

## SOBERANÍA Y APERTURA DEL ESTADO: UNA PERSPECTIVA MEXICANA

José Ma. SERNA DE LA GARZA\*

### I. INTRODUCCIÓN

En la era de la llamada globalización existen fenómenos y procesos que están produciendo transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional. Es decir, una serie de procesos identificados con la globalización han venido afectando al Estado nacional, y ello obliga a reflexionar sobre el impacto que esas transformaciones pueden tener no solamente sobre las normas del derecho constitucional de los Estados nacionales, sino en general sobre el derecho público.<sup>1</sup>

Lo dicho en el párrafo anterior bien puede aplicarse al Estado mexicano, mismo que en las últimas dos décadas se ha abierto hacia regímenes internacionales diversos.<sup>2</sup> A su vez, la mencionada apertura ha comenzado a generar cruces o intersecciones entre esos regímenes y el derecho interno. En particular, destacan las intersecciones que impactan principios fundamentales contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

Estos fenómenos representan un quiebre con el principio de soberanía como se le ha entendido a lo largo de décadas. Ya no se

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Este es el punto de partida de mi trabajo titulado *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, p. 1.

<sup>2</sup> El examen de cuáles son esos regímenes es el núcleo principal del presente ensayo, como se verá más adelante.

puede aceptar sin más la idea de que el poder soberano se expresa en el momento constituyente, produciendo así un instrumento esencialmente nacional, cuya fuerza como norma superior deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo, en respuesta a las percepciones, las necesidades y los valores nacionales.<sup>3</sup> Por ello es que algunos autores hablan de la “transformación” de la soberanía.<sup>4</sup> Y otros hablan de una “transfiguración” del Estado nación soberano.<sup>5</sup>

La apertura del Estado mexicano a regímenes internacionales diversos, como se expresa en las intersecciones entre esos regímenes y principios constitucionales básicos, nos lleva a preguntarnos cómo debiéramos de entender las estructuras fundamentales del derecho público en el México de hoy. El presente ensayo representa un esfuerzo para dar una respuesta a esta interrogante, para lo cual lo hemos dividido en cinco partes.

En primer lugar, examinamos el principio de soberanía en la Constitución mexicana de 1917, como articulador del Estado y del poder en México, específicamente como el fundamento del sistema democrático y del sistema federal. En segundo lugar, examinamos varias de las principales construcciones doctrinales creadas para dar un fundamento al derecho público mexicano (constitucional y administrativo). En este apartado, veremos cómo todas encuentran tal fundamento en el principio de soberanía. En tercer lugar, haremos una breve mención de los regímenes internacionales a los que México se ha abierto: el sistema interamericano de derechos humanos, los tratados de libre comercio (destacando en particular el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN), y la influencia que ejercen distintas instituciones de la

<sup>3</sup> Uso aquí una concepción formulada por Saunders, Cheryl, “Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, p. 50.

<sup>4</sup> Bogdandy, Armin von, “Principios fundamentales del Estado y de las organizaciones supranacionales e internacionales” (en este volumen).

<sup>5</sup> Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2008, p. 411.

gobernanza global económico-financiera (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). En cuarto lugar, examinamos los puntos de intersección entre los principios fundamentales previstos en la Constitución mexicana (derechos humanos, democracia, sistema federal, Estado laico, propiedad de la nación sobre los recursos minerales) y los referidos regímenes internacionales; y damos ejemplos de cómo estos últimos ya están impactando en los primeros. Finalmente, esbozamos algunas conclusiones que en general versan sobre la necesidad de elaborar categorías descriptivas y normativas para entender y sistematizar lo que bien puede llamarse un “nuevo derecho público”.<sup>6</sup>

## II. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El principio de soberanía en la trayectoria constitucional de México sirvió para dotar de justificación e identidad al nuevo Estado surgido en 1821. Pero incluso desde antes de lograr la independencia de España, diversos textos constitucionales se refirieron a dicho principio como la base de todo el arreglo político-institucional, además de escudo contra cualquier intento de justificar posibles invasiones extranjeras. Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Apatzingán de 1814<sup>7</sup> cuyo artículo 5o. dispuso que “la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la Constitución”. Asimismo, el artículo 11 de dicha Constitución

<sup>6</sup> Desde una perspectiva europea, puede revisarse el libro de Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, 2011.

<sup>7</sup> El nombre oficial es Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814. Esta Constitución fue expedida por el grupo insurgente en plena lucha, pero no tuvo eficacia más allá del terreno que este grupo pisaba; ello, no obstante, se le considera como el primer intento de organización constitucional independiente.

estableció que las tres atribuciones de la soberanía son: “la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares”. Finalmente, el artículo 9o. de la Constitución de 1814 dispuso que ninguna nación tiene el derecho “para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones”.

No haremos en este espacio una reseña del principio de soberanía como ha sido consagrado en los distintos textos constitucionales que ha tenido México.<sup>8</sup> Nos limitaremos a señalar que la Constitución mexicana vigente desde 1917 configura normativamente el concepto de soberanía en sus artículos 39, 40 y 41. En el artículo 39, se dispone que: “La *soberanía nacional* reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. En el artículo 40 se establece que

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y *soberanos* en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Finalmente, en el artículo 41 se dispone que

El pueblo ejerce su *soberanía* por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Véase Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, pp. 162 y ss.

<sup>9</sup> Las cursivas son nuestras.

Como se puede ver, la concepción de soberanía en estos artículos se refiere al sustento democrático (soberanía popular) que legitima al Estado, a la vez que sirve de base para organizar el arreglo federal (los estados son libres y soberanos en lo que atañe a su régimen interior).

Por otra parte, considero que puede hablarse de una especie de idea de “soberanía a la defensiva”, la cual es encontrable en diversos artículos de la Constitución, y que en mi opinión tienen que ver con el pasado del país como colonia, los intentos de recaptura de la ex colonia por parte de diversas potencias extranjeras, y el trauma de la pérdida de la mitad del territorio nacional ante los Estados Unidos de América. Se trata de disposiciones como las siguientes:

1. La Cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I establece que el Estado podrá conceder a los extranjeros el derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas,

siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.

Esta disposición se identifica con la Doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el de no intervención entre los Estados; y el de estatus de igualdad (y no especial o preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

2. Existen límites en cuanto a la capacidad legal de los extranjeros para ser propietarios de bienes raíces dentro del territorio

nacional. En este sentido, dispone el artículo 27 constitucional, fracción I, párrafo segundo: “En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas”.

3. El artículo 32 de la Constitución establece que el ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la propia Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad; y dispone asimismo que esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión. En este sentido, establece el artículo 32 en su párrafo tercero que en tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública, y que para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

En suma, el principio de soberanía ha sido fundamental como articulador del Estado y del poder en México, desde el comienzo mismo de su historia como Estado independiente. Su formulación como principio fundamental no difiere de cómo puede encontrarse en la experiencia constitucional de otros países, pero tiene peculiaridades que se explican por la experiencia histórica de México. Además, este carácter fundamental puede observarse en las principales construcciones doctrinales del derecho público mexicano (en sus vertientes constitucional y administrativa), como se verá a en la sección siguiente.

### III. DERECHO PÚBLICO Y EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

#### 1. *Derecho constitucional*

##### A. *La soberanía según Felipe Tena Ramírez*

El libro clásico de *Derecho constitucional mexicano* de Felipe Tena Ramírez inicia el capítulo I abordando el tema de la soberanía. Nos explica que para acercarse al concepto de Constitución, debemos tener en cuenta, previamente, el concepto de soberanía.<sup>10</sup> De esta manera, trata la evolución histórica del concepto, su carácter polémico, la problemática relativa a la determinación de quién es el titular de la soberanía y el ejercicio jurídico del poder soberano.<sup>11</sup>

Tena vincula el principio de soberanía popular con el ejercicio del poder constituyente:

El pueblo, a su vez, titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no sólo a los órganos, sino también al poder que los creó. La potestad misma de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía), sólo cabe ejercerla por cauces jurídicos. La ruptura del orden constitucional es lo único que, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, permite que aflore en su estado originario la soberanía.<sup>12</sup>

A partir de lo anterior concluye, siguiendo a Kelsen, que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan.<sup>13</sup> Además, al ser expresión de la soberanía, la Constitu-

<sup>10</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 3.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>13</sup> A Tena le preocupa dejar bien claro que ningún poder ni gobernante alguno es soberano, pues todos encuentran sus fronteras en la Constitución.

ción es la norma suprema del ordenamiento, y en razón de ello es que está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades: es la ley que rige las leyes y que autoriza a las autoridades. Esto es así porque es “emanación de la más alta fuente de autoridad”.<sup>14</sup>

Por otra parte, Tena aborda el tema de los límites del poder constituyente (y, por implicación, del poder soberano). Así, identifica límites inmanentes (integrar un orden jurídico); limitaciones históricas (el reconocimiento de derechos fundamentales y la separación de poderes); limitaciones de carácter político (los factores reales de poder); y limitaciones de índole internacional (ve una tendencia a internacionalizar los derechos del hombre y el *jus belli*).<sup>15</sup>

De manera interesante, Tena observa en su libro, escrito en los años cuarenta del siglo XX, el inicio de una tendencia hacia la relativización del principio de soberanía, en su vertiente exterior, y nos dice lo siguiente:

La soberanía exterior, que había sido hasta hace poco un principio absoluto en la doctrina del Estado, ha empezado a ser enjuiciada a la luz de necesidades nuevas, de realidades que se imponen y de una conciencia social y política preparada por la primera Gran Guerra y vigorizada por la segunda. Toda limitación a la soberanía exterior tiene que repercutir inevitablemente en la autodeterminación interna.<sup>16</sup>

Para Tena, lo que denomina el “dogma de la soberanía del Estado” había conducido a la separación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que aquél no conoce ni regula sino las relaciones entre los Estados, sin que pueda intervenir en las de cada Estado con sus súbditos, materia esta última reservada al derecho interno. Pero a su vez, las dos guerras mundiales habían revelado que la paz era incompatible con el antiguo principio de

<sup>14</sup> Para emplear una expresión de Tena: la soberanía popular se expresa y personifica en la Constitución. *Ibidem*, pp. 11 y 16.

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

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 31.

la soberanía absoluta y, sobre todo, dio razón a quienes sostenían que la conservación de la tranquilidad internacional depende, más que de la palabra de los gobiernos, de una atmósfera social donde imperen la libertad, la cultura y el bienestar general.<sup>17</sup>

El referido autor observaba cómo después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional había empezado a dar pasos decididos para la construcción de un sistema global de protección de derechos humanos. Y esto lo interpretó como un nuevo intento de la humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona. Tena fue premonitorio al dar la siguiente visión del futuro (la versión original del libro de Tena data de 1944, y después tuvo 18 ediciones):

Los quebrantos que el derecho internacional ha producido en el concepto de soberanía, con miras a limitar a los Estados inclusive en su poder constituyente, están lejos todavía de extirpar a una doctrina de tan hondas raíces. Y aunque la partida será ganada, a lo que parece, por el derecho internacional, podemos asegurar que hasta estos momentos el derecho positivo no ha acogido norma alguna internacional como límite jurídico del órgano constituyente.<sup>18</sup>

Como se verá más adelante en el presente ensayo, esta última afirmación de Tena no es sostenible en la actualidad.

