>620</sup> HITTERS, Juan Carlos. Y FAPPIANO. Oscar L. “Derecho Internacional de los Derecho Humanos” 2a. ed. Argentina. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Tomo I. Volumen I. 2007 p.75

<sup>621</sup> Ídem.

<sup>622</sup> Artículo 61

1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.
2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

Artículo 62

1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.
3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso



primer requisito para tener derecho a someter un caso ante la Corte es que los Estados o el Estado en cuestión, sean parte de la Convención Americana, ello implica naturalmente que el instrumento se encuentre ratificado. A su vez, los Estados tienen derecho a declarar el reconocimiento de obligatoriedad y pleno derecho la Competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención.

Así mismo la corte tiene competencia para tomar medidas provisionales , para garantizar el respeto a los derechos humanos, por su parte los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, pueden consultar a la Corte acerca de la

---

hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

#### Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

#### Artículo 64

1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

#### Artículo 65

La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

interpretación tanto de la Convención Americana como de otros tratados que sean parte del universo del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, resaltando que de la redacción del artículo, se infiere que no es necesario ser un Estado Parte de la Convención Americana para realizar consultas a la Corte, ya que es suficiente que sea Estado parte de la Organización de Estados Americanos. Finalmente, la Corte también tiene competencia para emitir opiniones acerca de la compatibilidad de las leyes internas con los instrumentos interamericanos concernientes al mismo sistema regional.

### **3.4.3.2. Vinculación**

En primer lugar, los derechos humanos son de exigibles, progresivos y expansivos, dichos caracteres imponen una actitud interpretativa consecuente. Ello nos lleva a la necesidad de considerar cada caso tanto en el sentido y alcance de las normas interpretadas como en su texto literal y en su potencial crecimiento.<sup>623</sup> En armonía jurídica, tratando sobre el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la SCJN, reconoció que éstas tienen el carácter de cosa juzgada<sup>624</sup> y, por tanto, no se pronuncia por el contenido más que para aceptarlo en su totalidad. Señalando que la firmeza vinculante deriva de lo dispuesto por los

---

<sup>623</sup> HITTERS, Juan Carlos. Y FAPPIANO. Oscar L., op.cit., nota 621, p.72

<sup>624</sup> Expediente Varios 912/2010 párr.17

artículos 62.3<sup>625</sup>, 67<sup>626</sup> y 68<sup>627</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>628</sup>

La adhesión de los Estados a la proclamación internacional como derechos inherentes a la persona, abre las perspectivas de integración del derecho internacional permitiendo la aplicación de las disposiciones dentro del derecho constitucional.<sup>629</sup> Al respecto la SCJN afirmó que, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio.<sup>630</sup>

---

<sup>625</sup> Artículo 62

[...]

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

<sup>626</sup> Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

<sup>627</sup> Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

<sup>628</sup> Expediente Varios 912/2010 párr.18

<sup>629</sup> HITTERS, Juan Carlos. Y FAPPIANO. Oscar L., op.cit., nota 621, p.72

<sup>630</sup> Expediente Varios 912/2010 párr.19

Si bien, los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como los resultantes del artículo 29 de la Convención Americana, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e incluso la integración de principistas, finalistas y extensivos, en orden a la mayor protección de los derechos consagrados,<sup>631</sup> la SCJN fue cautelosa al pronunciarse sobre el carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las cuales el Estado Mexicano no es parte del litigio, a las cuales les excluyó el carácter vinculante que se había enunciado dentro de la Sentencia Radilla Pacheco, reconociéndoles únicamente el carácter de criterios orientadores de todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre y cuando sea en la medida consagrada dentro del artículo 1º constitucional en tanto el respeto al principio *pro persona*.<sup>632</sup>

#### 3.4.4. Agotamiento de recursos internos

De acuerdo con la Convención, el requisito indispensable para la admisibilidad es que previamente se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos sobre esta materia. La finalidad encuentra su justificación en la necesidad de decidir sobre la admisibilidad del asunto sometido a su consideración, para ello, la Comisión tiene la obligación de verificar si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.<sup>633</sup> Quedando excluidos de dicha exigencia los de carácter administrativo o político, pese a que la misma corte ha sostenido que los denominados recursos administrativos deben ser agotados cuando sean idóneos para la situación específica.<sup>634</sup>

---

<sup>631</sup> HITTERS, Juan Carlos. Y FAPPIANO. Oscar L., op.cit., nota 621, p.71

<sup>632</sup> Expediente Varios 912/2010 párr.20

<sup>633</sup> FAÚNDEZ Ledezma, Héctor “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos, No. 46, Costa Rica, julio-diciembre 2007, p.45. Consulta en línea.

[https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/10\\_2010/1846/revista\\_46.pdf](https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/10_2010/1846/revista_46.pdf)

<sup>634</sup> GONZÁLEZ Morales, Felipe, op.cit., nota 477, p.95

El propósito de estos recursos es que, mediante ellos, el Estado haga efectivo su deber de proteger y garantizar los derechos consagrados en la Convención, lo cual requiere que las sentencias de los tribunales nacionales sean debidamente acatadas y ejecutadas.<sup>635</sup>

#### **3.4.4.1. Falta de un recurso efectivo**

Para poder abordar el tema es importante aclarar que el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente como un recurso judicial, pues también hay un amplio sector en materia de recursos administrativos. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de aplicación judicial con respecto a los procedimientos administrativos.<sup>636</sup>

La Corte ha señalado que está proscrito a los Estados interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costes o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precepto del artículo 8.1 de la convención.<sup>637</sup> Cuyo texto indica “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

---

<sup>635</sup> FAÚNDEZ Ledezma, Héctor, op.cit., nota 634, p.46. Consulta en línea.

[https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/10\\_2010/1846/revista\\_46.pdf](https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/10_2010/1846/revista_46.pdf)

<sup>636</sup> VON BOGDANDI, Armin. FIX-FIERRO, Héctor. MORALES, Antoniazzi, Mariela. FERRER, MacGregor, Eduardo. Coords., op.cit., nota 488, p.192

<sup>637</sup> Ídem.

En concreto, la falta de un recurso efectivo se refiere tanto a la actitud de los Estados en tanto la ausencia de cumplimiento de su obligación internacional al crear recursos dentro y en la medida de las posibilidades de su derecho interno. También se refiere a la imposición de medidas que obstaculicen el acceso a dichos recursos, u obstáculos que no puedan ser razonablemente justificados. Esto es, que el acceso a la justicia se encuentre entorpecido.

#### 3.4.4.2. Ineficiencia de un recurso ya existente

Dentro de la forma en la cual se han desarrollado los procesos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados buscaron un refugio en la argumentación jurídica, alegando la existencia de recursos positivados dentro de su sistema normativo, lo que llevó a la Corte a desarrollar el significado del calificativo efectivo. Al respecto el Juez Ferrer Mac-Gregor puntualizó con su Voto concurrente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, 30 de enero de 2014 en el párrafo 31 que “La efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención Americana, en la Constitución o en las leyes<sup>638</sup>. Es decir, el Tribunal Interamericano ha establecido que para que tal recurso efectivo exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”.<sup>639</sup>

<sup>638</sup>Párr. 116 de la Sentencia. *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 191; y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros), *Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párr. 228.

<sup>639</sup>*Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 136; y *Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 142.

Como resultado encontramos que los requisitos para determinar la eficiencia o ineficiencia de un recurso radican en su capacidad de dar resultados, ya que la existencia formal de los recursos no puede ser razón suficiente que presuma su efectividad, ésta debe analizarse bajo la óptica de los efectos que estos puedan tener y de que dichos efectos sean idóneos. Señalando como ineficientes a los recursos que únicamente lo son en apariencia, ya que estos son espejismos.

## CAPITULO 4

### ESTUDIO DE CASO ESPECÍFICO

**SUMARIO: 4. Estudio de caso específico. -4.1. Ejercicio de Facultades Discrecionales como herramienta para eludir mecanismos de control y transparencia. -4.1.1. Auditoría Superior de la Federación. -4.1.2. Antecedentes. -4.1.3. Contenido y resultados de las Auditorías. -4.2. Ejercicio de facultades discrecionales como herramienta para tomar decisiones políticas desatendiendo requisitos plasmados en normas vigentes y la forma en que puede ser un acto violatorio de derechos humanos. -4.2.1. Relato de los hechos. -4.2.2. Normatividad aplicable. -4.2.3. Ejercicio de facultades discrecionales. -4.2.4. Designación del Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. -4.2.5. Problemas relacionados al ejercicio de facultades discrecionales en relación con el asunto. -4.2.6. Amparo presentado. -4.2.7. Ejercicio de la facultad de atracción. -4.2.8. Falta de acceso a la justicia. -4.2.9. Competencia del Sistema Interamericano para conocer del asunto. -4.3. Observaciones sobre conflictos con derechos humanos.**

#### 4. ESTUDIO DE CASO ESPECÍFICO

Como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, existe una diversa gama de posibilidades interpretativas al momento de abordar el problema que representan las facultades discrecionales. Desde las doctrinas más estáticas hasta los puntos de vista que buscan adecuarse a la realidad evolutiva del Derecho y naturalmente de la sociedad a la que éste le aplica. También como se ha sostenido, los asuntos relacionados al ejercicio de facultades discrecionales no son susceptibles de revisarse bajo una óptica que privilegie la visión positiva del derecho, dado que es la misma visión la que los ha desprovisto de un marco jurídico formal.

Es innegable la utilidad material de las facultades discrecionales como cualidad inherente de las funciones del Estado, ya que el ejercicio de aquellas tiene como resultado la eficiencia de la labor Estatal, sin embargo, la falta de un marco normativo, o la aplicación de criterios que permitan la revisión de los actos ha presentado conflictos sistémicos. En función de la diversidad correspondiente a los ámbitos que implican el ejercicio de facultades discrecionales, lo que puede generar



un mayor número de controversias, en ello radica la necesidad de evaluar cada acto de forma particular, e incluso al dividirlo en sus diversos elementos, siendo posible encontrar que el ejercicio de una facultad discrecional puede derivar del ejercicio previo de otra facultad discrecional, especialmente cuando se trata de la colaboración entre funciones del Estado e incluso puede encontrarse cuando distintos órganos colaboran para realizar algún determinado mandato.

El desarrollo progresivo del Derecho ha procurado alejarse de las instituciones impositivas, buscando alumbrar un mayor grado de certeza jurídica, por medio de la ampliación de la protección de valores mínimos reconocidos por la comunidad internacional, nombrados derechos humanos, limitando así el ejercicio del poder a campos jurídicos establecidos, encontrando como camino más eficiente hacia la certeza la posibilidad de ser revisados, así como el ejercicio del equilibrio entre las Funciones del Estado. Ya que los actos del Estado deben sujetarse a derecho y dicha sujeción no puede ser presumida o calificada a priori por la ley, la legitimidad del Estado descansa en la sujeción de sus actos a la legalidad, la cual debe ser probada.

Todo acto del Estado debe poder ser revisables, al menos en su grado de juricidad y apego al respeto de los derechos humanos reconocidos y vinculantes al mismo, empero cuando sean alegadas violaciones a dichos principios, dado que la falta de control puede derivar en violaciones no atendidas.

#### **4.1. Ejercicio de Facultades Discrecionales como herramienta para eludir mecanismos de control y transparencia.**

Producto de diversas investigaciones tanto de la Auditoría Superior de la Federación, como de organizaciones periodísticas, se identificaron diversas violaciones a derechos humanos en el ejercicio de facultades discrecionales pertenecientes a las Secretarías dependientes de la Función Administrativa. Para poder visibilizar y desmenuzar los resultados, haciéndolos comparables con el desarrollo de este trabajo se desarrolló de la forma consecuente.

#### **4.1.1. Auditoría Superior de la Federación**

La Auditoría Superior de la Federación es el órgano técnico especializado de la Cámara de Diputados, el cual se encuentra dotado de autonomía técnica y de gestión, encargado de fiscalizar el uso de los recursos públicos de las tres Funciones Estatales, órganos constitucionales autónomos, Estados y municipios y en general cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada que haya tenido relación con recursos públicos federales.<sup>640</sup>

Tiene por resultado la emisión de informes individuales de Auditoría y el Informe General Ejecutivo del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública, las facultades que concentra en tanto acciones directas son; emitir recomendaciones, solicitar aclaraciones y el pliego de observaciones. Aunado a ello puede promover frente a otras instancias; la Promoción del Ejercicio de la Facultad de Comprobación Fiscal, Promoción de Responsabilidad Administrativa Sancionatoria y la Denuncia de Hechos.<sup>641</sup>

#### **4.1.2. Antecedentes**

La Auditoría superior de la Federación ha detectado durante años consecutivos anomalías en cuanto a las adjudicaciones directas realizadas desde la Administración Pública Federal, a través de un esquema construido utilizando universidades públicas, institutos de educación y entidades en los tres niveles de gobierno para la contratación de adquisiciones, obra pública, consultorías y prestación de servicios, Estos esquemas permiten en muchos casos, eludir las licitaciones públicas, y propician que se puedan simular los servicios y las adquisiciones; subcontratar proveedores sin el perfil, ni la capacidad técnica, material y humana para prestar los servicios comprometidos, y que éstos, a su vez, subcontratan a otras empresas y personas físicas; incluso se ha dado el caso de la subcontratación de empresas inexistentes o vinculadas. Al amparo de los artículos

---

<sup>640</sup> [https://www.asf.gob.mx/Section/45\\_Acerca\\_de\\_la\\_ASF](https://www.asf.gob.mx/Section/45_Acerca_de_la_ASF)

<sup>641</sup> Ídem.

