

Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos

Miguel Alejandro **LÓPEZ OLVERA**

Coordinador



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Doctor en derecho administrativo. Investigador titular B de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Autor de los libros *El control de convencionalidad en la administración pública* y *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*. Coautor del libro *La contratación pública*.



Miguel Alejandro

LÓPEZ OLVERA

PODERES TRADICIONALES
Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 890

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Cuidado de la edición y formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

PODERES TRADICIONALES Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2020

Esta obra fue producto del proyecto de investigación
“Poderes tradicionales y órganos constitucionales au-
tónomos” (número 299276) financiado por el Consejo
Nacional de Ciencia y Tecnología.

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 3 de abril de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-30-3004-5

CONTENIDO

Introducción	XI
Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA	

PRIMERA PARTE CONCEPTUAL

Soberanía popular <i>vs.</i> órganos constitucionales autónomos	3
Jaime CÁRDENAS GRACIA	
La autonomía constitucional de los órganos reguladores. Hacia una reconstrucción conceptual.	27
José ROLDÁN XOPA	

SEGUNDA PARTE FUNCIONES

Poderes tradicionales y funciones públicas. Una visión sistémica de los órganos constitucionales autónomos en México	47
Yuri PAVÓN ROMERO	
El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán como órgano constitucional autónomo.	63
Javier Elliott OLMEDO CASTILLO	
Autonomía constitucional de la Fiscalía General de la República . .	79
Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA	
Enrique MEZA MÁRQUEZ	
Luis Fernando RUIZ PÉREZ	

TERCERA PARTE
DIVISIÓN DE PODERES

Montesquieu en el Estado de partidos.	99
Javier RUIPÉREZ ALAMILLO	
¿Es el siglo XXI el tiempo de los órganos constitucionales autónomos en México?	129
Marco Antonio CONTRERAS MINERO	
División de poderes y órganos constitucionales autónomos	147
Eugenia Paola CARMONA DÍAZ DE LEÓN	

CUARTA PARTE
MOTIVOS (POLÍTICOS, TÉCNICOS, JURÍDICOS) PARA LA
CREACIÓN DE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Contexto y jerarquización constitucional de la organización autónoma y el control público en Argentina	161
Isaac Augusto DAMSKY	
Motivos de la irrupción de los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano	201
Gerardo ACUAYTE GONZÁLEZ	
Los órganos constitucionales autónomos.	215
Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE	

QUINTA PARTE
ACTIVIDADES SUSCEPTIBLES DE SER REALIZADAS
POR UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL NUEVO

Funciones realizadas por los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial con características para ser realizadas por un órgano constitucional autónomo	225
Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA	

La defensoría pública como órgano constitucional autónomo. Apun- tes para la construcción de un modelo necesario	251
Enrique MEZA MÁRQUEZ	

INTRODUCCIÓN

El estudio de los órganos constitucionales autónomos es un tema de gran actualidad, tanto en el aspecto jurídico como en el político y en el técnico, en virtud de que recientemente se han expresado pronunciamientos de expertos académicos y técnicos, así como posicionamientos políticos que han argumentado a favor de los beneficios de los órganos constitucionales autónomos, pero también hay otros sectores que han argumentado en contra del trabajo realizado por estos órganos, la mayoría de las veces, refiriéndose a los órganos constitucionales autónomos reconocidos en la Constitución federal; pero es necesario hacer una evaluación objetiva, con datos, criterios y experiencias comparadas, del funcionamiento de estos órganos constitucionales autónomos, tanto de los federales como de los locales y municipales, ya que existen diferencias considerables, por ejemplo, respecto del número idóneo de estos órganos en las Constituciones, ya que mientras Tlaxcala cuenta con cuatro, Oaxaca tiene nueve, en la Constitución federal también existen nueve, sin contar dos órganos jurisdiccionales; su ubicación en las propias Constituciones, algunos están insertos en los apartados de Poder Ejecutivo o Legislativo o Judicial, mientras que en otras Constituciones se ha creado un apartado específico para estos órganos, situaciones en las que no ha reparado la doctrina actual, el tipo de autonomía otorgada por cada Constitución a cada órgano constitucional autónomo, sino que los estudios son muy generales, por ello es que es muy importante la publicación de este libro, en el cual, los autores que participan, debaten, desde la tribuna académica, sobre los temas antes señalados.