### B. *La soberanía según Ignacio Burgoa*

Para Burgoa no es posible imaginarse al Estado, ni concebir su implicación o consistencia, sin los conceptos de “soberanía”, “poder constituyente” y “poder público”. Entre estos conceptos —afirma este autor— hay una “simbiosis intelectual”, y están ló-

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 32 y 33.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 38.

gicamente interrelacionados.<sup>19</sup> Y esto lo explica de la siguiente manera:

Hemos aseverado que la nación o pueblo en sentido sociológico, como grupo humano real coherente, decide darse una organización jurídica y política, creando al derecho que a su vez da vida al Estado como persona moral. La causación de estos efectos obedece a un poder, actividad o dinámica que tiene como fuente generatriz a la misma comunidad nacional. Mediante tal poder, la nación se autodetermina, es decir, se otorga una estructura jurídico-política que se expresa en el ordenamiento fundamental o Constitución. La *autodeterminación* obviamente excluye la injerencia de cualquier sujeto distinto de la nación que pudiese imponer a ésta dicha estructura, o sea, que el poder que tiende a esta finalidad no está sujeto a ninguna potestad extraña a la comunidad nacional ni tampoco a la de cualquier grupo que dentro de ella esté comprendido. Por ello se afirma que el propio poder es soberano, en cuanto que no está sometido interior o exteriormente a ningún otro.<sup>20</sup>

De manera similar a Tena, Burgoa identifica el principio de soberanía popular con el poder constituyente: en cuanto que tiende a estructurar primaria y fundamentalmente al pueblo mediante la creación de una Constitución en su sentido jurídico-positivo, o sea, como un conjunto de normas básicas y supremas.<sup>21</sup>

Para Burgoa, la nación o pueblo, su poder soberano de autodeterminación o constituyente y el orden jurídico primario fundamental, concurren en una síntesis dialéctica para crear al Estado como institución pública suprema dotada de personalidad jurídica. El Estado tiene una finalidad genérica que se manifiesta en varios fines específicos sujetos al tiempo y al espacio. Para conseguir tal finalidad, debe el Estado estar investido de poder. Esta actividad no es sino el poder público o poder estatal que se desenvuelve en

<sup>19</sup> Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 13a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 190.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 244 y 245.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 248 y 249.

las tres funciones clásicas y se ejercitan mediante múltiples actos de autoridad. Pero el poder no es soberano, sino que está limitado por el orden jurídico (por ello es que identifica *autodeterminación* con *autolimitación*).<sup>22</sup>

### C. La soberanía según Jorge Carpizo

Jorge Carpizo nos explica que la soberanía es la diferencia específica del Estado moderno. Es su característica principal y a veces su verdugo —afirma— por entregar al hombre a la opresión y a la tiranía, en lugar de ayudarlo en su lucha por conseguir la libertad.<sup>23</sup> Después de hacer un repaso de la idea de soberanía en connotados autores, desde Bodino y Rousseau hasta Jellinek, Kelsen y Heller (entre otros); y después de revisar el concepto de soberanía tal y como ha aparecido en los diversos documentos constitucionales que México tuvo a lo largo del siglo XIX, Carpizo nos da su interpretación del concepto de soberanía como se encuentra en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana de 1917.

De esta forma, al decir el artículo 39 que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, se quiso señalar —nos dice Carpizo— que México, desde su independencia como pueblo libre, tiene una tradición, la cual no encadena sino que ayuda a encontrar a las generaciones presentes su peculiar modo de vivir. México es una unidad que a través de la historia se ha ido formando, y que como nación tiene una proyección hacia el futuro, sin olvidarse de su pasado y presente.<sup>24</sup>

Para Carpizo, la soberanía es la base de todas la demás decisiones jurídico-políticas fundamentales contenidas en la Constitución. Y en el enunciado del artículo 40 que dice: “Es voluntad

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 245, 256 y 257.

<sup>23</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, p. 162.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 191.

del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal...”, ve la idea de libertad como la idea motriz en el concepto de soberanía como está en la Constitución.<sup>25</sup>

Y respecto al artículo 41, nos dice Carpizo que ante la imposibilidad de la democracia directa, como en las *polis* griegas, dicho artículo expresa que la soberanía se ejerce por medio de los poderes federales y de los poderes de los estados, según las competencias que el pueblo les ha otorgado en la Constitución.

Por último, distingue Carpizo los conceptos de soberanía interna y soberanía externa. La primera, es la que se ejerce sobre una región determinada del globo terrestre, y es la línea que limita hasta dónde es aplicable válidamente el derecho de un Estado. Esta dimensión de la soberanía se manifiesta en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana (arriba referidos). Sin embargo, deplora Carpizo que dicha Constitución no contenga ninguna disposición expresa sobre la soberanía externa. Ello, no obstante, los diversos artículos de la Constitución en los que se habla de tratados internacionales (artículos 76.I, 89.X y 133), suponen el reconocimiento de que éstos sólo se dan entre Estados soberanos e iguales.<sup>26</sup> Es decir, al hablar de tratados, la Constitución está reconociendo la existencia de Estados soberanos e iguales, y hacer esto equivale a aceptar la noción de soberanía externa.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Carpizo sostiene que las decisiones jurídico-políticas fundamentales de la Constitución mexicana de 1917 son: los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre la Iglesia y el juicio de amparo. *Ibidem*, p. 192.

<sup>26</sup> Cuando Jorge Carpizo escribió estas ideas en su libro *La Constitución mexicana de 1917* (1979), no se había adicionado el artículo 89.X de la Constitución, en el cual se señala, desde la reforma de 11 de mayo de 1988, cuáles son los principios que debe seguir el Ejecutivo federal en la conducción de la política exterior de México, entre los que se encuentran la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la igualdad jurídica de los Estados, entre otros.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 194.

## 2. *Derecho administrativo*

### A. *Los fundamentos del derecho administrativo según José Ma. del Castillo Velasco*

Del Castillo Velasco afirma que el hombre ha sido creado para vivir en sociedad, y que la sociedad necesita el ejercicio del poder público. La sociedad humana se divide en naciones independientes, cada una de ellas tiene una vida propia e intereses y conveniencias que le son particulares y, por tanto, el derecho de exigir de otras naciones que de ninguna manera intervengan en esa vida. Esos intereses y conveniencias, esa vida propia de cada nación, constituyen su independencia y su soberanía, y se componen de todas las esferas de la actividad individual y social que giran dentro de la nación y cuyas órbitas no deben chocar entre sí.<sup>28</sup>

Para la armonía de esas diversas esferas de actividad —afirma Del Castillo Velasco— no bastan la acción de individuos aisladamente considerados. Es tarea del poder público, y es el deber del gobierno. Así, la ciencia administrativa provee el desarrollo y perfeccionamiento del individuo y de la sociedad, a la armonía de las diversas esferas de actividad que forman una nación libre y soberana, y respeta y fomenta y asegura la actividad individual que es la base de la fuerza y del poderío de la prosperidad y engrandecimiento de las naciones.<sup>29</sup> Por ello es que el referido autor define al derecho administrativo como el conjunto de leyes y disposiciones que en cada nación (se entiende, soberana) forma su administración particular.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Castillo Velasco, José Ma. del, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, t. I, 1874. Versión facsimilar publicada por la UNAM, México, 1994, pp. 5 y 6.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 9.

## B. *El fundamento del derecho administrativo según Gabino Fraga*

El libro clásico de Gabino Fraga, define el derecho administrativo como la rama del derecho público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa. Por ello es indispensable saber en primer término en qué consiste la actividad estatal; en segundo, cuáles son las formas que el Estado utiliza para realizar esa actividad y caracterizar entre ellas a la función administrativa; y en tercero, cuál es el régimen a que se encuentra sujeta dicha actividad.<sup>31</sup>

En el capítulo II de su obra, se propone analizar los diversos criterios que la doctrina ha utilizado para dar fundamento y señalar el campo de aplicación del derecho administrativo. Nos explica Fraga que uno de esos criterios (predominante en el siglo XIX) es el de la existencia de la soberanía o poder público, visión según la cual es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos (que en eso consiste la soberanía), resulta inadecuada la aplicación del derecho privado que sólo regula relaciones entre personas con voluntades iguales. Según Fraga, esta idea se complementaba con una distinción entre los diversos actos del Estado, separándolo en dos categorías: actos de autoridad y actos de gestión. En los primeros, el Estado obra dictando órdenes, prohibiciones, reglamentaciones, imponiendo unilateralmente su voluntad, mientras que en los segundos actúa como un particular podría hacerlo en la administración de su patrimonio. A partir de esta distinción, se concluía que el derecho administrativo solamente tenía su campo en la realización en los actos de autoridad, dejando los actos de gestión bajo un régimen de derecho privado.

<sup>31</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 13.

Ahora bien, afirma Fraga que aun admitiendo la idea del poder soberano, es difícil admitir que el Estado tenga dos voluntades, una superior y otra igual a los particulares. Además, observa una falta de claridad en la distinción arriba referida, porque no existe ninguna actividad ejercida por el Estado de la que pueda decirse que sea inconcebible verla ejercitada por los particulares (incluso funciones de policía y justicia, que en algún tiempo han sido ejercidas por particulares). Y finalmente, nos dice Fraga que el Estado, incluso al realizar actos de gestión, siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y gozando de privilegios de los que no disfrutaban los particulares.<sup>32</sup>

Por otro lado, Gabino Fraga considera la idea de un sector de la doctrina francesa que buscó colocar la noción de “servicio público” como fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo. Pero desechó esta idea por limitada, al poner su atención en una sola vertiente de la acción administrativa (el servicio público) y no ver otras (como el poder de policía, el poder de fomento y el poder de intervención en la esfera de los particulares).

Propone entonces Fraga que con el concepto de *atribución* se puede sistematizar el derecho administrativo:

...dicho concepto no excluye, sino por el contrario se compagina con las nociones de poder y de servicio público, ya que si la ley otorga la atribución al Estado es por una parte en razón de que tal otorgamiento se hace porque el Estado puede proceder en forma distinta de cómo proceden los particulares en sus mutuas relaciones y, por la otra, porque sólo el propio Estado puede prestar servicios que, o bien exceden de las posibilidades de la iniciativa privada, o bien no tienen un carácter remunerativo pero que de todos modos son indispensables para satisfacer las necesidades públicas.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 24.

La noción de atribución implica un régimen especial, el del derecho público, que es exigido en la organización y funcionamiento del Estado, en tanto que éste tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los particulares y que deben realizarse por medios de que éstos no disponen, como es “el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional”.<sup>34</sup>

En cuanto a las relaciones del derecho administrativo y el derecho constitucional, nos dice Fraga que el derecho constitucional encierra todas las normas que se refieren a la estructura misma del Estado, a la organización y relaciones entre los poderes públicos y a los derechos fundamentales de los individuos. En relación con el Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también el Judicial) requieren para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, concluye Fraga que las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas, las actividades patrimoniales del Estado y la actividad administrativa, han de tomar como base los principios constitucionales respectivos.<sup>35</sup>

Como se puede ver en el breve repaso que hemos hecho de las opiniones de algunos de los juristas mexicanos más connotados, el concepto de soberanía ha sido la piedra de toque del derecho público mexicano. En una síntesis general, la narrativa se podría resumir de la siguiente manera: en el momento constituyente, se manifiesta el poder soberano del pueblo, al definir una norma de la más alta jerarquía para organizar al Estado. La conexión directa con ese poder soberano es la fuente de autoridad suprema de la

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 94-96.