1 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), 1 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y 4 de sus respectivos Reglamentos.<sup>642</sup> Es importante mencionar que, la información a continuación estudiada tomo relevancia en el debate nacional cuando el grupo informativo “Animal Político” en conjunto con la asociación civil “Mexicanos Contra la Corrupción” emitió la serie de documentos informativos denominado “la estafa maestra”.<sup>643</sup> Dicho esquema se desenvuelve bajo el cobijo del abuso en las facultades discrecionales manados desde distintas Secretarías adscritas a la Función Ejecutiva, las cuales en el ejercicio de sus facultades, solicitaron el apoyo de distintas universidades autónomas, pudiendo así otorgar concesiones directas para la ejecución actos pertenecientes a programas públicos los cuales arrojaron nulos o escasos resultados.

Las irregularidades encontradas se han repetido no obstante las recomendaciones, denuncias de hechos presentadas y otras acciones promovidas, por lo que han persistido la recurrencia de las anomalías señaladas. Es importante reiterar que, al corte del 12 de marzo de 2019, no se percibe que en alguno de los casos mencionados se halla llegado a una resolución satisfactoria, no existe constancia de que las denuncias penales realizadas por la Auditoría se encuentren activas, dado que no existe información sobre su seguimiento,<sup>644</sup> ni el status jurídico en el que se encuentran. Por su parte el informe de recuperaciones no tiene constancia de que estos esquemas hayan producido recuperaciones.<sup>645</sup> Finalmente en cuanto al informe sobre Fincamiento de Responsabilidades Resarcitorias, para el año 2013 se indica la existencia de 426 procesos activos y únicamente 178 han logrado ejecución, mientras que para el año 2014 el número de procesos activos es de 131 mientras que únicamente 17 han llegado a término, siendo el año 2015 el menos prolífero con 3 procedimientos activos y ninguno llegado a término.<sup>646</sup>

---

<sup>642</sup> Auditoría Forense: 13-0-20100-12-0269 DS-079 p.p. 1-2

<sup>643</sup> <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/#datos>

<sup>644</sup> [https://www.asf.gob.mx/Section/65\\_Denuncias\\_penales](https://www.asf.gob.mx/Section/65_Denuncias_penales)

<sup>645</sup> [https://www.asf.gob.mx/Section/191\\_Recuperaciones\\_FRR](https://www.asf.gob.mx/Section/191_Recuperaciones_FRR)

<sup>646</sup> [https://www.asf.gob.mx/Section/122\\_FincamientoResponsabilidadesResarcitorias](https://www.asf.gob.mx/Section/122_FincamientoResponsabilidadesResarcitorias)

#### **4.1.3. Contenido y resultados de las Auditorías**

Con el objeto de identificar violaciones a derechos humanos se eligió como análisis la “Auditoría Forense: 13-0-20100-12-0269 DS-079” denominada por su objeto como “Secretaría de Desarrollo Social; Contratos y/o Convenios de Colaboración Suscritos con Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, Estatal y Municipal para el Desarrollo del Programa de Atención de Jornaleros Agrícolas y los Contratos de Servicios Administrados de Infraestructura de Misión Crítica, Servicio de Recolección de Información Socioeconómica y Complementaria y Sistema Nacional para la Cruzada Contra el Hambre, al Amparo del Artículo 1, Párrafo Quinto de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público”.

La elección de dicha auditoría encuentra su objeto en los programas por los cuales se realizaron los actos, dado que todos tienen relación directa con la atención a grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad, las carencias a las que se encuentran sujetas dichos grupos manifiesta la necesidad de una atención por parte de la Función Administrativa, dado que su incumplimiento por cuestiones de corrupción puede sostenerse como violaciones de derechos humanos en relación a la negativa de asistencia que presenta por parte de la Función Administrativa. Del dictamen 13-0-20100-12-0269 DS-079 de la Auditoría Superior de la Federación se desprende que la Secretaría de Desarrollo Social suscribió contratos diversos con la Universidad Autónoma del Estado de México y con la Universidad Autónoma del Estado de Morelos como se muestra:

De la auditoría realizada a los actos entre la Universidad Autónoma del Estado de México y SEDESOL se desprende lo siguiente:

“el 15 de abril de 2013, la SEDESOL suscribió con la UAEM un anexo técnico, con dos apéndices para el desarrollo de tres servicios, por un importe de 159,850.8 miles de pesos, con los objetivos siguientes:

- 1) Eliminar el hambre mediante la mejora de la alimentación y nutrición de personas de escasos recursos. Para ello, la SEDESOL buscaría generar un mejor conocimiento de la alimentación, y sentar las bases mínimas a través del desarrollo de las redes de orientación nutricional, las cuales consisten en sensibilizar y persuadir en un principio a 500 mil madres de familia, sobre la importancia de la alimentación de sus hijos. Este servicio se desarrollaría en 21 municipios de 12 entidades federativas, las cuales serían determinadas con base en los datos y resultados del estudio y la investigación que llevaría a cabo la UAEM.
- 2) Fortalecer y construir alianzas entre las organizaciones de la sociedad civil y los diferentes niveles de gobierno. La UAEM, bajo el auspicio de la SEDESOL, llevaría a cabo un evento ferial para la divulgación del trabajo comunitario, realizado a lo largo y ancho del territorio nacional, para favorecer y coadyuvar a difundir los alcances de la Cruzada Nacional contra el Hambre (CNcH).
- 3) Promover la CNcH. La SEDESOL, a través de la UAEM, organizaría un concierto, el cual tendría como objetivo la concientización de los jóvenes respecto al problema del hambre, y se desarrollaría en el Auditorio Nacional.<sup>647</sup>

El 2 de enero de 2013, la SEDESOL suscribió con la UAEM el acuerdo de ejecución número DGAGP/0001/2013, del 2 de enero al 31 de diciembre de 2013, por un importe de 50,000.0 miles de pesos, provenientes de recursos reasignados, con el objeto de operar el Proyecto de Acompañamiento de la Población de Jornaleros Agrícolas, mediante la construcción de una red de protección social para brindar, a través de la instalación de ventanillas, asistencia a personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad que formen parte de la población jornalera agrícola.

---

<sup>647</sup> “Auditoría Forense: 13-0-20100-12-0269 DS-079” p.1

Se realizó una aportación adicional por 10,000.0 miles de pesos, por lo que el monto total de recursos reasignados ascendió a 60,000.0 miles de pesos, sin que se especificaran las metas y objetivos correspondientes.

La instalación y el equipamiento de las ventanillas estuvo a cargo de la empresa Inteligencia y Tecnología Informática, S.A de C.V., la cual manifestó que el costo por ventanilla instalada fue de \$65,089.92 (sesenta y cinco mil ochenta y nueve pesos 92/100 M.N.), y que recibió 38,403.1 miles de pesos como pago por los trabajos. El número de ventanillas se determinó conforme a la microplaneación proporcionada por la SEDESOL. Del análisis de la información se determinó que la UAEM no cumplió con la instalación de las 838 ventanillas convenidas.<sup>648</sup>

De la auditoría realizada a los actos entre la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y SEDESOL se desprende lo siguiente:

“Simultáneamente, la ASF realizó a la UAEMOR, la auditoría número 1426 denominada Contratos y/o Convenios Suscritos con la Administración Pública Federal para el Desarrollo de Diversos Proyectos, Adquisiciones y Otros Servicios. Respecto del convenio de colaboración con la SEDESOL, se observó que en la cláusula tercera de las obligaciones se estableció que la UAEMOR no podría ceder, transmitir o transferir bajo ningún título los derechos y obligaciones adquiridos con la SEDESOL; al respecto, se constató que la universidad no cumplió con lo establecido, ya que llevó a cabo 5 licitaciones públicas y subcontrató a 5 empresas para ejecutar el 100.0% de los servicios pactados, por un total de 662,879.5 miles de pesos, en contravención de los artículos 1, párrafo quinto, de la LAASSP, y 4 de su reglamento, ya que las adjudicaciones representaron el 95.0% del monto total convenido”.<sup>649</sup>

---

<sup>648</sup> “Auditoría Forense: 13-0-20100-12-0269 DS-079” p.11

<sup>649</sup> “Auditoría Forense: 13-0-20100-12-0269 DS-079” p.p. 15-16

De los razonamientos presentados por la Auditoría, se encontró que existía una obligación signada por las instituciones a presentar los servicios para los que se les otorgó el presupuesto señalado, sin que mediara ningún tipo de tercero, las instituciones manifestaron tener la capacidad humana y técnica, así como la infraestructura adecuada para desempeñar dichos servicios. También es importante señalar que no se determinaron estudios que señalaran la racionalidad de los montos con relación a los servicios prestados, así como no se establecieron condiciones, términos ni especificaciones, como lo señala la misma auditoría:

“En el apéndice 2, se observó que carece de los requisitos esenciales en materia de adquisiciones dispuestos por ley, el precio y las características de los servicios objeto del contrato adjudicado, el precio unitario y el importe total por pagar, o bien, la forma en que se determinó el importe total; es decir no se establecieron las condiciones, términos y las especificaciones. Sin embargo, se pactaron dos servicios, con un costo global de 147,715.5 miles de pesos. El primero, para el diseño e implementación de redes nutricionales a nivel nacional, y el segundo, para un evento ferial con la participación de organizaciones de la sociedad civil; como alcance de los servicios, se estableció el conjuntar esfuerzos a través de la colaboración y participación de las organizaciones de la sociedad civil, reunir las para conocer el proyecto y aportar ideas. El evento se realizó los días 19 y 20 de abril de 2013 en la Plaza de la República (Monumento a la Revolución)”.<sup>650</sup>

La adquisición de los artículos, la logística y su entrega estaría a cargo de la UAEM, conforme al estudio y la investigación que desarrollaría para su distribución; sin embargo, no fue proporcionado ningún documento que lo sustentara. Para comprobar la metodología y logística de la entrega de los bienes, el 29 de mayo de 2014, el Director General de Recursos Materiales de la SEDESOL proporcionó, en copia fotostática, 53 manifiestos de embarque aparentemente emitidos por MYM Logística, S.A. de C.V., que amparan el número de bienes que supuestamente recibieron los

---

<sup>650</sup> Ibidem, p.3

coordinadores del programa en los domicilios particulares de las subdelegadas de Desarrollo Comunitario y Participación Social y coordinadoras del Programa de Redes de Orientación Nutricional, en 11 Estados participantes. Asimismo, presentó 897 formatos correspondientes a igual número de reuniones de Redes de Orientación Nutricional y no presentó evidencia de las otras 49,103 que se tenían programadas (50,000 en total).

Para verificar la información entregada, se realizó visita domiciliaria a la empresa MYM Logística, S.A. de C.V., la cual proporcionó la factura número ML2844, del 13 de junio de 2013, por un importe de 18,569.3 miles de pesos, a favor de la empresa Dumago Systems, S.A. de C.V., por concepto de distribución de kits para la campaña CNcH, programa redes de nutrición, así como copia del estado de cuenta bancario donde se observa que el 4 de julio Sin embargo, se negó a proporcionar el original de la copia consecutiva de los 53 manifiestos de embarque, que también le fueron solicitados; como consecuencia, se inició el procedimiento para la imposición de una multa al representante legal de la empresa (oficios DGAF/0673/2014 del 9 de julio de 2014 y DGAF/01016/2014 del 22 de agosto de 2014), toda vez que durante las visitas domiciliarias realizadas a las delegaciones federales de la SEDESOL, las personas responsables de la operación del programa proporcionaron a la ASF los originales de los manifiestos de embarque que muestran las cantidades reales de los bienes recibidos, con los que se comprobó que de 500,000 despensas y 2,294,058 artículos diversos que deberían entregarse, sólo fueron recibidos 39,492 despensas y 1,294,130 artículos. Se encontró que los manifiestos de embarque proporcionados por la SEDESOL presentan diferencias en la cantidad y concepto, quedando constancia de ello en once actas administrativas circunstanciadas de auditoría.<sup>651</sup>

Mientras que, con referencia a los actos realizados por la UAEMOR, pese a la prohibición de subcontratar los servicios se realizaron licitaciones

---

<sup>651</sup> Ibidem, p.p.4-5



de las cuales además se determinó la existencia de simulaciones, como se desprende del cuadro siguiente:<sup>652</sup>

LICITACIONES PÚBLICAS CONVOCADAS POR LA UAEMOR						
(Miles de pesos)	Apéndice	Licitación	Servicio Licitado	Participantes	Proveedor adjudicado	Importe
Anexo 1	Apéndice 1	LP12/2013	Adquisición y Distribución de Materiales de Apoyo para los Promotores de la Ruta sin Hambre	Cuatro participantes: Bombasa, S.A. de C.V., Comercializadora Gear, S.A. de C.V, Grupo Comercializador Cónclave, S.A. de C.V., y Comercializadora y Distribuidora Kardiel, S.A. de C.V.	Grupo Comercializador Cónclave, S.A. de C.V.	207,779.7
LP20/2013		Equipo y Material de Apoyo para la Operación de Promotores	Dos participantes: Comercializadora Claudio, S.A. de C.V., y Prodasa, S.A. de C.V.	Prodasa, S.A. de C.V.		188,662.9
Apéndice 2	LP17/2013	Servicio de Asesoría Especializada	Tres participantes: Dumago Systems Solution, S.A. de C.V., Meve Soluciones, S.A. de C.V., y RAR Computación, S.A. de C.V.	Dumago Systems Solution, S.A. de C.V.		33,633.0
Anexo 2	Apéndice 1	LP21/2013	Estrategia de Integración de Información de los requerimientos y líneas rectoras de la Cruzada Nacional Contra el Hambre	Tres participantes: Evyena Servicios, S.A. de C.V., Comercializadora Claudio, S.A. de C.V., y Advanced Computer Knowledge, S.A. de C.V.	Evyena Servicios, S.A. de C.V.	203,592.8
Apéndice 2	LP14/2013	Estructura Administrativa y Sistema Informático para el Control de las Brigadas de la Cruzada contra el Hambre	Tres Participantes: Dumago Systems Solution, S.A. de C.V., RAR Computación, S.A. de C.V., y Meve Soluciones, S.A. de C.V.	Meve Soluciones, S.A. de C.V.		29,211.1
<b>Total</b>						<b>662,879.5</b>

Del mismo modo se encontró que los servicios pactados no fueron desempeñados en la forma pactada, dado que los objetivos únicamente se otorgaron parcialidades mínimas, por ejemplo:

<sup>652</sup> Ibidem, p. 16

“Sin embargo, se negó a proporcionar el original de la copia consecutiva de los 53 manifiestos de embarque, que también le fueron solicitados; como consecuencia, se inició el procedimiento para la imposición de una multa al representante legal de la empresa (oficios DGAF/0673/2014 del 9 de julio de 2014 y DGAF/01016/2014 del 22 de agosto de 2014), toda vez que durante las visitas domiciliarias realizadas a las delegaciones federales de la SEDESOL, las personas responsables de la operación del programa proporcionaron a la ASF los originales de los manifiestos de embarque que muestran las cantidades reales de los bienes recibidos, con los que se comprobó que de 500,000 despensas y 2,294,058 artículos diversos que deberían entregarse, sólo fueron recibidos 39,492 despensas y 1,294,130 artículos. Se encontró que los manifiestos de embarque proporcionados por la SEDESOL presentan diferencias en la cantidad y concepto, quedando constancia de ello en once actas”<sup>653</sup>

De la visita practicada el 18 de noviembre de 2014 a la delegación federal de la SEDESOL en el estado de Chiapas, el Subdelegado de Desarrollo Comunitario y Participación Social y la Jefa de Departamento de Seguimiento y Control manifestaron que en relación a los 4,763,668 bienes que les correspondían y que se relacionaron en anexo, no se cuenta con información alguna de controles, ni acuses de recepción o distribución de los artículos, y que no obran reportes de eventos que refieran entrega alguna.