Los autores que participan en este volumen han puesto el acento en aspectos muy importantes que, a partir de sus puntos de vista, surgirán criterios importantes para la creación y evaluación de los órganos constitucionales autónomos en nuestro país.

Así, este libro se divide en cinco partes, en las cuales se abordan los temas relativos a los conceptos utilizados en las Constituciones para referirse a los órganos constitucionales autónomos; a las funciones que realizan; a

su compatibilidad o no con el principio de la división de poderes; a los motivos (políticos, técnicos o jurídicos) para su creación, y finalmente, a las actividades que realizan actualmente los poderes ejecutivos, y que en el futuro pueden ser susceptibles de ser realizadas por un órgano constitucional autónomo.

En la primera parte, denominada “Conceptual”, Jaime Cárdenas Gracia, en su trabajo de investigación intitulado “Soberanía popular *vs.* órganos constitucionales autónomos”, analiza la importancia de vincular a los órganos constitucionales autónomos con la sociedad, a través de diferentes mecanismos para que rindan cuentas.

José Roldán Xopa, en su interesante análisis sobre “La autonomía constitucional de los órganos reguladores. Hacia una reconstrucción conceptual”, destaca el papel fundamental que tienen estos órganos desde la autonomía que les otorga la Constitución.

En la segunda parte, denominada “Funciones”, Yuri Pavón Romero, en su trabajo intitulado “Poderes tradicionales y funciones públicas. Una visión sistémica de los órganos constitucionales autónomos en México”, realiza un análisis de los conceptos “poder”, “instituciones”, “institucionalidad”, “competencia”, “autonomía”, entre otras, a la luz del principio de la división de poderes.

Por su parte, Javier Elliott Olmedo Castillo, destaca, en su interesante artículo nombrado “El Tribunal de Justicia Administrativa del estado de Michoacán como órgano constitucional autónomo”, la creación tanto en Michoacán como en casi la totalidad de las entidades federativas, órganos constitucionales autónomos, encargados de la impartición de la justicia administrativa.

También, en esta parte se analiza la autonomía de la Fiscalía General de la República, por Miguel Alejandro López Olvera, Enrique Meza Márquez y Luis Fernando Ruiz Pérez, en el artículo “Autonomía constitucional de la Fiscalía General de la República”.

En la tercera parte, denominada “División de poderes”, Javier Ruipérez Alamillo, en su artículo titulado “Montesquieu en el estado de partidos”, analiza el caso de España, es muy interesante ya que cuenta con un sistema monárquico, con comunidades autónomas, pero también con órganos constitucionales autónomos. Su influencia doctrinal, política, cultural y jurídica han sido muy importantes desde siempre para nuestro país.

También en esta parte, realiza un interesante análisis Marco Antonio Contreras Minero, en su trabajo llamado “¿Es el siglo XXI el tiempo de los órganos constitucionales autónomos en México?”, en el cual, se destaca

el análisis del principio de la división de poderes como eje central para la creación de estos órganos constitucionales autónomos.

Lo mismo que Eugenia Paola Carmona Díaz de León, quien aporta su análisis en el capítulo “División de poderes y órganos constitucionales autónomos”, en el cual, nos brinda un destacado análisis sobre su evolución como concepto y como institución; destacando las críticas que sobre este principio han recaído; así como su vigencia en las democracias actuales.

En la cuarta parte, denominada “Motivos para la creación de los órganos constitucionales autónomos”, Isaac Augusto Damsky de Argentina, nos expone en su trabajo “Contexto y jerarquización constitucional de la organización autónoma y el control público en Argentina”, el caso de Argentina, que es muy interesante, en virtud de que ese país cuenta con un sistema federal, como el nuestro, con estados autónomos denominados provincias, y con municipios, y cuenta con órganos independientes, federales y locales. Su influencia doctrinal, política, cultural y jurídica han sido muy importantes en los últimos años para nuestro país.

También Gerardo Acuayte González, en su trabajo llamado “Motivos de la irrupción de los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano”, destaca las características de los órganos constitucionales autónomos, que han aportado tanto la doctrina como el Poder Judicial federal.

Y finalmente, cierra esta parte, Susana Thalía Pedroza de la Llave, con su trabajo “Los órganos constitucionales autónomos”, en el cual precisa el principio de la división de poderes, el concepto de autonomía, así como el marco teórico y las características de los órganos constitucionales autónomos.