Constitución y el gran título de legitimidad del poder (de los poderes constituidos). Se trata, además, de una norma que expresa la identidad de una nación (frente a otras naciones) y que establece los principios básicos de su organización política. Asimismo, de dichos principios básicos derivan normas más específicas relativas a la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La justificación del ejercicio de poder por parte de estos órganos radica en la conexión con la Constitución, que es expresión del poder soberano. Por último, las normas que se refieren al poder Ejecutivo conforman el derecho administrativo, conectado estrechamente con el derecho constitucional, pero distinto en cuanto al objeto específico de regulación. El derecho público es así concebido como un circuito cerrado, en donde la interconexión entre los distintos componentes fluye en una trayectoria que no admite, en principio, salidas ni entradas de agentes externos.

Ahora bien, ¿qué pasa si el circuito cerrado comienza a dar señales de apertura?; ¿cuáles son las implicaciones de una posible apertura del sistema jurídico, en relación con los conceptos de soberanía, poder y autoridad públicos? En el siguiente apartado nos proponemos examinar algunos fenómenos que pueden identificarse como ejemplos de la apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales diversos.

#### IV. LA APERTURA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO A REGÍMENES INTERNACIONALES

En los últimos 20 años, México ha experimentado una apertura de su sistema jurídico hacia regímenes internacionales diversos. Se ha tratado de una apertura de carácter más bien sectorial, pues no ha implicado el ingreso en una estructura normativa e institucional densa y compleja como sería el caso, por ejemplo, de la Unión Europea.

Son varias las manifestaciones de la referida apertura.<sup>36</sup> En primer lugar, se encuentra la influencia del sistema interamericano de derechos humanos. La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de México,<sup>37</sup> y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH),<sup>38</sup> han significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación y aplicación distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida que se la compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta y aplica los referidos derechos en México.

El ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado, en primer término, la coexistencia de las “garantías individuales y sociales” (“derechos humanos” a partir de la reforma constitucional del 10 de Junio de 2011) previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás instrumentos que forman parte del sistema interamericano. Asimismo, con dicho ingreso el Estado mexicano (entiéndase incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención<sup>39</sup> y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José, *adoptando* “ las medidas legislativas

<sup>36</sup> Serna de la Garza, José Ma., *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012.

<sup>37</sup> México ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1981.

<sup>38</sup> México aceptó la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

<sup>39</sup> Artículo 1o. de la CADH: “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”.

o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.<sup>40</sup>

En segundo lugar, otra manifestación de la apertura se puede ver en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito por los gobiernos de México, Estados Unidos de América y Canadá, que entró en vigor el 1o. de enero de 1994.<sup>41</sup> Como se sabe, sus objetivos principales son: la eliminación de barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa; el incremento de las oportunidades de inversión; la protección de la propiedad intelectual; el establecimiento de procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias; así como el fomento de la cooperación trilateral, regional y multilateral. En este rubro, cabe recordar que México ha tenido que reformar su sistema jurídico de acuerdo con los estándares del TLCAN en múltiples materias (entre las que destacan las materias de comercio exterior y régimen de la inversión extranjera).

En tercer lugar, debemos mencionar el fenómeno que Stephen Zamora ha denominado como las “presiones legislativas desde arriba”, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de Poder Legislativo *per se* a las autoridades internacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de

<sup>40</sup> Artículo 2o. de la CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

<sup>41</sup> Aquí nos hemos centrado en el TLCAN, pero en realidad México ha suscrito al menos 16 tratados o acuerdos de libre comercio más, según aparece en la página web de la Secretaría de Economía de México, [www.economia.gob.mx](http://www.economia.gob.mx)

las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los Estados Unidos (el profesor Zamora es estadounidense) encontrarían completamente inapropiada.<sup>42</sup>

Puede mencionarse en esta misma línea el estudio de Sergio López-Ayllón, quien vincula buena parte de los extensos y profundos cambios jurídicos ocurridos en México a partir de la década de los ochenta (privatización, desregulación, racionalización del marco regulatorio), a recomendaciones explícitas de organismos financieros internacionales; y al tránsito de una economía cerrada a una abierta. Según López-Ayllón, esto implicó adoptar y dar mayor peso a una serie de instrumentos internacionales, lo que a su vez obligó a adaptar las normas e instituciones internas al marco jurídico externo, especialmente en los sectores más expuestos al intercambio con el exterior.<sup>43</sup>

Por su parte, en su estudio sobre el impacto de la globalización en la reforma del Estado en América Latina, Fix y López-Ayllón vinculan la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales como el BM y el FMI,

<sup>42</sup> Zamora, Stephen, "Allocating Legislative Competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 640 y 641.

<sup>43</sup> "Una parte importante de las modificaciones en el subsistema jurídico mexicano se explica dentro de esta dinámica, particularmente en la legislación relacionada con los distintos sectores económicos. El ejemplo más evidente de esta situación se encuentra en la legislación aplicable al comercio exterior (incluyendo la operación de las aduanas), la inversión y la propiedad intelectual. Su evolución se explica fundamentalmente en su adecuación a las nuevas condiciones de operación del modelo económico y su articulación con el marco regulatorio internacional y las obligaciones de México derivadas de éste", López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, 1997, pp. 203-208.

lo que en algunos casos —afirman— implicó reformas normativas sustanciales.<sup>44</sup>

Lo anterior nos lleva a establecer la siguiente hipótesis: frente a los fenómenos arriba referidos, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad.

Para estimar los alcances de esta hipótesis, en la siguiente sección del presente ensayo nos proponemos examinar lo que denominamos los puntos de intersección entre los principios fundamentales previstos en la Constitución mexicana, y regímenes internacionales diversos que ya están impactando en sectores específicos del sistema jurídico mexicano.

## V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y REGÍMENES INTERNACIONALES

El artículo 40 de la Constitución mexicana define cuáles son sus principios fundamentales en los siguientes términos:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Ahora bien, en México se han dado diversos debates en torno a cuáles son los principios fundamentales, y si pueden o no

<sup>44</sup> Reportan Fix-Fierro y López-Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80% de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “The Impact of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 792-795.

ser alterados por el proceso de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la Constitución mexicana. En esta discusión, la doctrina ha ofrecido distintas respuestas, lo cual demuestra el grado de subjetividad que ha imperado en la discusión sobre este tema. Por ejemplo, Carpizo ha señalado que las “decisiones fundamentales” de nuestro orden constitucional son: los derechos humanos, la soberanía popular, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre las iglesias y el juicio de amparo. Además, ha señalado que dichos principios no pueden ser reformados por el poder revisor, “sino únicamente por el pueblo”.<sup>45</sup>

Por su parte, Rabasa señala como un principio que no puede ser cambiado por el poder reformador de la Constitución, el de la forma de gobierno. Mientras que Mario de la Cueva argumenta que el poder revisor no puede modificar la esencia de la Constitución que le dio vida. Este autor no aclara cuál es dicha “esencia”, aunque sugiere que los derechos individuales y sociales son parte de ella. Por último, Burgoa considera principios fundamentales la forma del Estado, la forma de gobierno, el sistema electoral, las garantías del gobernado, las garantías sociales, las garantías del trabajador, las declaraciones fundamentales en materia socioeconómica y cultural y el juicio de amparo; propone que cualquier reforma a la Constitución que afecte sustancialmente alguno de estos principios, debiera ser sometida a referéndum popular, una vez cumplido el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, para que entre en vigor.<sup>46</sup>

Para los efectos del presente ensayo, tomaremos como base los principios enunciados en el artículo 40 de la Constitución, a los que añadiremos el principio de protección de derechos humanos y

<sup>45</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1983, p. 280.

<sup>46</sup> Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1968, pp. 234-237; Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 127-174; Burgoa, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, México, Porrúa, 1994. Todas estas obras son citadas por González Schmall, *op. cit.*, p. 324.

la propiedad de la nación sobre los recursos minerales, los cuales perfectamente pueden derivarse del texto y del espíritu de la norma fundamental mexicana. Así, en las siguientes páginas examinaremos los puntos de intersección de regímenes internacionales diversos, con los principios fundamentales de derechos humanos, democracia, sistema federal, Estado laico y propiedad de la nación sobre los recursos minerales, contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

### 1. *Derechos humanos*

Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011,<sup>47</sup> las condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) al Estado mexicano y la “recepción” que la Suprema Corte de Justicia de México (SCJ) ha hecho de las sentencias de la Corte Interamericana (en especial a través de la decisión de la SCJ en el expediente Varios 912/2010), se han fijado nuevas coordenadas en el tema de derechos humanos en México. En la referida decisión se precisó que los juzgadores de todo el país (federales y locales) están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos (con el obligado empleo de los principios pro persona y de interpretación confor-

47 Artículo 1o. de la Constitución mexicana: “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”.

me, según lo establece el segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución mexicana).

Asimismo, la SCJ dijo que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar por que sus disposiciones no se vean limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin. Por tal razón —afirmó la SCJ— el control difuso (de constitucionalidad y convencionalidad) debe realizarse entre las normas de derecho interno, en relación con la Constitución federal y la mencionada Convención, tomando en cuenta no solamente su texto sino también la interpretación realizada por la Corte Interamericana. En ese sentido, el alto tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución federal o los tratados internacionales de derechos humanos, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal.<sup>48</sup>

La apertura hacia el régimen internacional (en este caso regional) de derechos humanos, ha tenido un impacto concreto en el principio de protección de derechos humanos de la Constitución mexicana. No estamos más en un esquema en el que los derechos humanos previstos en la Constitución forman una totalidad y un universo cerrado. Ahora, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México tienen rango constitucional y pueden ser invocados directamente ante los tribunales mexicanos por quienes se sientan afectados en sus derechos. Asimismo, el principio pro persona abre al juez la posibilidad de escoger entre el derecho interno y el derecho internacional en función del mayor alcance protector que tengan las normas; y el principio de interpretación conforme exige dar un contenido a los derechos humanos de fuente interna, a la luz de los derechos contenidos en los tratados.

<sup>48</sup> Comunicado 127/2011 de 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El cambio de criterio de la Suprema Corte de México en relación con el llamado “fuero militar” es ilustrativo de lo que aquí se dice. En efecto, en su sentencia de 23 de noviembre de 2009, la CrIDH condenó al Estado mexicano por una serie de violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, en conexión con la desaparición de Rosendo Radilla,<sup>49</sup> así como a la denegación del debido proceso y acceso a la justicia respecto de éste y sus familiares. En este caso, el Estado mexicano fue condenado a indemnizar a la familia, y a investigar, perseguir y castigar a las personas responsables de la desaparición forzada del señor Radilla, así como a reformar el Código de Justicia Militar y el Código Penal Federal, para el efecto de hacerlos compatibles con las normas y estándares internacionales de derechos humanos.

Resulta importante abundar un poco más en este último componente de la sentencia del caso Radilla, puesto que la manera en que fue “recibida” y procesada por la Suprema Corte de Justicia, nos da una buena idea de los nuevos vientos que soplan en México, en relación con la protección judicial de los derechos humanos. Así, podemos recordar que del artículo 13 de la Constitución mexicana se desprende que la justicia militar se activa (tiene competencia) únicamente para procesar a miembros de las fuerzas armadas que cometan algún delito que atente contra la disciplina militar (como desacato a órdenes de superiores, motín, rebelión, traición y otros que por definición solamente pueden ser cometidos por miembros de las fuerzas armadas). La implicación de esta lectura del artículo 13 de la Constitución, es que si un militar comete un delito que no atenta contra la disciplina militar, el responsable deberá ser juzgado por los tribunales ordinarios que correspondan (es decir, los tribunales penales, sean federales o estatales).

