

## CAPÍTULO CUARTO

### PROPUESTAS

La propuesta genérica de este trabajo se desprende claramente de todo lo expuesto: concebir conjuntamente transparencia y justicia de manera intrínseca. Pensar ambos derechos en complemento recíproco, positivo e inevitable. Consideramos que su mutuo desarrollo evolucionará sustancialmente si así se les contempla por el Estado en su conjunto, es decir, autoridad y gobernado.

Para ello hemos analizado separadamente en los capítulos primero y segundo la realidad mexicana de los derechos en cuestión, destacando las deficiencias de cada uno, por lo cual ahora ofrecemos propuestas individuales para cada esquema, sin perjuicio de presentar también sugerencias que abarcan problemas comunes simultánea y conjuntamente. Nuestra base es la crítica especializada, principalmente la académica, que ofrece una amplia gama de soluciones a los diversos problemas, producto tanto de la reflexión teórica como de la observación empírica, lo cual pretendemos exponer ordenadamente y complementar con algunas opiniones personales.

A continuación organizamos todo aquello que consideramos conveniente a través de propuestas tanto generales en líneas legislativas como concretas, según la jerarquía normativa y las respectivas materias; es decir, comenzando por la CP, para seguir con la legislación secundaria, precisando los artículos de la primera y los nombres de la leyes cuya reforma o creación se sugiere.

#### I. REFORMAS

Sin perjuicio de los pendientes sobre transparencia apuntados a lo largo del presente trabajo, y cuyas propuestas concretas exponemos más adelante, cabe resaltar su mayor evolución constitucional y legal con respecto al tema jurisdiccional, todas las proporciones guardadas. Por ello, las propuestas apuntarán en mayor medida hacia la urgente reforma en materia de justicia en México, que aunque no es nada nuevo, en los últimos cinco años la proyección del problema ha sido mayúscula. Desde el informe del Relator

Especial de la UNO en 2002 sobre la justicia en México, ya citado en este trabajo,<sup>507</sup> pasando por todos los foros sobre el tema, hasta la Declaración de Jurica y la publicación del *Libro Blanco*, se hace más patente e impostergable que nunca la necesidad de acciones inmediatas al respecto.

Para ser integral, cualquier propuesta de reforma que carezca de bases constitucionales deberá primero contemplar éstas, y pasar, en su caso, al ámbito legislativo. En ese orden hacemos nuestras propuestas.

Asimismo, reiteramos que, conscientes de los inconvenientes y riesgos a corto y mediano plazo que ello implica, nuestra postura es en pro de un voto de confianza en favor de la justicia local, la buena fe procesal, la responsabilidad profesional, que, entre otras cuestiones, permea este trabajo, y por tanto este capítulo propositivo.

### 1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Debido a la existencia de estudios sobre aquello por hacer para actualizar nuestra Constitución, principalmente *La Constitución pendiente* de Miguel Carbonell,<sup>508</sup> que lo hace en forma completa y detallada, intentaremos no reiterar lo ya expuesto en dicha obra y en otras con relación a nuestro objeto de estudio, y sólo puntualizar o dar opiniones adicionales.

Asimismo, comulgamos íntegramente con los catorce puntos de la Propuesta de Reforma del Estado de la SCJN<sup>509</sup> (PRE-SCJN), de los cuales nos atañen en forma particular y directa los números 3. Garantías presupuestales para el Poder Judicial de la Federación; 7. Reconocer a nivel constitucional los instrumentos internacionales de derechos humanos; 8. Recepción de tratados internacionales y ubicación jerárquica de éstos en el orden jurídico mexicano; 9. Modificaciones en materia de amparo; 10. Fortalecer los órganos de impartición de justicia locales; 11. Ampliar el acceso a la justicia;

<sup>507</sup> Informe del Relator Especial ONU, *op. cit.*

<sup>508</sup> Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, p. 177.

<sup>509</sup> Rubros: 1. Facultad de iniciativa para la SCJN y tribunales superiores de justicia de las entidades federativas; 2. Regular o eliminar la facultad de investigación conferida a la Suprema Corte de Justicia; 3. Garantías presupuestales para el Poder Judicial de la Federación; 4. Consolidar el *certiorari* de la SCJN; 5. Modificar el requisito de mayoría calificada del artículo 105; 6. Ampliar la legitimación para iniciar acciones y controversias constitucionales; 7. Reconocer a nivel constitucional los instrumentos internacionales de derechos humanos; 8. Recepción de tratados internacionales y ubicación jerárquica de éstos en el orden jurídico mexicano; 9. Modificaciones en materia de amparo; 10. Fortalecer los órganos de impartición de justicia locales; 11. Ampliar el acceso a la justicia; 12. Fortalecer la legitimidad de la justicia; 13. Fortalecer y profesionalizar el gobierno judicial; 14. Justicia electoral.

12. Fortalecer la legitimidad de la justicia, y 13. Fortalecer y profesionalizar el gobierno judicial.<sup>510</sup>

Destacamos de forma especial la PRE, porque además del nivel de la fuente misma, recoge una participación social sin precedentes, particularmente con respecto a lo judicial, según lo apuntamos en el capítulo segundo al hablar del *Libro Blanco*:

...la Suprema Corte pone a disposición de la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión los 5,844 trabajos recogidos durante la Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano 1, los cuales contienen más de 11,000 propuestas. De igual forma se ofrecen los 34 diagnósticos de percepción ciudadana sobre los principales temas de la Consulta, así como las 34 conclusiones de los foros de reflexión 2.

A lo largo de tres años, la Suprema Corte se dio a la tarea de recabar la opinión de la ciudadanía; convocar a expertos, especialistas y operadores que analizaran y ponderaran las propuestas ciudadanas; proporcionar un marco conceptual para caracterizar a la impartición de justicia en un estado democrático contemporáneo; ubicar el papel que ocupa la reforma judicial en la reforma del Estado y sistematizar las propuestas y conclusiones para elaborar una agenda que permita desarrollar diverso tipo de acciones que propicien una reforma integral y coherente de nuestro sistema de justicia. La integralidad no conlleva ni supone el reformarlo todo, sino el tomar en cuenta, antes de cualquier reforma, al sistema de impartición de justicia en su conjunto. La coherencia implica que las distintas reformas deben estar alineadas con los grandes objetivos de cualquier reforma judicial: ampliar el acceso a la justicia, fortalecer la independencia de los órganos encargados de impartirla y aumentar la eficiencia y eficacia de su desempeño. La gran enseñanza del proceso de consulta, análisis, discusión y construcción de consensos de los últimos cuatro años es que la reforma del sistema de justicia debe tener una visión integral. Sea ésta la primera aportación del Poder Judicial al proceso de Reforma del Estado.

Precisamente esta visión llevó a la Suprema Corte a convocar a todos los impartidores de justicia del país para construir los consensos básicos y a partir de éstos construir una agenda para la reforma judicial, a nivel nacional. Estos esfuerzos han fructificado y hoy la Asociación Mexicana de Órganos Impartidores de Justicia es un organismo de consulta permanente en el cual se fija la postura de los impartidores de justicia del país y se marca el rumbo y el ritmo de la agenda judicial. Las propuestas que aquí se aportan no son

<sup>510</sup> <http://200.38.86.53/PortalSCJN/MediosPub/PropuestasPoderJudicial-ReformasEstado/Propuestas.htm>.

exclusivas de la Suprema Corte, son el resultado de los consensos alcanzados por los impartidores de justicia de todo el país.<sup>511</sup>

Esperamos no exagerar al proponer rango constitucional de ciertas medidas, pero dada la incultura de legalidad en autoridades y gobernados, consideramos indispensable en determinados casos, llegar al máximo nivel para lograr los objetivos propuestos y la resonancia necesaria, pues si bien ya contamos con una base constitucional en materia de transparencia y justicia, falta contundencia en diversos rubros. No es casual que cuando ciertas cuestiones de interés público nacional y local salieron del control, por distintas razones, de los órganos tradicionales de gobierno, se haya dado una proliferación de órganos constitucionales autónomos para actividades que en otros países resultan innecesarios, sencillamente por contar con una cultura democrática más avanzada que la nuestra.

Tampoco es la intención de este trabajo parecer pretencioso al proponer diversas reformas a nuestra ley fundamental, pues cada propuesta es considerada necesaria de manera razonada.

Artículos 6o., 17, 49, 94, 100 último párrafo, 103, 104 I-B, 107, 115 II a), 116 fracción V, y 133.

#### Artículo 6o.

Ya mencionamos en el capítulo primero que la reciente reforma al artículo 6o. representa un avance importante, pero quedó incompleta, por lo que nos atrevemos a proponer el siguiente texto:

Artículo 6o. ...el derecho a la información será garantizado por el Estado.

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal; así como de cualquier particular que preste un servicio público o reciba recursos públicos; es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. [...].

III. [...].

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante los órganos espe-

<sup>511</sup> *Idem.*

cializados con autonomía constitucional creados al efecto, que tendrán a su cargo el cumplimiento del presente artículo, y cuyas resoluciones serán impugnables por la vía contencioso administrativa, salvo cuando el acto combatido provenga del propio órgano jurisdiccional administrativo como sujeto obligado. (Texto actual: Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión).

V. [...].

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales, sin perjuicio de las obligaciones que directamente tengan estas últimas como sujetos obligados.

VII. [...].

Según vimos en el capítulo tercero, la omisión de incluir a los partidos políticos como sujetos obligados fue más que deliberada. No sólo por las características de la explicación (no pedida) en la exposición de motivos de la propia reforma, sino porque se contenía expresamente en una de las propuestas que dio origen a la iniciativa de reforma constitucional, suscrita conjuntamente por los gobernadores de Aguascalientes, Chihuahua, Veracruz, Zacatecas y el jefe de gobierno del Distrito Federal.<sup>512</sup>

Por otra parte, cabe mencionar que este trabajo se comenzó antes de la reforma constitucional mencionada, y con beneplácito encontramos que el artículo 3o. transitorio de la reforma comparte uno de nuestros principales postulados: el complemento informático obligatorio para hacer efectivo el derecho de acceso a la información. Esperamos que esto sea el comienzo de un esquema de información integral, y que pronto logremos que el sistema Infomex, cuya integración hoy es optativa para las entidades, sea obligatoria por disposición constitucional o, con base en el texto vigente, por lo menos legal.

## Artículo 17

Igualmente, en comunión con la PRE de la SCJN en su punto 11:

11. Ampliar el acceso a la justicia:

– Robustecer los sistemas de defensoría pública.

<sup>512</sup>“Artículo 6o. La Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para asegurar el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información, bajo las siguientes bases:

La información en posesión de todos los órganos del Estado y de los partidos políticos es pública...”, [http://www.ifai.org.mx/eventos/2006/Iniciativa\\_Chih.pdf](http://www.ifai.org.mx/eventos/2006/Iniciativa_Chih.pdf).

- Justicia alternativa.
- Procesos colectivos.

Proponemos modificaciones al artículo 17 constitucional en los siguientes términos:

Artículo 17. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de toda persona que garantiza el pleno respeto de todos los demás derechos. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

[...].

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice:

la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones, y la regulación de los derechos procesales en materia de acciones colectivas e intereses difusos.

[...].

#### Artículo 49

La existencia y necesidad de los OCA es innegable e inevitable. Entonces, si ya existen y además son necesarios, resulta indispensable regularlos correctamente desde su fundamento constitucional. Sin excederse y limitándose a las áreas que requieren de autonomía de decisión, con las precauciones y requisitos mencionados en el capítulo anterior, es posible y viable la creación o perfeccionamiento constitucionales de los entes autónomos indispensables. Si bien reconocemos que la mayoría de la población ni siquiera distingue entre lo federal y lo local, no debe ser nuestro parámetro detener el enriquecimiento y diversidad en las facetas de gobierno. Somos optimistas sobre la capacidad de asimilación jurídica de cada vez más habitantes.

Al respecto, Raymundo Gil Rendón hace una propuesta para reformar el artículo 49 constitucional:

Artículo 49. El supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Además de los órganos que lo integran existen otros autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, para un adecuado equilibrio constitucional.<sup>513</sup>

<sup>513</sup> Gil Rendón, *op. cit.*, p. 14.

Propuesta muy respetable, no sólo por ser de las pocas publicadas, sino por la decisión y sentido común al tratar un tema delicado, pues todo lo que rompe estereotipos y tradiciones fuertemente arraigadas provoca desconfianza y duda, sin embargo, la propia realidad ha impuesto ya órganos de autoridad al mismo nivel que los tres poderes tradicionales de gobierno.

Si bien pudieran surgir otras tantas formas de expresar la misma idea con distintas palabras y enunciados, lo básico está contemplado en el texto de Gil Rendón, incluyendo la parte final, que pudiera ser retórica vacía para algunos, no para nosotros, pues nunca sobra puntualizar la *colaboración armónica* en aras de un equilibrio constitucional, sobre todo ante la inexistencia de canales institucionales de coordinación.

Resumiendo críticas conceptuales y terminológicas expuestas por décadas, algunas incluso citadas en este trabajo, y en arriesgada redacción, nos atrevemos a proponer la siguiente versión:

Artículo 49. El supremo Poder de la Federación se ejerce a través de las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, a cargo indistintamente en términos de esta Constitución, del Congreso de la Unión, el Ejecutivo Federal, el Poder Judicial de la Federación, y los órganos constitucionalmente autónomos.  
(2o. párrafo sin modificación)...

Por diversas razones y factores ampliamente expuestos en este trabajo, resulta apremiante uniformar y homologar respecto de los OCA.<sup>514</sup>

Artículos 27, 94, 100 y 104

También compartimos la visión de la SCJN en su PRE antes citada, respecto al PJJF y los artículos respectivos; inclusive nosotros lo haríamos extensivo a todo órgano jurisdiccional. Propone la Corte:

### 3. Garantías presupuestales para el Poder Judicial de la Federación.

La independencia y autonomía que requiere la impartición de justicia en un estado democrático necesita de garantías presupuestales para la función jurisdiccional. Estas garantías pueden asumir diversas variantes, tales como el establecimiento de un porcentaje fijo ya sea del presupuesto total o en re-

<sup>514</sup> Un esquema de actualización y homologación institucionalizado hubiera ya resuelto las cuestiones ampliamente comentadas en este trabajo, derivadas de los amparos y acciones de inconstitucionalidad que involucraron a diversos entes de la APF, como la Cofetel, la Cofeco, y Notimex; con lo que la legislación relativa a figuras similares o idénticas en su naturaleza podría ser automáticamente adaptada sin tener que esperar ulteriores impugnaciones de constitucionalidad y/o legalidad. Tal sería el caso de la Cofepris, la Condusef, la Profeco, la Conamed, etcétera.

lación con el producto interno bruto, o la seguridad de no sufrir decrementos en términos reales. La creciente demanda de servicios de justicia y la necesaria inversión en infraestructura, recursos humanos y tecnológicos que ésta conlleva sugiere la necesidad de presupuestos de inversión, por proyecto, de carácter multianual, con los correspondientes controles y consiguiente rendición de cuentas para asegurar la obtención de resultados.

Aquí el problema es precisar qué debemos entender por garantías y cómo garantizar, pues si bien no hay común acuerdo doctrinal sobre si el Poder Judicial y demás órganos jurisdiccionales deben tener constitucionalmente un porcentaje presupuestal mínimo, o por lo menos la prohibición de no disminuirlo, en nuestra opinión sí debe establecerse algún mecanismo al respecto. Estamos de acuerdo con Miguel Carbonell<sup>515</sup> en que fijar legalmente un porcentaje determinado no es garantía de mejoría; sin embargo, dada la falta de cultura y sensibilidad de nuestra sociedad al respecto, encontramos algunos elementos positivos:

1. Consolidación frente a los demás poderes y autoridades, que si bien no pudiera ser argumento de peso con respecto al PJJF y CJFE, sí resulta determinante para los OJCA y tribunales electorales locales, sobre todo para combatir el control político y/o jurídico que ejercen algunos Ejecutivos locales sobre dichos órganos jurisdiccionales.
2. Mayor vigilancia y supervisión institucional y social sobre la función jurisdiccional y la administración de su presupuesto. Contar con un mínimo presupuestal implicará una mayor responsabilidad en su ejercicio. Si se sabe responder a este reto se creará un círculo virtuoso, pues además se lograría una mayor solidez y presencia social de los órganos jurisdiccionales autónomos.

El PJJF y sus equivalentes locales, así como los OJCA, presentan ambas caras de la moneda; es decir, aciertos en materia de ejercicio presupuestal y transparencia, y desaciertos, algunos graves. Para estos últimos sólo falta recordar la reciente polémica sobre los sueldos de los magistrados del TEPJF, a nivel federal, o los escándalos provocados por la opacidad relativa a los fondos de pensiones del TCADF y del TSJDF. Por otra parte, como aciertos encontramos por ejemplo el Acuerdo general 22/2006, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se regula la constitución, organización y funcionamiento del fondo de apoyo a la administración de justicia.<sup>516</sup>

<sup>515</sup> *La Constitución pendiente*, cit., p. 136.

<sup>516</sup> <http://www.cjf.gob.mx/acuerdos/resultadosmozilla.asp>.

Aunque no tenemos la fórmula que pueda resolver el problema, invitamos a explorar mecanismos que impidan la dependencia económica de facto que sufren todos los órganos jurisdiccionales del país de las respectivas tesorerías. En virtud de ser el fisco recolector por excelencia de los ingresos públicos, no se ha encontrado un mejor esquema de suministro presupuestal. Desde la SCJN hasta el más humilde tribunal dependen, de hecho, del suministro económico del Poder Ejecutivo mediante su brazo financiero. Si bien hay obligación de distribuir los ingresos, y no es un acto discrecional, eso no garantiza que siempre se cumpla dicha obligación, y de que no habrá “problemas técnicos”, o del “sistema cibernético” que “retrasen” los traspasos.

Insistimos: no contamos con la solución, pero ¿por qué no constituir fideicomisos públicos con la intervención del Banco de México para que la SCJN pueda disponer directa e inmediatamente de sus recursos?, sin tener que depender de que todo esté bien “técnicamente” con los sistemas de traspasos bancarios de la SHCP, o de que ésta esté dispuesta a cumplir puntualmente con su obligación. ¿Por qué no cuestionar el esquema tradicional del presidencialismo recaudador y repartidor? ¿Cualquier otro esquema es imposible, demasiado caro o impráctico?

Para cerrar este rubro, un ejemplo a nivel constitucional local que consideramos moderado, ni fija un porcentaje específico, ni lo deja a discreción legislativa:

#### CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE JALISCO<sup>517</sup>

Artículo 57. La ley garantizará la independencia de los propios tribunales, la de los magistrados, consejeros y jueces en el ejercicio de sus funciones, así como la plena ejecución de sus resoluciones.

[...].

El pleno del Supremo Tribunal, el del Tribunal de lo Administrativo y el Tribunal Electoral, elaborarán sus propios proyectos de presupuesto. El Consejo General lo hará para el resto del Poder Judicial. Con ellos se integrará el del Poder Judicial, que será remitido por el Presidente del Supremo Tribunal al titular del Poder Ejecutivo, para su inclusión en el Proyecto de Presupuesto de Egresos del Estado. Una vez aprobado, será ejercido con plena autonomía y de conformidad con la ley.

A la iniciativa de Presupuesto de Egresos del Estado que presente el titular del Poder Ejecutivo ante el Congreso, se deberá adjuntar, para su valoración, invariablemente, el proyecto de presupuesto elaborado por el Poder Judicial.

<sup>517</sup> [http://www.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Textos/Jalisco/5809\\_10%20DE%20MAYO%20DE%202005.doc](http://www.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Textos/Jalisco/5809_10%20DE%20MAYO%20DE%202005.doc).

En ningún caso el presupuesto del Poder Judicial podrá ser inferior al ejercido el año inmediato anterior, actualizado con base en la cifra oficial de inflación que publique el Banco de México.

### Artículos 103 y 107 constitucionales

Sin perjuicio de las eternas propuestas de reforma al amparo, expuestas claramente en la PRE de la SCJN,<sup>518</sup> queremos agregar otras igualmente importantes e intrínsecamente relacionadas con nuestro objeto de estudio en cuanto a lo contencioso administrativo.

1. Revertir, por lo menos en su modalidad administrativa, la desnaturalización del amparo, extensa e intensamente comentada desde Emilio Rabasa hasta Fix-Zamudio, pero todavía vigente con el amparo directo. El contencioso administrativo no alcanzará la mayoría de edad hasta que no se limiten los supuestos de procedencia del amparo directo o casación a lo estrictamente constitucional.
2. Si queremos superar un atraso de varias décadas, no podemos postergar más la inclusión de ciertos entes particulares como autoridades para efectos del amparo y del juicio contencioso, concretamente como sujetos emisores de actos de autoridad (administrativos).
3. Desde hace décadas se insiste en desarrollar la figura de la inconstitucionalidad por omisión legislativa<sup>519</sup> y la consecuente procedencia del amparo al respecto, pues a pesar de que puede desprenderse del texto constitucional y ley de amparo actuales, los jueces no se han atrevido a imponerse al legislador.
4. Permitir la aplicación difusa de la CP a los OJCA,<sup>520</sup> que no es más que armonizar sus artículos 103 y 107 con el 133.

<sup>518</sup>a) Otorgar, bajo ciertas condiciones, efectos generales a las sentencias de amparo; b) Ampliar el acceso al amparo; c) Interés legítimo; d) Amparo colectivo; e) MP como parte en el amparo; f) Inejecución de sentencias; g) Contradicciones de tesis; h) Reformas al artículo 107. (LB: 126-129, 150-157, 161, 168-169 y 173-4). Las reformas constitucionales antes apuntadas deben complementarse con una nueva Ley de Amparo: a. Impulsar el proyecto de ley de amparo de la SCJN, especialmente para: i) Ampliar legitimación; ii) Amparo y derecho internacional; iii) Modificar el principio de relatividad de las sentencias; iv) Regular los efectos de la jurisprudencia de los TCC. (LB: 168-169, 170-171, 175-177, 190-193).

<sup>519</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, p. 63.

<sup>520</sup> Un ejemplo de lo que se evitaría sería la dualidad simultánea de jurisdicciones sobre dos o más aspectos de un mismo asunto, y el consecuente retraso de la justicia, de lo cual citamos un ejemplo muy reciente: Tesis Clave: (TC014578.9AD5)J/55. \*pendiente de publicación.

Para cerrar este rubro recogemos el argumento de la SCJN en su multicitada PRE:

#### 9. Modificaciones en materia de amparo

La reforma del amparo es una condición previa y necesaria, mas no suficiente, para mejorar sustantivamente la impartición de justicia en el país, dado que esta institución, conecta, articula y da congruencia al sistema de justicia en su conjunto.