Y en la quinta y última parte, denominada “Actividades susceptibles de ser realizadas por un órgano constitucional nuevo”, Miguel Alejandro López Olvera, realiza un análisis de los órganos constitucionales autónomos locales que se han creado para realizar funciones específicas, en su trabajo de investigación intitulado “Funciones realizadas por los poderes legislativo, ejecutivo o judicial con características para ser realizadas por un órgano constitucional autónomo”.

Y finalmente, Enrique Meza Márquez, nos propone la creación de un nuevo órgano constitucional autónomo, en su trabajo intitulado “La defensoría pública como órgano constitucional autónomo. Apuntes para la construcción de un modelo necesario”.

Todos los trabajos que componen el presente volumen resultan de mucha actualidad y son un buen punto de partida para todos aquellos estudiosos del derecho constitucional, de la ciencia política y del derecho administrati-

vo, que buscan dilucidar la situación actual de los órganos constitucionales autónomos.

Este libro es el producto de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto Institucional “Los órganos constitucionales autónomos ante las transformaciones políticas del México actual”, así como del Proyecto “Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos”, financiado por el Conacyt.

Finalmente, agradecer a la Universidad Nacional Autónoma de México, al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, al doctor Pedro Salazar Ugarte y a la doctora Issa Luna Pla, por el apoyo brindado para el desarrollo del presente proyecto, así como al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA

PRIMERA PARTE

CONCEPTUAL

SOBERANÍA POPULAR VS. ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los órganos constitucionales autónomos se sustraen a la soberanía popular.* III. *Los modelos latinoamericanos y europeos de órganos constitucionales autónomos.* IV. *La necesidad de una nueva teoría de los órganos constitucionales autónomos.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Existe en algunos sectores de la población preocupación por las decisiones del gobierno que encabeza Andrés Manuel López Obrador respecto a los órganos constitucionales autónomos. Se piensa que hay intención de abrogarlos o de mermarlos sensiblemente. Voy a sostener en este ensayo que esas preocupaciones son en gran parte infundadas. Desde mi punto de vista, el gobierno actual no pretende abrogar a esos organismos, o reducirlos en sus funciones constitucionales. Lo que López Obrador pretende sobre los órganos constitucionales autónomos es situarlos dentro de una lógica republicana para que no se constituyan como burocracias doradas controladas por sus titulares —una suerte de mandarinatos— sin tener contacto efectivo con la sociedad, a la que no suelen rendirle cuentas de sus importantes tareas.

Cuando los órganos constitucionales autónomos se crearon en México, se indicaron fundamentalmente tres hipótesis para constituirlos: 1) limitar el sistema presidencial, arrancando al titular del Ejecutivo atribuciones que anteriormente tenía; 2) enfrentar a la partidocracia y a otros poderes fácticos mediante instituciones independientes que fueran capaces de controlar a esos poderes, y 3) los órganos constitucionales autónomos tenían que ver con el proceso de transición a la democracia, pues los poderes formales esta-

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

blecidos contaban con vicios autoritarios, y la transformación democrática requería de órganos nuevos, no contaminados, que alentaran y acompañaran los procesos de cambio.¹

Más tarde hemos comprendido que algunos de los órganos constitucionales autónomos deben su origen a recomendaciones y/o imposiciones de organismos financieros internacionales, como han sido los casos del Banco de México, el Instituto Federal de Telecomunicaciones, la Comisión Federal de Competencia Económica, y el desaparecido Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación. A las instituciones financieras internacionales y a las empresas transnacionales, les interesa que existan órganos reguladores que no obedezcan a las coyunturas políticas, garanticen y den seguridad a las inversiones económicas principalmente extranjeras, y posibiliten el mantenimiento equilibrado en el ámbito doméstico de las variables macroeconómicas. Es decir, los órganos constitucionales autónomos —al menos algunos de ellos— derivan de lógicas neoliberales y sirven para evitar que gobiernos con gran legitimidad democrática o “irresponsables” amenacen la estructura del capitalismo mundial que se aplica a todas las naciones del mundo.