<sup>49</sup> El caso se refiere a la desaparición forzada de Rosendo Radilla, que tuvo lugar en Guerrero en 1974, en el contexto de la llamada “guerra sucia” conducida por el Ejército mexicano contra la guerrilla que operaba en dicha entidad federativa.

Sin embargo, el Código de Justicia Militar establece una definición de “delitos y faltas contra la disciplina militar”, que extiende la competencia de los tribunales militares más allá del ámbito original y textual del artículo 13 constitucional. En efecto, el artículo 57.II.a) de dicho Código incluye como delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: “a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”.

Esta regla ha permitido que los tribunales militares asuman competencia sobre prácticamente todos los delitos cometidos por soldados en servicio. A su vez, esto ha llevado a la impunidad de soldados que han cometido delitos comunes contra la población civil: los tribunales militares han tendido a proteger a los soldados involucrados en este tipo de situaciones, porque carecen de verdadera independencia e imparcialidad.<sup>50</sup>

Ahora bien, en su sentencia en el caso *Radilla*, la CrIDH afirmó que la interpretación del artículo 13 de la Constitución mexicana debía ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana; y consideró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar era incompatible con la Convención Americana por lo que el Estado mexicano debía adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención.<sup>51</sup>

Lo anterior provocó dos efectos en México. Primero, el entonces presidente Felipe Calderón presentó una iniciativa ante el

<sup>50</sup> Esto ha sido afirmado en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ana Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, 11.565, informe núm. 53/01, pfs. 80-82, 2000. En este caso, tres mujeres indígenas de Chiapas fueron violadas y torturadas por un grupo de soldados en 1994, con el objetivo de forzarlas a confesar que ellas eran miembros de un grupo guerrillero.

<sup>51</sup> Véase pfs. 338-342 de la sentencia del caso *Radilla*.

Congreso de la Unión, proponiendo una reforma a al Código de Justicia Militar.<sup>52</sup> Sin embargo, la iniciativa excluía de la jurisdicción militar solamente a tres delitos: la violación, la tortura y la desaparición forzada. En el caso de estos delitos, los soldados involucrados serían juzgados por los tribunales ordinarios que correspondiera, del fuero federal o del fuero común. No obstante, en todo otro caso en que los soldados cometieran otro tipo de delitos, “en servicio o con motivo de actos del mismo”, seguirían estando sujetos a la jurisdicción militar. Este proyecto de reforma legal no prosperó y quedó “congelado” en el Senado de la República.<sup>53</sup>

El otro efecto de la sentencia del caso *Radilla* puede ser visto en el giro en la interpretación de la Suprema Corte al artículo 13 de la Constitución. Como ya dijimos, con anterioridad a dicha sentencia la SCJ había considerado de manera consistente que el artículo 57.II.a) del Código de Justicia Militar era constitucional. Pero en su decisión del 14 de julio de 2011 (expediente Varios 912/2010), y en clara adopción del criterio de la CrIDH en el tema, sostuvo que la jurisdicción militar debería estar limitada solamente a delitos y faltas cometidas por soldados contra la disciplina militar, y que no podía ser extendida a miembros de las fuerzas armadas que cometiesen delitos “ordinarios” cuando estuviesen en servicio.

Los párrafos 42 y 43 de dicha decisión resumen la nueva interpretación de la Suprema Corte de la siguiente manera:

42. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución federal, en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios

<sup>52</sup> Enviada al Senado el 18 de octubre de 2010.

<sup>53</sup> Aunque recientemente, fuentes del Senado (con nueva integración a partir de la elección de 1o. de julio de 2012), han manifestado la intención de retomar el tema de la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar. Periódico *Crónica*, nota del 24 de marzo de 2013, <http://www.cronica.com.mx/notas/2013/740035.html>

constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un juez competente.

43. Por tanto, el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así, porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar, no garantiza a los civiles o a sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos, tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.

Como consecuencia de lo anterior, la SCJ ordenó que en adelante debería considerarse que el “fuero militar” no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles; y que esta nueva interpretación debería observarse en todos los casos futuros que fueran del conocimiento de este tribunal, funcionando en Pleno o en salas.

Además, el 21 de agosto de 2012 el Pleno de la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar por ser incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución mexicana. Esta nueva interpretación se ve reflejada en la siguiente tesis de la Corte:

FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR VIOLA EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL.

El referido precepto ordinario, al establecer que son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, viola el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto éste dispone que la jurisdicción militar está acotada única y exclusivamente a los delitos y faltas cometidos contra la disciplina militar y que en ningún caso y por ningún motivo podrá extenderse sobre persona que no pertenezca al Ejército, ya que si bien es cierto que la especificación y el alcance de la expresión “disciplina militar” corresponden al legislador ordinario, quien debe precisar cuáles son esas faltas y delitos, también lo

es que el mandato constitucional establece dos restricciones que no permiten una libre configuración legislativa: a) está prohibida la jurisdicción militar sobre personas que no pertenezcan al Ejército; y b) cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un civil (paisano), conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la primera restricción constitucional es contundente en determinar que la justicia militar en ningún caso podrá juzgar penalmente a un civil, cuando éste tenga el carácter de sujeto activo de un hecho ilícito, mientras la segunda implica que cuando un miembro de las fuerzas armadas cometa un delito en perjuicio de un civil, invariablemente debe conocer de la causa penal correspondiente un juez civil; de ahí que si un juez militar conociera de un proceso donde la víctima u ofendido del delito sea un civil, ejercería jurisdicción sobre dicho particular en desacato al artículo 13 constitucional.<sup>54</sup>

El referido ejemplo nos muestra cómo los órganos internacionales de protección de los derechos humanos convencionales (como la CrIDH), generan un discurso constitucional que interactúa con el discurso constitucional de los tribunales nacionales. Y en esta interacción, los contenidos de los derechos constitucionales se van definiendo a partir de impulsos internos y externos.

## 2. Democracia

Como ya mencionamos, México suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981; pero no reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino hasta el 16 de diciembre de 1998. Estos pasos han implicado la inmersión del país en una diferente y nueva dinámica para la interpretación y aplicación de los derechos humanos por parte de los tribunales nacionales. En algunos casos, esta dinámica incluso ha producido cambios al texto de la Constitución, como se podrá ver a continuación, a partir del examen del caso *Castañeda vs. México*.

<sup>54</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, 10a. época, libro XVIII, t. 1; marzo de 2013, p. 366.

El 5 de marzo de 2004, Jorge Castañeda Gutman solicitó ser registrado ante el director ejecutivo de Prerrogativas y Partidos Políticos del Instituto Federal Electoral (IFE), como candidato a la Presidencia de la República para las elecciones que tendrían lugar el 2 de julio de 2006; sin embargo, el IFE denegó la solicitud, con el argumento de que el derecho a ser postulado y ser votado para ocupar un cargo de elección popular a nivel federal, sólo podía ejercerse en México a través de alguno de los partidos políticos nacionales que contaran con registro ante el IFE.<sup>55</sup>

Después de impugnar vía amparo la decisión del IFE por atentar contra los derechos políticos del demandante, el caso llegó en revisión a la Suprema Corte (ejerciendo ésta su facultad de atracción), órgano que básicamente confirmó la decisión del Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal en el sentido de que el amparo era improcedente, ya que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución era la acción de inconstitucionalidad (artículo 105, fracción II, párrafo tercero de la Constitución).

Ante esta decisión, Castañeda Gutman decidió llevar su caso a los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Eventualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) presentó una demanda ante la CrIDH, alegando, entre otras cosas, la ausencia de un recurso simple y efectivo en el sistema jurídico mexicano para impugnar la constitucionalidad de decisiones que resulten violatorias del derecho a participar en el gobierno y el impedimento así creado para que el señor Castañeda fuese registrado como candidato independiente a la Presidencia de la República. Para la Comisión, esto constituía una violación al derecho protegido por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (derecho a la protección judicial), en

<sup>55</sup> El IFE también fundamentó la denegación de la solicitud de Castañeda en el artículo 177, párrafo 1, inciso e) del Código Federal de Instituciones y Procesos Electorales (COFIPE), según el cual el plazo para el registro de candidaturas para presidente de los Estados Unidos Mexicanos abarca del 1o. al 15 de enero del año de la elección. El señor Castañeda había presentado su solicitud el 5 de marzo de 2004, es decir, fuera del plazo indicado por la ley.

relación con la obligación del Estado de respetar *erga omnes* la Convención.<sup>56</sup>

Eventualmente, la CrIDH concluyó lo siguiente:

131. Dado que el recurso de amparo no resulta procedente en materia electoral, la naturaleza extraordinaria de la acción de inconstitucionalidad y la inaccesibilidad e ineffectividad del juicio de protección para impugnar la falta de conformidad de una ley con la Constitución, en la época de los hechos del presente caso no había en México recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención Americana. En razón de ello, la Corte concluye que el Estado no ofreció a la presunta víctima un recurso idóneo para reclamar la alegada violación de su derecho político a ser elegido y, por lo tanto, violó el artículo 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Castañeda Gutman.<sup>57</sup>

De esta manera, la CrIDH encontró que México había violado el derecho a protección judicial contenido en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en detrimento de Castañeda Gutman, por lo cual dispuso que:

El Estado debe, en un plazo razonable, completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legis-

<sup>56</sup> Artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos: 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>57</sup> CrIDH, Sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. México*, 6 de agosto de 2008, pfo. 131.

lación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano de acuerdo con lo previsto en la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, de manera que mediante dicho recurso se garantice a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido, en los términos de los párrafos 227 a 231 de la presente Sentencia.<sup>58</sup>

Es importante recalcar que la CrIDH ordenó a México “completar la adecuación de su derecho interno a la Convención”, debido a que en el tiempo en que dicha Corte estaba conociendo del caso, México aprobó (en anticipación a la sentencia de la CrIDH) la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, que regresó al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) la facultad ejercer el control de constitucionalidad de leyes electorales en casos concretos.<sup>59</sup> De esta manera, el artículo 99 de la Constitución mexicana fue adicionado en 2007 con dos párrafos que a continuación se enuncian:

Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>58</sup> *Ibidem*, punto resolutivo 6.

<sup>59</sup> Decimos que se “regresó” al TEPJE este poder, porque se le había quitado a través de una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en mayo de 2002 había decidido que la Constitución no permitía al TEPJF ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes electorales, en casos de actos y resoluciones en que éstas hubieran sido aplicadas, ya que el único control de constitucionalidad de leyes permitido por la Constitución era el control con efectos generales de competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia a través de la acción de inconstitucionalidad. Véase Tesis de jurisprudencia 25/2002, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial y su Gaceta*, Pleno, 9a. época, t. XXXI, enero de 2010, p. 20. Esta tesis quedó sin efecto por virtud de la reforma constitucional al artículo 99 de la Constitución, publicada el 13 de noviembre de 2007.

Cuando una sala del Tribunal Electoral sustente una tesis sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto de esta Constitución, y dicha tesis pueda ser contradictoria con una sostenida por las salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, cualquiera de los ministros, las salas o las partes, podrán denunciar la contradicción en los términos que señale la ley, para que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decida en definitiva cuál tesis debe prevalecer. Las resoluciones que se dicten en este supuesto no afectarán los asuntos ya resueltos.