El 18 de noviembre de 2014, se llevó a cabo visita domiciliaria a la delegación federal de la SEDESOL en el estado de Guerrero, en la cual el encargado de la Subdelegación de Administración manifestó que, en relación con las operaciones que involucran los bienes descritos, no se cuenta con evidencia documental, física o de cualquier índole que acredite fehacientemente que estas operaciones se efectuaron.

De la visita practicada el 18 de noviembre de 2014 a la delegación federal de la SEDESOL en el estado de Veracruz, la Subdelegada de

---

<sup>653</sup> Ibidem, p. 5

Desarrollo Comunitario y Participación Social manifestó que en esa delegación no se recibió ningún material para los promotores en relación con el SNCcH, por parte de UAEMOR ni de alguna otra empresa pública o privada.

De la visita practicada el 24 de noviembre de 2014 a la delegación federal de la SEDESOL en el Distrito Federal, la Subdelegada de Desarrollo Comunitario y Participación Social manifestó que no recibió ni tiene conocimiento de los bienes descritos por la ASF.<sup>654</sup>

Dentro del dictamen la Auditoría superior de la Federación también manifestó que las acciones desarrolladas y los bienes adquiridos, no corresponden a los objetivos señalados por el decreto que crea el Sistema Nacional para la Cruzada contra el Hambre los cuales se señalan dentro del dictamen de la siguiente manera:

“cero hambre a partir de una alimentación y nutrición adecuada de las personas en pobreza multidimensional extrema y carencia de acceso a la alimentación; eliminar la desnutrición infantil aguda y mejorar los indicadores de peso y talla de la niñez; aumentar la producción de alimentos y el ingreso de los campesinos y pequeños productores agrícolas; y promover la participación comunitaria para la erradicación del hambre.”<sup>655</sup>

La auditoría también señaló que los servidores públicos realizaron actos y omisiones producto de los cuales hubo una ausencia de supervisión, verificación ni validación de los trabajos convenidos, de tal suerte que los proveedores contratados en varios casos también subcontrataron los servicios a otras empresas<sup>656</sup> e incluso reportaron sus avances y resultados de forma directa con SEDESOL<sup>657</sup>

---

<sup>654</sup> Ibidem, p. 23

<sup>655</sup> Ibidem, 19

<sup>656</sup> Ibidem, p.9

<sup>657</sup> Ibidem, p.14

En cuanto a los actos relacionados al programa “Proyecto de Acompañamiento de la Población de Jornaleros Agrícolas, también opero el modelo de subcontratación, del cual tampoco se entregaron los resultados pactaos señalándose de la siguiente forma:

El 2 de enero de 2013, la SEDESOL suscribió con la UAEM el acuerdo de ejecución número DGAGP/0001/2013, del 2 de enero al 31 de diciembre de 2013, por un importe de 50,000.0 miles de pesos, provenientes de recursos reasignados, con el objeto de operar el Proyecto de Acompañamiento de la Población de Jornaleros Agrícolas, mediante la construcción de una red de protección social para brindar, a través de la instalación de ventanillas, asistencia a personas o grupos en condiciones de vulnerabilidad que formen parte de la población jornalera agrícola.

Se realizó una aportación adicional por 10,000.0 miles de pesos, por lo que el monto total de recursos reasignados ascendió a 60,000.0 miles de pesos, sin que se especificaran las metas y objetivos correspondientes.

La instalación y el equipamiento de las ventanillas estuvo a cargo de la empresa Inteligencia y Tecnología Informática, S.A de C.V., la cual manifestó que el costo por ventanilla instalada fue de \$65,089.92 (sesenta y cinco mil ochenta y nueve pesos 92/100 M.N.), y que recibió 38,403.1 miles de pesos como pago por los trabajos. El número de ventanillas se determinó conforme a la microplaneación proporcionada por la SEDESOL. Del análisis de la información se determinó que la UAEM no cumplió con la instalación de las 838 ventanillas convenidas.<sup>658</sup>

Finalmente, producto del dictamen “Se determinó(aron) 8 observación(es) la(s) cual(es) generó(aron): 2 Recomendación(es), 3 Promoción(es) de Responsabilidad Administrativa Sancionatoria, 5 Pliego(s) de Observaciones y 1 Multa(s).” siendo importante aclarar que la multa señalada se le impuso a una de las empresas subcontratadas por negarse a cooperar con la Auditoría Superior de la

---

<sup>658</sup>Ibidem, p.11

Federación “Para verificar la información entregada, se realizó visita domiciliaria a la empresa MYM Logística, S.A. de C.V., la cual proporcionó la factura número ML2844, del 13 de junio de 2013, por un importe de 18,569.3 miles de pesos, a favor de la empresa Dumago Systems, S.A. de C.V., por concepto de distribución de kits para la campaña CNcH, programa redes de nutrición, así como copia del estado de cuenta bancario donde se observa que el 4 de julio pesos (en total 18,569.3 miles de pesos). Sin embargo, se negó a proporcionar el original de la copia consecutiva de los 53 manifiestos de embarque, que también le fueron solicitados; como consecuencia, se inició el procedimiento para la imposición de una multa al representante legal de la empresa (oficios DGAF/0673/2014 del 9 de julio de 2014 y DGAF/01016/2014 del 22 de agosto de 2014)”<sup>659</sup>

#### **4.2. Ejercicio de facultades discrecionales como herramienta para tomar decisiones políticas desatendiendo requisitos plasmados en normas vigentes y la forma en que puede ser un acto violatorio de derechos humanos.**

Para poder desmenuzar la complejidad del estudio de las facultades discrecionales y su relación con los derechos humanos, se eligió el análisis de la petición filiada P2321-12 radicada en la Secretaría General de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentada el 26 de diciembre de 2012, por medio de la cual, se pretende demostrar que existe una ausencia en cuanto a las garantías judiciales cuando se invoca la protección de derechos humanos frente al ejercicio de facultades discrecionales, de la cual se desprende lo siguiente:

##### **4.2.1. Relato de los hechos**

El 6 de abril de 2011 la LXI legislatura del Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca aprueba diversas reformas a la Constitución Política local, perteneciente a los Estados Unidos Mexicanos, estas modificaciones se dieron a conocer mediante el decreto número 397 que se publicó en el Periódico Oficial del

---

<sup>659</sup>Ibidem, p.5

Estado con fecha 15 el mismo mes y año. Dentro de los artículos reformados está el 114<sup>660</sup> que se refiere al órgano de defensa de derechos humanos en concordancia con el artículo 102 apartado B de la Constitución del Estado Federal. Este

---

<sup>660</sup> En dicha reforma el artículo 114 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca establece:

**Artículo 114.-** Conforme a esta Constitución y sus leyes respectivas, los órganos autónomos del Estado son entes públicos, con personalidad jurídica y patrimonio propio. **Gozan de autonomía técnica**, para su administración presupuestaria **y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones**, así como para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones. Tienen el derecho a iniciar leyes en las materias de su competencia, presentar el proyecto de presupuesto que requieran para su inclusión en el Presupuesto de Egresos del Estado, así como promover controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad en el ámbito de su competencia. Están facultados para imponer las sanciones administrativas que la Ley establezca y, en su caso, ordenar procedimientos ante la autoridad competente. Cada órgano rendirá un informe anual de labores al Congreso del Estado.

...

DE LA DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO DE OAXACA:

La protección y promoción de los derechos humanos en el Estado Libre y Soberano de Oaxaca estará a cargo de un órgano autónomo del Estado denominado Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. Su objeto es la defensa, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos y la no discriminación, consagrados en esta Constitución, así como en el resto del orden jurídico mexicano e instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano y fomentar el respeto a la identidad y derechos de las comunidades y pueblos indígenas del Estado. La Defensoría estará presidida por un titular cuya denominación será Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca.

La Defensoría tendrá las siguientes atribuciones:

El titular de la Defensoría será designado por el voto de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso del Estado, durará siete años en el cargo, sin posibilidad de reelección, y será sustituido en los términos que determinen las leyes aplicables, las cuales fijarán los requisitos y procedimientos para la postulación de aspirantes, a través de convocatoria pública y consulta abierta, atendiendo a la idoneidad, experiencia y honorabilidad, así como a los principios de pluralidad, equidad de género, apartidismo y no discriminación. No será elegible quien, en los dos últimos años anteriores al día de su designación, haya sido legislador local o federal, se haya desempeñado como servidor público de mando superior de la Federación, del Estado o de los Ayuntamientos, o hubiese ocupado cargo directivo en partido político.

...

organismo es denominado Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca.

Con fecha 10 de junio de 2011 se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en especial el artículo 102-B661 con lo que se

---

<sup>661</sup> Artículo 102-B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

**Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.**

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco

redimensionan la estructura, funciones y características del órgano nacional y los estatales encargados de la defensa no jurisdiccional en materia de derechos humanos.

El 13 de enero de 2012 la legislatura del Estado de Oaxaca aprueba la Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, en cuyo artículo 23<sup>662</sup> se establecen los requisitos para la elección del titular de dicho organismo.

El 8 de abril de 2012 la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Oaxaca publicó la Convocatoria para el nombramiento del titular de la Defensoría de Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. El proceso de elección se vio plagado de múltiples irregularidades.

---

años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

**La elección del titular** de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, **se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.**

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.

<sup>662</sup> **Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. Artículo 23.-** La Defensora o el Defensor deberán reunir los siguientes requisitos:

...

**III. No haber desempeñado cargo dentro de la administración pública federal, estatal o municipal, durante los dos últimos días anteriores a la designación;**



El 9 de mayo de 2012 dentro del Pleno del Congreso del Estado de Oaxaca, en sesión extraordinaria se presentó la terna propuesta, de la cual eligió como titular de la Defensoría de Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca al C. Arturo Peimbert Calvo.

Es de señalarse que, en la sesión del Congreso, dentro del contenido de la participación de la Diputada Aleida Tonelli Serrano Rosado, se denunció la colusión entre el Titular del Poder Ejecutivo y la mayoría de los integrantes del Congreso para imponer al C. Arturo Perimbert Calvo como titular de la Defensoría de Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, señalándose que aquel no cumplía plenamente con los requisitos establecidos para el cargo.

La sesión concluyó efectivamente, con la designación de C. Arturo Peimbert Calvo como titular de la Defensoría de Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca.

Esta elección se hizo en contravención de lo establecido por la propia Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca<sup>663</sup>, al nombrar a una persona que hasta febrero de 2012 se había desempeñado como asesor del Gobernador del Estado.

Situación última que representa una violación al derecho y la garantía que el artículo 1º en relación con el 102 apartado B constitucional que otorga en lo individual como personas, en lo individual como defensores y defensoras de derechos humanos y en lo colectivo como asociaciones protectoras de derechos humanos, de contar con un organismo estatal autónomo encargado de la defensa de los Derechos Humanos (en el caso de Oaxaca, nos referimos a la Defensoría de

---

**663 Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. Artículo 23.-** La Defensora o el Defensor deberán reunir los siguientes requisitos:

...

III. **No haber desempeñado cargo dentro de la administración pública** federal, estatal o municipal, **durante los dos últimos años anteriores al día de la designación.**

...

IX. No haber ocupado puesto de elección popular ni de partido político al menos dos años anteriores al proceso de elección.

Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca); ello en virtud de la aplicación de una norma restrictiva del derecho y de la garantía en relación con una norma garantista faltando además al principio de interpretación y aplicación *pro persona* establecida también en el artículo 1º de la Constitución Federal.

Asimismo, estos hechos implican en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos violaciones a los artículos 1, 8, 21 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Contra la designación del Titular de la Defensoría de Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca varios ciudadanos oaxaqueños interpusieron un juicio de amparo en donde hicieron valer su derecho a contar con un *órgano autónomo* defensor de derechos humanos en vía no jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. La demanda de amparo fue presentada el 29 de mayo de 2012, se radicó en el Juzgado Segundo de Distrito del Décimo Tercer Circuito con residencia en el estado de Oaxaca.