Además de las razones anteriores, otras causas de la proliferación de los órganos constitucionales autónomos tienen que ver con decisiones de política interna. Ejemplo de ello, fue el Pacto por México, que significó, entre otras cosas, durante el gobierno de Enrique Peña Nieto, el aumento de cuatro a diez de los órganos constitucionales autónomos en nuestro país para abrir espacios de poder al PRD, que no los tenía en ese tipo de organismos.

El Pacto por México del 2 de diciembre de 2012, fue firmado por el gobierno federal y los dirigentes de los siguientes partidos políticos: PRI, PAN y PRD. Se trató de un acuerdo político conformado por 95 compromisos políticos que fueron el fundamento de las principales reformas estructurales a la Constitución y a las leyes secundarias durante el gobierno de Enrique Peña Nieto.

Políticamente, el Pacto por México integró con el gobierno federal a las tres fuerzas políticas más importantes del país en ese entonces (PRI, PRD, PAN), pero no comprendió al resto de los partidos (Partido del Trabajo, Movimiento Ciudadano, Nueva Alianza, etcétera). El Pacto por México no sumó a las organizaciones sociales ni a las organizaciones empresariales. No existió en él representación estatal ni municipal. No se incluyó en

¹ Parte de estas reflexiones están contenidas en: Cárdenas Gracia, Jaime Fernando, *Las pruebas y las resoluciones electorales*, México, Porrúa, 2014, pp. 159-191.

el Pacto a los pueblos indígenas ni estuvieron formalmente en él los poderes fácticos. Fue un acuerdo político poco representativo, débilmente incluyente, que no respetó los derechos de las minorías y la pluralidad existente en el país. Fue elaborado y diseñado de espaldas a la sociedad y, en su implementación, a través del Consejo Rector del Pacto, se repitieron las deficiencias aquí apuntadas.

Las cúpulas de los tres partidos mayoritarios negociaron el Pacto y las militancias de esos partidos estuvieron ausentes. Los temas y el alcance o profundidad de cada uno de ellos fueron decididos por esas dirigencias y no se ha justificado aún ante la sociedad el porqué de esos temas y por qué con ese alcance. No se dio oportunidad para que los discursos alternativos a la hegemonía política —como el de los zapatistas o los miembros del Movimiento Regeneración Nacional (Morena)— expusieran sus preocupaciones, sus temáticas y la profundidad con que debieran tratarse los asuntos.

Se trató de un Pacto acordado sin luz ni taquígrafos, en la opacidad. Se desconocen aún los motivos particulares que tuvieron los partidos o el gobierno para firmarlo. ¿Por qué lo firmó Peña Nieto? ¿Por qué el PAN? ¿Por qué el PRD? Los motivos particulares que existen en cada caso son fundamentales para comprender los propósitos y los fines de cada una de las partes.

Se ha dicho que el Pacto por México equivalió a los pactos que produjeron la transición a la democracia en España. Aseveración totalmente falsa. Los acuerdos españoles fueron para convocar a elecciones democráticas y a partir de ahí aprobar una nueva Constitución. Las temáticas del Pacto por México fueron disímbolas —contienen políticas públicas, medidas presupuestales, reformas legales y reformas constitucionales— y no tuvieron por objetivo la convocatoria a un congreso constituyente destinado a aprobar una nueva Constitución. Los temas respondieron a los intereses particulares de los partidos signatarios y no fueron consecuencia de un diagnóstico previo sobre los grandes problemas nacionales. Fue un Pacto elaborado sin estudios o análisis sobre lo que demandaban y reivindicaban los ciudadanos.

Jurídicamente, el Pacto por México tendió a centralizar decisiones en el Ejecutivo Federal y es poco federalista. Se propusieron así un Código Penal único, un Código de Procedimientos Penales único, un sistema nacional anticorrupción, reformas electorales y políticas centralistas, esquemas nacionales de seguridad pública, entre otras medidas, que han fortalecido a las autoridades federales sobre las locales y las municipales. En algunas materias, como la de medios de comunicación o la de telecomunicaciones, no se fue al fondo del problema, que es el de la concentración monopólica

en el sector, lo que obligaría a establecer porcentajes límite a las empresas y corporaciones para acceder al espacio radioeléctrico y a los servicios de telefonía menores de los que se aprobarían constitucionalmente —no existió una seria voluntad antimonopólica—. En los asuntos energéticos se trató de abrir la industria petrolera a la inversión privada y eso equivale a la privatización del petróleo en contra de lo que establecía el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución.