Como puede observarse, la apertura hacia el sistema interamericano de derechos humanos ha tenido ya un impacto directo sobre un elemento asociado al principio constitucional democrático: el que tiene que ver con los mecanismos de protección judicial de los derechos políticos de los mexicanos.

Por otro lado, debo mencionar también que desde 2001, México participa como Estado observador en la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia, vinculada al Consejo de Europa) y, desde febrero de 2010, pertenece formalmente a este organismo europeo. Asimismo, recientemente México sometió al escrutinio de la Comisión de Venecia su normativa en materia electoral.

En efecto, apenas el 15 de junio de 2013 la citada Comisión reconoció el avance democrático de la legislación mexicana así como el desempeño del Instituto Federal Electoral y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en los procesos electorales. Pero también hizo recomendaciones: que la prohibición de compra de tiempo en radio y televisión para propaganda política no limite la libertad de expresión; simplificar la ley electoral y analizar la reelección inmediata de legisladores; elevar las multas contra los partidos; legislar el derecho de réplica, reforzar la participación de las mujeres en la vida política y ampliar el pluralismo en medios; recomendó también reformar su ley electoral e introducir “la posibilidad de anular las elecciones presidenciales en caso de violaciones sustanciales en la jornada electoral”. Igualmente recomendó revisar las disposiciones rela-

tivas a la prohibición de la denigración de los partidos políticos o los candidatos, ya que “pueden conducir a la censura de las declaraciones críticas con el gobierno o que llaman a un cambio constitucional”. Ello, añade el texto proveniente de dicha Comisión, “es la esencia del debate democrático”. Y se recomendó el establecimiento de “una manera más clara y concisa para los límites de los gastos de los partidos políticos”.

Por último, no puedo dejar de mencionar en este apartado la llamada “cláusula democrática”, misma que de manera general, puede definirse como una condición para establecer y mantener relaciones de cooperación entre dos o más Estados: esas relaciones solamente son posibles si los Estados respectivos cumplen con los elementos que califican a un régimen político como democrático.

La primera vez que el gobierno de México aceptó este tipo de cláusula en algún instrumento internacional, fue en el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación (Acuerdo Global) entre México y la UE.<sup>60</sup>

En efecto, el artículo 1o. de dicho Acuerdo dispone:

#### Artículo 1o. Fundamento del Acuerdo

El respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales, tal y como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.

Ahora bien, desde la perspectiva mexicana, la discusión sobre aceptar o no la cláusula democrática en el referido tratado se dio en torno a la compatibilidad o incompatibilidad de dicha cláusula con el principio de no intervención que por décadas ha guiado a la política exterior mexicana. A su vez, ese principio está vinculado

<sup>60</sup> Suscrito el 8 de diciembre de 1997. Posteriormente el Estado mexicano suscribió la Declaración de la ciudad de Quebec de 22 de abril de 2001 (en el marco de la Tercera Cumbre de las Américas); y la Carta Democrática Interamericana de 11 de septiembre de 2001 (en el marco de la Organización de Estados Americanos). Ambos instrumentos incluyen la cláusula democrática.

a una doctrina que por décadas fue el eje de la las relaciones exteriores de México: la Doctrina Estrada.<sup>61</sup>

Esta doctrina consistió, por un lado, en rechazar la práctica de reconocer o no los gobiernos que llegan al poder por un medio que no es el previsto en la Constitución, bajo la idea de que dicha práctica había sido empleada por gobiernos de algunos Estados poderosos para obtener ventajas de países débiles. Por otro lado, la doctrina postulaba que el gobierno de México se habría de limitar a mantener o retirar, cuando lo creyese procedente, a sus agentes diplomáticos, y a continuar aceptando cuando también lo considerase procedente, a los similares agentes diplomáticos que las naciones respectivas tuviesen acreditados en México, sin calificar, ni precipitadamente ni *a posteriori*, el derecho que tengan las naciones extranjeras.

De manera interesante y con detalle, Ana Covarrubias narra cómo el proceso de negociación del acuerdo con la UE ilustra la tensión que se dio entre la resistencia y el cambio con respecto a la cláusula democrática y el principio de no intervención desde la visión del gobierno mexicano, si bien eventualmente este último decidió aceptarla. Explica la autora que al iniciarse las negociaciones, la redacción de la cláusula generó diferencias entre las dos partes, de la siguiente forma: mientras la UE insistía en la leyenda: “el respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales... inspira políticas interna e internacionales de las partes y constituye un elemento esencial del presente acuerdo”, el gobierno mexicano pretendía eliminar la parte de política interna e incluir un párrafo en el cual se citaran la soberanía nacional y la autodeterminación del pueblo de México.<sup>62</sup>

En el gobierno mexicano había inquietudes acerca del grado de vinculatoriedad de la cláusula democrática y sus consecuencias

<sup>61</sup> Genaro Estrada fue secretario de Relaciones Exteriores de México entre 1930 y 1932.

<sup>62</sup> Covarrubias Velasco, Ana “La cláusula democrática”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, núms. 62 y 63, pp. 63-77, [www.sre.gob.mx/revistadigital/images/stories/numeros/n62-63/covarrubias.pdf](http://www.sre.gob.mx/revistadigital/images/stories/numeros/n62-63/covarrubias.pdf)

en la vida política del país, así como el tema de la “no ejecución” unilateral del tratado en caso de violación de la cláusula. Covarrubias refiere que en aquella discusión, un ex secretario de Relaciones Exteriores de México, Bernardo Sepúlveda, afirmaba que la posibilidad de suspender la vigencia, o la denuncia del acuerdo, creaba un clima desfavorable para la cooperación económica y el intercambio comercial, además de que permitía evaluaciones o declaraciones sobre la política interna de México por parte de la UE, que también contradecían los principios de soberanía y de no intervención, criterios esenciales de la doctrina diplomática mexicana.<sup>63</sup>

A final de cuentas prevaleció la idea en el gobierno mexicano de que la cláusula no representaba una presión para México, pues el país ya tenía democracia y una política favorable a los derechos humanos. Aun así, el gobierno mexicano incluyó una declaración unilateral en el acta final de los acuerdos, en los que hizo referencia a los principios tradicionales de la política exterior mexicana, entre ellos el principio de no intervención.

El texto de la declaración es el siguiente:

La política exterior de México se fundamenta en los principios que consagra su Constitución:

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.

La lucha por la paz y la seguridad internacionales.

Por su experiencia histórica y el supremo mandato de su Constitución política, México expresa su plena convicción de que sólo la observancia plena del derecho internacional es fundamento de la paz y del desarrollo. Manifiesta, asimismo, que los principios de convivencia de la comunidad internacional, como se expresan en la Carta

<sup>63</sup> *Idem.*

de las Naciones Unidas, los principios enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principios democráticos, son guía permanente de su participación constructiva en el quehacer internacional y son el marco de referencia en su relación con la comunidad y sus Estados miembros, regida por el presente Acuerdo, o en su relación con cualquier otro país o grupo de países.<sup>64</sup>

Para concluir este apartado, simplemente hemos de reiterar la idea relativa a la forma en que la dinámica del principio democrático, como un principio fundamental previsto en la Constitución mexicana, está influida por la apertura hacia regímenes internacionales como los que aquí se han mencionado.

### 3. *Sistema federal*

Los tribunales arbitrales del TLCAN pueden ser vistos como nuevos sitios de autoridad que reclaman capacidad regulatoria, así como autoridad jurídico-normativa superior y de última instancia, por la vía adjudicativa, en materias que tradicionalmente han pertenecido al Estado (v. gr., la resolución de disputas derivadas del ejercicio de las potestades administrativas en temas de comercio exterior y protección de las inversiones y propiedades de las personas). Específicamente, podemos afirmar que los tribunales arbitrales de capítulo 11 del TLCAN (respecto a la protección de la inversión extranjera), tienen la capacidad de establecer los

<sup>64</sup> *Acta final, relativa al Acuerdo de asociación económica, concertación política y de cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos Mexicanos; al Acuerdo interino sobre comercio y cuestiones relacionadas con el comercio entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos Mexicanos; y a la Declaración conjunta entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos Mexicanos.* 8 de diciembre de 1997. Cabe señalar que todos los principios contenidos en esta declaración unilateral de México, se encuentran incorporados en el texto de la fracción X del artículo 89 de la Constitución, desde la reforma publicada el día 11 de mayo de 1988. Con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, se añadió otro principio: el respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos. Se trata de principios que debe seguir el Ejecutivo federal en la conducción de la política exterior de México.

límites y marcos para el despliegue de la actividad administrativa de los tres niveles de gobierno del sistema federal mexicano, en cualquier materia que tenga el potencial de afectar inversiones extranjeras. El alcance de esta potestad es bastante amplio, si se considera no solamente el número de materias en que las autoridades administrativas nacionales pueden llegar a realizar este tipo de afectación, sino también el tipo de consideraciones de interés público que pueden estar involucradas en la decisión administrativa respectiva, por ejemplo, salud pública, protección del medio ambiente, asentamientos humanos y planeación urbanística, entre otras. Esto, a su vez, rompe con otra de las premisas básicas del modelo tradicional, que todo lo resuelve dentro del Estado (es decir, el Estado como único ente con capacidad regulatoria, dentro del territorio respectivo). Asimismo, tiene una dimensión que afecta al principio democrático, pues el esquema limita la capacidad de una comunidad para definir de manera autónoma un tema de interés público y protegerlo mediante regulación administrativa.

Los laudos de capítulo 11 pueden verse como ejercicio de poder público supranacional, pues condicionan interacciones sociales y conductas en temas de inversión extranjera, derechos de propiedad, ejercicio de poder de expropiación y competencias entre autoridades federales y locales mexicanas. En este sentido, podemos mencionar que a través de los laudos arbitrales del capítulo 11 del TLCAN (inversión extranjera), actos administrativos de autoridades mexicanas se pueden impugnar sacando la disputa del terreno jurídico nacional y llevándolo a un tribunal externo, que puede decidir sobre temas de la Constitución doméstica (expropiación, propiedad, distribución de competencias).

El caso Metalclad es bastante ilustrativo de lo que Azuela ha denominado una “nueva geografía” del sistema jurídico mexicano,<sup>65</sup>

<sup>65</sup> Azuela, Antonio, “Olor a nafta: El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. I: *Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, UNAM, 2010, pp. 1-66.

a saber: después del laudo de un tribunal arbitral del TLCAN que condenó al Estado mexicano a pagar una cuantiosa indemnización a la actora, un tribunal canadiense, de la provincia Columbia Británica, termina decidiendo en revisión del referido laudo, un asunto que requiere del examen e interpretación de temas vinculados con la distribución de competencias del sistema federal mexicano, el derecho de propiedad y el poder de expropiación, todos ellos, temas constitucionales. Estamos así ante una especie de “control de constitucionalidad en sede externa”, lo cual es verdaderamente novedoso en nuestro derecho.

En efecto, los posibles impactos de la apertura hacia el régimen del TLCAN pueden observarse a partir del caso *Metalclad vs. México*. (ARB(AF)/97/1), resuelto en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Mecanismo Complementario). En dicho caso, el propósito de Metalclad era desarrollar y operar un confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, en el municipio de Guadalcázar, estado de San Luis Potosí. Esto implicaba la obtención de diversos tipos de permisos, de parte de autoridades del nivel federal, estatal y municipal. Según se reconoció en el laudo, el gobierno federal mexicano había otorgado ya permisos federales de construcción y operación para el confinamiento y el gobierno de San Luis Potosí había otorgado un permiso de operación que implicó su apoyo político para el proyecto de confinamiento. Pero el municipio de Guadalcázar negó el permiso de construcción del confinamiento haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos.