Con fecha 31 de mayo de 2012 el Juez Segundo de Distrito desechó la demanda de amparo con fundamento el artículo 73 fracción III de la Ley de Amparo<sup>664</sup> (Ley aplicable a nivel nacional) que establece que este medio de control constitucional es improcedente contra decisiones *soberanas y discrecionales* de poder legislativo.<sup>665</sup>

---

<sup>664</sup> **Ley de Amparo. Artículo 73.-** El juicio de amparo es improcedente:

...

**VIII.-** Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran **la facultad de resolver soberana o discrecionalmente;** ...

<sup>665</sup> **Ley de Amparo. Artículo 73.-** El juicio de amparo es improcedente:

...

**VIII.-** Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones

Con fecha 11 de julio de 2012 fue interpuesto un recurso de revisión para que el superior jerárquico del Juez de Distrito revisara la sentencia toda vez que ésta no había tomado en cuenta criterios ya establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) con relación a las *decisiones soberanas y discrecionales* de los poderes legislativos locales. Este recurso quedó radicado bajo el número de expediente 244/2012 en el Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Tercer Circuito (Oaxaca).

En agosto de 2012 se pidió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejerciera la facultad de atracción para resolver el asunto en definitiva<sup>666</sup>, para lo cual la Segunda Sala de ese máximo tribunal decidió no ejercer dicha facultad.

El 28 de septiembre y ante la decisión de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el Tribunal Colegiado procedió a emitir la sentencia respectiva la cuál fue en el sentido de confirmar la sentencia dictada por el Juez de Distrito.

Ante la gran inconformidad social por la elección del cargo de Defensor de Derechos Humanos, con un claro conflicto de intereses por haber trabajado para el Titular del Poder Ejecutivo hasta unos meses antes de su elección, el Congreso del Estado de Oaxaca se vio obligado a reformar la Ley de la Defensoría de los

---

Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran **la facultad de resolver soberana o discrecionalmente**; ...

*Los detalles de estos recursos en jurisdicción interna se explicarán a detalle en el apartado correspondiente a los Recursos judiciales destinados a resolver los hechos denunciados.*

<sup>666</sup> En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la facultad de resolver como segunda instancia, a través de su facultad de atracción, casos que en forma ordinaria debería resolver un tribunal inferior como en este caso sería algún Tribunal Colegiado de Circuito del Décimo Tercer Circuito (Oaxaca).

Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca; así el 6 de junio de 2012 mediante decreto número 1284 se modificó el artículo 23 de este ordenamiento.<sup>667</sup>

En un caso concreto, el 28 de junio de 2012 se interpuso una queja contra el Gobernador del Estado Libre y Soberano de Oaxaca y otras autoridades por violación a derechos humanos en materia de orientación sexual, específicamente por buscar la revocación de una sentencia que ordenaba al Estado de Oaxaca celebrar el matrimonio a una pareja de personas del mismo sexo.

El 29 de junio de 2012 la Defensoría de Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca admitió la queja formando el expediente DDHPO/870(01)/OAX/2012, pero no la tuvo por interpuesta contra en el Gobernador del Estado, sino contra su consejero jurídico.

El 17 de julio de 2012 se solicitó a la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca se excusara de conocer y resolver la queja interpuesta debido al conflicto de intereses existente dado que la queja iba interpuesta contra el Gobernador del Estado de Oaxaca quien reciente a la designación del cargo, fue jefe inmediato superior del quien ocupa el cargo de Defensor Titular de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. Debido a que dada esta resiente relación laboral se subordinación no garantiza una imparcialidad en el desarrollo y resolución de la queja.

Con fecha 18 de julio de 2012 la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca se negó a excusarse de conocer y resolver la queja contra el Gobernador del Estado de Oaxaca.

---

<sup>667</sup> El actual artículo 23 de la Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca señala: La Defensora o el Defensor deberán reunir los siguientes requisitos:

Ser ciudadana o ciudadano mexicano y estar en pleno de uso [sic] de sus derechos civiles y políticos.

...

No haber sido servidor público **de mando superior** en la administración pública federal, estatal o municipal, durante los dos últimos años anteriores al día de la designación.

Ante la negativa de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca se envió una petición al Consejo Ciudadano de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca para que solicitara al Titular de ese órgano se excusara de conocer y resolver de la queja para garantizar la imparcialidad en el proceso.

Con fecha 11 de septiembre de 2012 el Consejo Ciudadano de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca ratifica la decisión de no solicitar al Titular de esa Defensoría se excuse de conocer y resolver de la queja.

#### **4.2.2. Normatividad aplicable**

En primer término, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sostiene:

#### **Artículo 102-B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:**

**B.** El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, **establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público,** con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades

o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

**Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.**

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán substituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo período.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

**La elección del titular** de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades

federativas, **se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.**

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las Cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.

De la **Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca.**

**I. Ser ciudadana o ciudadano mexicano y estar en pleno de uso [sic] de sus derechos civiles y políticos.**

**II. ...**

**III. No haber sido servidor público de mando superior en la administración pública federal, estatal o municipal, durante los dos últimos años anteriores al día de la designación...**

De la redacción anterior, podemos obtener que existe una responsabilidad por parte de las Funciones del Estado de respetar la autonomía de los organismos de derechos humanos, lo cual debe encontrarse protegido por sus disposiciones legales internas. Relacionándolo con los requisitos del artículo 23 numeral III, existe una laguna en tanto a la forma en que la función legislativa puede allegarse de la información necesaria para declarar si se cumple o no con los requisitos

señalados, dado que debe existir una manifestación de las distintas funciones del Estado tanto Federales como locales que tenga como resultado la cumplimentación del artículo de la Constitución Política Federal 102-B, en tanto la obligación de garantizar la autonomía se trata.

Para garantizar el cumplimiento del 102-B frente de la Constitución Política Federal frente al artículo 23 numeral III, tanto las Funciones Ejecutivas Local y Federal tendrían que entender como facultad discrecional la presentación de la información necesaria sobre el estatus laboral de los últimos dos años del candidato al cargo de Defensor de los Derechos del Pueblo de Oaxaca, o en su defecto, la legislatura local a través de la comunicación entre funciones, tendría que solicitar dicha información sobre los candidatos al cargo. Sin embargo, al no existir disposiciones legales que diluyan la ambigüedad normativa, no existe un mecanismo legal accionable.

Por otro lado, el Artículo 114 dentro de su apartado A De la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, dentro del segundo párrafo de su numeral V sentencia que el Titular de la Defensoría sólo podrá ser removido de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución y las leyes en la materia. Cuestión contenida dentro del Título Séptimo “De las responsabilidades de los servidores públicos” de la Constitución del Política Estado de Oaxaca, disposiciones dentro de las cuales no se contempla la ausencia de requisitos para detentar un cargo. Mientras que el numeral VI establece que “las leyes aplicables, las cuales fijarán los requisitos y procedimientos para la postulación de aspirantes, a través de convocatoria pública y consulta abierta, atendiendo a la idoneidad, experiencia y honorabilidad, así como a los principios de pluralidad, equidad de género, apartidismo y no discriminación. No será elegible quien, en los dos últimos años anteriores al día de su designación, haya sido legislador local o federal, se haya desempeñado como servidor público de mando superior de la Federación, del Estado o de los Ayuntamientos, o hubiese ocupado cargo directivo en partido político.”



Por lo anterior, en apariencia se tiene un sistema adecuado para la designación del Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, sin embargo para el caso específico, en el que ni la Función Ejecutiva Local emitió un pronunciamiento sobre la situación laboral previa de los candidatos, ni la Función Legislativa local atendió dicho requisito, se torna necesario remitirse a la normatividad dispuesta por la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**Ley de Amparo. Artículo 73.-** El juicio de amparo es improcedente:

...

**VIII.-** Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran **la facultad de resolver soberana o discrecionalmente**; ...

<sup>1</sup> **Ley de Amparo. Artículo 73.-** El juicio de amparo es improcedente:

...

**VIII.-** Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran **la facultad de resolver soberana o discrecionalmente**; ...

Como se desarrolló en el cuerpo de este trabajo, existe una amplia doctrina que se ha pronunciado para diferenciar la discrecionalidad en las facultades de las Funciones, señalando. Reconociendo que la doctrina nacional, así como la jurisprudencia han evitado profundizar en el tema, se diagnosticó que todas las facultades tienen matices en cuanto a la discrecionalidad y que a su vez ésta se encuentra siempre acotada por el principio de legalidad. Por ello, todas las facultades que sean ejercidas pueden ser revisadas judicialmente al menos en un control mínimo que observe su apego a las normas jurídicas y derechos fundamentales. Ya que, si confrontamos el principio de legalidad contenido en la

Constitución con la redacción del artículo 73 de la ley de amparo, tendríamos que preferir en un primer punto la supremacía constitucional y acompañarla a su vez del principio *pro persona*, esto es, la interpretación que más favorezca al individuo.

Finalmente, dada la imposibilidad para llegar a un recurso efectivo dentro del sistema jurídico nacional, deben entenderse como aplicables los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

#### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

#### Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

### Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

### Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

3. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Si bien, el Estado Mexicano ratificó los Tratados Internacionales que contienen diversos derechos humanos, reconociéndolos además en acto posterior dentro de la redacción del artículo primero constitucional, dicho reconocimiento no ha permeado al sistema en su conjunto. Desde los Órganos del Estado existe una resistencia a asimilar el conjunto de derechos humanos al que se ha comprometido y únicamente desenvuelve dentro de su derecho, los que ha llamado por tradición “Garantías Constitucionales”, dejando de lado el reconocimiento de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como ha presentado resistencia a la asimilación de los derechos políticos y la generación de recursos Efectivos. Pese a dicha resistencia, el desarrollo progresivo del derecho puede ser motivado desde las propias instituciones internas, o exigido desde las instituciones externas con las cuales el Estado se encuentra comprometido.

#### **4.2.3. Ejercicio de facultades discrecionales**

Existe la manifiesta dificultad para identificar el ejercicio de facultades discrecionales dentro del asunto señalado, en razón del desarrollo de los hechos y el resultado final, dado que en un análisis somero podría observarse como una facultad soberana y discrecional ejercida por parte de la Función Legislativa del Estado de Oaxaca, sin embargo la doctrina nos ha develado que dicha facultad se califica materialmente como Administrativa, por estar enunciada y enmarcada tanto por la Constitución como por leyes secundarias, las cuales particularizan sobre los

requisitos que deben cumplimentarse, así como las obligaciones a respetar por parte del Estado, las cuales fueron citadas dentro del título anterior.

Es posible observar del desarrollo de los hechos, así como de la normatividad aplicable, que al menos en apariencia (dado que la designación se sirvió de los puntos donde encontró la ambigüedad de la norma) existen dos momentos en los cuales se podrían encontrarse facultades discrecionales ejercitadas, ambos desarrollados por dos funciones distintas las cuales actúan en colaboración, ya que pudiere existir una facultad discrecional de la función ejecutiva al enunciar la posición jurídica de los candidatos frente al legislativo. Ya que al momento de la elección el ejecutivo también se encuentra vinculado a observar que se cumplimenten los requisitos necesarios para ser Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, así como se encuentra vinculado por la obligación de garantizar la autonomía del organismo. Por ello, al presentar dentro de la terna a una o varias personas que no cumplen con los requisitos legales necesarios, omite actuar, realizando un ejercicio ilegítimo de la discrecionalidad. Aunque el punto sea en esencia débil y requiera de una óptica amplia en la argumentación y su relación con la norma, no podemos pasar por alto, al menos como indicio, la denuncia que se hizo durante la sesión del Congreso Local descrita en el desarrollo de los hechos, dado que se denuncia tanto la ausencia de requisitos como la posible solicitud del Gobernador en un alegado interés por que el nombramiento fuese otorgado a su reciente ex-subalterno.

El segundo momento se perfecciona dentro de la sesión del Congreso Local, siendo la elección de funcionarios un acto de la Función Legislativa que es materialmente una función administrativa, acentuando que dicha Función tenía la obligación mínima de votar por aquel candidato que cumpliera los requisitos legales exigidos. Sin embargo, el producto de la votación terminó por elegir al candidato que manifiestamente no cumplía los requisitos legales necesarios. Señal indefectible de la ausencia de un mecanismo de equilibrio de poder, el resultado de la elección hace imposible sostener la eficiencia del control sobre el acto de la designación realizada contra derecho.

#### **4.2.4. Designación del Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca**

Como es posible observar, la designación del Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca ocurrió el 9 de Mayo de 2012, siendo del conocimiento de la Función Legislativa la falta de cumplimiento de los requisitos legales para dicho cargo, específicamente de uno de los requisitos diseñados para garantizar la autonomía incluido tanto en el artículo 122-B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el artículo 114 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, permitiendo que quedase comprometida la legitimidad de la institución del Defensor. Dado que Arturo Peimbert Calvo se había desempeñado hasta el mes de febrero del mismo año como Coordinador General de Mediación para el Desarrollo del Gobierno del Estado, siendo subordinado directo del Gobernador del Estado, lo que representa una violación directa a la fracción tercera del artículo 23 de la Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca.

La designación del Ombudsman es el resultado de la inatención de la normatividad que enmarca la naturaleza del propio acto, la cual se presentó desde el momento mismo de la postulación de la terna, sin que mediase control de legalidad alguno, condición para la cual tampoco existe recurso particularizado por la normatividad el cual sea exigible. La función Legislativa tampoco manifestó de manera eficiente poseer un recurso por medio del cual pueda revisar dichos actos para garantizar la legalidad de la designación.