Baste lo anteriormente expuesto ante la imposibilidad práctica de proponer una nueva redacción del artículo 107 constitucional, lo que sería materia de un estudio exclusivo.<sup>521</sup>

#### Artículo 115, fracción II

Según expusimos en el capítulo segundo, la ambigüedad y falta de técnica jurídica, productos de la ignorancia legislativa y un federalismo (y municipalismo) mal entendido, hacen que se considere la creación de OJCA municipales como una opción estatal y/o municipal. Asimismo, las Constituciones locales han hecho poco o nada por resolver el problema teórico y fáctico. Ya expresamos nuestra opinión al respecto, la obligación existe, no hay opción. Sin embargo, en consonancia con el artículo 116 debe dejarse en claro en el artículo 115 que la justicia contenciosa municipal no es optativa. Proponemos las siguientes reformas, marcadas en negrillas:

Artículo 115. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su di-

“Principio de definitividad. No rige contra las resoluciones dictadas conforme a la ley federal de competencia económica, cuando se reclama la inconstitucionalidad de los preceptos legales que le sirven de fundamento. El juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es procedente contra la resolución definitiva dictada por la Comisión Federal de Competencia en el recurso de reconsideración previsto en el artículo 39 de la Ley Federal de Competencia Económica. Sin embargo, cuando además de esa resolución se reclama la inconstitucionalidad de los artículos que le sirvieron de fundamento, se actualiza una excepción al principio de definitividad que, entre otros, rige al amparo —que descansa en que, antes de promoverlo, debe agotarse el medio de defensa ordinario procedente— ya que cuando se impugna la inconstitucionalidad de leyes no es necesario agotarlo porque es facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación conocer de ello. En ese contexto, el juicio de garantías promovido en contra de la resolución recaída al recurso de reconsideración es procedente, sin necesidad de agotar el medio de defensa mencionado, cuando en ella se concreta y materializa la aplicación de los preceptos cuya constitucionalidad también se discute”. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

<sup>521</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Antonio Martínez Bález y el control de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 2006, p. 20.

visión territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:

I. [...].

II. [...].

Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal...

El objeto de las leyes a que se refiere el párrafo anterior, en concordancia con las constituciones locales, será establecer obligatoriamente:

a) Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos constitucionalmente autónomos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad;...

Artículos 116, fracción V, y 122, base quinta

Regresando a la PRE de la SCJN, toca el turno a la justicia local, que corresponde a los puntos 10, 12 y 13 del listado:

10. Fortalecer los órganos de impartición de justicia locales Una reforma para mejorar la impartición de justicia no puede quedarse a nivel federal. Baste tomar en cuenta que los poderes judiciales locales atienden el mayor número de asuntos en el país. Para mejorar la impartición de justicia y para que dicha mejora sea perceptible a los ojos de los ciudadanos deben acompañarse las reformas a nivel federal y local. Se requiere un nuevo impulso al federalismo judicial.

a. Fortalecer la independencia de los órganos locales impartidores de justicia y mejorar sus mecanismos de transparencia y rendición de cuentas

– Reformas al artículo 116 fracciones III, IV y V, 122 y 123.

b. Incluir garantías presupuestales y explicitar los criterios de rendición de cuentas con base en indicadores de desempeño judicial.

c. Reformas en materia de amparo directo.

– Reformas constitucionales y legislativas (*vid.* Amparo).

d. Permanencia y profesionalización de tribunales y salas electorales en las entidades federativas.

12. Fortalecer la legitimidad de la justicia.

a. Introducir nuevos mecanismos institucionales de rendición de cuentas

– Como complemento a la independencia judicial es necesario que el Poder Judicial de la Federación adopte mecanismos de rendición de cuentas

– Lo mismo debe hacer el resto de los órganos impartidores de justicia

b. Reformas al artículo 94 y 116 de la Constitución.

13. Fortalecer y profesionalizar el gobierno judicial.

a. Revisar la conformación de los consejos de judicatura tanto a nivel federal como local, en cuanto a número, perfil del consejero y método de selección.

b. Establecer criterios básicos que permitan la evaluación del desempeño, tanto a nivel federal como local. Esto permitirá una mejor rendición de cuentas, una ratificación o reelección de magistrados que atienda criterios objetivos y contribuya a la carrera judicial mediante el mejoramiento de la calidad de los impartidores de justicia.

c. Expedición de normas específicas para establecer la responsabilidad administrativa y judicial de los impartidores de justicia atendiendo a las especificidades del quehacer jurisdiccional y no, como hasta ahora mediante la aplicación analógica de normas y sanciones diseñadas para el común de los servidores públicos.

En la misma línea y con la intención de que alguno de los titulares del derecho de iniciativa la haga suya, desde el seno de la AMTCARM y la AMIJ durante 2007 se elaboró la siguiente propuesta de reforma al artículo 116 constitucional:

V. Las Constituciones y leyes de los Estados instituirán Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, presupuestal y en su régimen interior; que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones. Para garantizar la independencia institucional y funcional, sus juzgadores gozarán de las mismas garantías jurisdiccionales que establece la fracción III del presente artículo.

Nosotros nos pronunciaríamos a favor del espíritu de la propuesta en lo general, pero con tres modificaciones: 1) establecer la naturaleza de órganos constitucionales autónomos de los OJCA como OCA, 2) reconocer a la autoridad como actora, y 3) imponer la creación de un órgano administrativo y de control ajeno a la instancia que conozca de la alzada:

V. Las Constituciones y leyes de los Estados instituirán Tribunales de lo Contencioso-Administrativo como órganos constitucionales autónomos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre las autoridades estatales y los particulares, así como aquellas controversias surgidas entre las autoridades administrativas entre sí que no estén comprendidas en el artículo 105 de esta Constitución; estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones. Para garantizar la independencia institucional y funcional, sus juzgadores gozarán

de las mismas garantías jurisdiccionales que establece la fracción III del presente artículo, además de que deberán contar con un órgano administrativo y de control interno, colegiado y distinto e independiente de la máxima instancia jurisdiccional.

Con lo anterior se logra no sólo precisar la naturaleza jurídica de los OJCA, sino que además, y como consecuencia de lo mismo, se deslinda claramente de cualquier otro poder u órgano de autoridad, principalmente del Ejecutivo, que en nuestra “cultura” gusta de ser juez y parte. Es decir, sin dejar de reconocer el gran esfuerzo que ha implicado en diversas entidades la creación de la jurisdicción administrativa, no podemos seguir admitiendo (nunca se debió admitir), y menos verlo como algo positivo, la inclusión de los TCA dentro del Poder Ejecutivo. Nunca se ha tenido ni se tendrá la madurez política y social para ser juez y parte sin consecuencias negativas. Este es un ejemplo lapidario de la urgente constitucionalización de ciertos requisitos básicos, en este caso de la independencia obligatoria, única forma de evitar leyes deficientes y tendenciosas, producto de la eterna lucha contra el Ejecutivo en una arraigada cultura presidencialista.

Asimismo, se sustituye la figura de *Administración Pública Estatal* por *autoridades estatales*, con los beneficios que se explicaron en el capítulo tercero cuando se analizó el caso de la Constitución de Sinaloa.

Por otra parte, y con respecto al punto uno de la misma lista de propuestas de la PRE, queremos comentar que estamos de acuerdo en pugnar por que a los poderes judiciales se le otorgue la facultad de iniciativa. Sin embargo, como siempre, olvidan al resto de los órganos jurisdiccionales, como los OJCA, los tribunales agrarios, electorales, etcétera, a los que deberían incluir.

## Artículo 122

Con respecto al TCADEF, en nuestra opinión es claro que se trata de un órgano constitucional autónomo por la sola inclusión en el artículo 122, base quinta, separado de los demás órganos de gobierno y, en congruencia, fuera de la administración pública del DF y de su respectiva Ley Orgánica. No obstante, para despejar dudas sugerimos en cursivas la reforma siguiente, que además precisa su competencia para conocer de conflictos entre autoridades, como de hecho sucede diariamente en los hechos según apuntamos anteriormente, y obliga a crear un órgano de control interno:

Artículo 122. [...].

BASE QUINTA. Existirá un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, *con calidad de órgano constitucional autónomo*, para dirimir las controversias entre

los particulares y las autoridades del Distrito Federal distintas al Poder Judicial y la Asamblea Legislativa, así como aquellas controversias surgidas entre las autoridades administrativas entre sí que no estén comprendidas en el artículo 105 de esta Constitución. Además deberá contar con un órgano administrativo y de control interno, colegiado y distinto e independiente de su máxima instancia jurisdiccional.

Se determinarán las normas para su integración y atribuciones, mismas que serán desarrolladas por su ley orgánica.

### Artículo 133

El monopolio del control constitucional por parte de los tribunales federales es uno de los graves lastres que arrastramos en México. La interpretación legislativa y jurisprudencial que ha hecho nugatoria la aplicación difusa que establece el artículo 133 debe ser superada, pues además de contravenir dicho precepto, la existencia de una infraestructura nacional que conforma la red contencioso administrativa está totalmente desaprovechada, en perjuicio de la impartición de justicia y la descarga de las instancias federales.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión, *que deberá ser aplicada directamente por los juzgadores de las entidades federativas por encima de su legislación local, desaplicando ésta última en caso de contradicción o incompatibilidad.*

(Texto actual: Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.)

Para terminar este apartado, insistimos en nuestro comentario inicial a este apartado sobre los riesgos de caer en el extremo de querer constitucionalizar “todo”; sin embargo, es natural que esto suceda ante la frustración que provoca la irresponsabilidad histórica tanto de autoridades federales y locales como de la propia sociedad civil en su indiferencia e inactividad.

Sin bien no se ha explorado a fondo, no podemos dejar de plantear la necesidad de elevar a rango constitucional dos cuestiones, que consideramos esenciales: 1) la obligación a nivel federal y local de los legisladores, de allegarse y recoger periódicamente los criterios jurisprudenciales que surjan y los avances de la doctrina y el derecho comparado, y 2) la constitucionalización de algún esquema que permita exigir de forma viable responsabilidad administrativa y política por omisión legislativa.

Por ser intrínseca a su naturaleza y siempre creciente, difícilmente se podrá inmunizar al Legislativo de la tremenda politización que sufre su actividad. Sin embargo, tampoco nos podemos resignar a que el Legislador se guíe por intereses políticos y no por necesidades sociales. Magistralmente Javier Corral describe el fenómeno con motivo de las recientes reformas electorales:<sup>522</sup>

La política legislativa, actividad indispensable y superior en el sistema democrático de la división de poderes, necesita condiciones especiales para concretar sus propósitos: identificar el objetivo esencial de las reformas que procesa —para lo que el método que escoja es su principal definición— y también el momento preciso, la época conveniente para enfrentar las consecuencias de sus actos, sobre todo si se tiene la voluntad de hacer prevalecer el interés público sobre los intereses particulares. No siempre están a la vista los momentos propicios para las reformas, ni con frecuencia aparece una clase política reformadora, capaz de tomar el riesgo de agotarse en sí misma. El intenso calendario electoral, que nos tiene metidos casi todos los años en la disputa del poder federal o local, ha sido uno de los desincentivos para el acuerdo...

Las reformas que México necesita están inspiradas, dotadas de propuestas para diferentes escenarios, ampliamente consultadas, debatidas, pero les han faltado momento y hombres y mujeres dispuestos a superar las diferencias de la pluralidad de los parlamentos. Ello requiere visión profunda y una generosidad capaz de recoger la experiencia. Para acometer los cambios estructurales que el país demanda no sirven la simulación ni la mezquindad. Reconocer la validez de las ideas más allá de quien las formula es una característica de los demócratas... Las reformas, su momento y reformadores también necesitan respaldo ciudadano, impulso social organizado, capaz de comprender que más allá de las diferencias lo que vale es el horizonte que se traza en el ideal que nos es común: un México mejor y más justo para todos.

Continuamos desarrollando esta última cuestión en el siguiente apartado.

## 2. *Legislación secundaria*

Sobre la línea trazada en el apartado anterior, todo lo propuesto constitucionalmente deberá tener un desarrollo en la legislación secundaria y regirse por el mismo espíritu y principios rectores, los cuales intentamos plasmar o por lo menos insinuar tanto en las propuestas concretas de reforma arriba expresadas como a lo largo de todo el presente trabajo.

Tanto en transparencia como en justicia administrativa, los principios mínimos indispensables y líneas que deberán orientar al legislador, en primer

<sup>522</sup> Corral Jurado, Javier, “Momento reformador”, *El Universal*, 25/09/07 <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/38649.html>.

lugar, y al intérprete jurisdiccional, en segundo, son: la autonomía, la buena fe procesal, la simplificación, la actualización, la transparencia, la máxima publicidad, el interés simple, legítimo o jurídico, según el caso, la gratuidad, la suplencia de la queja y la afirmativa ficta, entre los principales. Sobre algunos de los principios antes mencionados hemos ya profundizado en los capítulos precedentes, y no resta mucho que explicar; sin embargo, acerca de otros haremos más adelante comentarios generales.

Asimismo, resulta indispensable la atención de dos cuestiones trascendentales: 1) un esquema que permita de forma accesible la producción de medios probatorios, y 2) la implementación sistemática y permanente de sistemas de medición y evaluación de instituciones y normativa, tanto para efectos de calidad como de responsabilidad.

Sobre la autonomía nos hemos explayado con cierto detalle anteriormente, y pasamos a apuntar algunos detalles sobre otros principios para retomar el tema más adelante en este apartado cuando hablemos de presupuesto.

El principio de buena fe, principalmente en su faceta procesal, debe ser fortalecido, tanto en trámites y procedimientos administrativos como en los juicios contencioso administrativos. Aunque se pudiera criticar esta postura y alegar que puede resultar inclusive ingenua en una sociedad como la mexicana, consideramos que es la única forma de consolidar una cultura de la justicia.

La política de la desconfianza no sólo es cara en lo económico, sino sobre todo en lo social y humano. No es desconocido que prácticamente todas las autoridades, particularmente las administrativas, impugnan *automáticamente* toda resolución que no les favorezca. Independientemente de que haya posibilidades de revertir la resolución impugnada o no; incluso teniendo plena certeza de que se perderá el recurso, las autoridades dedican tiempo y recursos públicos a impugnar todo. La razón es doble: buscar una resolución favorable y demostrar que no se descuidó irresponsablemente el asunto.

Para evitar un proteccionismo mal entendido de las autoridades por temor a la responsabilidad administrativa, penal o civil, se pueden fijar criterios basados tanto en jurisprudencia como en estudios y estadísticas, que permitan motivar y fundar decisiones omisivas, como no apelar o impugnar lo que se sabe será innecesario. La buena fe también puede y debe ser una presunción del actuar de la autoridad.

Todo procedimiento se debe regir por los principios de simplificación y economía procesal, principalmente a través de la desregulación, la eficacia y la eficiencia. No hay acceso a la información pública ni a la justicia si el solo trámite implica un perjuicio igual o mayor que el que pretende evitarse o el beneficio que, en su caso, pudiera obtenerse. Resulta imperativo romper la ecuación tradicional en la que el desgaste casi siempre es mayor a lo

obtenido en la defensa (costo-beneficio). No es casual que ésta sea la percepción social, es una realidad aun en sistemas más avanzados. El recurso administrativo ordinario debe eliminarse o, ante la carencia de voluntad política y legislativa, por lo menos hacerse optativo como regla general. Los mecanismos para solicitar, litigar y obtener medios probatorios deben ser públicamente accesibles y conocidos. La regla general debe ser el acceso a los derechos, no su denegación. La informatización burocrática es indispensable y urgente. El traslado físico del solicitante o litigante deberá ser la excepción y reducirse al mínimo indispensable, para dar lugar al trámite por Internet de todo tipo de asuntos, incluso los jurisdiccionales, mediante código o claves de acceso a expedientes.

Sobre esta misma línea, consideramos que no puede haber simplificación si se mantiene la pulverización administrativa. Deberá lograrse la unidad administrativa, no sólo a nivel interno dentro de las propias administraciones federal y locales (en donde cada día hay más autoridades), sino buscar también la coordinación entre ambos niveles de gobierno, para que el gobernado pueda verlos como unidad, por lo menos para efectos de trámites. En resumen, el escenario ideal sería que se pudiera presentar físicamente una queja, solicitud, aclaración, etcétera, ante cualquier autoridad de cualquier ámbito o nivel, y ésta tuviera la obligación de remitirla a la competente. Es decir, la oficina más cercana será una ventanilla universal de trámites. Si bien esto se ve imposible a corto plazo, deberá explorarse la posibilidad de intentarlo primeramente en materia de transparencia. Este esquema sería determinante en el acceso a la información y a la justicia mientras se logra una cobertura informática de la mayoría de la población.

Un ejemplo de que es posible lo anterior lo tenemos en el CBEM:

Artículo 2.294. El titular del Poder Ejecutivo a través de la Secretaría o los Ayuntamientos convocarán de manera permanente al público en general a denunciar hechos, actos u omisiones que produzcan o puedan generar desequilibrio ecológico o daños a la biodiversidad para ello difundirán ampliamente los domicilios y números telefónicos de las oficinas que recibirán las denuncias.

*Si en la localidad no existiere representación de la Secretaría o de la dependencia que resulte competente, la denuncia se podrá formular ante cualquier otra autoridad estatal o municipal a elección del denunciante ante las oficinas más próximas de dicha representación.*

Si la denuncia fuera presentada ante diversas autoridades estatales o ante la autoridad municipal éstas deberán remitirla sin demora a la Secretaría y podrán imponer las medidas de seguridad que resulten urgentes y que sean necesarias en auxilio de dicha autoridad.<sup>523</sup>

<sup>523</sup> Decreto 183, La H. “LV” Legislatura del Estado de México, <http://www.edomexico.gob.mx/portalgem/legistel/LyEFra.asp>.

La integralidad y unidad deberá ser una nueva filosofía administrativa. Si cada ventanilla es universal, si cada unidad es integral, todo se facilita y posibilita. Después de esto no será impensable hacer de cada servidor público un colaborador integral de cualquier instancia de gobierno, tanto para trámites como para aplicación de la ley. Es decir, si se logra esta integración armónica un policía federal podrá auxiliar en la aplicación de la ley local, y viceversa, sólo por dar un ejemplo cotidiano. Tampoco es nada nuevo lo antes propuesto. El sistema informático Infomex implementado por el IFAI está logrando una red administrativa integral en el país de manera virtual. Desafortunadamente, sin una base constitucional que lo imponga sólo puede lograrse a través de convenios, es decir, voluntariamente. En un escenario ideal, práctico y desprovisto de complejos y federalismos mal entendidos, en un sistema de información pública nacional, podría obligarse a cualquier autoridad (federal o local) a remitir a la oficina de información correspondiente la solicitud en cuestión, independientemente del lugar en la que se haya presentado. Cualquier unidad, instancia o área de la estructura de cualquier nivel de autoridad estaría obligada a recibir una solicitud de acceso a la información pública. Todo esto sin perjuicio de reconocer la complejidad que implicaría la gran heterogeneidad entre la federación y las entidades, y éstas entre sí, en infinidad de aspectos, especialmente en materia administrativa y, por ende, de transparencia; sin embargo, ninguna defensa seudofederalista podrá justificar la opacidad. ¿Es el momento? Difícil saberlo, pero si no a nivel nacional, por lo menos a nivel federal deberá imponerse una red integral frente al solicitante, y esto sí se puede lograr legislativamente, mediante reformas a la LOAPF y de los distintos OA federales.

El principio de actualidad o actualización debe regir a toda autoridad. Especialmente en nuestro sistema de derecho civil (romano canónico), que intrínsecamente conlleva un estancamiento, si se compara con el *common law*, que constantemente se renueva en cada precedente judicial. El actual sistema ha demostrado su inoperancia, el legislador por sí mismo no actualiza las leyes a pesar de las constantes correcciones y guías que ofrece la jurisprudencia, la doctrina, el derecho comparado y, ¿por qué no?, la opinión de los receptores y aplicadores directos de la ley, es decir, la población, la administración pública y órganos autónomos, desde los mandos superiores hasta los servidores públicos que tienen contacto personal con los gobernados.<sup>524</sup>

<sup>524</sup> Sobra explicar la trascendencia que tendría considerar en la elaboración e interpretación legal la opinión del agente de tránsito, empleado de ventanilla de trámites, inspector-visitador, notificador, recepcionista, telefonista, entre muchas otras personas que viven a diario la faceta más práctica o empírica de la ley, y por tanto conocen, muchas veces mejor que nadie, sus virtudes y defectos.

Debemos desarrollar legalmente la forma de obligar a los congresos federal y locales a incorporar en ley los avances jurídicos públicamente conocidos, estableciendo los respectivos mecanismos coactivos y sancionatorios; sin perjuicio de implementar esquemas de capacitación y actualización obligatoria, como sucede en otros países con profesionistas de ciertas áreas que por naturaleza cambian y se renuevan permanentemente, como la medicina, la contabilidad y el derecho. No estamos descubriendo nada nuevo, pues ya se empiezan a ver encabezados noticiosos como “Enseñan a legislar a diputados electos”,<sup>525</sup> o “Los diputados van al Tec”,<sup>526</sup> que por lo mismo de su rareza paradójicamente son noticia, pues no deberían serlo. Lo anterior sin perjuicio de implantar dicho sistema también para juzgadores y administradores públicos como obligatorio.

La aplicación de la Constitución no se puede limitar a seguir ciegamente la legislación secundaria que la desarrolla. Una de las principales responsabilidades de los tribunales que tienen la facultad de emitir jurisprudencia, es que la utilicen como la vía para actualizar y dar vida al derecho. Es la única forma de revitalizar las leyes y darles actualidad en un corto plazo. En tiempos como los actuales, con gobiernos divididos y contrapuestos, la ley encuentra grandes dificultades para ser actualizada. Esto deja a los juzgadores la responsabilidad de interpretar el derecho y crear precedentes que establezcan criterios justos y modernos. La jurisprudencia hoy en día se convierte en una fuente fundamental del derecho.

La justicia administrativa enfrenta problemas tan reales, cotidianos e inevitables, que su calidad y eficacia se ponen a prueba diariamente. Esto implica que cualquier cuestión que conlleva desactualización, ineficiencia, retroceso, etcétera, salta de inmediato a la vista, se nota casi automáticamente. La presión que ejerce la problemática de una ciudad como el D. F., por ejemplo, exige soluciones al nivel de complejidad de los conflictos.

Además de la actualización en lo sustantivo, no podemos olvidar lo propio en la forma, que a veces es fondo. Es decir, actualizar también implica modernizar la forma en que se hacen y redactan las leyes. Lo vemos en Argentina y España, en donde hay claras tendencias doctrinales y legislativas para salir de un lenguaje codificado del derecho para *reescribirlo*, rehacer las leyes en versiones entendibles para la población en general. Desde la colocación de encabezados concisos y asimilables al inicio de artículos y capítulos

<sup>525</sup> Vásquez, Ana Laura, “Enseñan a legislar a diputados electos”, *Reforma*, 02/12/07, <http://www.reforma.com/estados/articulo/417/833023/>.

<sup>526</sup> Staff de la revista *Universitarios*, suplemento mensual, *Reforma*, julio de 2008, que reseña el convenio firmado entre el ITESM y la Cámara de Diputados para la capacitación de estos últimos.

de leyes y reglamentos, hasta la omisión de tecnicismos innecesarios. Como un afortunado ejemplo a nivel local, la exposición de motivos de la nueva Constitución de Querétaro trata este tema como un elemento tomado en cuenta durante su elaboración.<sup>527</sup>

Como último comentario de este punto, sólo insistir en que no se puede hablar de actualización sin contemplar la cuestión informática en todas sus vertientes, sobre todo en su versión jurídica, que ya se desarrolló ampliamente.