Internacionalmente no existió en el Pacto una definición sobre el papel preponderante de los Estados Unidos en la política económica, comercial y de seguridad de nuestro país. El Pacto se desentendió del intervencionismo del FMI o del Banco Mundial en nuestra economía. El Pacto no abordó la relación y la posición que México debe tener respecto a la política de seguridad nacional de los Estados Unidos que nos considera dentro de su área de influencia. Ni siquiera buscó incorporar a los ciudadanos en la aprobación de los tratados internacionales para que esas relaciones tengan algún tipo de legitimidad democrática.

En economía el Pacto se inscribió en el canon neoliberal, cuando este modelo está en crisis en el mundo entero. No existió ni un solo renglón en el Pacto que reclamara una modificación a este modelo para poner coto a sus consecuencias económicas, sociales y políticas negativas. Se trató de un Pacto neoliberal que representó el pensamiento único hegemónico de carácter mundial. No se apostó en él por un modelo alternativo.

Socialmente, se procuró atender a los derechos económicos, sociales y culturales de los mexicanos dentro del modelo neoliberal. Los derechos sociales no fueron tratados en el Pacto como derechos humanos universales e indisponibles, directamente exigibles ante los tribunales.

En síntesis, el Pacto por México representó, más allá de la desmesura en la creación de los órganos constitucionales autónomos, un hito dentro de la construcción del neoliberalismo jurídico que ha prevalecido en nuestro país desde los años ochenta del siglo pasado y que se caracteriza, entre otras, por las siguientes notas:

- *Desmantelamiento del Estado.* El Estado mexicano fue amputado por la reforma y reducido a mínimos para favorecer al mercado internacional.
- *Privatización del derecho público.* Esta privatización se manifestó en el incremento de regulaciones de derecho privado en las reformas estructurales que antes correspondían al derecho público: constitucional y administrativo.

- *Desmantelamiento del Estado del bienestar.* Esta característica se expresó en la reducción del contenido de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en los mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad para su protección.
- *Subordinación del Estado mexicano a los intereses geoestratégicos de los Estados Unidos.* Las reformas estructurales entrañaron la sustitución definitiva del modelo de desarrollo que se había conformado en México. El nuevo modelo representa la pérdida de las visiones de Estado y de nación en beneficio de una globalización impuesta de arriba a abajo que constituye una auténtica revolución de los ricos del mundo para los ricos del mundo.

II. LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS SE SUSTRAN A LA SOBERANÍA POPULAR

Los órganos constitucionales autónomos carecen de legitimidad democrática de origen, no se desprenden directamente del artículo 39 constitucional. Su “legitimidad” es tecnocrática y se justifica por el carácter técnico y la corrección jurídica de sus decisiones. Por ello, en un Estado democrático, su introducción constitucional debe meditarse con suficiencia. No cualquier institución merece transformarse en órgano constitucional autónomo. Sólo merecen ser órganos constitucionales autónomos aquellas instituciones que desarrollen funciones esenciales para el Estado que no deban estar contaminadas por los intereses de los partidos políticos o de otros poderes fácticos. Algunos recomendamos que su creación constitucional debe provenir, no del mecanismo de reforma constitucional previsto en el artículo 135 constitucional, sino que deben surgir de un referéndum nacional.

Hoy en día, las nociones de Leibholz o Santi Romano sobre los órganos constitucionales autónomos están rebasadas. La cualidad de un órgano constitucional autónomo no sólo debe depender de la posición que ocupa cada órgano en el marco de la Constitución² y que puede haber tantos órganos constitucionales autónomos como lo establezca la Constitución respectiva, ya sea por la voluntad del constituyente originario o por haberlo decidido así el órgano de reforma constitucional. Es imprescindible que caso por caso la sociedad mediante referéndum apruebe la creación de estos órganos.

² Leibholz, Gerhard, “El Estatus del Tribunal Constitucional Federal en Alemania”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro Homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, p. 691.