Este último fue uno de los puntos centrales del caso en el siguiente sentido: además de los mencionados permisos que ya habían sido otorgados por los gobiernos federal y estatal, ¿se requería un permiso municipal para la construcción del confinamiento de residuos peligrosos?

Ante esta duda, el tribunal arbitral emprende un examen de la normativa mexicana en materia ambiental, y encuentra que dicha

materia está sujeta a un régimen de “facultades concurrentes”. Bajo este tipo de régimen, una ley federal se encarga de distribuir competencias a los tres niveles de gobierno en relación con la materia ambiental. Esa Ley es la General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988, que expresamente otorga a la Federación la facultad de autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos. Asimismo, el tribunal arbitral concluyó que la referida Ley limita las facultades del estado de San Luis Potosí en materia de medio ambiente a aquellas no expresamente otorgadas al gobierno federal; y que limita también las facultades del municipio en materia de medio ambiente a lo relativo a residuos no peligrosos. Por otra parte, el tribunal arbitral encontró que el artículo 115.V de la Constitución mexicana establece como facultad del municipio el otorgar licencias y permisos de construcción.

El tribunal arbitral razonó que la competencia de la autoridad federal regulaba lo que se refiere a evaluaciones y valoraciones en materia de residuos peligrosos y que la autoridad del municipio comprendía únicamente lo referente a consideraciones de construcción. Por lo tanto, el tribunal concluyó que la negativa del municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, había sido inadecuada, como lo había sido también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.

De esta manera, el tribunal arbitral concluyó que México no había cumplido con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Y que estas circunstancias en su totalidad demostraban una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo, en relación con Metalclad, que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.

Como puede observarse, lo que hizo el tribunal arbitral en el caso Metalclad fue un escrutinio de las reglas de distribución de

competencias del sistema federal mexicano en la materia de medio ambiente. La conclusión del laudo respectivo en el sentido de que en dicho sistema había existido falta de orden (lo que había afectado el derecho del inversionista a recibir un trato justo y equitativo), no solamente fue parte del fundamento para condenar al Estado mexicano en el referido caso.<sup>66</sup> También puede ser visto como una sugerencia de reordenación de la fórmula de distribución, a fin de evitar condenas contra México en casos similares en el futuro.

Por otra parte, la apertura del Estado mexicano al sistema interamericano de derechos humanos ha tenido un impacto sobre otro aspecto del sistema federal mexicano: el federalismo judicial. Esto es así porque, como ya mencionamos arriba, la “recepción” que la Suprema Corte de Justicia de México (SCJ) ha hecho de las sentencias de la Corte Interamericana (en especial a través de la decisión de la SCJ en el expediente Varios 912/2010), se han fijado nuevas coordenadas en el tema de derechos humanos. Y entre las novedades está el hecho de que la SCJ ha determinado que todos los juzgadores del país (federales y de las entidades federativas) están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Según la SCJ —ya mencionamos esto arriba, pero consideramos necesario reiterarlo— el control difuso (de constitucionalidad y convencionalidad) debe realizarse entre las normas de derecho interno, en relación con la Constitución federal y la mencionada Convención, tomando en cuenta no solamente su texto sino también a la interpretación realizada por la Corte Interamericana. En ese sentido, el alto tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución federal o los tratados internacion-

<sup>66</sup> La condena ascendió a 16 millones de dólares.

les, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal.<sup>67</sup>

Pues bien, esta resolución de la SCJ rompe con un esquema de control concentrado, que por décadas negó a los jueces de las entidades federativas ejercer un control de constitucionalidad de las leyes que aplicaban en los casos concretos de los que conocían. Como se sabe, dicho esquema estaba consagrado en dos tesis de jurisprudencia de la SCJ, identificadas como P/J. 73/99 y P/J. 74/99:

#### CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

La supremacía constitucional se configura como un principio substancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres poderes de la Unión deben observar la ley suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa *ex profeso*, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.<sup>68</sup>

#### CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

El texto expreso del artículo 133 de la Constitución federal previene que “Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Consti-

<sup>67</sup> Comunicado 127/2011 de 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>68</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18. tesis de jurisprudencia P/J. 73/99.

tución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este alto tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto.<sup>69</sup>

Ahora bien, las “nuevas coordinadas” en materia de derechos humanos que ahora existen en México, llevaron a que el ministro presidente de la SCJ presentara la solicitud de modificación de las dos tesis de jurisprudencia arriba anotadas,<sup>70</sup> misma que se discutió y votó en la sesión del Pleno de 25 de octubre de 2011. El razonamiento central de dicha solicitud fue el siguiente:

En ese tenor, a juicio de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, el criterio plasmado en las tesis jurisprudenciales cuya modificación se solicita ha perdido su asidero constitucional, ya que los mandatos constitucionales contenidos en los párrafos segundo y tercero antes transcritos dan lugar a concluir, atendiendo al principio de supremacía constitucional derivado de lo previsto en los artículos 15, 29, párrafo último, 40, 41, párrafo primero y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que los jueces del Estado mexicano, al conocer de los asuntos de su competencia, deben hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos en esa norma fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea

<sup>69</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, pleno, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5, tesis de jurisprudencia P./J. 74/99.

<sup>70</sup> Solicitud de cambio de jurisprudencia 22/2011.

parte, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan preverse en los ordenamientos que les corresponda aplicar para resolver los asuntos de su competencia.<sup>71</sup>

Por unanimidad de 11 votos, el Pleno de la SCJ determinó que quedaran sin efecto las referidas tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99. Con esta resolución, se ha despejado el camino para una modificación estructural y de alto calado del federalismo judicial mexicano, en el sentido de una decidida apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, que ahora será, junto con la Constitución, parámetro para el ejercicio de control de regularidad normativa del sistema jurídico mexicano, a cargo de todos los jueces, federales y de las entidades federativas.

#### 4. *Estado laico*<sup>72</sup>

La reforma constitucional publicada el 30 de noviembre de 2012, define expresamente al Estado mexicano como laico. En mi opinión, ya desde antes de la referida reforma podía entenderse perfectamente que el Estado mexicano era laico. Ese fue precisamente uno de los objetivos principales de las luchas del liberalismo mexicano en el siglo XIX, que eventualmente llevó a la Constitución de 1857 y las “Leyes de Reforma”. Principio que fue ratificado por el Constituyente de Querétaro en 1917. De manera más precisa, considero que el carácter laico del Estado mexicano, como principio constitucional fundamental, podía derivarse del artículo 3o. constitucional (la educación que imparta el Estado será laica y por tanto se mantendrá ajena a cualquier doctrina re-

<sup>71</sup> Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, pleno, Décima Época, libro III, diciembre de 2011, p. 536.

<sup>72</sup> Serna de la Garza, José Ma., “Laicidad y derecho internacional de los derechos humanos”, en Salazar, Pedro y Capdevielle, P. (coords.), *Colección de Cuadernos Jorge Carpizo, Para Entender y Pensar la Laicidad*, México, UNAM, núm. 20, 2013.

ligiosa), del artículo 24 y del 130 de la Constitución mexicana (tanto en su versión original como en el texto reformado en 1992).

Ahora bien, ¿por qué decidió el poder reformador de la Constitución plasmar de manera expresa el carácter laico del Estado mexicano? La respuesta solamente puede encontrarse en la historia reciente de conflictos entre dos posturas que desde hace ya varios años se vienen enfrentando en diferentes escenarios de la vida política y constitucional del país. En mi opinión, esta serie de conflictos inicia en 1992, cuando varias de las reglas constitucionales contenidas en los artículos 3o. y 130 de la Constitución fueron modificadas. Entre otras cosas, y como bien se sabe, con las reformas de aquel año la personalidad jurídica de todas las iglesias fue reconocida. Además, con ellas los ministros de culto adquirieron el derecho a votar en los procesos electorales (si bien no gozan del derecho de voto pasivo). Asimismo, con la reforma de 1992 el deber de las escuelas privadas de impartir educación laica en los niveles de enseñanza primaria, elemental y superior fue eliminado, así como la prohibición de las corporaciones religiosas y ministros de culto de participar en la creación o administración de escuelas primarias.

Hubo razones políticas que explican estas reformas: la elección de 1988 fue muy disputada y controvertida, y terminó con acusaciones de fraude electoral y la sombra de ilegitimidad de quien resultara ganador (Carlos Salinas). Bajo estas circunstancias, una vez en la presidencia, el titular del Ejecutivo buscó estrategias para contrarrestar su debilidad política original: al parecer, el presidente de la República decidió hacer una concesión a una fuerza social y política clave, como es la Iglesia católica, capaz de generar importante apoyo político. De esta manera, la reforma constitucional de 1992 puede entenderse como una importante respuesta a algunas de las demandas históricas de la jerarquía católica.

Como ha explicado Blancarte, la reforma de 1992 ha permitido a las iglesias adoptar una relación diferente con el Estado. La carencia de personalidad jurídica en el esquema anterior les limitó enormemente y les dejó en situación de vulnerabilidad, sujetas

como estaban a la discrecionalidad de las autoridades en la materia.<sup>73</sup> Sin embargo, hoy día pueden actuar en política sin temor y con pocos límites, y pueden desplegar su considerable influencia social para hacer avanzar su agenda (particularmente la Iglesia católica por la fuerza que ésta tiene en comparación con otras asociaciones religiosas). Esto puede ser observado específicamente en el conflicto sobre el aborto,<sup>74</sup> y en la controversia sobre la llamada “píldora del día siguiente”.<sup>75</sup>

No es este el espacio para hacer un análisis de estos casos. Simplemente nos limitaremos a mencionar que en la argumentación jurídica sobre libertad religiosa y Estado laico en México, empieza a aparecer el elemento internacional. Tal fue el caso, por ejemplo, de los argumentos presentados por quienes impugnaron la decisión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las 12 semanas después de la concepción. La PGR y por el presidente de la CNDH, alegaron que la ley impugnada era contraria al derecho a la vida del producto de la concepción previsto en la Constitución general (según su dicho), así como a una serie de instrumentos internacionales ratificados por México, como la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de

<sup>73</sup> Blancarte, R., “Churches, Believers, and Democracy”, en Selee, A. y Peshard, J. (eds.), *Mexico’s Democratic Challenges, Politics, Government and Society*, Washington-Stanford, Woodrow Wilson Center Press-Stanford University Press, 2010, p. 293.

<sup>74</sup> En mayo de 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aprobó una reforma al Código Penal y a la Ley de Salud, ambas del Distrito Federal para despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las 12 semanas después de la concepción. La reforma fue impugnada a través de dos acciones de inconstitucionalidad (146/2007 y 147/2007), presentadas por la Procuraduría General de la República y por el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

<sup>75</sup> En mayo de 2010, el gobernador de Jalisco interpuso una controversia constitucional (54/2009) contra la norma oficial federal sobre salud (número 046) que establecía la obligación de las autoridades estatales de salud de ofrecer a toda mujer que hubiese sido víctima de violación, la llamada “píldora del día siguiente” (como un método anticonceptivo de emergencia).

## Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En contraste con estos argumentos, una mayoría de ocho ministros de la Suprema Corte decidió que:

- a. El derecho a la vida no estaba expresamente establecido en la Constitución.<sup>76</sup>
- b. Ningún instrumento internacional ratificado por México reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni determina el momento específico en el que el deber de proteger tal derecho comienza; lo que hacen dichos instrumentos es establecer una serie de garantías para prohibir la privación arbitraria de la vida y reglas para prohibir la pena de muerte.
- c. El artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser entendido en el sentido de que establezca el derecho a la vida del producto de la concepción, desde el momento de ésta. Este artículo dispone que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Para la mayoría de la Corte, el término “en general” fue introducido en este artículo para propiciar la ratificación de la Convención Americana tanto por los Estados que querían proteger la vida desde el momento de la concepción, como por aquellos que no querían hacerlo desde ese momento.
- d. Además, la mayoría de la Corte señaló que cuando México había ratificado la Convención en 1981, había formulado una declaración interpretativa sobre el tema a discusión, en los siguientes términos:

<sup>76</sup> Este argumento, que sorprendió a muchos, es ejemplo del formalismo con el que en muchas ocasiones se ha manejado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus decisiones.

- e. “Con respecto al párrafo 1 del artículo 4o. considera que la expresión ‘en general’ usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los estados”.<sup>77</sup>
- f. No existe mandato alguno en la Constitución o en ningún instrumento internacional ratificado por México que establezca la obligación de las legislaturas federal o de las entidades federativas de criminalizar el aborto. Además, la existencia de derechos fundamentales no implica el deber de criminalizar una conducta que les afecte. Así, incluso si se aceptase que la vida está constitucionalmente protegida, esto no significa que las legislaturas tienen el deber de imponer una sanción penal en relación con conductas que afecten la vida. El legislador democrático puede despenalizar aquellas conductas que de acuerdo con su juicio no merecen más estar castigadas con una sanción penal.
- g. El derecho a la vida puede ser regulado por la correspondiente legislatura, de conformidad con sus competencias y facultades: la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene la facultad de aprobar y reformar su Código Penal; y bajo el régimen de concurrencia en el ámbito de salud, dicha Asamblea tiene la facultad de regular la atención médica a la mujer durante el embarazo, así como definir las medidas de planificación familiar que considere pertinentes.

Por todas estas razones, la reforma legal impugnada fue declarada constitucional. Pero tratando de ver más allá de estas disputas constitucionales específicas, considero que en los próximos años veremos una serie de conflictos por darle un contenido más preciso al concepto de Estado laico, ahora incorporado al texto

<sup>77</sup> El 26 de septiembre de 2011 el presidente Felipe Calderón (del PAN) presentó ante el Senado una propuesta para retirar la declaración interpretativa en relación con el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

constitucional. En el entendido de que detrás de esos conflictos veremos siempre ideologías y actores precisos, que tienen interpretaciones distintas de la historia de México, así como visiones diversas acerca del presente y el futuro del país (y del papel de la religión en la elaboración de políticas públicas). Pero también veremos cómo se entrelazan los contenidos de la Constitución mexicana con los dos instrumentos básicos que establecen los estándares convencionales de la libertad de conciencia y de religión: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos o PIDCP (artículo 18);<sup>78</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos o CADH (artículo 12).

Cabe aclarar, no obstante lo anterior, que hoy por hoy no existen estándares definidos en el sistema interamericano sobre la libertad de creencias y de religión. Los precedentes sobre el tema en el sistema interamericano son más bien escasos. Como afirma Fernando Arlettaz, los dos órganos fundamentales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Comisión y la Corte, se han referido en su actividad a la libertad religiosa. La Corte lo ha hecho en un caso contencioso;<sup>79</sup> y la Comisión ha

<sup>78</sup> Es importante recordar en cuanto a esta libertad la Observación General núm. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 18. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

<sup>79</sup> Se trata del caso “La última tentación de Cristo” (caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*). Como se recordará, en su consideración sobre la libertad religiosa, la Corte expresó: “79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La última tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias”. En relación con la libertad de expresión, la Corte encontró probado que en Chile existía un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica había prohibido en principio la

analizado el estado de la libertad religiosa en el continente americano a través tanto de sus informes anuales como de los específicos en relación con determinados países y de los casos puestos a su consideración a partir de comunicaciones de particulares, entre otros documentos.<sup>80</sup>

Pero regresando a la problemática mexicana, cabe señalar que en rigor técnico, la reforma constitucional de 30 de noviembre de 2012 que define a la República mexicana como laica, no era necesaria, puesto que dicho carácter ya podía desprenderse perfectamente de diversos artículos de la Constitución. Sin embargo, las Constituciones no se reforman únicamente por razones y consideraciones técnicas. Como documento jurídico-político que la Constitución es, dicha reforma expresa una inquietud política de parte de un amplio sector de la sociedad mexicana (tan amplio como lo permite suponer el tamaño de los consensos que se requieren para reformar la Constitución, con mayorías calificadas en ambas cámaras del Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas estatales).

La referida inquietud política se da en el contexto de una serie de conflictos entre la jerarquía católica y diversos sectores y actores de la sociedad mexicana en relación con los temas del aborto, la “píldora del día siguiente”, la clonación terapéutica y la legalización de la unión de personas del mismo sexo, entre otros. Con la adición constitucional, el poder revisor de la Constitución buscó, entre otras cosas, evitar que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos e impedir cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales.

exhibición de la película “La última tentación de Cristo, por lo cual consideró que el Estado chileno había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana. Sentencia del 5 de febrero de 2001.

<sup>80</sup> Arlettaz, Fernando, “La libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año I, núm. 1, 2011, p. 39.

Ahora bien, como ya afirmamos, a partir de la adición constitucional de 30 de noviembre de 2012, la noción de Estado “laico” será un parámetro de control de la constitucionalidad de normas generales y de actos de autoridad del sistema jurídico mexicano. Pero ese concepto ha entrado a formar parte de un sistema de reglas y principios contenidos en la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en México, que habrán de influir en la determinación de su significado. En el futuro veremos más episodios del enfrentamiento entre las posturas que se han opuesto en los temas de salud pública, derechos reproductivos, derecho familiar como los que arriba hemos reseñado, pero lo harán en un marco novedoso.

Novedoso, porque ahora el concepto expreso de República laica está en la Constitución, y también porque estamos ante el surgimiento de un nuevo paradigma de los derechos humanos en nuestro país, en el cual el derecho internacional de los derechos humanos habrá de jugar un papel muy importante, junto con los derechos previstos en la Constitución. Veremos entonces la continuación de los conflictos, en una especie de lucha por definir el contenido y alcance del carácter laico de la República, así como de las libertades de conciencia y de religión tal y como están previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte. En esta lucha, consideramos que el tema de cuáles son los límites legítimos que el derecho internacional de los derechos humanos admite sobre las referidas libertades, ocupará un lugar preponderante.

##### *5. Propiedad de la nación sobre los recursos minerales: el caso del petróleo*

La Constitución de 1917 dispuso que toda la riqueza mineral del país estaría bajo el “dominio directo” de la nación.<sup>81</sup> Esta definición revirtió la legislación preexistente, misma que otorgaba

<sup>81</sup> Artículo 27, pfo. 4 de la Constitución.

la propiedad del subsuelo, y específicamente de los yacimientos petrolíferos a quien fuera propietario de la superficie. Sin embargo, desde 1917 en adelante la aplicación del artículo 27 fue suavizada bajo presión extranjera: el presidente Carranza permitió a las compañías petroleras continuar con sus actividades como si no hubiera habido ningún cambio en la normativa.<sup>82</sup> Así sucedió con el petróleo y el resto de los hidrocarburos, hasta 1938, año en el que la industria petrolera, en manos de un grupo de empresas extranjeras (Estados Unidos, Reino Unido y Holanda), fue expropiada por el presidente Lázaro Cárdenas.

La expropiación del petróleo fue el resultado de la escalada de un conflicto entre los trabajadores de la industria petrolera y las empresas extranjeras. Los primeros exigían mejores condiciones de trabajo, mientras que las segundas se resistían alegando falta de recursos para satisfacer las demandas de los trabajadores. Después de una serie de huelgas, el presidente Cárdenas se ofreció para mediar el conflicto. Las compañías interpusieron varias demandas ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, buscando que las huelgas fueran declaradas ilegales. Pero la Junta decidió en favor de los trabajadores. A su vez, las compañías petroleras interpusieron un amparo contra la decisión de la Junta, pero la Suprema Corte de Justicia confirmó la decisión, misma que ordenaba a las compañías a pagar a los trabajadores alrededor de 26 millones de pesos por concepto de “salarios caídos”.<sup>83</sup> Las compañías se rehusaron a cumplir con la orden de la Corte, y amenazaron con paralizar la producción de petróleo y con llevarse su capital del país.

Para hacer frente a esta situación, el presidente Cárdenas decidió expropiar todas las reservas e instalaciones de las empresas petroleras extranjeras que operaban en México. El decreto de 18 de marzo de 1938 fue justificado sobre la base de la facultad de

<sup>82</sup> Macmahon, A. W. y Dittmar, W. R., “The Mexican Oil Industry since Expropriation”, *Political Science Quarterly*, vol. 57, núm. 1, 1942, pp. 28-50.

<sup>83</sup> “Salarios caídos” son los que debieron haberse pagado durante el tiempo que duró la huelga.

expropiación por causas de utilidad pública prevista en el artículo 27 de la Constitución. El decreto mencionó la negativa de las compañías a cumplir con un laudo de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, así como los efectos negativos que la actitud de las compañías tendría en las relaciones obrero-patronales en el sector. Asimismo, el decreto se refirió a las consecuencias para la economía nacional en caso de que la producción petrolera fuese paralizada.

En el mismo tono que la expropiación petrolera, el 9 de noviembre de 1940, el artículo 27 de la Constitución fue reformado para prohibir las concesiones en dicho sector. A partir de ese momento, la industria petrolera entera estaría en manos del gobierno federal, a través de la empresa pública creada específicamente para tal propósito: Petróleos Mexicanos (Pemex). A su vez, dicha prohibición fue reforzada el 20 de enero de 1960, con otra reforma al artículo 27, por la que se prohibió no solamente las concesiones sino todo otro “contrato” en la industria petrolera expropiada. Esta reforma fue aprobada porque a través de distintos tipos de contratos, empresas privadas nacionales y extranjeras todavía podrían participar en algunos segmentos de la industria, lo cual iba en contra del espíritu de la reforma de 1940 arriba mencionada.

La expropiación de la industria petrolera puede ser vista como una pieza fundamental de la estrategia del desarrollo económico basada en una creciente intervención del Estado en la economía, misma que fue seguida por los gobiernos mexicanos hasta comienzos de los ochenta del siglo XX. Sin embargo, por una serie de razones, que no hemos de discutir en este espacio, esa estrategia entró en un periodo de agotamiento desde la década de los setenta, colapsando en la década siguiente, tal y como lo muestran la crisis de la deuda de 1982. Ante esta situación, la administración del presidente Miguel de la Madrid (1982-1988) introdujo una serie de reformas económicas que buscaron cambiar la estrategia de desarrollo económico, siguiendo de cerca las recomendaciones de las instituciones financieras internacionales: ajuste estructural, privatización de empresas públicas, devaluación de la moneda, reducción del sector público.