La transparencia debe regir la actuación y diseño legislativo de toda autoridad. Todo lo relativo a cualquier instancia de gobierno, poder público, servicios o recursos públicos, deberá estar al alcance de cualquier persona sin mediar solicitud alguna. Transparenciar no sólo es dejar ver pasivamente lo que tiene la autoridad, sino difundirlo con la certeza de que la información es recibida y entendida.

Una verdadera posición proactiva de la autoridad en materia de transparencia casi se confunde con una labor pedagógica. Por ello no debería descartarse tratar el tema jurídico informativo y de acceso a la justicia en leyes sobre educación. Si ya se cuenta con una red de módulos u oficinas de los legisladores federales y locales distritales, ¿por qué no aprovecharla para establecer un sistema de asesoría sobre los distintos ordenamientos jurídicos y su contenido? ¿Quién mejor que el legislador para explicarle a la población las leyes?

Establecido ya constitucionalmente el principio de máxima publicidad, deberá permear todo el sistema, y la segregación deberá pasar a ser una práctica común. *In dubio pro* información. Cualquier persona desde cualquier ubicación deberá poder solicitar y acceder a la información pública. La regla general para acceder a la información no debe ser otra que el interés simple, y no podrá exigirse ningún tipo de vínculo jurídico, y menos aún identificación para solicitar cualquier tipo de datos públicos. Con las excepciones razonables, la gratuidad deberá ser la regla general. Esto sólo viene a reiterar un principio general de interpretación: los derechos fundamentales deben ser interpretados siempre en forma extensiva, es decir, ante la duda

<sup>527</sup> “33. Que por todo lo anteriormente expuesto esta reforma integral adopta el principio de que una Constitución, como texto supremo de una comunidad política determinada, debe modernizarse, actualizarse y contener disposiciones cuya naturaleza sea única y propia de una Constitución; sin redundancias o repeticiones constitucionales; ser breve, ágil, conciso, concreto, compacto, prescriptivo y de textura abierta, por lo que considera procedente utilizar un lenguaje sencillo y comprensible para el común de las personas, por ende nuestra Constitución de la Entidad, debe de aplicarse considerando los derechos fundamentales y las instituciones jurídicas previstas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, obviando reproducciones innecesarias a efecto de garantizar su imperativo cumplimiento y atendiendo en todo momento, al principio de Supremacía Constitucional”. *Periódico Oficial de Querétaro*, 31/03/08, t. CXLI, núm. 18.

sobre aquello que abarcan, siempre deberá optarse por la interpretación más amplia. Es aquí donde la información, y la justicia, siempre deberán ser ampliadas en su concepción y aplicación.

Sobre la suplencia de la queja, es una figura más que justificada en instituciones de corte social, como la transparencia y la justicia administrativa, sobre lo cual ahondaremos más en los próximos apartados.

Con importantes excepciones, la afirmativa ficta debe contemplarse en materia administrativa, incluyendo la transparencia, siempre y cuando se regule de manera viable y realista. No puede imponerse esta consecuencia jurídica a una omisión cuando hay imposibilidad de facto para cumplirla, es decir, cuando la información pública no exista.<sup>528</sup> Este reto debe enfrentarse y resolverse con responsabilidad, sentido común y técnica legislativa.

Como observamos en el capítulo primero (3, 1), no hay comunión de posturas entre las diversas leyes de transparencia con respecto a la afirmativa o la negativa ficta; nueve contemplan la primera en forma expresa, otras cuatro implícitamente, y diez, la segunda, con restricciones. Asimismo, hay otras posturas al respecto, que razonan su decisión, como el caso de Zacatecas, que a la letra dice:

Artículo 31. Cumplido el plazo previsto en el artículo anterior, si la solicitud de información no se hubiese satisfecho o la respuesta fuese ambigua o parcial a juicio del solicitante, éste podrá acudir a la Comisión a fin de que requiera al sujeto obligado, la información solicitada en los términos legalmente procedentes. Para los efectos de la presente ley, el silencio de la autoridad no se interpreta como negación de una solicitud, sino como un acto de incumplimiento a lo previsto en la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios de Zacatecas.<sup>529</sup>

A efecto de cumplir con todo lo anterior, y en congruencia con la multicitada insistencia de Sartori<sup>530</sup> y Ferrajoli, la trascendencia de todas las figuras jurídicas arriba descritas que incluyan las diversas leyes dependerá de la precisión en los conceptos.

Pasando a cuestiones más concretas de las distintas etapas de los procedimientos administrativos y procesos jurisdiccionales, ante el problema claramente detectado de la dificultad, por no decir imposibilidad, de adquirir medios probatorios por parte del usuario de servicios públicos, el momento histórico ofrece el uso de la tecnología, cada día más accesible tanto econó-

<sup>528</sup> A lo imposible nadie está obligado (*Impossibilium nulla obligatio est*).

<sup>529</sup> LAIPEZ <http://www.ifai.org.mx/Vinculacion/directorioL>.

<sup>530</sup> Sartori, ¿*Qué es la democracia?*, cit.

micamente como en razón de espacio. Toda la legislación que regule prestación de servicios públicos, tanto por autoridades como por particulares concesionarios, deberá obligar a toda aquella persona que, en representación del prestador, tenga el contacto con el público, a:

- Estar plenamente identificable con nombre completo, cargo y, de ser posible, número de empleado o agente, etcétera; todo perfectamente legible, visible y claro; de ser necesario con traducción cuando se involucren lenguas indígenas o idiomas extranjeros, según sea el caso.
- implementar mecanismos que permitan siempre la grabación de la conversación telefónica con la persona que atiende, y que el usuario tenga acceso inmediato a dicha grabación, ya sea desde su teléfono particular o en las instalaciones a las que acuda.
- El prestador del servicio deberá estar obligado a siempre ubicar perfectamente la conversación en razón de tiempo y espacio; es decir, a expresar en propia voz la fecha, hora y lugar en el que está atendiendo, además de los datos personales arriba indicados, todo para efectos de registro de audio e incluso de video, cuando lo exijan las circunstancias y lo permita la infraestructura.
- Cualquier comunicación vía correo electrónico deberá poder ser certificada por algún sistema o mecanismo implementado por el sujeto obligado y supervisado por el OAIP o el OJCA respectivo.
- Establecer como obligación general la emisión de un acuse de recibo, quizá en formato universal, que contenga la información mínima indispensable para ubicar tiempo y lugar de recepción, persona que recibió y descripción lo más detallada posible del escrito y anexos presentados.

De igual forma, en materia de PW, que pensamos será la forma prioritaria y mayoritaria de contacto entre autoridad y particular, sentar las bases para obligar a la autoridad (tanto la obligada directa como la supervisora de particulares en funciones de autoridad) a implementar un mecanismo informático que permita al usuario en general, llámese solicitante de información o demandante en juicio, para que tenga medios inmediatos de hacer constar la imposibilidad de acceder a Internet, o que la información es ilegible, está incompleta, no es imprimible, o que el sistema no produjo un acuse de recibo ni proporcionó número de folio de ingreso, entre los principales elementos esenciales.<sup>531</sup>

<sup>531</sup> Véase en el capítulo tercero lo relativo a *accesibilidad*.

Aunado a todo lo anterior, cabe mencionar que si bien la legislación en materia de transparencia y en materia contencioso administrativa es el objeto directo y principal de nuestras propuestas, no significa que será la única normativa que deberá reformarse o crearse, pues ya expresamos que se abarca indirectamente a diversas leyes y áreas que de una forma u otra nos atañen, como por ejemplo todo lo relativo al *DO* y gacetas locales, a leyes en materia de educación, responsabilidad administrativa, normativa reglamentaria de las legislaturas, uso de tiempos oficiales en medios de comunicación, entre muchas más.

*Concreción.* Toda norma y política o programa de fomento y promoción, tanto en materia de transparencia como de justicia, deberá concretar obligatoriamente, es decir, garantizar y proveer los medios para lograr lo propuesto y fijar metas a corto, mediano o largo plazo, según las posibilidades reales. Así maneja el LB sus *acciones*. Nuestra CP y la legislación en general está plagada de vocablos bien intencionados, como *promover, fomentar, impulsar*, etcétera, que generalmente quedan ahí, y nunca son aterrizados.

*Medición.* La medición y evaluación permanente del rendimiento de los entes encargados de hacer cumplir la ley y de la legislación misma deberán ser obligatorias, pues sólo se podrá corregir lo que se conoce, y así planear y programar. Debe establecerse en ley la obligatoriedad en la implementación de sistemas de medición. Si queremos mejorar la transparencia y la justicia administrativa, hay que conocerlos bien, y *para conocerlos hay que medirlos*;<sup>532</sup> esencia de una frase atribuida al físico irlandés William Thomson (1824-1907), primer barón de Kelvin, mejor conocido como Lord Kelvin: “Lo que no se define, no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar. Lo que no se mejora, se degrada siempre”.<sup>533</sup>

Vemos que el análisis estadístico que hace el TCAEM de sus sentencias ayuda a conocer (medir) su efectividad desde el punto de vista de su confirmación o revocación en amparo directo:

Para dar estricto cumplimiento a los principios constitucionales de seguridad jurídica y exacta aplicación de la Ley, este órgano jurisdiccional continúa con la tarea de registrar y verificar el índice de legalidad de las resoluciones que emite y que son combatidas a través del juicio de amparo. Durante el periodo que se informa se interpusieron ante los Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Segundo Circuito, por particulares o autoridades demandadas, 696 juicios de amparo, de los que se han re-

<sup>532</sup> Nada de nuevo tiene esto, que no por casualidad ha sido asimilado claramente por la sabiduría popular y plasmado en frases que no por populares carecen de contenido filosófico, como la que reza: “bien se quiere, lo que bien se conoce”.

<sup>533</sup> [www.dgt.es/servicios/rhh/plkf/DOC\\_aA.pdf](http://www.dgt.es/servicios/rhh/plkf/DOC_aA.pdf).

suelto 343. De los juicios resueltos, la justicia federal amparó y protegió a los particulares en 51 casos, negándose el amparo en 206, sobreseyéndose la acción intentada en 22 y desechándose 64 demandas de amparo. Lo anterior permite concluir que de 4,017 recursos de revisión que han resuelto las tres Secciones de la Sala Superior, sólo en el 1.2 por se ha otorgado la protección de la justicia federal. Esto nos demuestra que el índice de legalidad con que actúa este órgano jurisdiccional es del 98.8 por ciento; referente que confirma la capacidad profesional de los señores magistrados y del personal jurídico, su alta especialización y la pulcritud de sus resoluciones.<sup>534</sup>

Así, un estudio o medición de las horas que se utilizan en atender razonablemente un juicio contencioso sería de inmensa utilidad práctica.

Incluso en materia probatoria y con obligatorio uso de la tecnología, igualmente se pueden desarrollar métodos para medir cuestiones que marcarían la diferencia entre acudir o no al sistema de impartición de justicia. Si se logra implementar medios de medición lo más exactos, y sobre todo lo más confiables y creíbles posible, para determinar con precisión cuestiones tan intangibles como el daño causado por la violencia en televisión y medios impresos; por la corrupción y burocracia sindicales en la educación, producción, desarrollo y cultura del país; el impacto psicológico y económico del no acceso a la justicia, entre otros, entonces podríamos comenzar a hablar de algún tipo de responsabilidad concreta, tanto de autoridades como de particulares en funciones de autoridad.

Si existiera duda sobre la viabilidad de lo antes propuesto, baste mencionar que en un acto sin precedentes, la Secretaría de Finanzas del DF realizó un estudio sobre el *costo social* que producen las obras viales de ampliación de la Línea 1 del Metrobús en el Eje 4 Sur Xola. Con asesores del ITAM y el Centro de Estudios para la Preparación y Evaluación Socioeconómica de Proyectos se cuantificaron las molestias, el desgaste y las afectaciones en general que se producen a los usuarios de las vialidades.<sup>535</sup> Además de que el producto de estos estudios servirá como dato objetivo para efectos probatorios, otro aspecto importante de todo esto es que frases como *valor social del tiempo* comienzan a formar parte del lenguaje y la cultura local y nacional.

De hecho, uno de los principales objetivos de este trabajo es provocar suficiente interés para sentar las bases de un análisis permanente que permita medir cómo ha influido el acceso a la información pública en el acceso a la justicia, comenzando quizá por un estudio exhaustivo a partir de 2002, en que entraron en vigor las primeras leyes sobre transparencia.

<sup>534</sup> *Informe Anual 2005, cit.*

<sup>535</sup> Ibarra, Mariel, “Miden costo social de las obras viales”, *Reforma*, 18/01/08.

Sobra decir que en este aspecto de medición y estadística, la infraestructura para recoger los datos a ser procesados será determinante. Por ello, la trascendencia de que las distintas autoridades federales y locales estarán encabezadas por el INEGI como un OCA.

*Abuso de derecho.* Aunado a lo anterior, no queremos dejar de mencionar un tema que no por complejo debemos omitir: la figura del abuso de derecho. Así como existen figuras y mecanismos para exigir responsabilidad a la autoridad, también, dentro de su contexto, deben crearse para exigirla a los particulares. La responsabilidad debe exigirse en ambos lados: autoridad y gobernado. Aunque advertimos el riesgo que esto implica en momentos de transición, como el que atraviesa la transparencia, en donde puede resultar contraproducente al provocar miedo en el titular del derecho de ser sancionado. Para ilustrar esto con un ejemplo, esperamos que la ley se utilice para cuestiones sustantivas y no banales o politizadas, como aconteció cuando en 2007 se pidieron los detalles de la fiesta de cumpleaños del presidente de la República.<sup>536</sup> Se busca que la población aprenda a exigir información para mejorar su vida y no para satisfacer intereses políticos o morbosos. En materia jurisdiccional, por el contrario, deberá necesariamente regularse el abuso en que se incurra, pues aquí se involucra directamente la obligación del debido ejercicio profesional de los abogados patronos de los usuarios.

Un ejemplo de la necesidad de tener presente la figura del abuso de derecho, por lo menos en ciertos temas, es el multicitado CBEM:

Artículo 2.300. A quien promueva una denuncia ciudadana basada en hechos falsos o con el ánimo de causar molestias o daños al presunto infractor y que de la resolución se desprenda dicha intención se le impondrá el pago de multa hasta por diez mil días de salario mínimo general vigente en el Estado, sin perjuicio de las sanciones de carácter penal que se le puedan imponer y acciones que para la reparación de los daños y perjuicios que se le hubieren causado al denunciado y que éste haga valer ante las instancias correspondientes.<sup>537</sup>

Asimismo, en materia de responsabilidad de servidores públicos, un estudio científico siempre será objetivo. Si bien la autoridad se integra por humanos que cometen errores, un análisis profesional e imparcial basado en principios y técnicas modernas ayudará a precisar conductas. A separar errores, negligencias involuntarias de actos conscientes realizados en perjui-

<sup>536</sup> Saúl Rodríguez, Lilia, “Analiza IFAI entrega de información sobre cumpleaños de Calderón”, *El Universal*, 23/01/08. [http://www.eluniversal.com.mx/notas/vi\\_476418.html](http://www.eluniversal.com.mx/notas/vi_476418.html).

<sup>537</sup> Decreto 183, La H. “LV” Legislatura del Estado de México. <http://www.edomexico.gob.mx/portalgem/legistel/LyEFra.asp>.

cio del interés social, o de las normas de orden público y la naturaleza misma del servicio público. ¿Cuántas veces tiene que declararse inconstitucional una norma sin responsabilidad para el autor? ¿Cuántas veces tiene que establecer un tribunal federal que una ley procesal exige mayores requisitos para la suspensión que la Ley de Amparo, sin consecuencias sancionatorias para los responsables?

Finalmente, en este apartado, en cuanto al formato de la norma, sugerimos que la legislación se presente de la manera más práctica posible para todos: autoridad y particular. Por ejemplo, una ley de transparencia puede abarcar todos los rubros implicados con el tema: información pública básica, datos personales, archivos, estructura orgánica del OAIP, etcétera. Igualmente, un código de justicia administrativa puede incluir procedimiento ordinario, jurisdiccional, parte orgánica, entre otros aspectos. La pulverización de una materia en distintas leyes que pueden conjuntarse en un solo cuerpo normativo dificulta el ejercicio de los distintos derechos.

#### *A. Leyes federales y leyes locales en materia de transparencia y acceso a la información pública*

La reforma al artículo 6o. constitucional marca la pauta de lo que deberá ser la legislación reglamentaria en la materia, que, según comentamos en los capítulos primero y tercero del presente, aun antes de dicha reforma ya requería de cambios importantes en lo federal, y principalmente a nivel local. Con el nuevo texto del citado artículo 6o. diversas leyes locales necesitan de “cirugía mayor”, para lo que contaron con un año a partir del 20 de julio de 2007.

En el apartado anterior hicimos ya una crítica al texto ahora vigente con respecto a lo que pensamos se omitió en la reforma constitucional citada, por lo que con base en el nuevo artículo 6o., y nuestras observaciones complementarias, haremos algunos comentarios en cuanto a la legislación secundaria en el orden de las fracciones de dicho precepto.

Al permanecer en el texto constitucional la frase originaria “...el derecho a la información será garantizado por el Estado”, tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas locales al interpretarlo deberán tomar el único significado del vocablo “garantizar”,<sup>538</sup> para vaciarlo en el contenido

<sup>538</sup> Minutti Zanatta, *op. cit.*, p. 43. “Los problemas de interpretación vienen con las palabras «...será garantizado...». Garantizar significa «dar garantía», y garantía a su vez significa, a decir de la Real Academia Española de la Lengua, «cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad». Por otra parte, con relación al tiempo de la conjugación del verbo

de la leyes sobre la materia en el sentido de establecer derechos sustantivos y procesales que aseguren en términos reales el acceso a la información pública a toda persona.

Continúa diciendo el artículo 6o.: “...para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases”.

La reforma acierta al establecer los principios rectores que deberán regir federal y localmente. Siempre es mejor hablar de principios a nivel constitucional que de instrucciones concretas, las cuales resultarán generalmente incompletas ante la imposibilidad de prever todo. En cambio, los principios deberán permear la totalidad de los ordenamientos, esencialmente y en primer término el principio de máxima publicidad, según se establece contundentemente desde el inicio del artículo constitucional en comentario:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

La regla general deberá ser que cualquier dato en posesión de la autoridad es información, y toda la información en su poder es pública. La reserva deberá ser la excepción, restringida al máximo posible. El gran riesgo (reto) es la interpretación que se dará al término “posesión”, pues habrá información pública que se encuentre en posesión de particulares por diversas razones, que pueden ser almacenamiento, administración, auditoría contable, etcétera, situación que podría alegar la autoridad para obstaculizar o entorpecer el acceso a la misma. No es nada nuevo que el futuro (que ya es presente) impone un panorama, en el que la información (inevitadamente en su mayoría informatizada) será almacenada por particulares, contratados por la

usado en el texto del artículo constitucional, es decir, en futuro (garantizará), caben diversas interpretaciones. Es realmente complejo descifrar la intención del Constituyente al utilizar el verbo en futuro, por ejemplo, en el artículo 1o. de la propia Constitución, igualmente se habla de que «...todo individuo gozará de las garantías que otorga...» y de ninguna manera podríamos aquí derivar que se gozará de las garantías cuando un poder constituido, como lo es el legislativo, determine desarrollar este precepto vía una ley reglamentaria. Pero paradójicamente, en el otro extremo tenemos otro ejemplo, y vemos como el artículo 3o. de la misma Carta Magna, que es un derecho cuya exigibilidad inmediata ante un tribunal es muy relativa, se encuentra redactado en presente: «Todo individuo tiene derecho a recibir educación... »”.

autoridad o sujeto obligado para tales efectos. El futuro es la memoria virtual mediante centros de memoria<sup>539</sup> administrados por empresas especializadas. Sin contar con una solución inmediata, sin perjuicio de siempre seguir una interpretación administrativa y jurisdiccional a la luz de la máxima publicidad, nos atrevemos a insinuar que quizá se deba redactar algo parecido a lo siguiente: “Toda información relacionada con cualquier autoridad...”; sin perjuicio de reconocer ciertos inconvenientes que pudiera tener tal amplitud, pues la “relación” puede implicar cualquier tipo de vínculo.

Los sujetos obligados son tema esencial de la primera fracción del nuevo artículo 6o., pues según explicamos ampliamente en los capítulos primero y segundo, serán un elemento toral en el sistema de información pública, en el que al igual que en la fracción IV, las leyes sobre transparencia deberán complementarse con sus Constituciones locales para lograr exhaustividad, según lo desarrollamos en el capítulo tercero de este trabajo. Ya citamos diversos ejemplos, como la Ley de Transparencia de Sinaloa<sup>540</sup> o la Ley de Fiscalización Superior de la Federación,<sup>541</sup> que demuestran voluntad legislativa de abarcar a todas las autoridades de jure y de facto.

La siguiente fracción dice:

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

La vida privada y los datos personales son cuestiones de alta prioridad en la materia, y si bien no son tema directo de nuestro estudio, deberán ser comprendidos en todas las leyes de transparencia, o en su defecto objeto de leyes independientes, ya que no todas las leyes locales contemplan estos temas.

Continúa diciendo el precepto comentado:

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

El interés simple, la gratuidad y el derecho de rectificación no son adoptados, según hicimos ver en el capítulo primero, en muchos ordenamientos,

<sup>539</sup> García Ramírez, Fernando, “La red social o cómo desnudar al rey”, *Letras Libres*, México, núm. 103, julio de 2007, p. 33.

<sup>540</sup> “[...] y las personas de derecho público y privado, cuando en el ejercicio de sus actividades actúen en auxilio de los órganos antes citados y cuando ejerzan gasto público, reciban subsidio o subvención”.

<sup>541</sup> “[...] y, en general, cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada que haya recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales”.

los cuales que deberán enmendar sustancialmente su sistema de acceso para incluir estas figuras básicas establecidas por la fracción III.

La fracción IV regula figuras torales:

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

Como adelantamos anteriormente, al igual que los sujetos obligados, el contenido de la fracción IV, concretamente lo relativo a los procedimientos de acceso a la información pública, recursos de revisión ante los OAIP y la naturaleza de estos últimos, deberá encontrarse congruentemente fundamentada y complementada con las Constituciones locales, según apuntamos al hablar del tema en capítulos anteriores.

Con respecto a la segunda parte de la fracción arriba transcrita, reconocemos que proponer un modelo idóneo sobre la naturaleza jurídica de los órganos garantes del derecho de acceso a la información es una cuestión de particular complejidad. Tanto la teoría como la realidad plantean diversos problemas.

Teóricamente la autonomía (en especial la de índole constitucional) presenta virtudes, y aunque no podemos afirmar que sea la única y definitiva solución, consideramos que por lo menos debería considerarse. En el ámbito local, los casos del DF, Jalisco y Querétaro, analizados en este trabajo (véase capítulo primero, III, 4 y capítulo tercero, I, 2 y I, 3), ilustran sobre la complejidad de la cuestión, pero al mismo tiempo sobre la necesidad de consolidar de alguna forma a dichos entes.