Si bien la Suprema Corte ha sostenido el criterio desde el cual, dentro de la división de poderes existe una característica flexible que permite tanto la colaboración como la coordinación entre las Funciones del Estado, también es cierto que únicamente la limita a términos preestablecidos por la ley, dificultando que exista un desarrollo de colaboración, especialmente cuando éste se encuentra omitido del cuerpo normativo. Al caso que nos atiende, tanto la colaboración como la coordinación no dieron como resultado el control de la facultad discrecional

ejercida.<sup>668</sup> En todo caso, debería satisfacerse el vacío que existe en tanto establecer términos que permitan ejercer el equilibrio de poderes, que tengan como resultado la protección más amplia de las garantías fundamentales, al menos cuando éstas se alegan violadas.

#### **4.2.5. Problemas relacionados al ejercicio de facultades discrecionales en relación con el asunto.**

La confirmación parlamentaria a la que se encuentra sujeta la designación del Ombudsman debió llevar implícita la facultad de corroborar los requisitos de elegibilidad como un procedimiento obligatorio e inexcusable que debió traer como consecuencia un examen colegiado que complementase jurídicamente el nombramiento a fin de dar por satisfecho el análisis del perfil de la persona sujeta a ratificación y al mismo tiempo, es una Nombramientos de control político o jurisdiccional, dicho mecanismo no fue ejercitado, en razón de que el mecanismo de control no fue entendido como de ejercicio obligatorio, siendo por resultado ineficiente.

Por ello es posible sostener que no existe un recurso que pueda ser activado ni por los individuos, ni en la Función Legislativa, tampoco dentro de la Función Ejecutiva, la ausencia de competencia de las dos funciones anteriores, así con las posibilidades discrecionales de ambas ubicaron el primer obstáculo de acceso a la justicia, por lo que se buscó en la argumentación estratégica activar a la Función Judicial, dentro de la cual fueron agotados los recursos disponibles sin poder obtener un pronunciamiento sobre la juricidad del acto o el estatus de los derechos humanos en conflicto. Finalmente fue solicitada la competencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, argumentándose sobre el

---

<sup>668</sup> Controversia constitucional 41/2006. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

“el hecho de que la división de poderes opere de manera flexible sólo significa que entre ellos existe una colaboración y coordinación en los términos establecidos, pero no los faculta para arrogarse facultades que corresponden a otro poder, sino solamente aquellos que la propia Constitución les asigna”



ejercicio de facultades discrecionales, dentro de la petición citada de la siguiente manera:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), en diversas jurisprudencias se ha pronunciado por sostener que las decisiones soberanas y discrecionales deben responder como requisito mínimo al hecho de ser absolutamente libres e independientes de cualquier consideración jurídica planteada,<sup>669</sup> esto implica el poder, atribución o derecho que otorga a la autoridad una norma de derecho positivo vigente, para decidir acerca de algo sin sujetarse a determinadas reglas; en este entendido, si la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Legislativo no confieren al Congreso Local o Federal la facultad de resolver sin sujeción a determinadas reglas sobre la elección ratificación o, en dado caso, cese en sus funciones, entonces no puede sostenerse que dichas funciones sean soberanas y discrecionales.

Las decisiones que deban ser fundadas, motivadas o sujetas al control racional del derecho no son absolutamente libres e independientes, por lo que si nos referimos al caso específico de la elección de ombudsman para la entidad federativa de Oaxaca, los artículos 102-B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 114-A de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca y la propia Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, establecen los parámetros por los cuales los legisladores deben conducirse al momento de su elección:

“El titular de la Defensoría será designado por el voto de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso del Estado, durará siete años en el cargo, sin posibilidad de reelección, y

---

<sup>669</sup> Jurisprudencia 2a./J.136/2009, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 118/2009, visible en la página seiscientos dieciséis, tomo XXX, septiembre de 2009, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

será sustituido en los términos que determinen las leyes aplicables, las cuales fijarán los requisitos y procedimientos para la postulación de aspirantes, a través de convocatoria pública y consulta abierta, atendiendo a la idoneidad, experiencia y honorabilidad, así como a los principios de pluralidad, equidad de género, apartidismo y no discriminación. No será elegible quien, en los dos últimos años anteriores al día de su designación, haya sido legislador local o federal, se haya desempeñado como servidor público de mando superior de la Federación, del Estado o de los Ayuntamientos, o hubiese ocupado cargo directivo en partido político”.<sup>670</sup>

En el mismo orden de ideas la Constitución local señala dentro del penúltimo párrafo lo siguiente:

“Durante el ejercicio de su encargo no podrá ocupar cargo en partidos políticos ni desempeñar otro empleo, cargo o comisión en el servicio público, excepto la docencia o la investigación académica, siempre que no medie remuneración alguna. Sólo podrá ser removido de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución y las leyes en la materia.”<sup>671</sup>

De la redacción constitucional citada, podemos diferenciar las disposiciones constitucionales que tienen por objeto determinar un marco racional de análisis jurídico obligando al congreso local a regirse por un margen de derecho, el cual debe ser respetado, lo que per se, según lo sostenido por la propia SCJN, no puede entenderse como una facultad soberana y discrecional.

---

<sup>670</sup> Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca Art. 114 Apartado A.

<sup>671</sup> *Ibidem*.

En este sentido, los nombramientos que son dictaminados por los diversos congresos locales y los nombramientos dictaminados por los diversos titulares del ejecutivo de las distintas entidades federativas deben diferenciarse desde la propia naturaleza jurídica que enfrasca al nombramiento ya que, de estos actos, no pueden entenderse como actos materialmente legislativos.

Dichos nombramientos pueden ser una función concurrente, ello implica que es una competencia compartida con el ejecutivo, dadas las facultades de éste para intervenir dentro del proceso de designación o pueden ser de carácter exclusivos al arbitrio de los poderes legislativos.

Por otra parte, en tanto el nombramiento sea competencia del órgano legislativo, ya sea manado de facultades conferidas por la Constitución local o Federal o se encuentren positivados en una ley reglamentaria de la materia, debe tomarse en consideración el análisis de los requisitos enunciados dentro de los ordenamientos mencionados.

En las modalidades apuntadas el procedimiento parlamentario para aprobar nombramientos es especial pues discurre en el debate de perfiles realizando materialmente una función controladora de naturaleza administrativa, de manera que la facultad constitucional es soberana y discrecional sin que proceda el veto del gobernador.<sup>672</sup>

Es verdad que dentro de las diversas legislaciones vigentes en el territorio mexicano las disposiciones pueden ser variadas; sin embargo, es importante notar que en cuanto a las facultades mencionadas, los Estados han equidistado de realizar las mismas prácticas legislativas, desde las cuales han optado por declarar como soberanas y discrecionales dichas facultades, las cuales como fue mencionado anteriormente, son de

---

<sup>672</sup> MADERO Estrada, José Luis, “*Facultades de nombramiento y destitución vistos como procedimientos constitucionalizados en el Estado de Nayarit*”, Ponencia Presentada en el Congreso Virtual Interinstitucional, “Los Grandes Problemas Nacionales”, disponible en: <http://goo.gl/PhfVs>

corte materialmente administrativo, dejando a la ciudadanía en un estado de indefensión cuando estas son tomadas de forma contraria a derecho.

Dentro de la competencia para designar a ciertos funcionarios, desde el estudio de la ley a través de la doctrina, se han discernido distintos tipos de nombramientos; sin embargo, por considerarse más importantes se resaltan los nombramientos directos, de los nombramientos subordinados.

En cuanto a los nombramientos directos, estos tienen la característica de no estar sometidos a ulterior trámite o voluntad, sino únicamente de quien los otorga. En el ámbito de la competencia del poder legislativo son nombramientos que aprueba la asamblea a propuesta de la Comisión de Gobierno o de otras comisiones legislativas para designar a ciertos servidores públicos de su régimen interior como el secretario general, oficial mayor y auditor general del Órgano de Fiscalización Superior.<sup>673</sup>

De dichos nombramientos las leyes han previsto procedimientos especiales señalados dentro de las propias constituciones o en leyes especiales, de lo cual se entendería que estos se encuentran desnaturalizados del calificativo “soberano y discrecional”. Asimismo, se prevé cual debe ser el número mínimo de diputados en favor de la elección, como también otras disposiciones de carácter normativo, las cuales tienen como fin dar legitimidad y permitir que pueda verificarse la elección conforme a derecho.

La designación del presidente y miembros del Consejo Consultivo de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca conforme a la Ley de la materia se eligen directamente por el voto de la mayoría de los miembros presentes en la Legislatura. Este caso, previsto expresamente en el artículo 101 de la Constitución local, es

---

<sup>673</sup> *Ibíd*em

considerado “no idóneo” porque contiene un requisito de votación de la mayoría simple de diputados; por esa razón es que el legislador incurrió en una desorbitada diferencia en detrimento de la legitimidad político-parlamentaria para el nombramiento del ombudsman.<sup>674</sup>

De los nombramientos subordinados se debe resaltar su característica previa: se perfeccionan con un acto anterior del Ejecutivo quien propone una gama de candidatos dentro de los cuales debe elegir el congreso; pero no únicamente debe entenderse un acto subordinado a aquel que se encuentra supeditado a la actuación del ejecutivo, dado que aquellas designaciones que se realizan previa convocatoria así como las realizadas mediante un concurso, también deben entenderse como un nombramiento subordinado.

Aplicado al caso concreto, el apartado A del Artículo 114 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca señala:

“El titular de la Defensoría será designado por el voto de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso del Estado, durará siete años en el cargo, sin posibilidad de reelección, y será sustituido en los términos que determinen las leyes aplicables, las cuales fijarán los requisitos y procedimientos para la postulación de aspirantes, a través de convocatoria pública y consulta abierta, atendiendo a la idoneidad, experiencia y honorabilidad, así como a los principios de pluralidad, equidad de género, apartidismo y no discriminación. No será elegible quien, en los dos últimos años anteriores al día de su designación, haya sido legislador local o federal, se haya desempeñado como servidor público de mando superior de la Federación, del Estado o de los

---

<sup>674</sup> *Ibíd*em

Ayuntamientos, o hubiese ocupado cargo directivo en partido político.”<sup>675</sup>

Del mismo modo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala dentro de su artículo 102 apartado B lo siguiente:

“La elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.”<sup>676</sup>

Por lo que la conclusión de la adecuación de los artículos citados a los argumentos anteriormente esgrimidos, que la elección de los titulares de las diversas Comisiones de Derechos Humanos no son facultades soberanas y discrecionales, responden a la naturaleza del nombramiento subordinado, dado que deben someterse a un análisis racional del derecho, así como sujetarse a los procedimientos y requisitos que las leyes señalen.

Si bien la confirmación parlamentaria lleva implícita la facultad de corroborar los requisitos de elegibilidad en realidad se trata de un procedimiento obligatorio e inexcusable que va a traer como consecuencia un examen colegiado que complementa jurídicamente el nombramiento a fin de dar por satisfecho el análisis del perfil de la persona sujeta a ratificación y al mismo tiempo, es un nombramiento de control político o jurisdiccional.

---

<sup>675</sup> Constitución Política del Estado Libre y soberano de Oaxaca, Art.114-A

<sup>676</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art.102-B.

Señalándose dentro de la petición la argumentación siguiente:

“Resumiendo: ciertos nombramientos o ratificaciones a cargo del Poder Legislativo se aprueban luego de un procedimiento previo de auscultación, valoración de requisitos, entrevistas, comparencias, opiniones de grupos o sectores sociales y académicos. Los procedimientos correspondientes tienen por objeto que los diputados conozcan las argumentaciones y propuestas de los concursantes, para así contar con mejores elementos que permita decidir, previo dictamen, a favor de quien ostente un perfil adecuado al cargo que se concursa”.<sup>677</sup>”

“Ahora bien, conforme al artículo 73, fracción VIII, de la Ley de Amparo, el juicio de garantías es improcedente contra las resoluciones o declaraciones del Congreso local o su Diputación Permanente tratándose de la elección, suspensión o remoción de funcionarios en los casos en que las Constituciones locales correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente. Se incluye en este supuesto la convocatoria para recibir propuestas porque se trata de un acto preliminar que es parte del procedimiento para llevar a cabo la elección o designación de ciertos funcionarios. Así, el juicio de garantías en contra de una convocatoria o de cualquier otro acto conducente a la elección, suspensión o remoción de funcionarios es también improcedente conforme a la disposición de la Ley de Amparo referida, pues si el legislador, por razones de orden público o político decidió que no fueran impugnables dichos actos finales, tampoco lo pueden ser, por mayoría de razón, los actos preliminares. Considerar lo contrario sería oponerse a la ratio legis del legislador que es retirar del ámbito judicial esas decisiones para reservarlas al Legislativo. A menos de que el Congreso incurra en violaciones al procedimiento en perjuicio del quejoso, su resolución es de naturaleza constitucional e inatacable”.<sup>678</sup>”

---

<sup>677</sup> MADERO Estrada, Op. Cit.

<sup>678</sup> CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión (improcedencia) 425/2003.- Manuel Huacuja Martínez.- 10 de

“Sin embargo, del Amparo en revisión (improcedencia) 425/2003 dictaminado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, podemos encontrar que dos aspectos fundamentales, el primero es el claro estado de indefensión frente a las decisiones señaladas dado que prepondera la intención del legislador por sobre el derecho humano que representa tener un recurso efectivo de acceso a la justicia, lo cual ha sido recogido por la Convención Americana de Derechos Humanos”.

“Aunque en un segundo momento es importante remarcar que deja un espacio de acción para la persona a la cual se le hayan vulnerado claramente sus derechos, citando “A menos de que el Congreso incurra en violaciones al procedimiento en perjuicio del quejoso”<sup>679</sup>.”