Administraciones posteriores profundizaron las reformas iniciadas por Miguel de la Madrid. Sin embargo, la nueva estrategia de desarrollo económico entró en conflicto con una serie de principios constitucionales que se refieren al control de la nación sobre la riqueza mineral (que era la base de la estrategia anterior). A su vez, este conflicto ha tomado la forma de una serie de confrontaciones ideológicas y políticas sobre cuáles son los criterios adecuados para administrar los recursos naturales de México, lo que ha llevado a diversas batallas legales y judiciales.<sup>84</sup> Dos ejemplos ilustran lo aquí afirmado: uno se refiere a los llamados “contratos de servicios múltiples” diseñados por la administración del presidente Fox (2000-2006), que tenían la finalidad de permitir la participación de inversionistas privados en algunos segmentos de la industria petrolera. El otro tiene que ver con los debates sobre la reforma legislativa del presidente Calderón (2006-2012), que ha buscado introducir una serie de cambios importantes en la industria petrolera para permitir la participación del sector privado.

En el presente ensayo no pretendemos hacer una reseña de los intentos por abrir el sector petrolero a la inversión privada. Simplemente nos limitaremos a dar algunos ejemplos de recomendaciones hechas por organismos de la “gobernanza global”, en el referido sentido. Con ello pretendemos ilustrar la manera en que ciertas instancias internacionales buscan influir en el cambio de políticas públicas en México, lo cual implica cambios en un principio fundamental previsto en la Constitución, como lo es el de la propiedad de la nación sobre los recursos minerales del país.

Por ejemplo, hacia finales de 2006, el Fondo Monetario Internacional (FMI) recomendó a la administración federal que iniciaría su labor a partir del 1o. de diciembre de dicho año, emprender “reformas estructurales ambiciosas”, entre las cuales se encontraba la posibilidad de que el sector privado participara en las inversiones que realiza Petróleos Mexicanos (Pemex) y la modificación del esquema tributario existente en México. Asimismo, y de

<sup>84</sup> Esto también ha sucedido en relación con la industria eléctrica, como veremos más adelante.

manera más específica, el FMI también planteó la conveniencia de modificar la estructura de gobierno de dicha empresa estatal, debido a que, según el organismo, en su forma actual representa una limitación para mejorar su desempeño.<sup>85</sup>

Por su parte, en 2013 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) presentó un estudio en el que ofrece una visión global sobre las fortalezas y debilidades de la economía mexicana, así como recomendaciones para que el país logre un mayor crecimiento y supere el elevado nivel de pobreza. En materia energética, la OCDE sugirió promover un entorno más competitivo con incentivos de mercado que permita elevar la eficiencia de Petróleos Mexicanos (Pemex), lo cual significa permitir la entrada al sector de nuevos participantes (sector privado). La OCDE afirmó que México debe llevar más lejos la reforma energética de 2008 que dio más autonomía y flexibilidad a Pemex, y que convendría aprobar una enmienda constitucional que permita compartir los riesgos y beneficios con el sector privado.<sup>86</sup>

Por último, en febrero de 2013 el Banco Mundial (BM) aseveró la necesidad de una reforma que promueva la seguridad energética nacional, porque —consideró— es lamentable que pese a contar con un amplio potencial de hidrocarburos, el país importe petrolíferos y gas tanto natural como LP. Asimismo, la directora del organismo para México y Colombia, Gloria M. Grandolini, dijo que tal reforma “permitirá fortalecer al sector, promover la seguridad energética y el abasto nacional, además de reducir la vulnerabilidad de la economía mexicana al garantizar un suministro suficiente de energéticos”. Por su parte, Ariel Yépez, economista senior del sector energético del BM, consideró necesarias reformas que permitan complementar las inversiones en el sector con financiamiento proveniente de la iniciativa privada en actividades no estratégicas. Y señaló que la limitación de recursos para

<sup>85</sup> Monitor de IFIs en América Latina, 25 de octubre de 2006, <http://ifis.choike.org/esp/informes/510.html>

<sup>86</sup> CNNExpansión, 16 de mayo de 2013, <http://www.cnnexpansion.com/economia/2013/05/16/pemex-debe-compartir-riesgo-con-ip-ocde>

invertir en la exploración y producción de petróleo y gas y para expandir la capacidad de refinación pondría en riesgo las perspectivas de abastecimiento de hidrocarburos en México en el largo plazo. En este sentido, planteó que la iniciativa privada podría participar en el transporte y distribución de hidrocarburos y atraer mayores fuentes de financiamiento, aumentar la productividad y promover mejores prácticas operativas y comerciales. Por último, la economista anotó que la iniciativa privada puede participar en la generación y distribución de electricidad; producción, transporte, distribución y comercialización de petrolíferos y procesamiento y distribución de gas natural y LP.<sup>87</sup>

Todas estas recomendaciones abogan, en el fondo, por una reforma constitucional, dado que el esquema vigente impide la participación del sector privado en la mayor parte de la industria petrolera. Este esquema deriva de un principio fundamental de la Constitución mexicana, que pronto podría cambiar, en razón de impulsos internos y externos, como los que acabamos de mencionar.

## VI. CONCLUSIÓN

En vista de los desarrollos anteriores, ¿cómo debiéramos entender las estructuras fundamentales del derecho público en México hoy? En mi opinión, el análisis de los puntos de cruce entre los principios fundamentales de la Constitución mexicana y diversos regímenes internacionales en los que el Estado mexicano se encuentra inmerso, nos lleva a concluir que ya no se puede entender el derecho público vigente en el territorio mexicano únicamente a partir de la Constitución. Como ya hemos apuntado, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad. Incluso puede afirmarse que la interpretación y

<sup>87</sup> *El Economista*, 3 de febrero de 2013, <http://eleconomista.com.mx/industrias/2013/02/03/reforma-energetica-disminuiria-vulnerabilidad-economica-bm>

evolución de los principios fundamentales hoy, se insertan en una dimensión supranacional, internacional y comparada.

Lo anterior tiene un impacto sobre el principio de soberanía que, como hemos visto, ha sido la piedra de toque del derecho público mexicano. La narrativa que describe al poder soberano (pueblo)-poder constituyente-Constitución-derecho público (normas y órganos) como si fuera un circuito cerrado, ya no se sostiene en sus términos. El circuito cerrado comienza a dar señales evidentes de apertura, y esto exige revisar las posibles implicaciones en relación con los conceptos de soberanía, poder y autoridad públicos. La doctrina tiene ahora el reto y la responsabilidad de proporcionar una imagen de la soberanía desde la perspectiva de un Estado abierto a regímenes internacionales; apertura que ha tenido la finalidad de fortalecer funciones del Estado en la atención y solución de problemas que el Estado, solo, no puede resolver de manera eficaz.

¿Significa esto que hay que deshacernos del principio de soberanía? De ninguna manera. El principio de soberanía sigue siendo un concepto importante, simplemente porque el Estado nación no está desapareciendo, ni se está disolviendo su poder de regulación y de organización de las conductas sociales en razón de los fenómenos identificados con la globalización. En este sentido, diríamos junto con un importante grupo de investigación de la Universidad de Bremen, que el Estado retiene actualmente sus características básicas como Estado territorial, Estado constitucional, Estado nación democrático y Estado intervencionista, si bien cada vez más comparte responsabilidades en la provisión de seguridad física y jurídica, autodeterminación democrática y bienestar social con instituciones al nivel internacional. En otras palabras, no consideramos que el Estado ha perdido capacidades regulatorias y operacionales, si bien reconocemos que ya no tiene el monopolio sobre su ejercicio. Al parecer, en la mayoría de los casos, los Estados están entrelazados con nuevos sitios de responsabilidad.<sup>88</sup>

<sup>88</sup> Hurrelmann, Achim *et al.* (eds.), *Transforming the Golden-Age Nation State*, MacMillan, 2007, p. 199.

En términos de Held, los Estados siguen siendo actores poderosos, pero ellos mismos han contribuido a la creación de una diversidad de agencias, organizaciones y regímenes internacionales con las que hoy comparten la arena global. Existen además entidades no estatales y organismos transnacionales que también participan intensamente en la política global. Todo esto genera un panorama más complejo del ordenamiento regional y global, que va más allá de versiones convencionales de un orden mundial basado en el Estado y relaciones entre Estados soberanos.<sup>89</sup>

En el caso de México, los efectos de la apertura del Estado se presentan de manera particularmente intensa en el ámbito de los derechos humanos. De esta manera, los órganos internacionales de protección de los derechos humanos convencionales (como la CrIDH), generan un discurso constitucional que interactúa con el discurso constitucional de los tribunales constitucionales nacionales, lo cual permite hablar de pluralismo constitucional.

Desde la perspectiva del discurso, estamos ante un cambio que merece ser señalado. Dicho cambio se refiere a la circunstancia apuntada por Kjoer, en el sentido de que el contexto usual del discurso jurídico había sido hasta tiempos relativamente recientes el Estado nacional y el sistema jurídico nacional. Sin embargo, hoy el discurso constitucional, ya no está confinado al sistema jurídico nacional. Al contrario, se trata de un discurso que cada vez más trasciende las fronteras nacionales.<sup>90</sup>

Con esto, se están sentando las bases para generar cambios en los sistemas jurídicos nacionales y en su lenguaje jurídico-constitucional. Como afirma Kjær:

<sup>89</sup> Held, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, p. 37.

<sup>90</sup> Kjær, Anne Lise, “A Common Legal Language in Europe?”, en Hoecke, Mark Van (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, USA, Hart Publishing, pp. 377-398. En específico, la autora centra su atención en cómo el cambio en el discurso legal puede provocar cambios hacia la convergencia de los sistemas jurídicos nacionales y sus lenguajes en Europa.

Cuando el discurso jurídico se convierte en internacional, cuando la argumentación jurídica ya no está confinada a los sistemas jurídicos nacionales, cuando los actores jurídicos entran en una comunidad interpretativa internacional, se han puesto los cimientos para un cambio en el significado de conceptos jurídicos nacionales que reflejan lo que pasa en un discurso jurídico internacional y transcultural.<sup>91</sup>

Por otra parte, desde la perspectiva de los agentes productores de discurso constitucional, estamos, por un lado, ante un fenómeno de diálogo-competencia en la interpretación de fuentes normativas que se entrecruzan, por regular, en ciertos ámbitos, las mismas materias (Constituciones nacionales y DIDH). Como ya mencionamos, dichos agentes son órganos localizados en distintas sedes, cada uno de los cuales ejerce un control sobre determinada porción o parcela de un esquema complejo de protección de derechos humanos, que se da en niveles distintos. Un esquema en el que, además, ninguno de los órganos involucrados tiene un control total y completo sobre el conjunto, sobre su operación, funcionamiento, eficacia y resultados. Se trata, en suma, de un escenario de pluralismo interpretativo.

Por último, hay que hacer notar la novedad de este contexto en relación con la ciencia jurídico-constitucional, cuyo objeto se encuentra más allá del Estado nacional. En este sentido, se ha venido debilitando la ciencia jurídica-constitucional habitualmente centrada en una sola fuente: la Constitución nacional. Hoy día —como sostiene Armin von Bogdandy respecto de Alemania— el estándar de la investigación de calidad debe afrontar los problemas desde una perspectiva más amplia, que tome en cuenta los regímenes internacionales en los que el Estado mexicano se encuentra inmerso.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 394.

<sup>92</sup> Bogdandy, Armin von, “Historia y futuro del derecho constitucional en Europa”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público*, México, UNAM, 2011, pp. 5 y 6.