Siempre podrá cuestionarse que los OAIP, y cualquier otro ente público, reúnen las características mínimas indispensables, descritas en el capítulo primero *in fine*, que los justifiquen como OCA. Sin embargo, hay casos a nivel federal muy ilustrativos que parecen indicar lo contrario; concretamente lo sucedido con las negativas del Infonavit<sup>542</sup> y la PGR a cumplir con la LFTAIPG, casos que se mencionan en este trabajo, en donde dichas entidades se niegan a entregar la información no obstante ser requeridas por el IFAI para hacerlo, además de que, en el caso de la PGR, esta dependencia ha impugnado dichas resoluciones ante el TEJFA.<sup>543</sup> Pensamos que esto sería distinto si el IFAI fuera un OCA, y no un organismo descentralizado

<sup>542</sup> Véase el pronunciamiento del IFAI *IFAI/007/06*, transcrito en su mayoría en el apartado 3.1.3.1.

<sup>543</sup> *Idem*, IFAI, exp: 1292/08. <http://buscador.ifai.org.mx/buscador/buscar.do>.

“autónomo” (no sectorizado). Con la nueva redacción del artículo 6o. constitucional arriba transcrita, y bajo los “conceptos” de autonomía que tienen nuestras autoridades legislativas, hasta un órgano desconcentrado cumpliría con los requisitos de los OAIP, lo cual, sobra decir, ciertamente no es conveniente para cumplir con la función de supervisar a los sujetos obligados en materia de transparencia.

Lo anterior, sin dejar de reconocer que los OCA no son la panacea para todo problema ni hay garantía de solución. Vemos en el actual IFE (ejemplo tradicional de OCA), que en su momento ofreció imparcialidad y respuestas. Los partidos han encontrado la forma, o por lo menos lo están intentando, de hacerlo objeto de politización y cuestionamientos. El propio IFE protagonizó un caso que consideramos emblemático, pues deja ver que ni siquiera la autonomía constitucional otorga plenos derechos, por lo menos en cuanto a legitimación activa para su defensa, al carecer de reconocimiento “expreso” en el artículo 105, f I, de la CP;<sup>544</sup> hecho que nos muestra lo que le espera a entes de autoridad (OAIP incluidos), que ni siquiera cuentan con independencia reconocida por las Constituciones locales o federal, en su caso.<sup>545</sup>

¿Es la autonomía legal el justo medio? ¿Qué alcances tiene la autonomía otorgada por la ley por mandato constitucional? ¿Puede limitarse, por el legislador ordinario, la autonomía de un ente creado constitucionalmente?

Al no ser este el objeto central de nuestro trabajo, aunque sí un tema toral, invitamos a profundizar en la naturaleza de los OAIP en futuros estudios, a efecto de precisar su juridicidad y la de sus actos, sobre todo en los casos en que la autonomía es conferida por una ley, y no a nivel constitucional.<sup>546</sup>

El tema de archivos públicos lo incluye la siguiente fracción:

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

Un sistema de archivos es uno de los grandes pendientes y mayores vacíos en materia de transparencia y de justicia como presupuesto indispensable para hacerlas posibles, pues sin datos no hay materia del derecho. Acer-

<sup>544</sup> Sentencia de la SCJN en la CC 11/2007.

<sup>545</sup> Carbonell, Miguel, “La indefensión del IFE”, *Nexus*, agosto de 2007; agosto 1o. de 2007, [www.miguelcarbonell.com](http://www.miguelcarbonell.com).

<sup>546</sup> Carbonell, Miguel, *Un nuevo órgano constitucional autónomo*, UNAM, IJ, [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/autonom\\_a\\_INEGI.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/autonom_a_INEGI.pdf), para conocer una opinión especializada sobre los riesgos de dejar cuestiones torales a la ley reglamentaria.

tadamente un grupo de editorialistas del periódico *Reforma* nos dice que en México “hemos perfeccionado los procedimientos para pedir, pero hemos hecho poco para asegurarnos que lo pedido exista”;<sup>547</sup> y es la historia de nunca acabar, *nadie* sabe por qué falta el documento. ¿Qué hacer? ¿Se puede fincar responsabilidad administrativa, civil o penal al servidor público que heredó o recibió un archivo (archivero) vacío? ¿Sólo a los anteriores responsables?

Asimismo, y en la misma fracción V, particularmente interesante será la extensión que se dé a la interpretación de *medios electrónicos disponibles*, pues como reiteradamente hemos insistido, sólo la informatización hará posible la difusión electrónica vía Internet de la información pública básica, que será elemento fundamental en el cumplimiento en materia de transparencia, así como presupuesto indispensable en materia de justicia. No podrá soslayarse, según apuntamos, que este rubro deberá pasar por el filtro y escrutinio del parámetro de *accesibilidad*.

Los indicadores de gestión introducen de manera inédita al texto constitucional un principio de medición y evaluación indispensable en toda administración pública, con repercusiones determinantes en materia de información e insumos probatorios básicos para el ejercicio de cualquier derecho jurisdiccional en la materia.

La fracción VI establece:

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

Bajo la misma línea de la primera fracción del artículo, en la concordancia que hicimos notar, esta fracción IV tampoco se atreve a imponer la obligación informativa directa de los particulares involucrados con recursos públicos. Sin adoptar una posición conformista, esta obligatoriedad indirecta es al menos un avance, aunque sus deficiencias quedaron expuestas en este trabajo con los casos del SNTE y de ISOSA, en donde la autoridad comparte intereses o cede a la presión del particular y termina por encubrirlo.

Finalmente, la última fracción dice:

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

Aunque pareciera inverosímil, se obliga a “sancionar la inobservancia”. Sin embargo, nuestra falta de cultura jurídica y la tradicional irresponsabi-

<sup>547</sup>Juan Ciudadano, “¿Información? No existe”, *Reforma*, México, 18/06/07. <http://www.reforma.com/editoriales/nacional/780688/>.

lidad de ciertas autoridades locales hace pensar que no está de más obligar constitucionalmente a sancionar, ya que ante casos como los de Guerrero y Oaxaca, nos explicamos la necesidad de plasmar expresamente aun las cuestiones obvias y redundantes.

Terminamos la transcripción con los artículos:

#### TRANSITORIOS

Primero. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Segundo. La Federación, los Estados y el Distrito Federal, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán expedir las leyes en materia de acceso a la información pública y transparencia, o en su caso, realizar las modificaciones necesarias, a más tardar un año después de la entrada en vigor de este Decreto.

Tercero. La Federación, los Estados y el Distrito Federal deberán contar con sistemas electrónicos para que cualquier persona pueda hacer uso remoto de los mecanismos de acceso a la información y de los procedimientos de revisión a los que se refiere este Decreto, a más tardar en dos años a partir de la entrada en vigor del mismo. Las leyes locales establecerán lo necesario para que los municipios con población superior a setenta mil habitantes y las demarcaciones territoriales del Distrito Federal cuenten en el mismo plazo con los sistemas electrónicos respectivos.

La importancia de los artículos transitorios de la reforma en cuestión es de la mayor trascendencia. Consideramos acertada la inmediata entrada en vigor, y justos los plazos de un año para las adecuaciones legales y de dos para la implementación informática; sin embargo, estamos ciertos de que ante el incumplimiento de las entidades no habrá ningún tipo de sanción. La obligación de sistematizar electrónicamente las solicitudes, respuestas y los recursos es un complemento indispensable de la fracción V, y quizá debió contenerse en una fracción más del artículo, sin por ello restarle obligatoriedad al transitorio. Esperamos una interpretación extensiva de este artículo, en el sentido de considerar al sistema Infomex implementado por el IFAI como obligatorio para las entidades federativas, y no opcional, como actualmente lo es. Asimismo, habrá que atender cuestiones que ya son una realidad, como la necesidad (obligatoriedad) de contar con una infraestructura nacional de Internet de banda ancha, pues de lo contrario el acceso se vuelve prácticamente nugatorio; no es casual que la OCDE y la UIT consideren este aspecto como determinante en sus recomendaciones.<sup>548</sup>

<sup>548</sup> Becerra, Ricardo, "Internet llega a la Constitución (el derecho de acceso a la información y los sistemas electrónicos)", en Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *El derecho de acceso a la*

Aunado a lo anterior, recordamos aquí que la reforma al artículo 26 constitucional transcrita al principio de este trabajo establece:

...la ley establecerá las bases de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, de acuerdo con los principios de *accesibilidad* a la información, transparencia, objetividad e independencia;

Es decir, la ley reglamentaria del INEGI deberá contemplar, desarrollar y observar esta figura, ya comentada en el tercer capítulo, en su faceta informática.

Sin perjuicio de cumplir con las exigencias constitucionales, sobra decir que éstas no agotan todo aquello que deberá desarrollarse para mejorar las leyes sobre transparencia. Ya mencionamos algunos principios al hablar de legislación secundaria en general, como los de máxima publicidad, afirmativa ficta, interés simple, suplencia, entre otros, que deberá desarrollar la ley a pesar de que no los mencione la CP o sólo lo haga implícita o tácitamente.

El éxito o fracaso de la legislación y autoridades aplicadoras en materia de derecho a la información pública se medirá en mucho en términos de la credibilidad que logren. Ésta es la quintaesencia de la intervención que tendrán los distintos niveles de gobierno para desarrollar en la sociedad mexicana este derecho. Más concretamente, el éxito de la ley estará en su correcta aplicación. La desconfianza de la sociedad se tendrá que romper con golpes de eficacia, eficiencia y honestidad por parte de la autoridad.

*OJCA como SO.* Quizá en materia de justicia como en ninguna otra, la autoridad deberá ser transparente de una forma más activa, proactiva y explicativa, por no decir didáctica, en la forma en que proporcione la información básica a través de los medios idóneos, principalmente los electrónicos. Tener una PW completa y actualizada debe ser una obligación de todos los sujetos obligados por la legislación de la materia, pero en mayor grado debe serlo de los órganos jurisdiccionales. Quizá incluso deban plantearse ciertas particularidades con respecto a otros órganos de autoridad, principalmente con respecto a los administrativos. La SCJN ha marcado la pauta de manera ejemplar frente a la problemática que ha presentado en materia jurisdiccional el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, y ello sin afectar la impartición de justicia y el derecho a la protección de los datos personales. Encontramos una explicación a este éxito en la correcta aplicación de la figura de la segregación y sobre todo en la capacidad técnica

ca y económica de proporcionar la información en versión electrónica sin entorpecer ni detener el proceso de cada juicio.

A nivel jurisdiccional local la cultura informativa aún tiene mucho por mejorar, según se describió en el capítulo segundo. Si para aquellos que llevamos a cabo investigación, e incluso pertenecemos a algún órgano jurisdiccional administrativo, nos resulta complicado obtener cierto tipo de información pública sobre la actividad de dichos órganos, entendemos que para la mayoría de la población a veces es algo poco menos que imposible.

### B. *Ordenamientos procesales y orgánicos de los OJCA*

El Derecho administrativo es la objetivación de la estructura constitucional de un Estado.

Diego VALADÉS<sup>549</sup>

En congruencia con la descripción de la problemática expuesta en los capítulos segundo y tercero, sin perjuicio de tocar las principales deficiencias de la justicia administrativa, trataremos de enfocar nuestras propuestas a su faceta comparativo-complementaria con la transparencia, bajo el entendido de que aquello que afecte a la cuestión jurisdiccional afectará directa o indirectamente a lo informativo.

Bajo el mismo orden que hemos venido siguiendo a lo largo del trabajo y en congruencia con la exposición que en el capítulo segundo hicimos sobre las deficiencias del sistema de justicia administrativa en nuestro país, coincidiendo en mucho con el *Libro Blanco* y la multicitada PRE<sup>550</sup> de la SCJN, en este apartado haremos algunas propuestas derivadas de la experiencia, la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado, entre las principales fuentes de análisis seguidas en este trabajo.

*Acceso a la justicia.* Sin bien la información pública puede ser un fin en sí misma, para nuestro estudio es más un medio para el acceso a la justicia, valor que deberá ser la prioridad en la legislación en materia contencioso-administrativa. Esto implica cumplir con ciertos principios básicos y presupuestos que deberán plasmarse explícitamente en ley, e inclusive en algunos casos traducirse en instituciones y figuras procesales concretas.

<sup>549</sup> Palabras inaugurales (29/11/00) con motivo de los sesenta años del IJ, en Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

<sup>550</sup> <http://200.38.86.53/PortalSCJN/>, *op. cit.*

El acceso a la justicia en materia contencioso administrativa deberá establecerse en ley, ya sea en su propia legislación especial o mediante su inclusión en los ordenamientos generales que sobre la materia llegaran a existir para toda la actividad jurisdiccional, según vimos que sucede en otros países. Para ello debemos superar la desatención del problema por parte de legisladores y Ejecutivo, y la falta de capacidad e interés para entenderlo.

Con cierto optimismo vemos cómo últimamente se empieza ya a mencionar como tal, y con mayor frecuencia, al derecho de *acceso a la justicia* en la jurisprudencia federal:

Tesis: 2a./J. 45/2007. SENTENCIA DE AMPARO. CUANDO SE CONCEDE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL POR VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PRONTA, SUS EFECTOS DEBEN COMPRENDER NO SÓLO LAS OMISIONES Y DILACIONES DE TRAMITAR UN JUICIO LABORAL DENTRO DE LOS PLAZOS Y TÉRMINOS LEGALES, SEÑALADAS EN LA DEMANDA DE GARANTÍAS, SINO TAMBIÉN LAS SUBSECUENTES. El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, los cuales emitirán sus resoluciones de manera pronta. Ahora bien, la violación a esa garantía se manifiesta a través de un acto negativo o una omisión en sentido estricto, que tiene dos vertientes: la primera consiste en que la autoridad no desarrolle el juicio dentro de los términos y plazos previstos legalmente, esto es, que no lo siga diligentemente, sino con dilación o demora; y, la segunda implica que la autoridad nada provea o deje de hacer lo conducente para la marcha del juicio o la tramitación del procedimiento respectivo. Por otra parte, tratándose de actos negativos, el artículo 80 de la Ley de Amparo dispone que la sentencia que lo conceda, tendrá por objeto obligar a la autoridad responsable a que respete la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que dicha garantía exija. Conforme a lo anterior, si durante la tramitación del juicio de garantías persiste esa misma condición de retardo u omisión del trámite, debido a la cual la autoridad no agota cabalmente el procedimiento ni emite la resolución correspondiente, debe otorgarse el amparo para que proceda con prontitud a tramitar y concluir el procedimiento conforme a los términos legales, lo cual implica que debe realizar los actos subsecuentes a los reclamados necesarios para tal fin y en su oportunidad emitir también con prontitud el laudo correspondiente, pues sólo así podrá cumplir y respetar lo que la garantía en cuestión exige.<sup>551</sup>

<sup>551</sup> Jurisprudencia. Materia(s): Laboral. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXV, abril de 2007. Contradicción de tesis 219/2006-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo en Materias Penal y de Trabajo del Décimo Noveno Circuito y Segundo en Materia de Trabajo del Tercer

Tesis: I.8o.A.117. Mayo de 2007. RECURSO DE REVOCACIÓN O JUICIO DE NULIDAD. EL ARTÍCULO 690, PÁRRAFO QUINTO, DEL CÓDIGO FINANCIERO DEL DISTRITO FEDERAL, AL CONDICIONAR LA PROCEDENCIA DE DICHS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN, A QUE SU PROMOVENTE ANEXE EL CHEQUE DE CAJA O CERTIFICADO A NOMBRE DE LA TESORERÍA O EL RECIBO DE PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN CORRESPONDIENTE, VULNERA EL PRINCIPIO DE ACCESO A LA JUSTICIA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 690, párrafo quinto, del Código Financiero del Distrito Federal establece que al interponer recurso de revocación o promover juicio de nulidad, contra actos o resoluciones que traigan consigo el cumplimiento de obligaciones fiscales, el promovente debe anexar el cheque de caja o certificado a nombre de la Tesorería del Distrito Federal, o el comprobante de pago realizado respecto de la contribución de que se trate, y que en caso de no cumplir dicho requisito será improcedente el medio de impugnación intentado. Ahora bien, de lo anterior se advierte que el legislador estableció una condición para la procedencia del recurso de revocación o del juicio de nulidad que no es justificable jurídicamente porque vulnera el principio de acceso a la justicia contenido en el artículo 17 de la Constitución Federal, el cual consigna el derecho de los gobernados a obtener la reparación correspondiente en caso de violación a sus derechos a través de la revocación, modificación o anulación del acto lesivo, dado que constituye un obstáculo a la defensa del particular para combatir los actos administrativos y torna nugatoria la garantía de acceso a la justicia al impedirle el pleno ejercicio de aquel derecho fundamental; sin que sea óbice a lo anterior la circunstancia de que el precepto reclamado considere optativo para los afectados interponer el recurso de revocación o promover el juicio de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, puesto que para la procedencia de este último se exigen los mismos requisitos.<sup>552</sup>

Una vez que empezamos a verlo como una realidad jurisprudencial, consideramos que el siguiente paso obligado deberá ser la inclusión de la justicia como derecho en la ley.

Circuito. 7 de marzo de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Secretario: Roberto Rodríguez Maldonado. Tesis de jurisprudencia 45/2007. Aprobada por la Segunda Sala de este alto tribunal, en sesión privada del veintiuno de marzo de dos mil siete.

<sup>552</sup>Otro ejemplo de lo mismo sin mencionar expresamente el derecho que nos ocupa, se da en la defensa de la viabilidad probatoria, que indirectamente no hace sino permitir el acceso a la justicia: *Tesis: P/J. 40/2007. Mayo de 2007. "PRUEBAS EN EL JUICIO DE AMPARO. LA PARTE INTERESADA PUEDE ACUDIR DIRECTAMENTE ANTE EL JUEZ DE DISTRITO PARA QUE REQUIERA A LOS FUNCIONARIOS O AUTORIDADES EN EL SENTIDO DE QUE EXPIDAN LAS COPIAS O DOCUMENTOS PARA QUE SEAN APORTADOS EN EL JUICIO SIN QUE PREVIAMENTE LOS HAYA SOLICITADO, CUANDO EXISTA UN IMPEDIMENTO LEGAL PARA QUE AQUÉLLOS LOS EXPIDAN"*.

Los principales problemas del acceso a la justicia administrativa ya han sido mencionados en lo general, especialmente en los capítulos segundo y tercero. En las propuestas que hacemos en este apartado intentaremos ser más específicos, y dar prioridad a los aspectos relacionados con la transparencia, como la falta de difusión del sistema contencioso (vía información básica) y el desconocimiento por la población de sus derechos procesales.

Al final de este capítulo haremos mención de que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, citada al inicio de este trabajo, contempla la figura de la *accesibilidad*, descrita en el capítulo tercero en su faceta informática, y que implica un importante cúmulo de obligaciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales para las autoridades, a precisarse en leyes y reglamentos federales y locales.

*Autonomía.* Antes de pasar a los principios generales que consideramos indispensables en la legislación contenciosa, debemos mencionar que la autonomía, sin adjetivos ni grados, es el primer y más importante presupuesto para hacer posible la justicia administrativa jurisdiccional. Sin este atributo cualquier mejora procesal resulta nugatoria.

Esta autonomía deberá establecerse claramente y sin calificativos en las Constituciones locales. A nivel federal, sin perjuicio del texto arriba sugerido como ideal, consideramos que con la reforma al artículo 6o. constitucional en una interpretación si bien un tanto forzada igualmente defendible, se podría (y debería) reformar la LFTAIPG a efecto de precisar que el IFAI es un órgano constitucionalmente autónomo.

Conscientes de la redundancia, debemos insistir en que no habrá autonomía sin suficiencia presupuestal y plena libertad en su ejercicio (gasto). Si las Constituciones locales consideran necesario aclarar expresamente este punto, así deberán hacerlo. Al atender esta cuestión se irán resolviendo los problemas intrínsecos, como son la sobrecarga de trabajo, falta de infraestructura, cobertura regional insuficiente y bajos sueldos.

Si bien otros factores, como la desorganización y sobrerregulación inciden en el fenómeno de la sobrecarga de trabajo jurisdiccional, que a su vez produce imposibilidad de atender cada juicio con el tiempo y cuidado necesarios, la falta de infraestructura humana y material es quizá el principal factor, que no tiene otro fondo que el presupuestal. Por ello, deberán sentarse las bases legislativas que obliguen a que con base en estudios científicos serios y confiables se tenga un parámetro objetivo de las necesidades y requerimientos básicos para la atención mínima indispensable (y óptima) de la población justiciable en los distintos ámbitos jurisdiccionales. Esto a su vez arrojará datos específicos para combatir la insuficiente cobertura regional, problema descrito con cierto detalle en el capítulo segundo, así como

las negativas consecuencias en calidad de servicios de los bajos sueldos. Sin un ingreso proporcional al nivel de importancia, responsabilidad y carga que implica este trabajo, nunca habrá una respuesta favorable del servidor público en lo general y del juzgador en lo particular. La única forma de exigir un alto nivel es con salarios equivalentes. La importancia de avanzar en el rubro de los sueldos es que mientras mejor se pague o, mejor dicho, más se acerque el salario a un criterio razonablemente justo, más se podrá exigir calidad y responsabilidad total en la misma proporción.

*Competencia en materia de transparencia.* Una vez resuelto el problema de la autonomía, al establecer con precisión su naturaleza de OCA, entonces se podrá facultar a los tribunales administrativos, o mejor dicho, no quitarles la competencia originaria que tienen para conocer de las resoluciones en materia de acceso a la información.<sup>553</sup> Como quedó descrito en el capítulo tercero, contrariamente al Distrito Federal, el TCAEM, el TCAES y otros tribunales sí conocen de actos en esta materia.

La competencia en materia de transparencia, lejos de perjudicar al contencioso, lo puede fortalecer al convertirlo en una instancia jurisdiccional más cercana al gobernado. El papel que logre desempeñar en materia de acceso a la información pública lo puede y debe apuntalar como uno de los pilares de la administración de justicia en México.

*Autoridades de facto.* Es necesario otorgar, como ya lo hacen algunas legislaciones locales en materia de transparencia,<sup>554</sup> a particulares que prestan servicios públicos, el carácter de autoridad administrativa, para efectos de la impugnación de sus actos, sin perjuicio de otro tipo de responsabilidad en la que puedan incurrir. Cada vez es más común que la autoridad recurra a los particulares para concesionar o contratar de diversas formas la prestación de servicios que tradicionalmente eran prestados por la administración pública. Con este fenómeno, económicamente inevitable, la autoridad pierde el control inmediato y directo de ciertas áreas y servicios, por lo que legalmente se tiene que poner al concesionario en la misma posición ante el particular que la autoridad, por lo menos para efectos del cumplimiento en la prestación de dichos servicios. Ilustramos esto con un ejemplo sencillo y no poco común: si una autoridad municipal o delegacional concesiona o contrata el servicio de recolección de basura con un particular, y este últi-

<sup>553</sup> En los capítulos primero, segundo y tercero vimos cómo en el Distrito Federal, por ejemplo, “Las resoluciones que emita el Instituto serán definitivas y obligatorias para los entes públicos y los particulares. La resolución que emita el Instituto deberá señalar la instancia a la que podrá acudir el inconforme en defensa de sus derechos” (artículo 88, LTAIPDF).