“En el caso concreto, la violación alegada se encuentra dentro del multicitado artículo 114-Ade la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca pero sobre todo de la propia Ley de La Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, violación en la que incurrió el congreso local, incurriendo así el estado en las violaciones alegadas dentro de esta.”

---

septiembre de 2003.- Unanimidad de votos.- Ponente: Jean Claude Tron Petit.- Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez.

<sup>679</sup> Jurisprudencia 2a./J.136/2009, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 118/2009, visible en la página seiscientos dieciséis, tomo XXX, septiembre de 2009, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.



Finalmente, el argumento llegó a la conclusión sobre la obstrucción al control jurisdiccional sobre las facultades discrecionales ejercidas desde el artículo 73 de la Ley de Amparo, señalándose de la siguiente manera:

“En este sentido, la fracción VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo se erige como una barrera que impide la revisión de las determinaciones de los poderes legislativos locales escudándose en una incorrecta interpretación de las *decisiones soberanas y discrecionales* que esos órganos tienen facultades para tomar.”

Buscando un sustento en el análisis doctrinal del Derecho, se desarrolló el argumento partiendo desde la doctrina que ha dedicado sus esfuerzos a establecer una visión crítica del correspondiente desarrollo al que ha estado sujeto:

“Un reconocido tratadista mexicano Alberto del Castillo del Valle al comentar lo relativo a esta porción normativa apunta:

“... todas las autoridades electorales y aquellas descritas por el artículo 73. Fracción VIII, de la Ley de Amparo, emiten actos de autoridad, que en cualquier momento violan la Constitución, como ha sucedido frecuentemente; en dichos casos, se ha tratado de problemas jurídicos importantes y trascendentes para la vida político jurídica de México en relación a la conformación de los poderes públicos y las personas que han de desempeñar los cargos correspondientes; pero debido a esta causa de improcedencia del juicio de garantías, se ha prohibido a la Suprema Corte su intervención para que, en su carácter de último y fiel intérprete de la Constitución, resuelva las contiendas surgidas a raíz de las violaciones constitucionales a cargo de los precitados organismos.

Sobre el particular, cabe formular las siguientes preguntas: ¿qué sucede cuando algún órgano de gobierno viola la Constitución en detrimento de todo el país?; ¿es conveniente dejar incólume la violación constitucional?; o, ¿es preferible que la Suprema Corte, como máximo

Tribunal, resuelva el criterio que debe imperar? Considero que la respuesta afirmativa a la última interrogante es la que debe prevalecer, dándose así al pueblo la facultad de atacar las resoluciones que sean contrarias a la Constitución y que deriven de la materia política.

Asimismo es de señalar que todas las autoridades estatales, sean de la categoría que se quiere imaginar, por tener su voluntad depositada en la de un ser humano, son sujetos capaces de fallar y de cometer actos arbitrarios y contrarios a la Constitución, violando las principales garantías de seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna, y que se refieren a la legalidad de los actos de autoridad, conformada principalmente por las subgarantías de fundamentación y motivación. Pues en estos casos, con mayor razón debería proceder el amparo, para que de esa forma quedara establecido el régimen constitucional mexicano.”<sup>680</sup>

Aunado a lo anterior, la Constitución del Estado de Oaxaca en el último párrafo del artículo 114-A señala que el titular de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca sólo podrá ser removido *de conformidad con lo dispuesto por [la] Constitución [local] y las leyes de la materia, sin que en la Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca establezca esos supuestos.*

En este sentido y haciendo valer esta circunstancia en el fuero interno se recurrió al juicio de amparo, único medio de control constitucional que en México permite la revisión de actos de autoridad que vulneran los derechos fundamentales de las personas; sin embargo, la citada fracción VIII del artículo 73 de la Ley de amparo sirvió como fundamento al Poder Judicial de la Federación para no estudiar la constitucionalidad de los actos del poder legislativo local.”

---

<sup>680</sup> DEL CASTILLO del Valle, Alberto, Ley de Amparo Comentada, Ediciones jurídicas Alma, México, 2007, pp. 310-311.

Finalmente se trató de homologar el criterio emitido por la citada Tesis “[TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; X, Septiembre de 1999; Pág. 13; Registro: 193 250 REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. PROCEDE POR VIOLACIÓN A DERECHOS POLÍTICOS ASOCIADOS CON GARANTÍAS INDIVIDUALES.”

Sin embargo esta configura un recurso ilusorio, dado que como la misma tesis lo señala “Nota: El criterio contenido en esta tesis fue superado por la jurisprudencia P./J. 39/2002 del Pleno de este Alto Tribunal, de rubro: “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL.”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, septiembre de 2002, página 1136.” Señalando que un recurso es catalogado de ilusorio cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten medios para ejecutar disposiciones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, dado que los procesos deben tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante su aplicación idónea.<sup>681</sup>

De la tesis anterior, es importante remarcar que se buscó extender el criterio de protección a las garantías individuales, en cualquier asunto al cual estuviere asociada su violación, interpretación acorde a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Mexicano, sin embargo, no es posible invocar dicho criterio de forma extensiva al sistema jurídico mexicano y por lo tanto los compromisos internacionales alegados y previamente justificados en este trabajo como vinculantes al Estado Mexicano, no son acatados.

---

<sup>681</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, párrafos 107-108, 2012

#### 4.2.6. Amparo presentado

Haciendo valer esta circunstancia en el fuero interno se recurrió al juicio de amparo, siendo el único medio de control constitucional que en México permite la revisión de actos de autoridad que vulneran los derechos fundamentales de las personas; presentándose la Demanda de amparo. Expediente 801/2012. Radicada en el Juzgado Segundo de Distrito del Décimo Tercer Circuito, sin embargo, la citada fracción VIII del artículo 73 de la Ley de amparo sirvió como fundamento al Poder Judicial de la Federación para no estudiar la constitucionalidad de los actos del Poder Legislativo local. En este sentido el Juez de Distrito que conoció en primera instancia del amparo promovido señaló:

“El juicio de amparo es improcedente cuando se reclamen actos de las Legislaturas de los Estados, relativos a la elección, suspensión o remoción de funcionarios, siempre que la Constitución de la Entidad Federativa correspondiente, confiera a dichos órganos, la facultad de resolver en forma independiente, sin injerencia de terceros, o bien, conforme a su arbitrio y con prudencia en la adopción de su decisión, en el entendido que, en ambos casos, la facultad relativa no depende de la decisión de terceros y se encuentra libre de presión e injerencia alguna.”

Asimismo el Juez consideró que:

“... la facultad de nombrar al titular de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, conferida en la Constitución Local al Congreso Estatal, es de naturaleza autónoma, en tanto que dichos ordenamientos no exigen que la decisión de ese órgano legislativo deba ser avalada o sometida a la aprobación, sanción o ratificación de persona u organismo diverso.”

Finalmente el juzgador apuntó:

“... si... la parte quejosa reclama del Congreso local la designación de Arturo Peimbert Calvo, como Titular de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, por violación del derecho y garantía consagrados en el

artículo 1º en relación con el 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta improcedente el juicio de amparo, por tratarse de una actuación soberana a cargo de ese órgano de poder que no puede ser objeto de estudio a través de la vía de amparo”.

Razones que se consideraron suficientes para *desechar de plano* la demanda de garantías.

Esta circunstancia resulta aún más evidente cuando el Tribunal Colegiado de Circuito al resolver el *recurso de revisión* interpuesto contra la sentencia del Juez de Distrito consideró:

“... si en la especie, el Juez Federal sostuvo que el Congreso de Oaxaca al designar al titular de la defensoría de los Derechos [sic] del Pueblo de Oaxaca, actúa en forma soberana y discrecional y que por ende, no procede en contra de esos actos el juicio de amparo; ello no significa, en oposición a lo alegado [por los quejosos y las quejosas en el juicio de amparo], que el órgano legislativo pueda actuar en forma arbitraria, ni ilegal, ya que la causa de improcedencias a que se refiere el aludido artículo 73, fracción VIII, de la Ley de Amparo, tiene su razón de ser en que la facultad que se ejerce es soberana, porque la despliega el órgano legislativo (máximo representante de la voluntad popular), sin injerencia ni consentimiento de ningún otro ente; lo que permite deducir, que **el límite y control de su actuación lo encuentra precisamente en la naturaleza del órgano que lo verifica y el acto que realizan**, pues ello es la expresión de la voluntad popular en aras de un gobierno democrático, ya que su carácter de representante popular, tiende a formar uno de los órganos públicos autónomos establecidos en el texto constitucional local y en cumplimiento al mandato de la propia Ley Fundamental del Estado y la Federal; por ende, la decisión del órgano legislativo, en este caso, se encuentra revestida de significación constitucional relevante y del mayor grado de representatividad, en donde, como se dijo, **encuentra sus propios límites y control, y por ende, no puede ser arbitraria**”

Debe apuntarse además que la demanda de amparo fue desechada de plano, lo cual quiere decir que no se estudiaron los argumentos vertidos para evidenciar la actuación ilegal del Congreso del Estado de Oaxaca. También es de observarse que la argumentación del Tribunal Colegiado de Circuito contradice notoriamente el principio de que todo gobierno democrático debe ser regido por las leyes y no por los hombres; confiar en que los propios límites del poder se encuentran en la característica de que el Congreso Local es representante popular y que por ese sólo hecho sus decisiones se encuentran investida de legalidad y legitimidad es erróneo, ya que de esta manera se está confiando en la buena fe de quienes tomen las decisiones sin que ello sea una garantía de que las mismas serán siempre tomadas en apego a la ley, a la Constitución y a los Tratados Internacionales.

#### **4.2.7. Ejercicio de la facultad de atracción**

Se presenta en la primera sala la solicitud para que la SCJN ejerza su facultad de atracción para conocer y resolver en definitiva el expediente amparo en revisión 244/2012 radicado en el Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Tercer Circuito, siendo turnada a la segunda sala, este es el último recurso posible dentro del sistema jurídico mexicano. Sin embargo, la Suprema Corte por acuerdo del pleno deshecha la solicitud por considerar improcedente el ejercicio de la facultad de atracción.

#### **4.2.8. Falta de acceso a la justicia**

El elemento social de los Estados ha tomado una importancia central dentro del desarrollo, reconocimiento y exigencia de los derechos del hombre. Con la participación creciente, dado que las instituciones heredadas de modelos absolutistas han perdido vigencia, mientras que el espacio que ocupa la sociedad ha dejado la calidad de vasallaje, ello impide que la imposición no razonada del derecho persevere como sistema. Por ello, la redacción de la petición fue desarrollada sobre el conflicto que existe entre las facultades discrecionales y el

goce de los derechos humanos, a los cuales el Estado Mexicano se ha obligado a su respeto. Como se observó a lo largo del desarrollo de este trabajo, la existencia de actos del Estado “que no puedan ser revisados” se confronta con la evolución del Derecho, por ello la racionalidad a la que llegó la petición sobre la falta de acceso a la justicia, se desarrolló desde los propios pronunciamientos del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos de la siguiente manera:

De esta manera es válido sostener que en los Estados Unidos Mexicanos no existen los medios efectivos que hagan que el equilibrio de poderes opere ampliamente a favor de los gobernados; muy al contrario esta mala interpretación en la división y reparto de funciones del Estado se convierten en un lastre que perjudica la vida democrática del Estado mexicano en perjuicio de los ciudadanos y las ciudadanas quienes al no contar con un recurso para revisar el tipo de actos como el que aquí se denuncia quedan completamente a merced y al arbitrio del poder político, premisa insostenible pues es el Estado como una forma de organización social el que se erige para beneficio de las personas y no son las personas las que deben someterse sin más a las decisiones políticas de un órgano del Estado.

En relación con el artículo 8.1 de la Convención, la Corte ha señalado que el artículo 25.1 del mismo instrumento internacional contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales; dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.<sup>682</sup>

---

<sup>682</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, párrafo 107, 2012

Reiterando el argumento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que se está frente a un recurso ilusorio cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento<sup>683</sup>.

También el Tribunal Interamericano en el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* estableció<sup>684</sup>:

121. Esta Corte ha establecido que no basta que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos humanos, para que éstos puedan ser considerados efectivos. Es decir, que toda persona debe tener acceso a un recurso sencillo y rápido ante jueces o tribunales competentes que amparen sus derechos fundamentales<sup>685</sup>. Dicha garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”<sup>686</sup>. Además, como igualmente ha señalado el Tribunal, “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las

---

<sup>683</sup> *Ibíd*em

<sup>684</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 121. Disponible en: <http://goo.gl/b2Kkj>

<sup>685</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Cinco Pensionistas”*, párr. 126; *Caso Cantos*, , párr. 52; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 112; y *Caso Bámaca Velásquez*, párr. 191.

<sup>686</sup> Cfr. *Caso Cantos*, párr. 52; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 112; y *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 135.



circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”<sup>687</sup>.

24. El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención

“los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos ( Art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente).”

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y provean lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias

---

<sup>687</sup> Cfr. Caso “Cinco Pensionistas”, párr. 126; Caso Las Palmeras, párr. 58; y Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párrs. 113-114.

particulares de un caso dado resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.<sup>688</sup>

Acentuando que en aras de promover el equilibrio entre las Funciones del Estado, viéndolas como límites al ejercicio del Poder, deben tener como mínimo la capacidad de revisar y apuntar sobre la juricidad de los actos que realizan, dicha juricidad debe imperar de forma puntual cuando se alegan violaciones de derechos humanos, de conformidad con el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, incluso en aquellos actos que por su naturaleza son el producto de la colaboración de aquellas. La revisión de la juricidad y conformidad de los actos del Estado, no implica que sea un acto de ratificación, ni pueden considerarse una censura, únicamente se pretende garantizar el respeto a las obligaciones jurídicas nacionales e internacionales que garantizan la dignidad humana, requisito que además es oponible a todos los actos del Estado.