<sup>554</sup> Materia en la que un número importante de leyes superan el concepto tradicional de autoridad, y abren la gama de instancias responsables a particulares que detentan, administran o por cualquier razón estén involucrados.

mo incumple, los particulares perjudicados únicamente podrán repetir en contra de la autoridad, que a su vez tendrá que demandar el cumplimiento al particular, lo cual puede llevar un tiempo considerable, durante el cual el particular estaría privado de un servicio público básico. Si ya contamos con figuras como las instancias contencioso administrativas, sin perjuicio del amparo, y son las idóneas para producir una respuesta inmediata (dentro de lo que cabe), deberíamos acudir a ellas y adecuar la legislación en lo que sea necesario.

Un caso cada vez más común en la justicia administrativa capitalina es el de los *verifcentros*, verdaderas autoridades de facto que afectan directamente al particular, al grado de que en ellos recae la decisión de permitir o no circular al vehículo automotor del gobernado.

Si reformar la Constitución o la Ley de Amparo en este sentido se dificulta, quizá a través de lo contencioso administrativo se pueda lograr algo al respecto. La legislación secundaria, como ya sobran ejemplos en este trabajo, puede incluir a los particulares como extensión de las autoridades mismas, pues sin violar normas constitucionales ni legales, la teoría objetiva del acto administrativo permite considerar al particular como emisora del mismo al actuar en funciones de autoridad.

*Interés legítimo y simple.* Gran valuarte y aportación del contencioso administrativo a la justicia nacional, el interés legítimo sigue ausente en diversos ordenamientos. La introducción de esta figura se ha justificado plenamente en los hechos, y su omisión resulta inexplicable en diversas leyes, principalmente en la nueva LFPCA.

Si bien en nuestra opinión el concepto de interés legítimo deja todavía algunas dudas conceptuales, y a reserva de que se podría precisar aún más, existen ya suficientes elementos para su plena ubicación entre el interés jurídico y el interés simple. Es decir, una vez precisado el concepto de interés jurídico en ley, originariamente en la LA, y explicado de sobra por la jurisprudencia federal y local, la asimilación del interés legítimo nos vino quizá por exclusión. Si no es jurídico ni simple, es interés legítimo. Sin embargo, para no dejarlo ni a la deducción ni a la inducción, al detectar ambigüedades y contradicciones la Segunda Sala de la SCJN ha intentado explicar el contenido de esta figura, principalmente a través de dos tesis de jurisprudencia, la 141 y 142, ambas de 2002:

Tesis: 2a./J. 141/2002.<sup>555</sup> INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIO-

<sup>555</sup> Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XVI, diciembre de 2002. Tesis:

SO ADMINISTRATIVO. De los diversos procesos de reformas y adiciones a la abrogada Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, y del que dio lugar a la Ley en vigor, se desprende que el legislador ordinario en todo momento tuvo presente las diferencias existentes entre el interés jurídico y el legítimo, lo cual se evidencia aún más en las discusiones correspondientes a los procesos legislativos de mil novecientos ochenta y seis, y mil novecientos noventa y cinco. De hecho, uno de los principales objetivos pretendidos con este último, fue precisamente permitir el acceso a la justicia administrativa a aquellos particulares afectados en su esfera jurídica por actos administrativos (interés legítimo), no obstante carecieran de la titularidad del derecho subjetivo respectivo (interés jurídico), con la finalidad clara de ampliar el número de gobernados que pudieran acceder al procedimiento en defensa de sus intereses. Así, el interés jurídico tiene una connotación diversa a la del legítimo, pues mientras el primero requiere que se acredite la afectación a un derecho subjetivo, el segundo supone únicamente la existencia de un interés cualificado respecto de la legalidad de los actos impugnados, interés que proviene de la afectación a la esfera jurídica del individuo, ya sea directa o derivada de su situación particular respecto del orden jurídico.

Tesis: 2a./J. 142/2002.<sup>556</sup> INTERÉS LEGÍTIMO, NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. De acuerdo con los artículos 34 y 72, fracción V, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, para la procedencia del juicio administrativo basta con que el acto de autoridad impugnado afecte la esfera jurídica del actor, para que le asista un interés legítimo para demandar la nulidad de ese acto, resultando intrascendente, para este propósito, que sea, o no, titular del respectivo derecho subjetivo, pues el interés que debe justificar el accionante no es el relativo a

2a./J. 141/2002. Página: 241. Contradicción de tesis 69/2002-SS. Entre las sustentadas por los tribunales colegiados Segundo, Cuarto y Décimo Tercero, todos en materia Administrativa del Primer Circuito. 15 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan Díaz Romero. Secretario: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Tesis de jurisprudencia 141/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este alto tribunal, en sesión privada del veintidós de noviembre de dos mil dos.

<sup>556</sup> Registro: 185,376. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XVI, diciembre de 2002. Tesis: 2a./J. 142/2002. Página: 242. Contradicción de tesis 69/2002-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo, Cuarto y Décimo Tercero, todos en Materia Administrativa del Primer Circuito. 15 de noviembre de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan Díaz Romero. Secretario: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Tesis de jurisprudencia 142/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este alto tribunal, en sesión privada del veintidós de noviembre de dos mil dos.

acreditar su pretensión, sino el que le asiste para iniciar la acción. En efecto, tales preceptos aluden a la procedencia o improcedencia del juicio administrativo, a los presupuestos de admisibilidad de la acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; así, lo que se plantea en dichos preceptos es una cuestión de legitimación para ejercer la acción, mas no el deber del actor de acreditar el derecho que alegue que le asiste, pues esto último es una cuestión que atañe al fondo del asunto. De esta forma resulta procedente el juicio que intenten los particulares no sólo contra actos de la autoridad administrativa que afecten sus derechos subjetivos (interés jurídico), sino también y de manera más amplia, frente a violaciones que no lesionen propiamente intereses jurídicos, ya que basta una lesión objetiva a la esfera jurídica de la persona física o moral derivada de su peculiar situación que tienen en el orden jurídico, de donde se sigue que los preceptos de la ley analizada, al requerir un interés legítimo como presupuesto de admisibilidad de la acción correspondiente, también comprende por mayoría de razón al referido interés jurídico, al resultar aquél de mayores alcances que éste.

*Interés simple.* Sin perjuicio del interés legítimo, sugerimos explorar la posibilidad de reconocer el interés simple en ciertos casos, principalmente en materia ambiental y de salubridad, para impugnar actos u omisiones de la autoridad ante las autoridades administrativas y OJCA. Esto tampoco es nuevo en otros países; en Argentina se reconoce a nivel federal en la Ley General del Ambiente, incluso a nivel colectivo, complementado con el amparo, que, contrariamente a México, no exige interés jurídico, al menos en esta materia (ambiental).<sup>557</sup>

En el EM, el Código sobre Biodiversidad, ya citado en este trabajo, viene a innovar al respecto, pues reconoce el interés simple en materia ambiental, instaurando un procedimiento concreto con un esquema cautelar contundente e inmediato que incluye medidas cautelares positivas y no sólo suspensivas. Asimismo, implica integralmente a todas las autoridades admi-

<sup>557</sup> Ley 25675 General del Ambiente. Ley 25.675, sancionada el 06/11/2002. Decreto 2413, 27/11/2002. “Artículo 30: Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros”. Comenta al respecto Néstor Cafferatta: “Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”. Para profundizar en el tema recomendamos la versión comentada, interpretada y concordada del citado y reconocido especialista argentino Néstor A. Cafferatta.

nistrativas y las obliga a informar procesalmente al actor y a pronunciarse sobre el asunto en una resolución administrativa, que a su vez podrá ser impugnada ante el TCAEM. Es decir, indirectamente cualquier persona podrá llegar al juicio contencioso sin más que un interés simple en el respeto al medio ambiente, hecho sin precedentes en nuestro país.

Sin importar que los hechos violatorios de la legislación ambiental provengan de particulares o de entes públicos, siempre se podrá impugnar por la vía administrativa, al considerarse que la autoridad siempre estará implicada, sea por conducta omisiva o activa; es decir, en el primer caso por no supervisar, controlar, limitar o sancionar al particular, y en el segundo por violar directamente la ley al causar daños ecológicos.

Para ilustrar directamente lo anterior, se transcriben los preceptos más importantes.

## CÓDIGO PARA LA BIODIVERSIDAD DEL ESTADO DE MÉXICO<sup>558</sup>

### TÍTULO TERCERO

#### *De la Acción Ciudadana*

Artículo 1.8. Toda persona podrá presentar denuncia ante las autoridades correspondientes de hechos, actos u omisiones que constituyan infracciones a las disposiciones del presente Código y su reglamentación.

Para dar curso a la acción ciudadana basta el señalamiento de los hechos que constituyan la causa de la denuncia.

*Se reconoce el derecho de toda persona física o jurídica colectiva para ejercitar las acciones previstas por este Código.*

### CAPÍTULO V

#### *De la Denuncia Ciudadana*

Artículo 2.290. Es derecho de toda persona u organización social denunciar de manera pacífica y respetuosa ante la Secretaría, ante la autoridad estatal, municipal o Ministerio Público competente los hechos, actos u omisiones que puedan producir desequilibrio ecológico, daños al ambiente y a la biodiversidad o alteraciones en la salud o calidad de vida de la población en cualquiera de las formas contempladas en este Libro.

La denuncia ciudadana es un derecho que tiene todo individuo para evitar que se contravengan o violenten las disposiciones del presente ordenamiento y las demás normas que regulen las materias relacionadas con el equilibrio

<sup>558</sup> Decreto 183, La H. “LV” Legislatura del Estado de México. <http://www.edomexico.gob.mx/portalgem/legistel/LyEFra.asp>.

ecológico, la preservación y la conservación de la biodiversidad sin menoscabo del derecho de acción que se podrá ejercer ante los tribunales del Poder Judicial.

Artículo 2.291. La denuncia ciudadana podrá ejercerse por cualquier persona. Para que sea procedente bastará con los datos necesarios que permitan localizar la fuente contaminante o identificar los hechos denunciados.

[...].

Artículo 2.295. Cuando se ejercite la denuncia ciudadana las facultades de la autoridad competente en materia de inspección, verificación, vigilancia y sanción, así como de imposición de las medidas de seguridad que procedan respecto de los hechos denunciados se considerarán ejercidas de oficio por la autoridad, sin perjuicio de que el denunciante pueda coadyuvar...

En los procedimientos administrativos derivados de una denuncia ciudadana se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México y los reglamentos respectivos.

Artículo 2.296. La autoridad ante la que se presente la denuncia ciudadana o a la que se haya remitido ésta, una vez recibida la misma *se le notificará al denunciante* dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que efectivamente la haya recibido si es competente para conocer de la denuncia y en su caso, si es procedente o requiere aclaración.

Si... no es competente... la remitirá... a la autoridad que estime competente... dentro de los quince días hábiles siguientes...

Si la denuncia ciudadana es admitida la notificará a quien o quienes se imputen los hechos denunciados y a quienes puedan resultar afectados por la acción emprendida, quienes tendrán un plazo de treinta días hábiles para manifestar lo que a su derecho convenga con relación a la denuncia.

Artículo 2.297. La autoridad que resulte competente efectuará las diligencias necesarias para la comprobación de los hechos denunciados, realizará la evaluación correspondiente y en casos de urgencia cuando éstos sean de una magnitud tal que su continuación haga razonablemente previsibles daños a la biodiversidad, al medio ambiente, desequilibrios a los ecosistemas o alteraciones significativas en la salud o calidad de vida de la población humana impondrá las medidas preventivas provisionales que procedan en el ámbito de su competencia sin perjuicio de las que se dicten con carácter de definitivas.

...todo interesado tendrá acceso al expediente administrativo que se abra para la tramitación de la denuncia ciudadana a que se refiere este Capítulo en la forma y bajo las condiciones establecidas en el presente Libro o en las demás leyes y reglamentos que resultaren aplicables.

[...].

Artículo 2.298. Una vez concluidas las diligencias y rendidas las pruebas y alegatos respectivos la Secretaría o la autoridad competente dictará la resolución que conforme a derecho proceda en un término que no podrá exceder de treinta días hábiles y la notificará a todos los interesados que se hayan apersonado en el procedimiento dentro de los cinco días hábiles siguientes a su fecha de suscripción.

## CAPÍTULO VI

### *Del Recurso de Inconformidad*

Artículo 2.301. Las resoluciones dictadas en los procedimientos administrativos con motivo de la aplicación del presente Código, sus reglamentos y disposiciones que de éste emanen podrán ser impugnadas en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México y demás disposiciones aplicables.

Artículo 2.302. Tratándose de obras o actividades que contravengan las disposiciones del presente Código, los programas de ordenamiento ecológico, las declaratorias de áreas naturales protegidas o los reglamentos, normas técnicas estatales y criterios técnicos derivadas de las mismas *las personas físicas y jurídicas colectivas de las comunidades afectadas tendrán derecho a impugnar los actos administrativos correspondientes y a exigir que se lleven a cabo las acciones necesarias para que sean observadas las disposiciones jurídicas aplicables siempre que demuestren en el procedimiento que dichas obras o actividades originan un daño a los elementos y recursos naturales, a la flora o a la fauna silvestres, la salud pública o la calidad de vida y para tal efecto deberán interponer el recurso de inconformidad a que se refiere este capítulo.*

A nivel federal hay un dictamen aprobado por la Cámara de Diputados, que por primera vez reconoce el interés simple para efectos de responsabilidad civil por daños ambientales;<sup>559</sup> aunque el manejo que se le da es otorgarle interés jurídico a cualquier habitante del lugar, lo cual consideramos

<sup>559</sup> Dictamen de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con Proyecto de Decreto que expide la Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental y que deroga el artículo 203 de la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, núm. 1897, 1o. de diciembre de 2005). “Artículo 7o. Tienen interés jurídico y legítimación activa, y podrán demandar ante los tribunales federales la reparación en especie del deterioro ambiental: I. [...]. II. Cualquier persona física que tenga su domicilio en el municipio o delegación del Distrito Federal en donde se dio el deterioro ambiental, que haya habitado en él por lo menos durante los cinco años anteriores al acto u omisión que le dio origen, y...” Aprobado en lo general en la Cámara de Diputados con 204 votos en pro, 104 en contra y 20 abstenciones, el jueves 1o. de diciembre de 2005. En lo particular los artículos 7o. y 15, reservados. Turnado a la Cámara de Se-

un error técnico en el que no podemos extendernos aquí. Sólo esperamos que en la práctica procesal lleve al mismo resultado, es decir, al reconocimiento de la legitimación activa, sin tener que acreditar un perjuicio personal y directo.

Consideramos innecesario ahondar sobre la trascendencia de la ecología y su efectiva protección administrativa y jurisdiccional, cuyo absoluto descuido, consciente e inconsciente, ha provocado casos tan lamentables como el asesinato de una comunero que durante años estuvo denunciando la tala ilegal de bosques en las lagunas de Zempoala, EM. Este caso vino a confirmar que en dicha entidad, como en muchas otras, el lucro, la desprotección y las represalias prevalecen sobre la justicia y la ecología.<sup>560</sup>

No hace falta insistir sobre la forma en que transparencia y justicia se relacionan en tratándose de lo ambiental, relación especialmente clara en esta materia. La explicación no es compleja. Sin información sobre el tema y los hechos, ni particulares ni autoridades podrán actuar administrativa o jurisdiccionalmente en defensa de la ecología. Al respecto, baste citar dos ejemplos dentro del mismo CBEM, que en su artículo 1.9 incluye a la Ley de Transparencia local como supletoria,<sup>561</sup> y en su artículo 2.291, que destaca a la información pública como insumo básico para la coordinación entre autoridades.<sup>562</sup>

Finalmente, apuntar que inclusive el juicio de amparo, máxima institución procesal en nuestro país, se ha visto influenciado por el sistema contencioso administrativo, y en el Proyecto de Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, elaborado por la SCJN en 2000, se contempla agregar el interés legítimo en la fracción I del artículo 107 constitucional.<sup>563</sup>

nadores para los efectos constitucionales. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/59/2005/dic/Dic20051201Ambiente.html>.

<sup>560</sup> “Asesinan a ecologista”, *Reforma*, 17/05/07.

<sup>561</sup> “Artículo 1.9. A falta de disposiciones en este ordenamiento serán aplicables de manera supletoria: la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México, el Libro Primero del Código Administrativo del Estado de México, la Ley Orgánica Municipal del Estado de México, el Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y la legislación que resulte aplicable”.

<sup>562</sup> La autoridad que reciba las denuncias por violación o contravención a las disposiciones del presente Libro turnará a la brevedad los asuntos a la autoridad competente sin perjuicio de que solicite a ésta la información que se requiera para dar seguimiento a los hechos denunciados.

<sup>563</sup> Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, SCJN, 2000, p. 220.

*Buena fe procesal como regla general de interpretación.* Si bien pudiera parecer innecesario por obvio, la realidad demuestra que no es ni lo primero ni lo segundo. Es necesaria la mención expresa de la buena fe procesal como principio rector de todo proceso administrativo y jurisdiccional. De la misma forma, es conveniente hacer expreso énfasis en que las figuras e instituciones reguladoras de la transparencia y la justicia son de corte social. Nada de esto sobra, pues su clara expresión será determinante para efectos de interpretación.

Esto es más importante de lo que parece, implica un cambio radical en la forma de pensar la sociedad mexicana. De lograrse paulatinamente una cultura de la buena fe (en lo general jurídicamente y en lo procesal en nuestro caso), que no tiene otra base que la confianza, los beneficios económicos y burocráticos, que no son pocos, pasarían a segundo término, pues la ganancia en el plano de lo social permearía en todos los aspectos de la conducta humana en nuestro país.

*Actualización legislativa permanente, jurisprudencia y derecho comparado.* Aunque ha sido la regla general, el derecho no puede seguir rezagado con respecto a la realidad que regula. Debe implementarse como obligación de las autoridades la constante actualización jurídica de la normativa. Las legislaturas deberán revisar con periodicidad razonable los ordenamientos sustantivos y procesales, tomando en cuenta la experiencia de las autoridades y particulares involucrados en la aplicación, los estudios métricos y estadísticos, la jurisprudencia y el derecho comparado.

La creación de institutos (o comisiones) *ex professo* y de mecanismos para el monitoreo, compilación, análisis y evaluación de jurisprudencia y sentencias, federales y locales, para el constante perfeccionamiento, debe ser una obligación para los tres poderes tradicionales, principalmente para el Legislativo.

Con respecto a la jurisprudencia, se puede generar un círculo virtuoso, es decir, al momento en el que las legislaturas comiencen a considerar a la jurisprudencia como uno de sus principales insumos y a incorporarla periódicamente en ley, además de actualizar la legislación, que sería su principal objetivo, incentivará la actividad jurisprudencial, que seguirá produciendo para renovar. Esto requerirá implementar mecanismos que obliguen a los órganos locales y federales a un activismo jurisdiccional, sobre todo en su faceta jurisprudencial, pues es la única vía para un avance sustantivo dentro del mediano plazo. Al respecto, encontramos un buen ejemplo en el Informe 2006 del TCAEM:

Ante la contradicción de tesis que venían emitiendo los tribunales colegiados en materia administrativa con jurisdicción en el Estado de México, relaciona-

das con el cambio de adscripción de los elementos de los cuerpos de seguridad pública, por conducto de la Segunda Sección de la Sala Superior, se promovió ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la contradicción de tesis número 187/2004-SS, la cual dio origen a la tesis de jurisprudencia número 38/2005, aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el once de marzo de dos mil cinco, bajo el rubro Seguridad Pública. Cambio de adscripción. No afecta el interés jurídico del agente perteneciente a la Dirección General de Seguridad Pública y Tránsito del Estado de México, cuando se realiza en igualdad de funciones y condiciones.

Por supuesto, los tribunales federales comienzan también a atender el tema, y ante la omisión legislativa de absorber la jurisprudencia, por lo pronto van estableciendo un sistema de aplicación de oficio de la misma, lo que se aprecia en ejecutorias como la siguiente: Tesis: IV.3o.A.39 K. Febrero de 2007. “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. SI EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DE ORIGEN OMITIÓ ESTUDIAR UN TEMA RESPECTO DEL CUAL EXISTE JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE LO RESUELVE, EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEBE SUBSANAR LA OMISIÓN Y FALLAR CONFORME A ÉSTA”.<sup>564</sup>

Finalmente, con respecto al derecho comparado, citamos lo que Lucio Pegoraro y Angelo Rinella nos dicen al referirse a Europa, que por su claridad deja poco por agregar:

En todas las asambleas parlamentarias (inclusive, en los ejecutivos y, a menudo, en las asambleas de entes territoriales menores) existen departamentos

<sup>564</sup> “Cuando se considere fundado el concepto de violación respecto de la omisión de estudio de un argumento de impugnación hecho valer en el juicio de origen —lo que se traduce en una violación formal— y se advierta que respecto de ese tema existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que lo resuelve, en aras de privilegiar las garantías de impartición de justicia pronta y expedita contenidas en el artículo 17 constitucional, el Tribunal Colegiado de Circuito que conoce del amparo directo debe subsanar la citada omisión y resolver conforme a lo dispuesto por el Máximo Tribunal, a fin de evitar la dilación procesal que se generaría en el caso de que se concediera la protección constitucional para el solo efecto de que el órgano jurisdiccional de origen se aboque al examen del argumento cuyo estudio omitió, pues en acatamiento al artículo 192 de la Ley de Amparo, ello sería sólo para que aplique la jurisprudencia en comento”. No. Registro: 173,358. Tesis aislada. Materia(s): Común. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXV, febrero de 2007. Tesis: IV.3o.A.39 K. Página: 1665. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo directo 158/2005. Hielo Sarita Laredo, S. A. de C. V. 13 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús R. Sandoval Pinzón. Secretario: Pedro Gerardo Álvarez Álvarez del Castillo. Amparo directo 204/2006. José Jaime Trejo Franco. 7 de septiembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Bonilla Pizano. Secretario: Alejandro Albores Castañón.

especializados en el estudio del derecho extranjero, por lo que raramente un proyecto de ley se redacta sin tener en cuenta las experiencias que han madurado en otras latitudes.<sup>565</sup>

*Transparencia.* En este rubro los OJCA tienen todavía mucho por hacer, según apuntamos en los primeros capítulos. Aunque los únicos estudios sobre la materia se han enfocado al Poder Judicial, si bien se comparten algunos problemas, la justicia administrativa tiene sus propias particularidades, y ameritará un estudio en lo particular. Como ya mencionamos al citar el trabajo de José Antonio Caballero y Hugo Concha,<sup>566</sup> si bien los estudios elaborados sobre la administración de justicia a nivel Poder Judicial local, dentro de un común denominador, aportan elementos sustanciales a lo contencioso administrativo, cabe insistir en que las diferencias entre ambos sistemas justifican un análisis independiente. Por lo mismo, los pocos trabajos sobre transparencia y órganos jurisdiccionales que se enfocan sólo a los poderes judiciales, federal y locales, deben tomarse en cuenta en lo conducente para un estudio equivalente sobre lo contencioso administrativo.

Baste un ejemplo para ilustrar las grandes diferencias. En el DF ingresaron 27 solicitudes de acceso a la información al TCA durante 2006, periodo en el que el TSJDF recibió 433. En 2007, la proporción fue de 100 a más de 800.<sup>567</sup>

Independientemente de las razones para dar prioridad al Poder Judicial sobre el resto de los órganos jurisdiccionales, queremos mencionar la gran aportación de los trabajos de José Antonio Caballero Juárez, *El acceso a la información judicial en México: una visión comparada* (en coautoría con Carlos G. Gregorio y Margaret Popkin),<sup>568</sup> y, recientemente, *Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial* (en coautoría con Vanessa Díaz y Ernesto Villanueva),<sup>569</sup> que se cuentan dentro de la muy reducida bibliografía completa al respecto.

Aunado a lo anterior, y en congruencia con lo expuesto a lo largo de este trabajo, queremos resaltar cómo en los últimos años el PJJF conjuga transparencia e informática jurídica, que no redundan en otra cosa que una mayor cultura de la justicia. Un claro ejemplo lo tenemos con el Acuerdo General 2/2008, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que modi-

<sup>565</sup> Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado (metodología de investigación)*, México, UNAM-IJ, 2006, p. 143.

<sup>566</sup> Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas, *cit.*

<sup>567</sup> <http://www.infodf.org.mx/repjest.htm>.

<sup>568</sup> México, UNAM, 2005.

<sup>569</sup> México, Cámara de Diputados-LIX Legislatura, Limac, A. C., Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Miguel Ángel Porrúa, 2006, 185 pp.

fica el diverso acuerdo general 68/2004, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, a través del cual se implementa la publicación en Internet de las sentencias ejecutorias y resoluciones públicas relevantes, generadas por los tribunales de circuito y juzgados de distrito, a fin de incentivar el interés de la población en el conocimiento de las resoluciones jurisdiccionales, para fomentar una cultura de transparencia y acceso a la información (DO, 08/02/08).<sup>570</sup>

*Actualización y modernización de las principales figuras procesales.* Como elemento esencial del acceso a la justicia encontramos el perfeccionamiento y la simplificación de procedimientos y procesos, sobre lo que no hace falta insistir.

El alma de la justicia administrativa es la medida cautelar, monopolizada en México por la suspensión; es decir, sin cabida para las medidas cautelares positivas. Enriquecer y perfeccionar esta figura en nuestras legislaciones es indispensable. Una primera forma de hacerlo es incluir criterios jurisprudenciales trascendentes, federales y locales, en las leyes, como Jalisco, que integró en su ley contenciosa la apariencia del buen derecho, derivada de la tesis de jurisprudencia 3/95 de la SCJN.<sup>571</sup> Otra vía para fortalecer no sólo a la institución de la suspensión, sino a la justicia administrativa y su imagen, es establecer la facultad de los tribunales de conocer de oficio sobre la suspensión, como ya sucede en Narayit, Sinaloa, Querétaro y Veracruz.<sup>572</sup> Consideramos innecesario exponer las ventajas que ello implica. Asimismo, existe la propuesta<sup>573</sup> de facultar a los OJCA para llevar a cabo de manera directa, ya sea con su propio personal o mediante orden a la

<sup>570</sup> “Artículo 5o. Los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, deberán enviar vía electrónica a la Secretaría Ejecutiva de Vigilancia, Información y Evaluación, a través del Sistema de Captura de Sentencias Ejecutorias y Resoluciones Públicas Relevantes, las sentencias o resoluciones públicas que estén en alguno de los supuestos que señala el artículo 6 del presente Acuerdo, cuya versión deberá ser pública, es decir, con la supresión de la información considerada legalmente como reservada y confidencial, en términos de lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, así como en lo señalado por el Título Segundo “De los criterios de clasificación y conservación de la información reservada o confidencial”, del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal para la aplicación de la referida Ley” (sólo se transcribe el primer párrafo).

<sup>571</sup> Silva Guerrero, Lucila, “El proceso en la justicia contencioso administrativa en México”, *Revista Justicia Fiscal y Administrativa*, México, núm. 1 de la 4a. época, julio de 2005, 208 pp.

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>573</sup> Propuesto por Sergio Mario Obeso Rodríguez en intervención oral en la sesión de preguntas sobre la ponencia del magistrado español José Antonio Moreno Molina, durante el Tercer Congreso Internacional de Justicia Administrativa en Ixtapan de la Sal, Estado de México.

fuerza pública, cualquier acción para hacer cumplir las medidas cautelares ordenadas, principalmente aquello que atañe a la suspensión, ya sea en su faceta preventiva como en la “restitutoria”. Por lo menos para situaciones en las que el juzgador considere que se pueden causar daños considerables y la autoridad obligada no es capaz de responder inmediatamente. Con esto se evitaría depender de la parte demandada (administración pública) para el cumplimiento de lo ordenado por el juzgador. Como ejemplo podemos señalar el caso no poco común de la imposibilidad de levantar los sellos de clausura de un inmueble porque la autoridad administrativa, independientemente de si actúa de buena o mala fe, no lo hace, o no lo hace en tiempo, ya sea por carecer de personal suficiente, por no haberla podido notificar durante su horario de trabajo, por negligencia, por errores del personal, etcétera. Esto lleva al extremo de que si una *suspensión con efectos restitutorios* es concedida cercana al horario de cierre de las oficinas administrativas que deberán cumplirla, difícilmente lo harán, situación que se agrava si esto sucede antes de un fin de semana, días inhábiles o periodos vacacionales, lo cual redundará en franca injusticia. Como otro ejemplo, pero extremo, baste decir que pocas cosas habrá tan cercanas al bienestar de cualquier persona, y a su perjuicio en ausencia, como el suministro de agua o el daño ecológico.

Sobre nuestro objeto de estudio, un punto de gran interés y trascendencia que sería conveniente analizar a profundidad en un trabajo exclusivo, es el tema de la suspensión y demás medidas cautelares en materia de acceso a la información pública, ya que el juzgador siempre se enfrentará al dilema de concederla y dejar sin materia el juicio, o negarla por dicha razón y correr el riesgo de no impartir justicia al momento de sentenciar a favor de la actora, y para entonces la información haya perdido vigencia y utilidad. Aquí en México nos preocupa tanto dejar sin materia el juicio, que perdemos de vista que lo importante no son los formalismos y tecnicismos procesales, sino la impartición de justicia. ¿Qué importa dejar sin materia el juicio si al hacerlo se hace justicia? Es cierto que no siempre resulta obvia una causa con sólo conocer la posición de la actora que solicita la suspensión, que en estos casos coincide con el fondo, es decir, implica la obtención de la información. Sin embargo, con leyes sustantivas y adjetivas claras, la duda deberá ser la excepción, además de que siempre deberá contar el juzgador con medios para allegarse mayores elementos de manera expedita; sin perjuicio de un esquema sólido y viable en materia de garantías y contragarantías por daños que se pudieran causar con el otorgamiento de la suspensión. La información retrasada muchas veces pierde totalmente su utilidad.

Por otra parte, dentro de las mejoras procesales a concretar, está el abrir al máximo la puerta a la figura de la suplencia de la queja deficiente, sobre

lo que consideramos válido citar un precepto del Código Federal de Procedimientos Penales, por su contundente terminología:

Artículo 387. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior si el tribunal de apelación encuentra que hubo violación manifiesta del procedimiento, que haya dejado sin defensa al procesado, y que sólo por torpeza o negligencia de su defensor no fue combatida debidamente, deberá suplir la deficiencia y ordenar que se reponga dicho procedimiento.

*Viabilidad probatoria.* Las partes en juicio deben tener a su alcance las pruebas que les permitan acreditar sus pretensiones. El sistema actual, en mucho, no lo facilita, y en ocasiones no lo posibilita. Incluso pareciera que en algunos aspectos el esquema hubiera sido diseñado para obstruir la producción probatoria o por lo menos para hacerla exclusiva de un grupo selectivo. Ejemplos de esto último sobran, siendo uno de los más representativos la fe pública como institución jurídica cuasi monopólica, para hacer constar en instrumento público situaciones de hecho con efectos de derecho, que además de ser inaccesible por el costo, lo es por la agenda del fedatario, siempre ocupado, sobre todo para las diligencias que no representen un ingreso significativo. No distinto es lo que sucede con los dictámenes periciales, comúnmente decisivos en las resoluciones.

Por otra parte, la obtención de la documentación pública mínima indispensable para el particular tampoco resulta accesible. Desde la omisión de cumplir con la entrega de un acuse de recibo por la autoridad, o la emisión de uno deficiente, sin fecha o datos precisos, hasta una orden o respuesta verbal, prácticamente imposible de comprobar, pasando por *copias al carbón* o firmas digitales impresas, o de funcionarios inexistentes o que no laboran más en la dependencia, sellos apócrifos, permisos y licencias o concesiones falsas, entre los más comunes.

¿Cómo resolver la abrumadora superioridad tecnológica del Ejecutivo o de los particulares en funciones de autoridad con respecto al gobernado? ¿Cómo lograr una capacidad igual o superior del gobernado que pueda neutralizar estos aspectos? ¿Cómo esperar justicia de una autoridad que ni siquiera cuenta con la infraestructura suficiente para fiscalizar a un particular concesionario de un servicio público o en funciones de autoridad? ¿Cómo probar tecnológicamente el número de horas o días que estuvo privado del servicio de agua, luz, telefonía, Internet o televisión, o la sobrefacturación, si la propia autoridad reguladora carece de los medios mínimos indispensables?<sup>574</sup>

<sup>574</sup> Por ejemplo, dudamos que la Cofetel o la propia SCT cuente con la tecnología mínima indispensable para acreditar que un concesionario se excedió en el número de minutos

La legislación debe terminar los vicios actuales, que son claramente identificables, e intentar prever, con base en la experiencia y dentro de lo razonablemente predecible, problemas futuros. Urge la diversificación de la fe pública y de las formas de certificar documentos para efectos probatorios. Al mismo tiempo debe aprovecharse la tecnología para obligar a la autoridad a registrar, documentar, filmar, grabar, reproducir y hacer constar fehacientemente cualquier trámite, respuesta, conversación o situación relacionada con su función y servicios, así como hacer obligatoria la infraestructura mínima indispensable para la autoridad fiscalizadora en las diversas áreas que requieren de medios técnicos y tecnológicos para realizar su función y para utilizarla en beneficio del consumidor de servicios públicos o de orden público e interés social.

Asimismo, también deberá implementarse un sistema de mecanismos e instituciones independientes e imparciales en el que los dictámenes periciales o técnicos en cualquier materia o especialidad sean emitidos por una instancia pública, gratuita e imparcial, ajena a las partes (incluyendo obviamente a la autoridad demandada). Esto cambiaría radicalmente la impartición de justicia en materia de transparencia, de ecología,<sup>575</sup> de responsabilidad patrimonial de la autoridad, e inclusive, aunque no sea propiamente nuestro tema, en cuanto a servicios públicos concesionados, como los bancarios, de seguros y fianzas, la telefonía celular, televisión por cable, etcétera. Pero no sólo en beneficio de las partes en juicio, sino de las propias autoridades; por ejemplo, para detectar intervención de llamadas o conversaciones de juzgadores, a petición de estos últimos. Urge una instancia pericial independiente y accesible.

facturados, o que una compañía televisora privó del servicio durante un determinado tiempo al consumidor. Así, se vuelve imposible hacerlo constar para efectos de prueba a nivel jurídico.

<sup>575</sup> A este respecto volvemos al CBEM, que aunque no refleja el escenario ideal que proponemos, pues involucra a la propia autoridad administrativa en la emisión de dictámenes, por lo menos la obliga a hacerlo. “Artículo 2.304. En aquellos casos en que como resultado del ejercicio de sus atribuciones la Secretaría tenga conocimiento de actos u omisiones que pudieran constituir delitos conforme a lo previsto en la legislación aplicable, formulará ante el Ministerio Público competente la denuncia correspondiente. Toda persona podrá presentar directamente las denuncias penales que correspondan a los delitos ambientales previstos en los ordenamientos aplicables. La Secretaría proporcionará en las materias de su competencia los dictámenes técnicos o periciales que le soliciten el Ministerio Público o las autoridades judiciales con motivo de las denuncias presentadas por la comisión de delitos ambientales. La Secretaría será coadyuvante del Ministerio Público competente en los términos del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, lo anterior sin perjuicio de la coadyuvancia que pueda hacer la víctima o el ofendido directo del ilícito por sí mismo o a través de su representante legal”.

Todo lo anterior con miras a proveer al gobernado de medios fehacientes de prueba que hagan posible la impugnación de cualquier irregularidad de una forma viable en cuanto a tiempo, gasto y esfuerzo.

Si los particulares, muchos de ellos en funciones de autoridad en la prestación de servicios públicos concesionados, graban todas las conversaciones telefónicas (“para efectos de evaluación de la calidad en el servicio”), filman todo lo sucedido en ventanillas de trámite (bancos principalmente), etcétera. ¿Por qué la autoridad no lo va a hacer en beneficio del particular? ¿Por qué no poner a disposición del gobernado-consumidor obligatoriamente todos los elementos probatorios que la tecnología hace posibles a costos viables?

*Abuso de la causal de nulidad por falta de fundamentación y motivación.* Tanto por parte de los actores al recurrir a esta figura indiscriminadamente como por parte de los juzgadores al buscar, y querer encontrar esta causa incluso donde no existe. Es innegable que la gran mayoría de los juicios de nulidad se resuelven por esta causal de nulidad (sin contar con datos de todos los tribunales del país, podríamos decir que quizá alrededor del 50%). En lo general, los criterios jurisprudenciales federales y locales que asumen la posición estricta o escrutinio riguroso (para utilizar terminología de la Suprema Corte de los EUA), prácticamente coinciden en esencia; es decir, en qué se entiende a grandes rasgos por “fundamentación y motivación”:

...expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso (fundamentación); y señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto (motivación); siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables (vínculo lógico-jurídico entre ambas).<sup>576</sup>

Por otro lado, existen criterios en la jurisprudencia federal que se colocan en una posición más abierta o de bajo escrutinio, y sólo exigen que

<sup>576</sup> Tesis: VI. 2o. J/248. “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”. Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. *Apéndice de 1995*, tomo II. Parte TCC. Tesis: 553. Página: 335. Octava Época. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo 64. Abril de 1993. Página 43.

quede claro el razonamiento sustancial.<sup>577</sup> Sin pretender agotar este tema, en nuestra opinión los tribunales contenciosos no hemos sabido aplicar un criterio casuístico y gradual dependiendo del caso concreto. Para cerrar este tema con un ejemplo, baste decir que medimos con la misma vara una boleta de sanción de tránsito que un decreto expropiatorio; éste es uno de los grandes pendientes de los OJCA en materia de acceso real a la justicia.

Afortunadamente la jurisprudencia de esta década comienza a tratar temas de trascendencia para el justiciable:

Tesis: I.13o.A.51A, Agosto de 2002. TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL. DEBE PRECISAR LOS EFECTOS DE SUS SENTENCIAS. De la interpretación lógica de los artículos 81, fracción III y 82 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, se advierte que estos preceptos facultan a las Salas de ese tribunal de plena jurisdicción en la toma de decisiones y, por consiguiente, en el dictado de sus sentencias, toda vez que el artículo 81 prevé, entre otras, como causa de nulidad de los actos impugnados la “violación de la ley o no haberse aplicado la debida”, en tanto que el artículo 82 dispone que: “De ser fundada la demanda, las sentencias dejarán sin efecto el acto impugnado y las autoridades responsables quedarán obligadas a otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos que le hubieren sido indebidamente afectados o desconocidos...”. Por tanto, ese tribunal puede y debe precisar los efectos de sus sentencias, para así restituir al particular en el goce de sus derechos que le hubieren sido indebidamente afectados o desconocidos.<sup>578</sup>

<sup>577</sup> “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. VIOLACIÓN FORMAL Y MATERIAL. Cuando el artículo 16 constitucional establece la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, dicha obligación se satisface, desde el punto de vista formal, cuando se expresan las normas legales aplicables, y los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas. Pero para ello basta que quede claro el razonamiento substancial al respecto, sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que substancialmente se comprenda el argumento expresado. Sólo la omisión total de motivación, o la que sea tan imprecisa que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o impugnar el razonamiento aducido por las autoridades, podrá motivar la concesión del amparo por falta formal de motivación y fundamentación. Pero satisfechos estos requisitos en forma tal que el afectado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad, de manera que quede plenamente capacitado para rendir prueba en contrario de los hechos aducidos por la autoridad, y para alegar en contra de su argumentación jurídica, podrá concederse, o no, el amparo, por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material o de contenido pero no por violación formal de la garantía de que se trata, ya que ésta comprende ambos aspectos”. Séptima Época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Apéndice de 1995*, tomo III, parte TCC, Tesis: 674, página 493.

<sup>578</sup> Registro: 186,095. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

CONCEPTOS DE ANULACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ES PREFERENTE EL ESTUDIO DE AQUELLOS QUE CONDUZCAN A DECLARAR LA NULIDAD LISA Y LLANA DEL ACTO IMPUGNADO POR REPRESENTAR UN MAYOR BENEFICIO PARA EL ACTOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El artículo 17 constitucional consagra la garantía de acceso a la impartición de justicia, la cual se encuentra encaminada a asegurar que las autoridades —órganos judiciales o materialmente jurisdiccionales— lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, por lo que uno de los principios que consagra dicha garantía es el de exhaustividad, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, los numerales 87 y 89, fracción I, de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato, establecen la existencia de dos requisitos que deben observarse en el dictado de las resoluciones: el de congruencia y el de exhaustividad. Ahora, si bien es cierto que en la citada ley no existe una disposición expresa que establezca el orden en que deben analizarse los conceptos de anulación, también lo es que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado se encuentra constreñido a ocuparse de todos los motivos de impugnación en que descansa la pretensión anulatoria del actor, y preferentemente de los orientados a declarar la nulidad lisa y llana del acto impugnado, ya que de resultar fundados se producirá un mayor beneficio jurídico para el actor, pues se eliminarán en su totalidad los efectos del acto administrativo, con lo que se respeta la garantía de acceso efectivo a la justicia y, en particular, el principio de completitud que ésta encierra.<sup>579</sup>

*Responsabilidad objetiva (patrimonial) de la autoridad.* Es necesario otorgar facultades a los tribunales para conocer sobre esta materia, como ya sucede en algunas leyes. Éste es un tema nuevo, y aunque implica al derecho civil, consideramos que los tribunales administrativos son la instancia adecuada para conocer de estos asuntos. Aunque todos los días luchamos por la independencia del derecho público (en nuestro caso del derecho administrativo

Tomó: XVI, Agosto de 2002. Tesis: I.13o.A.51 A, Agosto de 2002. Página: 1403. Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 503/2001. Sergio Ontiveros Orozco. 31 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Luz Cueto Martínez. Secretario: Manuel Muñoz Bastida.

<sup>579</sup> No. Registro: 172,806. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XXV, Abril de 2007. Tesis: XVI.1o.A.T.14 A. Página: 1675. Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito. Amparo directo 61/2006. Martha Leticia Aguirre Vaca. 19 de mayo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Lorenzo Palma Hidalgo. Secretario: Juan Antonio Gutiérrez Gaytán. Amparo directo 355/2006. Jesús Olvera Perfecto. 5 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Lorenzo Palma Hidalgo. Secretaria: Angélica María Merino Cisneros.

sustantivo y procesal), será inevitable abreviar en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina civil.

Cabe mencionar aquí que el diseño del sistema contencioso administrativo no es amigable para conocer de controversias o cuestiones de hecho con trascendencia jurídica, como es el caso de la responsabilidad patrimonial en muchas de sus facetas. Resulta casi imposible impugnar una cuestión de hecho, pues la prueba se vuelve prácticamente inaccesible; ya citamos antes en este trabajo el ejemplo del caso del automóvil dañado por un bache, que implicó como requisito previo una denuncia penal por daños, para poder exigir a la autoridad la reparación y producir su negativa para sólo entonces acudir al juicio contencioso, y ya se acumularon un mínimo de dos o tres años. En el sistema actual todo se reduce a una mera cuestión de legalidad documental. Por ejemplo, en todas las sanciones de tránsito, todas las actividades policiales, arrastre de grúa y todo lo relacionado con leyes de cultura cívica, dependen de la presunción de legalidad del acto de autoridad; es decir, en lo que asienta el agente de tránsito en la boleta de sanción, sólo por citar uno de los casos más comunes. Sin embargo, el justiciable lo busca y pide constantemente, pues es común en los juicios de nulidad, que exhiba fotografías y testimoniales como forma de acreditar su derecho mediante la comprobación de los hechos que alega para desvirtuar la “versión” de la autoridad.

Aquí es pertinente proponer que tanto en materia procesal administrativa como en todo ordenamiento adjetivo se debe acercar la ciencia y tecnología al proceso. Hoy se puede concebir lo antes unimaginable en materia probatoria gracias a los avances en diversas áreas del conocimiento; sin embargo, estos beneficios no se utilizan en beneficio de la justicia. Urge que la legislación obligue a la autoridad a crear la infraestructura de punta para producir evidencia que haga posible contar con pruebas fehacientes en forma ágil y efectiva. Otro ejemplo: en materia de obras los peritajes para determinar si la construcción clausurada es reciente (y no cuenta con el respectivo permiso), es costosa, tardada, y muchas veces inviable; lo mismo una pericial sobre daños a un vehículo causados por el mal estado de las vialidades. Probar a qué hora abre o cierra un establecimiento mercantil, qué tipo de bebidas o alimentos sirve, o si cumple con las medidas de seguridad, se vuelve prácticamente imposible.

A nivel federal es grotesco cómo la cultura impositiva del monopolio ha logrado la resignación general. Se ve como inviable y anormal buscar que las autoridades administrativas obligadas sancionen a los particulares concesionarios en funciones de autoridad, aunque el estereotipo finalmente comenzó a romperse con el multicitado caso de la *Ley Televisa*. Con gran

claridad, Javier Corral Jurado no deja de insistir en que se debe revertir esta cultura (incultura) de la sumisión y la resignación mediática. Que la exigencia de responsabilidad (administrativa y/o civil y/o penal) de las autoridades encubridoras y los particulares en funciones de autoridad o prestadores de un servicio público concesionado deberá ser la regla general.<sup>580</sup>

Atribuciones para los OJCA como las aquí propuestas y descritas, tanto en materia de responsabilidad patrimonial, concretamente, como de viabilidad probatoria de actos y hechos jurídicos por vía distintas a la documental pública, de saberse concretar positivamente, bien podrán implicar un catalizador en materia de justicia. La sociedad está sedienta de un compromiso real por parte de la autoridad en cuestiones tangibles como la protección patrimonial, por ejemplo.

### *C. Responsabilidad de las partes en el proceso: autoridades, particulares y profesionales del derecho*

El poder del abogado está en la incertidumbre de la ley. Los abogados son las únicas personas en quienes la ignorancia de la ley no es castigada.

Jeremy BENTHAM<sup>581</sup>

Un elemento que exige estricta revisión y mayor atención es el nivel de escrutinio sobre la responsabilidad de quienes participan en un juicio contencioso, con base en su función dentro del mismo: actora-titular del derecho, ya sea como ciudadano no especialista en derecho (persona física) o como persona moral, por un lado, y las autoridades demandadas, por otro; pero sobre todo de los representantes y abogados de todas las partes involucradas.