#### **4.2.9. Competencia del Sistema Interamericano para conocer del asunto**

Para activar la competencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se buscó enunciar y satisfacer de forma dialéctica las violaciones a los artículos 1, 8, 21, y 25 de la Convención Americana de derechos Humanos, relacionando también los razonamientos a los que la misma Corte ha llegado a través del desarrollo de su jurisprudencia. Esperando que del estudio que realice la

---

688 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25, 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafos 23-24, disponible en: <http://goo.gl/4GGS6>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encuentre razones suficientes para determinar la ausencia de criterios nacionales para adaptarse a las obligaciones del Estado Mexicano protegidas. Aclarando que de ninguna forma ello implica una sentencia taxativa con acciones legislativas específicas por parte de la Corte. La pretensión de llevar una petición al Sistema Interamericano no se encuentra en sentencias de corte positivista, ello sería no entender las posibilidades y acciones del propio sistema.

Se busca que la Corte solicite la creación de un recurso efectivo que, guiado por los principios consagrados en la Convención Americana sea un producto armónico y progresivo del derecho interno. Para ello, se buscaron los argumentos de la propia corte al pronunciarse sobre las obligaciones de los Estados por legislar en atención a sus obligaciones internacionales en la siguiente forma:

El principio de legalidad se opone a actos que se encuentren en contradicción con lo establecido en la ley o no autorizados por ella así como a los actos no regulados completamente. Nutriendo el argumento, Rolando Tamayo y Salmoran describe que:

“(...) el principio de legalidad es presupuesto en todo discurso jurídico, tanto en la “descripción” (textos y tratados) como en la argumentación, (alegatos). El principio opera en dos niveles: descriptivo y justificativo. El tenor del principio podría formularse así (1) es regla de competencia; es el derecho de un Estado (...) todo acto jurídico (orden, decisión, mandato,) supone una norma jurídica que confiere facultades; todo poder o facultad requiere necesariamente de fundamentación jurídica. (2) La legalidad debe controlar los actos de los funcionarios (*e.g.* el exceso o desvío de poder, decisión *ultra vires*, son cuestiones jurídicas)”.<sup>689</sup>

---

<sup>689</sup> Tamayo y Salmoran, Rolando: Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, México: UNAM, 2005 “Excursus II”, p. 214

Así también, desde las primeras sentencias, en el *Caso Velásquez Rodríguez* la Corte Interamericana ha insistido en la obligación constante, continua y permanente de adecuar la legislación interna a la Convención.<sup>690</sup>

Por otra parte, “el Estado está obligado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia”.<sup>691</sup>

Esta obligación no atenta contra la soberanía de los Estados, a los que incumbe la potestad legislativa en el ámbito de su jurisdicción, más bien en su pleno ejercicio los Estados asumen el deber de respetar y garantizar los derechos enunciados por las convenciones de la materia, establecen los órganos y las jurisdicciones de supervisión y aceptan sujetarse a los pronunciamientos que la justicia internacional adopta en el desempeño de la encomienda de interpretación y aplicación que los propios Estados le han atribuido.

“La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente

---

<sup>690</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999. párrafo 207

<sup>691</sup> Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, San José, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005, p.25

idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.”<sup>692</sup>

#### **4.3. Observaciones sobre conflictos con Derechos Humanos.**

Como se ha observado, los derechos humanos son un sistema complejo que se encuentra interrelacionado, de tal suerte que la falta de atención a alguno de sus elementos conlleva la violación a distintos preceptos. En atención a la Petición P2321-2, se identificaron y desarrollaron distintos aspectos de la naturaleza discrecional, los cuales encuentran una característica que genera una mayor dificultad, dado que el conflicto se centra en identificar facultades discrecionales desarrolladas por la función legislativa las cuales materialmente son administrativas.

Analizar facultades materialmente administrativas desarrolladas por una función diferente a la que tradicionalmente tiene reconocido su desempeño, colabora con la apertura del debate sobre la naturaleza de las facultades. Al analizar el concepto de Facultades dentro del punto 2.2, se identificó la necesidad de extender los criterios jurídicos por medio de los cuales tradicionalmente han sido descritas, por ello, también fue de vital importancia analizar la naturaleza jurídica de las Funciones Estatales, así como la naturaleza de los actos que realizan dentro de la vida jurídica del Estado.

Al analizar la forma en que se desenvuelve el ejercicio de facultades, pudimos identificar que la visión clásica es limitativa en cuanto interpretación y aplicación de las distintas herramientas normativas, dado que detiene los pronunciamientos judiciales sobre distintos actos. Como pudimos observar producto del relato de los hechos,<sup>693</sup> no existieron mecanismos suficientes para garantizar la conformidad con la norma en la designación del Ombudsman del

---

<sup>692</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlán Flores vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y cotas, párrafo 209, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)

<sup>693</sup> Ver Tema 4.2.1

Estado de Oaxaca, la necesidad de mantener un órgano de derechos humanos Autónomo plasmó dentro de la Ley de la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca en su Artículo 23 Fracción III “No haber desempeñado cargo dentro de la administración pública federal, estatal o municipal, durante los dos últimos días anteriores a la designación”<sup>694</sup> condición que como fue señalado, no pudo ser satisfecha.

Devenido dentro del desarrollo de los hechos, se agotaron los recursos administrativos pertinentes para lograr el acceso al Juicio de Amparo,<sup>695</sup> sin embargo, la respuesta de la Función Judicial manifestó que no podía interferir con el ejercicio de facultades discrecionales, dado que son el ejercicio soberano de las Funciones del Estado. Así, la Función Judicial evitó pronunciarse sobre el fondo del Amparo, el cual radicaba en la falta de atención a la normatividad aplicable. Ello implica la ausencia de recursos efectivos que permitan la verificación de la juricidad en el ejercicio de facultades discrecionales. Al mismo tiempo, la orientación actual de la Función Judicial y la ausencia de legislación que le permita tomar un rumbo plasmado en la normatividad no representa una garantía de que los actos no puedan repetirse.

Por lo anterior, se identifican violaciones a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales siguientes: Garantías Judiciales,<sup>696</sup> las cuales refieren a la garantía de ser oído de tal suerte que se determinen derechos y obligaciones de cualquier índole, garantizando el acceso a tribunales, derecho cuya exigencia no admite excepciones; Protección Judicial,<sup>697</sup> el cual obliga al Estado a crear mecanismos que garanticen el acceso a la justicia, de tal suerte que deben crearse mecanismos por medio de los cuales pueda activarse la función jurisdiccional; y Recurso Efectivo,<sup>698</sup> el cual obliga a los Estados a crear

---

<sup>694</sup> Ver tema 4.2.4

<sup>695</sup> Ver tema 4.2.6

<sup>696</sup> Ver tema 3.1.2.1

<sup>697</sup> Ver tema 3.1.2.2

<sup>698</sup> Ver tema 3.1.2.4

mecanismos cuya existencia formal garanticen el acceso a la justicia, los cuales arrojen resultados o respuestas a las violaciones de derechos.

En cuanto a los actos diagnosticados por la Auditoría Superior de la Federación, es importante mencionar el desarrollo de los derechos humanos en tanto se han reconocido también dentro de su conjunto a los derechos sociales fundamentales<sup>699</sup> dentro del mismo grupo. Ya que su reconocimiento internacional, así como su vigencia y ratificación, los ubican como verdaderos derechos exigibles.

Como observamos a lo largo del desarrollo, las Funciones Judiciales de Argentina y Alemania han dado los primeros pasos para reconocerlos y hacerlos exigibles, como fue desarrollado dentro del análisis del asunto Q. C. S. Y. 24-04-12<sup>700</sup> se aceptó la capacidad del individuo para exigir derechos sociales fundamentales frente al Estado, a causa de actos estatales desarrollados de forma ineficiente.

La titularidad de los derechos sociales fundamentales, por lo tanto, debe ser exigible frente a tribunales, ya que no existe otro recurso que sea efectivo dentro del sistema normativo, comparándolo con los resultados de las auditorías estudiadas,<sup>701</sup> los contratos sostenidos entre la SEDESOL y las instituciones autónomas de educación superior, tenían por objeto atender a personas en situación de vulnerabilidad extrema las cuales no pueden satisfacer sus necesidades alimenticias y también en uno de los contratos la atención debía darse a comunidades agrícolas con necesidades sanitarias extremas.

La ASF identificó entre otras cosas, que los actos contratados a realizarse en favor de la “Cruzada contra el Hambre” no correspondían a los objetivos del programa, también identificó que se desarrollaron modelos de subcontratación de tal forma que incluso algunas las empresas subcontratadas realizaron subcontrataciones a otras empresas. Finalmente, el resultado indica que aún los

---

<sup>699</sup> Ver 3.1.2.6

<sup>700</sup> Ver temas 2.7 y 3.1.2.6

<sup>701</sup> Ver 4.1.3

servicios que se manifestaron otorgados no cumplieron con los objetivos propuestos ni en cantidad ni en calidad, o en algunos casos, ni siquiera fueron entregados, por haber sido desviados del objetivo principal, sin que el destino de los recursos devengados sea rastreable. Violentando así derechos sociales fundamentales<sup>702</sup> vinculantes y obligatorios al Estado Mexicano, dejando en situación de vulnerabilidad a los grupos sociales que se planteó atender.

Como podemos observar, la violación de un derecho humano daña a la red entera de derechos humanos protegidos constitucionalmente, como fue desarrollado producto del estudio de los casos específicos, se revelan desde la ausencia de una buena administración violaciones a los derechos sociales fundamentales, para los cuales, la falta de recursos efectivos para recurrir los actos presupone una deficiente protección judicial y una ausencia de garantías judiciales. Imponiéndose sobre el derecho principios de oportunidad política. Manifestándose así una confrontación directa entre derechos humanos y el ejercicio de facultades materialmente discrecionales.

---

<sup>702</sup> Ver tema 3.1.2.6





## 5. CONCLUSIONES

### Conclusiones al Capítulo 1

1. El Derecho es una herramienta de control social, estructurada a través de enunciados de carácter obligatorio, que se crea, legitima y regula en función de sí mismo.
2. Las Funciones del Estado entendidas como núcleos de organización social delimitadas por el sistema jurídico, tienen la obligación de colaborar entre sí, para procurar mecanismos de control que promuevan el equilibrio de poder entre ellas.
3. El análisis jurídico de los actos que realizan las Funciones del Estado, para su eficiencia, debe realizarse desde la óptica de su naturaleza material.
4. La legitimidad del sistema jurídico y del Estado, se perfecciona a través de su capacidad para crear e implementar elementos normativos de revisión y control.
5. La legitimidad del Estado no se encuentra en la oportunidad política, sino en la participación de su sociedad y la medida en que el Estado se sujeta a sus propias normas.

### Conclusiones al Capítulo 2

1. La división del Estado en órganos con ámbitos de competencia particular, no implica que sus funciones sean excluyentes.
2. Para lograr certeza jurídica, las facultades discrecionales deben encontrar su límite en el sistema jurídico y los derechos humanos, dado que un ente nacido del Derecho, no puede carecer de normas de control aplicables.

3. Las facultades discrecionales no existen de forma positiva dentro del cuerpo jurídico mexicano.
4. Actualmente, las facultades discrecionales están sujetas a la voluntad política de las funciones del Estado y no a la estructura jurídica.
5. Los vacíos normativos no pueden ser simulados como elementos positivos a través de la discrecionalidad.
6. Revisar el ejercicio de facultades discrecionales no implica un acto de sustitución de funciones, sino un pronunciamiento integral sobre el apego al orden jurídico, y en un segundo punto implica el análisis del contexto y necesidades para solventar las exigencias del acto en concreto.
7. El ejercicio de una facultad por parte de un Órgano legitima la necesidad de un sistema de control, que, por el principio de legalidad no acepta excepciones.
8. El ejercicio de facultades discrecionales por sus actos puede entrar en conflicto con el sistema de derechos humanos reconocido constitucionalmente, por lo que debe encontrar un límite en su respeto.

### **Conclusiones al Capítulo 3**

1. Los derechos humanos son un sistema de valores guías que reproducen condiciones mínimas de dignidad, diferenciándose así del derecho positivo, exigibles al Estado, el cual debe crear esquemas de protección de todo el conjunto de derechos, como obligación ineludible.
2. Las violaciones a derechos humanos son exigibles frente al sistema regional de derechos humanos como un todo indivisible.

3. Siendo los derechos humanos acogidos por el Estado mediante un acto positivo, deben ser respetados de manera vinculante para todas las Funciones del Estado.
4. La redacción contenida en el artículo primero constitucional no delimita una lista de derechos humanos, sin embargo, los reconoce mediante un acto positivo de adopción.
5. Al no existir un listado de derechos humanos, el mínimo que deben ser entendidos como tales de forma innegable son los contenidos dentro de tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte.
6. Los derechos políticos al estar reconocidos dentro de tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte, representan la obligación de reconocerlos dentro del sistema jurídico como derechos humanos.
7. Los derechos sociales, al estar reconocidos dentro de tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte, representan la obligación de reconocerlos dentro del sistema jurídico como derechos humanos.
8. No existe un recurso efectivo para recurrir decisiones estatales relacionadas con Facultades Discrecionales, derechos humanos sociales ni derechos humanos políticos.
9. La Comisión Interamericana de derechos humanos es el órgano competente para recibir y estudiar todo tipo de violaciones alegadas a derechos humanos.
10. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano competente para emitir pronunciamientos vinculantes sobre violaciones a derechos humanos.