Las figuras y mecanismos que existen para exigir responsabilidad a las partes en el juicio contencioso por contravenir los principios y reglas procesales son muy deficientes, por no decir inexistentes; principalmente en tratándose de buena fe procesal, abuso de derecho, fraude a la ley, ejercicio indebido de la profesión, entre otros. Como se infiere inmediatamente, la legislación en materia de profesiones y penal es un complemento indispensable al respecto, por lo que igualmente deberá estar al nivel de lo que en las leyes contencioso administrativas se logre. Al respecto, Gabriel Larrea

<sup>580</sup> Corral Jurado, Javier, "Primero la verdad", *El Universal*, México, 18/09/07. <http://www.el-universal.com.mx/editoriales/38597.html>.

<sup>581</sup> [http://www.brainyquote.com/quotes/authors/j/jeremy\\_bentham.html](http://www.brainyquote.com/quotes/authors/j/jeremy_bentham.html).

Richerand, presidente (saliente) del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México (junio de 2008) comenta:

La formación profesional del abogado no se puede entender sin el conocimiento profundo de las normas éticas y su puesta en práctica en su actuar profesional. Pero además debe tenerse en cuenta que el actuar del abogado es siempre en relación con el sistema judicial del país y por tanto, como dice el Estatuto General de la Abogacía Española (artículo 30) “el abogado es parte de la función pública de la administración de justicia, al cooperar con ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados”.<sup>582</sup>

También, Larrea Richerand, en su artículo, cita al ministro Gudiño Pelayo, quien señala que:

...mientras las condiciones para el acceso al ejercicio de esta profesión sean tan escasas y no se reconozca en la abogacía postulante una profesión de interés público, que se ejerce a manera de función pública y que, como tal exige una rigurosa reglamentación y régimen disciplinario, será imposible hacer realidad los propósitos de un auténtico “acceso a la justicia” y de un sistema de impartición de justicia funcional y exitoso.<sup>583</sup>

Asimismo, la legislación en materia de responsabilidad administrativa por parte de las autoridades deberá ser revisada y replanteada de fondo. Por razones más históricas y sociales que jurídicas, muchas de las prohibiciones a los servidores públicos resultan demasiadas genéricas y a veces exageradas. Por el contrario, las cuestiones trascendentes no son atendidas en detalle y al mismo servidor público a quien, por un lado, se le prohíbe ejercer la profesión jurídica mientras ocupa un cargo de juzgador (como el ejemplo común), por el otro, no se le exige deslindarse a través de un acta de asamblea de la sociedad civil en la que se constituye el despacho o bufete jurídico en que venía ejerciendo como abogado independiente, lo que convierte en práctica común que el funcionario siga ligado a su “despacho” cuidándose solamente de no firmar los escritos o aparecer públicamente con clientes.

<sup>582</sup> Larrea Richerand, Gabriel Ernesto, “Reforma del Estado: justicia. Debe establecerse la colegiación obligatoria de los abogados para una mejor administración de justicia. Fomento de la cultura de la legalidad y fortalecimiento del estado democrático de derecho. 17 de mayo de 2007”, *Órgano Informativo y de Comunicación del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A. C.*, México, año 5, núms. 19-20, junio de 2007, p. 4.

<sup>583</sup> *Idem* (fuente directa: Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Ingeniería judicial y reforma del Estado. Preocupaciones, inquietudes, esperanzas*, México, Editora Laguna, 2001, p. 4).

También ya mencionamos antes la necesidad de revisar objetivamente la normativa en materia de responsabilidades de servidores públicos, que en su estado actual provoca miedos injustificados de consecuencias costosas en tiempo y dinero, en las que el típico ejemplo es la autoridad obligada a siempre agotar el recurso que tenga a su alcance cuando la resolución le es desfavorable, aun cuando exista la certeza de que será confirmada, impugnación que se considera inevitable para no incurrir en una probable falta por no agotar todos los medios de defensa.

Por otra parte, la visión paternalista que tienen muchos particulares, y principalmente sus abogados, debe cambiar. Si bien pudiera entenderse, no justificarse, que la tradición de corrupción y descuido que caracterizó y aún caracteriza en diversos ámbitos a nuestras autoridades en general ha provocado en la población un verdadero rencor traducido en una actitud de exigencia a veces irracional o desmedida, no por ello se puede adoptar una cultura de la victimización. Ejemplo: si el solicitante o demandante señala un domicilio para oír y recibir notificaciones y nunca está, o no tiene horario “de oficina”, el actuario o notificador no podrá estar insistiendo indefinidamente, pues esto acarrea retraso en el juicio y sobrecarga de trabajo para la autoridad a la que pertenece, sin que ello implique denegación de justicia, falacia comúnmente alegada por quienes pretenden ocultar su desinterés procesal y mala fe.

Por último, en este rubro, la legislación en materia de responsabilidad deberá resolver el fenómeno (problema) que podríamos llamar *indiferencia estadística*, consistente en la actitud de la autoridad ante una afectación “irrelevante” en términos actuariales (numéricos), lo cual sólo es aparente, pues el parámetro debe ser cualitativo, no cuantitativo. Ejemplo: aparentemente a la SSPDF no le importa corregir las deficiencias jurídicas de las boletas de sanción de tránsito porque son mínimas cuantitativamente las impugnaciones. Lo grave de esta posición es que no sólo atenta contra la ética de gobierno, sino que también afecta el respeto y credibilidad de la autoridad policiaca por parte de la población, ya de por sí en crisis desde hace décadas.

*Normas de carácter general y actos materialmente administrativos.* En nuestra opinión, las normas de carácter general deben considerarse actos administrativos impugnables mediante juicio de nulidad, que no es más que reconocer a aquéllas su verdadera naturaleza. Así se facultaría a los tribunales para declarar la nulidad de los reglamentos, como ya lo hacen algunas entidades, encabezadas por el Estado de México.<sup>584</sup> Si nos parece mucho, recordemos que en Argentina, aunque no existe un fundamento legal, sino jurispruden-

<sup>584</sup> Artículo 229, fracción VII, del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México. <http://www.edomexico.gob.mx/portalgem/legistel/LyEFra.asp>.

cial<sup>585</sup> (o “pretoriano”, como elegantemente lo denominan allá), los tribunales administrativos pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley, facultad que se deriva del control difuso de constitucionalidad que copiaron del sistema estadounidense, y que en México a pesar de estar contenido en el artículo 133 de nuestra ley fundamental ha sido neutralizado por los artículos 103, 107 y los criterios jurisprudenciales. Esto no sólo daría a los tribunales el respeto y nivel que merecen en la sociedad, sino que a su vez obligaría al Ejecutivo a elaborar reglamentos de calidad, entre otras grandes ventajas. Quedaría pendiente la discusión sobre los efectos que tendría la declaración de nulidad de normas de carácter general, es decir, si aplicaría el principio de la relatividad de la sentencia como en el amparo, o no.

Por otra parte, somos de la opinión de abrir la competencia de los OJCA para conocer de los actos administrativos que aunque formalmente no lo sean, materialmente sí, como sucede en Argentina. Cabe remitir a la legislación de Sinaloa ya comentada en los primeros capítulos. Concretamente a su Constitución Política:

Artículo 109 bis. Se instituye la Jurisdicción Administrativa para conocer de las controversias que se susciten en relación con la legalidad y, en su caso, la interpretación, cumplimiento y efectos de los actos, procedimientos y disposiciones de naturaleza administrativa emitidos por *autoridades* del Estado o de los Municipios para lo cual podrán crearse Tribunales Administrativos, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos estableciéndose las normas de su organización, funcionamiento, competencia, procedimiento y recursos contra sus resoluciones.

La riqueza de su redacción radica esencialmente en no limitar la emisión de los actos administrativos impugnables a los surgidos exclusivamente de la administración pública local, lo cual sigue la teoría objetiva, ya comentada en el capítulo tercero, contrariamente a la mayoría de la legislación nacional, situación que ya produjo la intervención de la SCJN, y se pronunció estableciendo que mientras la ley limite a los actos formal y materialmente administrativos, el OJCA en cuestión no podrá conocer de los actos que sólo lo sean materialmente. En el caso concreto, la Corte determinó que el TCA del estado de Nuevo León no puede conocer sobre resoluciones del Consejo

<sup>585</sup> Causa 1481 CCALP “Ribelli, Juan José S/Recurre denegatoria de inscripción (San Isidro)”. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, en trámite ante el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (expte. núm. 05-046), con arreglo al sorteo de ley. “RESUELVE: Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 13.325 y 1o., 2o. y 3o. de la Ley 13.329 en su aplicación al caso de autos (artículos. 18 y 31, CN, 15, 57 y 166, CP)”.

de la Judicatura de dicha entidad.<sup>586</sup> Es obvio que mientras así lo establezca la ley esta será la interpretación a seguir; sin embargo, el solo hecho de que se haya tenido que pronunciar al respecto nuestro máximo tribunal indica la necesidad de analizar a fondo el problema, pues además se ha presentado en otras entidades, y resuelto en sentido opuesto. En el DF el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, al pronunciarse sobre el conflicto competencial 02/2006 entre la Novena Sala Regional Metropolitana del TFJFA y la Primera Sala Auxiliar del TCADEF, ordenó lo contrario, es decir, que este último conociera de una resolución del Consejo de la Judicatura del TSJDF.

*Disyuntiva contencioso-amparo.* Como ya se expuso en el capítulo segundo, la incongruencia e incapacidad regulatoria (tanto de origen legislativo como jurisprudencial) ha terminado por enfrentar al amparo administrativo indirecto con el juicio contencioso, y no obstante que en teoría el primero fue diseñado para ser utilizado excepcionalmente, en ocasiones los papeles se han invertido, como ya se describió en este trabajo. Esto, sin perjuicio de la añeja discusión sobre la desnaturalización del amparo en su modalidad directa como tercera instancia del fuero común.

La legislación se enfrenta a la disyuntiva que se da entre fortalecer a los tribunales y procesos locales y reafirmar el origen residual del amparo, o, por el contrario, negarles el voto de confianza a los primeros y acrecentar el dominio del segundo. Resulta apremiante resolver la yuxtaposición que ha provocado la falta de congruencia entre la Federación y las entidades en materia jurisdiccional administrativa.

No es una decisión fácil. La marcada heterogeneidad entre las entidades federativas impide generalizar y optar por un ámbito u otro. Una posible solución pareciera apuntar hacia un proceso de avance selectivo y gradual, en el que aquellas entidades que han demostrado su capacidad y madurez jurídico-política (legislativa) podrán acceder a estadios de autonomía jurisdiccional, en esquemas en los que el amparo funcione auténticamente como excepción. Después de todo el juicio contencioso sigue siendo obligatorio para cumplir con el principio de definitividad, con las excepciones ya apuntadas anteriormente.

En estricto sentido, si el amparo es residual, no hay otra salida congruente que fortalecer al contencioso. Aunque no en su implementación legislativa, la fórmula es sencilla en su planteamiento: inclusive con la legislación actual, a mayor eficiencia jurisdiccional administrativa local, menos

<sup>586</sup> CC 58/2006 Poder Judicial del Estado de Nuevo León vs. Tribunal de lo Contencioso Administrativo (del mismo estado).

sobrecarga en juzgados del Poder Judicial federal. Aquí la sociedad tiene que elegir si quiere tener juzgadores locales para confiar en ellos y depositar la máxima responsabilidad que el cargo representa, o mejor eliminarlos y dejar todo a los jueces federales, con los grandes inconvenientes que esto conlleva, según lo han expuesto a lo largo de varias décadas juristas de la talla de Héctor Fix-Zamudio y Juan Díaz Romero, por mencionar sólo a dos de los principales críticos. Recientemente, Eliseo Muro Ruiz<sup>587</sup> ilustró de forma lapidaria la problemática de sobrecargar a los jueces de distrito; que, en los circuitos sin especialización por materia, deben conocer aproximadamente 240 leyes federales, más un promedio de 80 locales, que multiplicado por 32 entidades federativas da 2,240, más las primeras 240, asciende a 2,480 leyes.

Insistimos: si el amparo debe ser excepcional, entonces el contencioso debe ser sólido, y abarcar lo más posible, inclusive normas de carácter general y cuestiones de constitucionalidad, como consecuencia natural de la aplicación difusa por los tribunales locales, mandato constitucional que si bien se ha venido neutralizando por décadas, sigue plasmado al máximo nivel normativo en el artículo 133 constitucional. Todo apunta hacia la imperiosa necesidad de fortalecer a los órganos jurisdiccionales locales, desde el sentido común, pasando por los principios del federalismo, hasta el más reciente estudio plasmado en el multicitado LB de la SCJN.

No estamos hablando de algo nuevo; por el contrario, aquí retomamos, según se apuntó, el viejo debate de la aplicación difusa de la Constitución. Tampoco estamos exagerando. Una de las conclusiones más insistentes del LB es revisar el amparo, sobre todo en su faceta directa o casación, problemática que describe con insuperable precisión Juan Díaz Romero, a quien nos permitimos citar textualmente:

Como se ve, el campo del amparo directo se ha ampliado en forma tan desorbitada como nunca se pensó en 1917; todas las sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por todos los tribunales ordinarios de la República, sean judiciales o jurisdiccionales, federales o locales, son susceptibles de ser examinadas a través del amparo directo.

¿Podrá subsistir este sistema tal como está por mucho tiempo? Así como han nacido tantos tribunales judiciales y jurisdiccionales en la segunda mitad del Siglo XX ¿Cuántos más serán creados en lo futuro? ¿Y cuántos más de los que ya existen serán multiplicados? ¿El Poder Judicial de la Federación contará siempre con tantos Magistrados especializados como se requieren para atender amparos provenientes de tribunales especializados?

<sup>587</sup> Muro Ruiz, *op. cit.*

Creo que es tiempo de reflexionar sobre éstas y muchas otras cuestiones que son de trascendencia para la administración de la justicia en el Siglo XXI, en el entendido —al menos para mí—, de que el amparo directo no puede ni debe desaparecer, siendo muy actuales al respecto las razones que para la existencia de esta vía de control constitucional se dieron por los diputados Constituyentes de 1917.

Fuera de este extremo que parece inconcebible porque iría en contra de los principios protectores que la Constitución otorga a los particulares, sí puede pensarse en otros medios que atemperen el crecimiento del amparo directo, sin desdoro de su función controladora del sistema federalista y de las garantías constitucionales.

Seguramente hay varias ideas al respecto, pero abusando de su paciencia me referiré a una reestructuración que parece realizable, pero que requiere la concordancia de dos ejercicios: En primer lugar, el afianzamiento de la autonomía plena de los tribunales ordinarios y, en segundo, la implantación de una facultad de selección por parte de los tribunales colegiados de circuito para admitir las demandas de amparo directo.<sup>588</sup>

Sin posibilidades de entrar propiamente al tema, no podemos dejar por lo menos de exponerlo brevemente, invitando a su desarrollo y discusión permanente. Sólo falta mencionar que la tendencia viene en este sentido, tal y como se manifiesta en el Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la SCJN, arriba mencionado,<sup>589</sup> cuya propuesta de reforma a la fracción III, inciso a), del artículo 107, muestra la clara intención de ir limitando lo más posible los supuestos de procedencia del amparo directo.

Finalmente, queremos resaltar el realismo del modelo argentino, expuesto sobradamente con algunos casos en el capítulo tercero, y que ilustra de forma integral la indiscutible conveniencia de que un tribunal especializado como el contencioso administrativo conozca de amparo, o mejor dicho de violaciones a derechos fundamentales producto de actos administrativos.

*Legitimación activa de la autoridad.* La creciente complejidad en las administraciones públicas actuales conlleva nuevos retos teóricos y prácticos en materia jurisdiccional, que la realidad ha venido develando. Uno de ellos es el papel cada vez más frecuente de la autoridad como actora en materia administrativa, tanto contenciosa como en amparo. Si bien se ha precisado jurisprudencialmente que la autoridad actúa con carácter de particular cuan-

<sup>588</sup> Díaz Romero, Juan, “El amparo directo y los tribunales ordinarios ¿la simbiosis debe continuar?”, *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, México, TCADEF, 2003, pp. 129-142.

<sup>589</sup> *Proyecto de Ley de Amparo...*, cit., México, SCJN, 2000, pp. 220 y 221.

do no ejerce facultades de imperio, es algo que no siempre resulta claro, por lo que paulatinamente han surgido variantes y figuras procesales, como el juicio de lesividad, por ejemplo, en el que la actora sólo puede ser una autoridad, y sólo puede impugnar sus propios actos cuando causan afectación al erario. Lo cierto es que no siempre resulta claro precisar en qué calidad actúa una autoridad cuando aparece como actora en un juicio.

Así, vemos que la reciente LOTEJFA reconoce la legitimación activa de la autoridad de una manera genérica, y establece:

Artículo 14. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que promuevan las autoridades para que sean anuladas las resoluciones administrativas favorables a un particular, siempre que dichas resoluciones sean de las materias señaladas en las fracciones anteriores como de su competencia.

Un caso interesante lo constituye la Constitución Política del Estado de Jalisco.<sup>590</sup>

Artículo 65. El Tribunal de lo Administrativo tendrá a su cargo dirimir las controversias de carácter administrativo y fiscal que se susciten entre las autoridades del Estado, las municipales y de los organismos descentralizados de aquéllas, con los particulares. Igualmente de las que surjan de entre dos o más entidades públicas de las citadas en el presente artículo. El Tribunal de lo Administrativo resolverá además, los conflictos laborales que se susciten con sus propios trabajadores.

El problema es que las Constituciones locales, sin perjuicio de que la antes transcrita se atreve a reconocer una realidad innegable, no tienen sustento constitucional para otorgar competencia a los TCA en el sentido expuesto, pues se contraviene lo dispuesto en los artículos 73, fracción XXIX-H; 122, base quinta, y artículo 116, fracción V, que sólo permiten dirimir controversias entre particulares y administración pública.

Resulta necesario un replanteamiento del problema y una revisión conjunta de este tema con el de la legitimación activa en materia de controversias constitucionales, pues se relacionan intrínsecamente. No estamos descubriendo nada nuevo; el caso del IFE durante 2007, en donde una SCJN dividida determinó que no era autoridad en términos del artículo 105 constitucional, proyectó claramente la importancia del asunto.

<sup>590</sup> [http://www.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Textos/Jalisco/5809\\_10%20DE%20MAYO%20DE%202005.doc](http://www.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Textos/Jalisco/5809_10%20DE%20MAYO%20DE%202005.doc).

En el aspecto procesal dejamos pendientes temas tan importantes como el grave problema del frecuente incumplimiento de las sentencias y suspensiones por la autoridad, el desarrollo de procesos especiales o sumarios, la inviabilidad y desconocimiento de las formas de garantía por parte del justiciable, entre otros.

*Parte orgánica: administración, apelación, defensoría pública e investigación.* Con el mayor respeto a la autodeterminación de cada OJCA, resulta urgente la revisión integral de sus estructuras orgánicas. Tanto en México como en otros sistemas, a través de la experiencia y la investigación se han ido demostrando ciertos principios. Uno de ellos es que la concentración de las funciones de apelación y administración en un mismo órgano dentro de un tribunal produce más problemas que beneficios. Si el problema es presupuestal, la solución no necesariamente está en la creación de un consejo equivalente a las judicaturas de los poderes judiciales. Bien se puede pensar en plenos incluyentes, en donde se integre a la totalidad de los magistrados de un tribunal; esto es, salas superiores, ordinarias, auxiliares, regionales, etcétera, que a su vez conforme comisiones específicas que permitan una administración más objetiva, enriquecedora y democrática. Esto no sólo distribuye el trabajo administrativo, sino que lo diluye en la totalidad del órgano. Los beneficios son lugares comunes que no requieren de mayor explicación, basados en el principio de no ser juez y parte, so pena de perder objetividad, credibilidad, mesura y seriedad, entre otras cualidades indispensables en un tribunal que busca un sano desempeño.

El surgimiento de los consejos de la judicatura a nivel federal y local no es una casualidad, ejemplo ya seguido por el TCAEM con la creación del Consejo de la Justicia Administrativa,<sup>591</sup> la entidad con la legislación más avanzada en el país, que a su vez nos muestra que la creación de institutos de justicia administrativa dentro de los OJCA se presenta hoy como algo indispensable, así como un complemento natural de las funciones administrativas y jurisdiccionales.

A nivel federal encontramos como pionero al Instituto de Estudios sobre Justicia Administrativa (IEJA) del TFJFA, cuya labor de promoción y difusión ha sido ejemplo a seguir, sin perjuicio de mencionar que su potencial ofrece mucho más.<sup>592</sup> Además, la tecnología permite hoy en día abatir costos como nunca antes. Internet ofrece auténticos foros virtuales de investigación sin mayores gastos. Un ejemplo sorprendente lo encontramos con Cybermetrics,<sup>593</sup> creado

<sup>591</sup> Artículo 294, *op. cit.*

<sup>592</sup> <http://www.tff.gob.mx/>.

<sup>593</sup> <http://www.cindoc.csic.es/cybermetrics/>.

por el Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC)<sup>594</sup> del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC)<sup>595</sup> en Madrid, España.

Con respecto a las defensorías públicas, ya hemos hecho diversos comentarios, y baste insistir en que no podrán faltar en toda legislación contenciosa, asegurando un presupuesto mínimo y suficiente para pagar defensores de alto nivel profesional y ético, y mantener una infraestructura suficiente para hacer frente a una función que se torna indispensable para el acceso a la justicia.

*Código Tipo de la AMTCAEUM.* Mencionado en el capítulo segundo, un análisis a fondo de dicho documento correspondería a un estudio específico que nos comprometemos a realizar, pero que sale de nuestro objeto en el presente trabajo. Baste con reconocer el valor de un documento que desde su presentación en 2003 dio un impulso técnico sin precedentes a la figura del contencioso administrativo, y podemos afirmar que de alguna forma influyó directa o indirectamente en los OJCA surgidos a partir de ese año.

*Derecho contencioso administrativo y derecho penal (procesal y sustantivo).* Una aclaración recurrente. Como hemos reconocido anteriormente, no pretendemos colocar al mismo nivel la prioridad en materia de justicia administrativa con aquella en materia penal. No es competencia; sin embargo, queremos puntualizar que toda mejoría en la segunda repercute en la primera. Recordemos que el MP es una autoridad administrativa que emite actos de la misma naturaleza y que son juzgados por los OJCA. Además, indirectamente, una mejor justicia administrativa produce una mejor administración, y ésta a su vez una sociedad más ordenada, lo que definitivamente permite combatir mejor a la delincuencia. Un ejemplo grotesco: si se regulara debidamente (y se aplicara realmente dicha normativa) la cuestión urbana; es decir, la obligación pública de contar con adecuada iluminación nocturna, de mantener limpios y cercados los lotes baldíos, los espacios públicos, como parques y jardines, puentes, aceras, acotamientos, etcétera, es innegable que habría menos espacios para delinquir, consumir drogas, y contaminar, entre otras cosas. También, en sentido inverso, es decir, en reciprocidad, el considerable relajamiento en materia penal afecta sustancialmente a lo administrativo; ejemplo, el incumplimiento de sentencias dictadas por los OJCA en ocasiones implican delitos, o la común falsificación de firmas en las promociones, la corrupción entre abogados y juzgadores, etcétera. Conclusión: todo el sistema jurídico guarda una intrínseca relación que en ocasiones se pierde

<sup>594</sup> <http://www.cindoc.csic.es/>.