11. El Estado Mexicano se encuentra sometido a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### **Conclusiones del Capítulo 4**

1. El Estado Mexicano viola los derechos sociales de grupos en estado de vulnerabilidad extrema al realizar esquemas de desvío de recursos encaminados a reducir sus necesidades alimentarias, por medio de facultades discrecionales.
2. El Estado Mexicano viola derechos humanos de grupos sociales agrícolas en estado de vulnerabilidad al desviar los recursos destinados a satisfacer sus necesidades sanitarias, por medio del ejercicio de facultades discrecionales.
3. El Estado Mexicano viola derechos humanos al no crear mecanismos que permitan a los grupos señalados el acceso a la justicia, en relación con los esquemas de desvío de recursos estudiados.
4. El Estado Mexicano viola derechos humanos al ejercitar facultades discrecionales sin observar las normas aplicables a los actos que realiza.
5. El Estado Mexicano viola derechos humanos al no permitir el acceso a la justicia cuando la exigencia tiene su origen en el ejercicio de facultades discrecionales.
6. El Estado Mexicano no tiene mecanismos que garanticen la no repetición de los esquemas de violación de derechos humanos a través del ejercicio de facultades discrecionales.
7. Ante la ausencia de garantías judiciales, protección judicial y recursos efectivos oponibles al ejercicio de facultades discrecionales, así como la

negativa a reconocer los derechos políticos y sociales como derechos humanos, puede ser activada la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Libros

ACOSTA Romero, Miguel. “Teoría General del Derechos Administrativo”. 17a. ed. México. Porrúa. 2004.

ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. “Tratado General de Derecho Administrativo”. España. Casa Editorial Urgel. Tomo I. 1958.

ARNAIZ Amigo, Aurora. “Ciencia del Estado”, 2da. ed. México, UNAM, 1996.

ARNAÍZ Amigo, Aurora. “El Estado y sus fundamentos institucionales”, México, Trillas, 1995.

BARNETT, Hillarie. y JAGO, Robert. “Constitutional and Administrative Law”. 11a. ed. Gran Bretaña. Abingdon, Oxon: Routledge, Taylor and Francis Group. 2016.

BREWER-CARÍAS, Alan R., PAREJO Alfonso, Luciano y RODRÍGUEZ Rodríguez, Libardo. Coords. “Protección de los derechos frente al poder de la Administración, libro homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría”. Colombia. Temis. 2014.

BURGOA, Ignacio, “Derecho constitucional mexicano”, México, Porrúa, 1979.

BURGOA, Ignacio. “Derecho constitucional mexicano” 20a Ed. México, Porrúa 2010.

BURGOA, Ignacio. “Las garantías individuales”, México, Porrúa, 1979.

CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro. “División de poderes y régimen presidencial en México” Porrúa, México, 2011.

CARPIZO, Jorge. “La Constitución mexicana de 1917” 6ta ED, México, Porrúa, 1983.

CARPIZO, Jorge. “Nuevos estudios constitucionales” 6ta ED, México, Porrúa, 2000.

CASTRO V, Juventino. “El Sistema de Derecho de Amparo” 3a. ed. México. Porrúa. 1999.

CHALCO Reyes, Marcial. “Estado, Poder y abuso del Poder”. Colombia. Temis. 2014.



CHALCO, Reyes, Marcial. “Estado, poder y abuso de poder: especial referencia los derechos económicos, sociales y políticos” Colombia, Temis, 2014.

CORVALÁN, Juan Gustavo, “Derecho Administrativo en transición” Astrea, Argentina, 2016.

CRUZ, Gayosso, Moisés. OCHOA Hofmann, Alfonso Estuardo. ROBLES Vázquez, Jorge. “Teoría general del Estado”, IURE, México, 2007.

DEL CASTILLO del Valle, Alberto, Ley de Amparo Comentada, Ediciones jurídicas Alma, México, 2007.

DOGER Guerrero Enrique, “Gobierno Estatal”, México, Miguel Ángel Porrúa, 2013.

DROMI, Roberto. “Derecho Administrativo” Ediciones Ciudad Argentina, 6a ed. Argentina, 1997.

Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV, México, Porrúa, 2002.

Enciclopedia jurídica mexicana”, Tomo V, 2ª Ed. México, Porrúa, 2004.

Enciclopedia jurídica OMEBA, Tomo XI, Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1990.

FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. “Derecho Administrativo”. Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INERM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

FEUERBACH, Anselm V. “Anti Hobbes, o, sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano” introducción y revisión de Eugenio Raúl Zaffaroni; traducción de Leonardo G. Brond, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

FIX, Zamudio, Héctor. Coord. “Ensayos sobre Derecho de Amparo”. 3a. ed. México. Porrúa 2003.

Fix-Zamudio, Héctor. “Justicia Constitucional, Ombudsman y derechos humanos. 2ª ed. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001.

GARCÍA De Enterría, Eduardo. y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo I” España, Civitas, 2000.

GARCÍA Ramírez, Sergio. “La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009.2011” 4ª ed. México, Porrúa, 2015.

GONZÁLEZ Morales, Felipe. “Sistema Interamericano de Derechos Humanos” España, Tirant lo Blanch, 2013.

GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo” 9a. ed. México. Porrúa. Tomo I. 2004.

GUTIÉRREZ y González, Ernesto. “Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo Mexicano”, México. Porrúa. 1993.

HERNÁNDEZ Álvarez, Martha María del Carmen, Coord. “Derechos humanos, perspectivas y retos”, México. Tirant lo Blanch. 2016.

HIERRO, Liborio. “Estado de Derecho”, México, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política no.69, Distribuciones Fontamara, 1998.

HITTERS, Juan Carlos. Y FAPPIANO. Oscar L. “Derecho Internacional de los Derecho Humanos” 2a. ed. Argentina. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Tomo I. Volumen I. 2007.

KELSEN, Hans. “Teoría general del Derecho y del Estado” Trad. Eduardo García Máñez, 2ª ed. México, UNAM, 1958.

MARTÍNEZ Morán, Narciso. Ed. “Utopía y Realidad de los derechos Humanos en el 50 aniversario de su Declaración Universal”. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 1999.

Medina Quiroga, Cecilia, La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, San José, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005.

PATIÑO Manfer, Ruperto y ARMIDA Reyes, José Raúl. Coords. “Temas selectos de Derecho Administrativo: En homenaje a los 40 años del Tribunal de los Contencioso Administrativo del Distrito Federal”. México. Porrúa. 2011.

POLANIA Tello, Nicolás. “La Moralidad Administrativa: de la formulación a la eficacia”. Bogotá. Universidad del Externado de Colombia. 2014.

RIOS Elizondo, Roberto. “El Acto de Gobierno: El Poder y el Derecho Administrativo”. México. Porrúa. 1975.

RYAN, Mark. “Unlocking constitutional an administrative law” 3ra. ed. Routledge, Taylor and Francis Group. 2014.

SÁNCHEZ Gómez, Narciso. “Primer curso de Derecho Administrativo” 6a. ed. México. Porrúa. 2012.

SÁNCHEZ Pichardo, Alberto C. “Los Medios de Impugnación en Materia Administrativa: Recursos Administrativos, juicios de nulidad tradicional, en línea

y sumario. Amparo en materia Fiscal y Administrativa, doctrina, jurisprudencia y formularios”. México. Porrúa. 2012.

SERRA Rojas, Andrés, “Derecho Administrativo” 10ª ed., México, Porrúa, 1981.

SERRA Rojas, Andrés. “Derecho Administrativo: Doctrina, legislación y jurisprudencia”, 15a. ed. México, Porrúa. Tomo I. 1992.

TAMAYO y Salmorán, Rolando: Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, México: UNAM, 2005 “Excursus II”.

TARDIF, Éric. “Sistemas Jurídicos Contemporáneos, derecho comparado” 2da. ed. México, Limusa, 2016.

TRON Petit, Jean Claude y ORTÍZ Reyes, Gabriel. “La Nulidad de los Actos Administrativos”. Porrúa. México. 2007.

VALLS Hernández, Sergio. MATUTE González, Carlos, “Nuevo derecho Administrativo” Porrúa, México, 2003.

VÁZQUEZ Alfaro, José Luis. “El control de la Administración pública en México” México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

VON BOGDANDI, Armin. FIX-FIERRO, Héctor. MORALES, Antoniazzi, Mariela. FERRER, Mac-Gregor, Eduardo. Coords. “Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales, hacia un ius constitutionale commune en América Latina”. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2011.

### **Revistas**

ACOSTA-LÓPEZ, Juana Inés. Alcance de la competencia contenciosa de la CIDH a la luz del artículo 23 de su reglamento, 14 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 107-131 (2009)

Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 48 periodo extraordinario de sesiones, “El qué, cómo, cuándo y por qué de la Corte Interamericana” México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2013

BAKER, Richard D. “Judicial review in Mexico: a study of the Amparo Suit” Latin American Monographs no.22 Institute of latin American Studies The University of Texas, Texas, University of Texas Press, 1971.

FAÚNDEZ Ledezma, Héctor “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” Revista

IIDH/Instituto Interamericano de Derechos, No. 46, Costa Rica, julio-diciembre 2007, p.45. Consulta en línea. Disponible en:  
[https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/10\\_2010/1846/revista\\_46.pdf](https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/10_2010/1846/revista_46.pdf)

FERRER Benimeli, José A. 1977 “Historia de la República española en el exilio (1939-1977)”, Revista Tiempo de Historia, España, núm. 32, julio

GARCÍA Pelayo, Manuel, "Estado legal de Derecho y Estado constitucional de derecho", Revista Ilanud, años 9-10, no. 23-24

LOEVY, Karin. 2016, “Reinventing a Region (1915–22): Visions of the Middle East in Legal and Diplomatic Texts Leading to the Palestine Mandate” Israel Law Review: Cambridge University Press and The Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem, Israel, Vol. 49, núm. 3, November 2016.

MADERO Estrada, José Luis, “Facultades de nombramiento y destitución vistos como procedimientos constitucionalizados en el Estado de Nayarit”, Ponencia Presentada en el Congreso Virtual Interinstitucional, “Los Grandes Problemas Nacionales”, disponible en: <http://goo.gl/PhfVs>

MÁIZ, Ramón, 1986, “Nicolás Maquiavelo: La política en las ciudades del silencio”, Revista de estudios políticos, España, núm. 52, enero-marzo.

MIRANDA, María Bernadete, “Princípios constitucionais do Direito Administrativo” Disponible en [www.direitobrazil.adu.br](http://www.direitobrazil.adu.br)

### **Jurisprudencia:**

10ª. Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. P./J. 21/2014 (10a.). Pleno. Libro 5, Abril de 2014, Pág. 204 JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

10ª. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, febrero de 2012; Tomo 1, “CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO”

9ª. Época, P. LX/2008 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, Pag. 5. Tesis Aislada AMPARO. ES IMPROCEDENTE CUANDO SE IMPUGNAN NORMAS, ACTOS O

RESOLUCIONES DE CONTENIDO MATERIALMENTE ELECTORAL O QUE VERSEN SOBRE DERECHOS POLÍTICOS.

8ª Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Segunda Parte-1, página 144. Amparo Directo 844/87 AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, FACULTADES DE LAS. LIMITE

9ª. Época; Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo IX, abril de 1999, Tesis 2a. /J.29/99, “FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN”.

5ª. Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXIII, página 4605.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión (improcedencia) 425/2003.- Manuel Huacuja Martínez.- 10 de septiembre de 2003.- Unanimidad de votos.- Ponente: Jean Claude Tron Petit.- Secretaria: Alma Margarita Flores Rodríguez.

Sentencia Expediente Varios 912/2010. Libro I, octubre de 2011, Tomo 1, página 313.

**Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Caso “Fornerón e Hija vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de abril de 2012 Serie C No. 242

Caso “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70

Caso “Cantos vs. Argentina”, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97

Caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

Caso “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” Sentencia de 23 de noviembre de 2009 Serie C No. 209.

Caso “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros), Vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268

Caso “Furlán Flores vs. Argentina”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y cotas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246

Caso “García y Familiares Vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 199. Serie C No. 63

Caso “Godínez Cruz vs. Honduras”, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.

Caso “Ivcher Bronstein Vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74

Caso “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No.99 Serie C No.102

Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25, 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)

**Otros:**

Auditoría Forense: 13-0-20100-12-0269 DS-079 Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/#datos>

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Corte Suprema de Argentina “Q. C. S. Y. 24-04-12” Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires--gobierno-ciudad-buenos-aires-amparo-fa12000045-2012-04-24/123456789-540-0002-1ots-eupmocsollaf>

Denuncias penales ASF. Disponible en: [https://www.asf.gob.mx/Section/65\\_Denuncias\\_penales](https://www.asf.gob.mx/Section/65_Denuncias_penales)

Fincamiento de Responsabilidades resarcitorias ASF. Disponible en: [https://www.asf.gob.mx/Section/122\\_FincamientoResponsabilidadesResarcitorias](https://www.asf.gob.mx/Section/122_FincamientoResponsabilidadesResarcitorias)

Información ASF. Disponible en: [https://www.asf.gob.mx/Section/45\\_Acerca\\_de\\_la\\_ASF](https://www.asf.gob.mx/Section/45_Acerca_de_la_ASF)

Locus Standi en Diccionario Oxford. Disponible en:

[https://en.oxforddictionaries.com/definition/locus\\_standi](https://en.oxforddictionaries.com/definition/locus_standi)

Protección Internacional. Disponible en:

[http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf\\_seccion/proteccion\\_inter\\_6\\_7\\_1.pdf](http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/proteccion_inter_6_7_1.pdf)

Recuperaciones ASF. Disponible en:

[https://www.asf.gob.mx/Section/191\\_Recuperaciones\\_FRR](https://www.asf.gob.mx/Section/191_Recuperaciones_FRR)

Recursos de Inconformidad. Disponible en:

<http://data.consejeria.cdmx.gob.mx/index.php/dgsl/recursos-de-inconformidad-y-quejas>