<sup>595</sup> <http://www.csic.es/index.do>.

cuando no se ve la estructura de forma integral, o, como dicen los estadounidenses, “la fotografía completa”.

*Comentarios generales.* El sistema contencioso administrativo en su totalidad puede mejorar sustancialmente, comenzando por el ámbito federal, y siguiendo por la mayoría de las legislaciones y OJCA locales, principalmente en su estructura y funciones. Sabemos dónde están la mayoría de los problemas, y conocemos muchas propuestas para solucionarlos; sin embargo, seguimos en el error por décadas, ¿por qué?

Lo difícil no es demostrar la necesidad de los contenciosos, su perfeccionamiento y efectividad, sino informar, difundir, cabildear y, sobre todo, concretar las reformas necesarias. Es decir, el problema se sigue centrando en las autoridades tradicionalmente responsables, ejecutivas y legislativas, principalmente, pues aunque resulte grotesco, si el Ejecutivo no participa en el desarrollo y mejoramiento de estas instituciones, dada la cultura y sistema presidencialistas que vivimos, no se logra un avance significativo.<sup>596</sup>

Se debe promover institucionalmente un mayor y mejor acercamiento de los OJCA con sus legislaturas y ejecutivos. Ya sea a través del diseño de políticas específicas de los tribunales, convenios de colaboración, organización conjunta de eventos de interés mutuo, entre tantas formas. El acercamiento, la comunicación y la coordinación que se logre con legisladores y administradores será vital para el éxito y desarrollo de lo contencioso administrativo.

Asimismo, debemos promover la cultura de la legalidad, la cultura del gobierno de los jueces. Pero no podemos pedir sin ofrecer, ya que al mismo tiempo debemos proyectar respeto, congruencia, calidad, actualización. En otros países a los profesionistas se les exige como requisito para el ejercicio de su práctica profesional, un determinado número de horas de cursos de actualización al año. No estaría mal que instituyéramos un sistema parecido aquí para los legisladores y juzgadores en general, aunque lo ideal sería que se aplicara a todos los servidores públicos, de todos los poderes y órganos autónomos.<sup>597</sup>

En Colombia existe una figura interesante llamada *juicio de pérdida de la investidura de congresista*, de la cual conoce nada menos que la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado de ese país.<sup>598</sup>

<sup>596</sup> En estados como Tabasco y Tamaulipas, dicho por colegas magistrados, no se puede hacer nada trascendente relacionado con el contencioso sin “permiso y dinero del gobernador”.

<sup>597</sup> No es casual que la imagen que tiene la población de los servidores públicos esté tan demeritada. La realidad es que la falta de preparación y principios no pasa desapercibida a los gobernados. Basta ver la ENCUP 2005, pp. 12 y ss.

<sup>598</sup> Uno de los últimos casos relevantes lo encontramos en: “Pérdida de la investidura de congresista - Procedencia por configurarse la causal de indebida destinación de dineros públicos/Indebida destinación de dineros públicos - Remuneración de empleado de UTL

Aunado a lo anterior, y parafraseando a Carnelutti, el espíritu de la legislación contencioso administrativa deberá buscar siempre el justo medio entre la necesidad del choque y la exageración en la ceguera de cada posición, problemática que además de resultar intrínseca a todo juicio se vea quizá acentuada en nuestra materia, en donde la situación marcadamente desigual de las partes propicia un mayor encono en su defensa y posicionamiento.

Esto nos lleva a repetir que deberán valorarse seriamente los MASC, ya explicados anteriormente, para incluirlos en la legislación procesal o contenerlos en leyes exclusivas al respecto. Lo mismo la ampliación de las facultades para mejor proveer de los OJCA.

Finalmente, cabe insistir en que una reforma a la legislación procesal nunca será integral sin una legislación sustantiva completa. El reciente debate reformador en materia penal (reforma constitucional 2007-2008) ilustra claramente esto, sin figuras y tipos delictivos precisos, sin investigaciones y actividad ministerial sólidas, el juez poco puede hacer, aun con la mejor legislación adjetiva del mundo.<sup>599</sup> Lo mismo sucede en materia contencioso administrativa, es decir, sin un marco jurídico sustantivo al nivel, la actuación del juzgador será limitada; sin perjuicio de atender también todo aquello que influye directamente en todo sistema de justicia, como la legislación en materia educativa, y de políticas públicas de difusión, según vimos en los capítulos precedentes.<sup>600</sup>

Al respecto, nos dice en forma contundente Héctor Fix-Fierro:

No es posible determinar la eficiencia judicial sino por comparación con el desempeño del mercado y la legislatura, es decir, que la eficiencia de los tribunales siempre es relativa a la de otras instituciones.<sup>601</sup>

estando en el exterior / Unidad de trabajo legislativo - Sitio de prestación de servicios de sus empleados / Trabajo en el exterior - Empleado de UTL / Congresista - Indebida destinación de dineros públicos. Empleado de UTL: prestación de servicios en el exterior. Radicación número: AC-12546, Actor: Francisco Joel Ángel Gómez. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C.", ocho (8) de agosto de dos mil uno (2001).

<sup>599</sup> Juan Ciudadano, "Justicia de «alambrito»", *Reforma*, 01/10/07. <http://www.reforma.com/parseo/printpage.asp?pagetoprint=../editoriales/nacional/407/813811/default.shtm&subcategoriaid=13&categoriaid=6>.

<sup>600</sup> Ejemplos sobran, y algunos fueron ya expuestos, como el caso de los taxis denominados "piratas", que por deficiencias de la normativa sustantiva son liberados del corralón al momento de pagar la multa y declarar sus poseedores que utilizan el vehículo para uso personal, no obstante estar ostensiblemente pintados como taxis, y producir una presunción inmediata de cualquier potencial usuario en la vía pública.

<sup>601</sup> Fix-Fierro, *Tribunales, justicia y eficiencia*, cit., p. 330.

## II. VALORACIÓN Y APLICACIÓN DE TRATADOS Y CONVENCIONES INTERNACIONALES EN MATERIA PROCESAL

Bajo el entendido ya expuesto en este trabajo de que el derecho de acceso a la justicia es quizá el derecho fundamental más importante, al hacer posible la defensa de todos los demás, los tratados, convenciones y declaraciones internacionales<sup>602</sup> en materia de derechos humanos, civiles, sociales, económicos, culturales, todos continentes de derechos intrínsecamente fundamentales, tendrán directa o indirectamente relación tanto con la transparencia como con la justicia. Todos estos instrumentos, que ya fueron mencionados en el capítulo primero con respecto a su contenido sobre transparencia, igualmente contemplan disposiciones trascendentales sobre acceso a la justicia,<sup>603</sup> que, insistimos, es quizá el más importante de los derechos fundamentales, por la sencilla razón de que es el que hace posible la defensa de todos los demás. “El acceso a la justicia es un derecho en alguna medida instrumental respecto de otros derechos, ya que permite combatir su violación”.<sup>604</sup>

En forma por demás clara el caso de *Claude Reyes y otros vs. Chile*, expuesto y comentado en el capítulo primero de este trabajo, nos muestra que los tratados internacionales influyen directamente en nuestros sistemas jurídicos, no sólo a través del establecimiento de derechos sustantivos en el régimen interior de cada Estado como parte de su derecho positivo, sino con la implementación de normas procesales supranacionales y su aplicación por un órgano jurisdiccional ajeno a cualquiera de los Estados parte; siendo el caso *Reyes* particularmente ilustrativo para nuestro análisis, al versar precisamente sobre el acceso a la información pública y el acceso a la justicia, en una proyección correlativa de ambos.

Por otra parte, la recientemente publicada<sup>605</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el capítulo primero establece:

<sup>602</sup> A efecto de no entrar en problemas terminológicos, y en congruencia con nuestro sistema constitucional, daremos prioridad al contenido (esencia) de los instrumentos, y no a su denominación, es decir, consideraremos tratados (como vocablo genérico) a aquellos que sean celebrados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado, independientemente del vocablo que lo califique.

<sup>603</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo y Convención Interamericana contra la Corrupción.

<sup>604</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, p. 723.

<sup>605</sup> DO, 02/04/08.

## Artículo 9o.

### *Accesibilidad*

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;

b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;

b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;

c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;

d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;

h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

Como se desprende de lo anterior, al igual que muchos tratados, éste requiere para su aplicación de un desarrollo legislativo y reglamentario inmediato, tanto por parte de autoridades federales como locales. Consideramos

que los aspectos de accesibilidad regulados por el artículo antes transcrito, no obstante ser de vital importancia, son de los más desatendidos por las legislaturas (y autoridades en general), problema que aunado al desconocimiento generalizado de los tratados y su obligatoriedad los vuelve letra muerta en nuestro sistema, sin ninguna consecuencia jurídica o política para los responsables.

### *1. Complementariedad e incorporación en la legislación sustantiva y procesal administrativa*

Para ilustrar de manera contundente la trascendencia del tema iniciamos con la transcripción de fragmentos de una resolución interlocutoria emitida por nuestro multicitado colega juez Luis Federico Arias, la cual proyecta elocuente e inmejorablemente la auténtica función social de un tribunal administrativo:

DERECHO A LA VIVIENDA – OMISIÓN DEL ESTADO – SITUACIÓN DE LAS PERSONAS DESALOJADAS EN BARRIO DE ENSENADA – LUEGO DE DOS AUDIENCIAS FRACASADAS SE OBLIGÓ AL ESTADO PROVINCIAL A ALOJAR A LAS FAMILIAS EN HOTELES Y PENSIONES – MEDIDA CAUTELAR. 14325 – “CASTILLO GABRIELA GISELA C/PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRA S/AMPARO” La Plata, 21 de febrero de 2008.

Que a fs. 20/24 se ordenó cautelarmente a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Ensenada, a que, de manera inmediata, por intermedio de los organismos competentes, arbitren los medios necesarios y adecuados para la reubicación de las familias afectadas por la orden judicial de lanzamiento de las viviendas ubicadas en el “Barrio Fonavi” de Ensenada, ubicadas entre las calles Combate de Malvinas, Quintana y Maipú, en un lugar cercano al sector de sus actuales viviendas, que cuente con condiciones sanitarias y de habitabilidad suficiente.

Que en virtud de lo decidido en referido despacho cautelar, se ordenó posteriormente a la Municipalidad de Ensenada, con carácter cautelar, que ponga a disposición de los actores el inmueble sito en calle Camino Costanera Almirante Brown columna 288 (ex camping municipal) de la Localidad de Punta Lara. (fs. 399), medida que se efectivizó con las modalidades establecidas en la audiencia celebrada espontáneamente el día 8 de febrero del corriente, entre los actores y la Municipalidad de Ensenada donde se acordó el traslado de las personas afectadas al ex camping municipal de Punta Lara, convocando a las partes a una audiencia que se celebrara el día 14 de febrero del corriente año, donde se intentó acordar con las partes una solución a la contienda.

Frente al fracaso del citado objetivo, se fijó una nueva audiencia para el día de la fecha, con idénticos resultados y donde —conforme a las manifestaciones de los actores— y del escrito presentado por la Municipalidad de Ensenada a fs. 483 y 484, que da cuenta del precario estado de salud de las personas afectadas, se torna necesario proveer la citada petición, sin perjuicio de las soluciones habitacionales que ulteriormente se adopten.

Que del informe agregado a fs. 476/482 surge la existencia de diversas afecciones en la población involucrada, tales como desnutrición en niños y adultos, embarazos de riesgo, hepatitis B, diarrea aguda, otitis, bronco espasmos, conjuntivitis, una menor de doce años con pérdida de embarazo sin tratamiento ginecológico, entre otras situaciones y patologías.

Frente a ello, y la falta de propuestas por parte del Estado provincial para proveer una solución temporaria, se procedió a la suspensión de la audiencia, a fin de adoptar la presente medida.

Que la población afectada por la falta de viviendas, se encuentra provisoriamente alojada bajo un tinglado que, si bien constituyó una solución de emergencia para evitar la permanencia de las personas en la calle, atento al tiempo transcurrido, la situación sanitaria y la gran afluencia de turistas al sector, donde comparten los baños y el espacio abierto con los actores, actualmente genera una afectación de los derechos humanos esenciales, tales como la salud, la vida digna, la privacidad, conculcando asimismo, los derechos de la niñez y de la familia.

En función de lo expresado, y a fin de prevenir situaciones de gravedad, derivadas de la falta de higiene, hacinamiento, ausencia de duchas, y espacios compartimentados para la privacidad de las personas, corresponde ordenar las medidas necesarias para una mínima protección de los citados derechos.

Por ello, lo normado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14); los que, en las condiciones de su vigencia, gozan de jerarquía constitucional (artículo 75 inc. 22, CN) y 22 de la ley 7.166.-

#### RESUELVO:

1. Dejar sin efecto el traslado ordenado a fs. 488 y hacer lugar a la petición de fs. 483/484, modificar la medida cautelar de fs. 20/24 y ordenar a la Provincia de Buenos Aires, a que dentro del plazo de dos días, disponga el alojamiento de las familias identificadas a fs. 434/435 en establecimientos hoteleros o pensiones de las ciudades de Ensenada, La Plata o Berisso, hasta tanto recaiga sentencia firme en autos. Ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el artículo 163 de la CPBA y 23 de la ley 7.166, sin perjuicio de

las astreintes que se habrán de imponer a la persona del funcionario remiso y en beneficio de la actora (artículo 37 del CPCC), para el caso en que las personas desalojadas no gocen de la adecuada protección social, conforme a lo expuesto en los considerandos del presente decisorio.

2. Reanúdese la audiencia del día de la fecha y notifíquese personalmente a las partes en dicho acto con copia de la presente resolución. Regístrese.

Luis FEDERICO ARIAS  
Juez. Juz. Cont. Adm. No.1. Dto. Jud. La Plata.

Asimismo, en el considerando 3.2.3 de la resolución final en la causa *Habilitación de instancia - plazo de caducidad – empleo público – inconstitucionalidad del artículo 18 de Código Proc. Administrativo*, el mismo juez Arias establece:

...A lo cual corresponde agregar la pauta hermenéutica sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme la cual, “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (CIDH, Opinión Consultiva No. 16/99, del 1/10/1999, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, párr. 119).<sup>606</sup>

La protección de los derechos a la información y a la justicia requiere de una actividad permanente de los tribunales, principalmente del Poder Judicial de la Federación y de los tribunales administrativos, a través de la aplicación de la Constitución y toda la legislación de ella derivada o por ella permitida, incluyendo los tratados internacionales, que no pocas veces son “olvidados”, por no decir ignorados e incumplidos; no obstante que de acuerdo con la última ejecutoria de la SCJN sobre el tema determinó que

<sup>606</sup> 11219 – “LARRAMENDY MARIA FERNANDA C/ MINISTERIO DE SALUD Y OTRO/A S/ PRETENSIÓN ANULATORIA - EEMPL. PÚBLICO”, La Plata, 27 de septiembre de 2006.- Luis Federico Arias, juez, Juz. Cont. Adm. No.1, Dto. Jud. La Plata.

los tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal (p. LXXVII/99, noviembre de 1999).<sup>607</sup>

En la misma tesitura, nuevamente regresamos a la PRE de la SCJN, que en sus puntos 7 y 8 establece:

7. Reconocer a nivel constitucional los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Se ha señalado que la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos resulta insuficiente e incluso meramente retórica por no disponer los ciudadanos de medios efectivos para garantizarlos. Entre las sugerencias que se apuntan están el que se puedan hacer efectivos por medio del juicio de amparo (así se encuentra previsto en el proyecto de Ley de Amparo elaborado por la Suprema Corte).

Existen voces que sugieren la modificación del artículo 1o. de la Constitución y la consiguiente incorporación de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a nuestra Constitución.

a. Ampliar el ámbito de acción de la Suprema Corte para asegurar la protección de los derechos humanos.

b. Incorporar en la Constitución los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

c. Reforma al artículo 1o. de la Constitución.

d. Reformar los artículos 76 y 89 para introducir la figura de control previo de constitucionalidad para los tratados internacionales.

Asimismo, transcribimos el punto ocho de la multicitada PRE:

8. Recepción de tratados internacionales y ubicación jerárquica de éstos en el orden jurídico mexicano.

Se han advertido problemas de congruencia entre normas provenientes del derecho internacional, incorporadas a nuestro derecho interno y normas de derecho nacional. Estos problemas han tenido que ser abordados mediante interpretación jurisdiccional que sería conveniente recoger en nuestro orden constitucional para proporcionar mayor seguridad jurídica. De igual forma y con carácter de mayor urgencia se sugiere diseñar un sistema de recepción

<sup>607</sup> El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede, y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: “Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa”.

de resoluciones de tribunales internacionales para colmar lo que hasta ahora es un vacío normativo.

a. Asegurar la congruencia entre el orden jurídico nacional e internacional y otorgar seguridad jurídica, perfeccionando el sistema de recepción de los tratados y resoluciones internacionales.

b. Reforma a los artículos 21 y 133.

Según anticipamos en el capítulo segundo de este trabajo, distintos instrumentos internacionales ratificados por México contienen mención expresa tanto al derecho de acceso a la información pública como a la justicia. En materia de transparencia, desde nuestra legislación constitucional y secundaria, afortunadamente hemos avanzado y superado por mucho a dichos instrumentos internacionales, sin dejar de reconocer que en su momento, según apuntamos, era lo único que nos regía en la materia, aunque no se aplicara. No así en materia de acceso a la justicia, en donde comentamos en el capítulo segundo que no hay la contundencia normativa deseada; e igualmente hicimos mención que al respecto se pronuncian principalmente la Declaración Universal de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el Pacto de San José. A continuación transcribimos los preceptos respectivos para ilustrar sobre la innegable existencia del derecho de acceso a la justicia, como tal, en nuestro sistema jurídico:

– Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>608</sup>

#### Artículo 8o.

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare<sup>609</sup> contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

#### Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

<sup>608</sup> Székely, Alberto, *op. cit.* y <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

<sup>609</sup> De marcada influencia mexicana, según nos lo hace notar Miguel Carbonell, *op. cit.*, *Derechos fundamentales*, p. 723.

– Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>610</sup>

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

– Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>611</sup>

Artículo 8o. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

– Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo<sup>612</sup>

Artículo 13. Acceso a la justicia

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e

<sup>610</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

<sup>611</sup> *Idem.*

<sup>612</sup> *Idem.*

indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.<sup>613</sup>

No podemos concebir duda alguna sobre la contundencia del acceso a la justicia como derecho positivo mexicano, que no por ser vía complementaria (tratados) es menos obligatoria que el resto de la legislación.

También en este apartado cabe insistir con el mismo comentario hecho sobre la legislación ordinaria, que aplica también a los tratados que forman parte de nuestro derecho positivo, y que tomamos del maestro Elisur Arteaga, en el sentido de reconocer que si bien hay mucho por mejorar, tenemos que comenzar por cumplir con los derechos que ya tenemos; es decir, aplicar la Constitución, los tratados y las leyes de ella derivados.<sup>614</sup>

Un ejemplo concreto de aplicación para terminar este subapartado: ubicados en el tema de la transparencia, basados en el principio de *máxima publicidad*, ya contemplado a nivel constitucional, ante las graves lagunas en el tema de la exigencia a los particulares en funciones de autoridad o entes de interés público como sujetos obligados, ¿no podríamos acudir a los tratados internacionales para incluir a dichos entes no obstante que la mayoría de las leyes de la materia son omisas al respecto? Pensamos que sí, pues, por un lado, para eso se establecen principios (en este caso el de máxima publicidad), para extenderse en la interpretación en caso de duda hacia el mayor beneficio del bien jurídico protegido; y por otro, para eso celebramos y ratificamos tratados, para complementar positivamente (en todos los sentidos) nuestra legislación interna, y no para contar con un respaldo inútilmente repetitivo de nuestras normas.

## 2. Bancos de datos (oficiales) y difusión sobre la naturaleza y jerarquía de los tratados

Sin extendernos mayormente, no queremos dejar de mencionar que esta parte del derecho positivo mexicano, por mucho la más desconocida y subutilizada, debe concentrarse en bancos de datos oficiales y difundirse tanto o más que el resto de la legislación, comenzando por crear una relación actualizada, y de ser posible explicada, de los tratados internacionales

<sup>613</sup> También *Reglas de Brasilia...*

<sup>614</sup> Arteaga Nava, *Constitución política y realidad*, pp. 230 y ss.

en materia de de garantías procesales, transparencia y justicia (sin perjuicio de hacerlo con todas las materias).

No se aplica lo que no se conoce. En congruencia con todo lo dicho en este trabajo, los bancos de datos ya existentes o por crearse deberán ser accesibles por todos los medios disponibles, principalmente los electrónicos, y estar razonablemente actualizados. Debe encontrarse la forma de garantizar un mínimo de certeza en cuanto a la vigencia de la normativa en cuestión.

En principio, dos autoridades federales tendrían la obligación de ofrecer al público dos sitios de Internet con un banco de datos completo y actualizado de tratados y convenciones: la Secretaría de Relaciones Exteriores, SRE, y el Senado de la República, SR. De hecho, la primera ya cuenta en su PW con un sitio que ofrece quizá la relación más completa y actualizada al respecto: <http://www.sre.gob.mx/tratados/>; al punto de que la propia PW del Senado contiene un vínculo hacia ella, aunque lo ideal sería que tuviera la suya, y ofrecer al público otra opción. Asimismo, la propia SRE ofrece un vínculo denominado Guía para la conclusión de Tratados y Acuerdos Interinstitucionales en el Ámbito Internacional según la Ley sobre la Celebración de Tratados,<sup>615</sup> que en forma didáctica y abreviada explica estas figuras.

Lo anterior, sin perjuicio de todos los demás sitios públicos y privados, nacionales e internacionales, en Internet, que pueden ofrecer algo equivalente o complementarios, como el del IJ-UNAM <http://www.juridicas.unam.mx>, el de la Secretaría de Gobernación, SG, con <http://www.ordenjuridico.gob.mx/>, el Latin American Network Information Center (LANIC) de la Universidad de Texas en Austin, UTA <http://lanic.utexas.edu/la/region/law/#international>, o el de CEJA <http://www.cejamericas.org/>, por citar sólo algunos.

La intención de este último apartado del trabajo es resaltar, tal y como lo ha hecho reiteradamente la doctrina, la falta de conocimiento y conciencia social de la obligatoriedad directa e inmediata de los tratados suscritos y ratificados por México. La SCJN, como ha sido la costumbre en los últimos años, también ha tomado la iniciativa con la publicación de la obra *La jerarquía normativa de los tratados internacionales en el derecho mexicano*, México, SCJN, 2008, 158 pp.<sup>616</sup>

<sup>615</sup> <http://www.sre.gob.mx/tratados/guia.pdf>.

<sup>616</sup> [http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/028AF3DF-4746-4C14-9F2D-AD84D247AF32/0/CATALOGO\\_16042008.pdf](http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/028AF3DF-4746-4C14-9F2D-AD84D247AF32/0/CATALOGO_16042008.pdf).