Después de la Segunda Guerra Mundial, aparecieron en Europa algunos órganos constitucionales autónomos. Al principio las Constituciones no definieron con precisión las características de estos órganos. Por ejemplo, la Ley Fundamental de Bonn incluyó al Tribunal Constitucional Alemán dentro de la regulación donde se norma al resto de los tribunales federales. La jurisprudencia constitucional alemana y la doctrina fueron perfilando los elementos característicos de estos órganos, señaladamente las notas que aluden a su independencia y autonomía en relación con el resto de los poderes tradicionales (el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial) y, en tanto, que de la Constitución no se derive nada en contrario. También se fue perfilando que los órganos constitucionales se coordinan entre sí, y no se encuentran en una relación jerárquica entre ellos o en relación subordinada con los poderes tradicionales.

Más tarde se ha ido equiparando el estatus de los titulares y de los funcionarios de los órganos constitucionales con el del resto de los titulares de los poderes públicos tradicionales. El estatus de los titulares de los órganos constitucionales autónomos es del mismo nivel que el estatus de los titulares de los poderes tradicionales. Por eso, en algunos casos, son sujetos de responsabilidades políticas de carácter constitucional.

En la jurisprudencia italiana, desde mediados del siglo XX, quedó claro que los órganos constitucionales autónomos gozan de garantías de inviolabilidad, independencia y autonomía, semejantes a las de los poderes tradicionales y tal como se reconoció en Alemania. En España y después del conocido ensayo de Manuel García Pelayo, se precisó que los órganos constitucionales autónomos poseen las siguientes características: *a)* la inmediatez que significa que deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; *b)* la esencialidad porque se entiende que son necesarios para el Estado democrático de derecho contemporáneo y desempeñan funciones imprescindibles para el Estado; *c)* dirección política dado que participan en la dirección política del Estado y de ellos emanan actos legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales, que contribuyen a orientar de modo decisivo el proceso de toma de decisiones del Estado; *d)* paridad de rango, pues poseen jerarquía similar y mantienen con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación (cada uno es supremo en su orden e independiente en sus funciones), y *e)* autonomía porque poseen autonomía orgánica, funcional y, en ocasiones, presupuestaria.³

³ García Pelayo, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981, p. 12.

En general, se sostuvo que los órganos constitucionales autónomos se caracterizan por contar con las siguientes notas: 1) autonomía orgánica e independencia funcional; 2) mecanismos de integración no provenientes del Poder Ejecutivo —generalmente determinados en y por el Poder Legislativo— y un estatuto para que sus titulares cuenten con imparcialidad y con ello se fortalezcan las condiciones de objetividad del propio órgano; 3) apoliticidad porque se entienden como órganos técnicos y no políticos; 4) inmunidades para que realicen sus funciones sin presiones indebidas; 5) responsabilidades frente a los ciudadanos y al Poder Legislativo; 6) transparencia para que en su funcionamiento se eviten actos de corrupción; 7) intangibilidad porque se consideran órganos permanentes y no coyunturales —para ser derogados se exige el cumplimiento reforzado o cualificado que se pide para las reformas constitucionales y en ocasiones superior al procedimiento de reforma constitucional ordinario—, y 8) funcionamiento interno apegado al Estado de derecho para evitar cualquier tipo de mandarinato o de excesos tecnocráticos al interior de ellos.⁴

Jorge Carpizo señaló que las características de los órganos constitucionales autónomos son: 1) estar establecidos en la Constitución, la que debe señalar los principios básicos de su organización y sus facultades más importantes; 2) realizar funciones públicas que corresponden al Estado y que tienen por prioridad el interés público; 3) no depender políticamente de ninguno de los tres poderes, con los cuales guardan una relación de coordinación no de subordinación; 4) gozar de autonomía técnica y funcional, su presupuesto debe estar asegurado y ser suficiente para el cumplimiento de sus atribuciones; 5) sus titulares son responsables y los órganos constitucionales autónomos deben rendir cuentas; 6) realizar labores técnicas altamente especializadas; 7) su actuación debe estar alejada de consideraciones políticas o partidistas; 8) sus actos deben estar regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la ley; 9) sus titulares deben gozar de garantías para asegurarles autonomía técnica, tales como estabilidad en el encargo, remuneración adecuada y responsabilidad; 10) sus decisiones están sujetas al control de constitucionalidad, y 11) intangibilidad, si los órganos constitucionales autónomos fuesen suprimidos se lesionaría gravemente al Estado democrático de derecho.⁵

⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, 2012, pp. 251 y 252.

⁵ Carpizo, Jorge, versión estenográfica de la conferencia: *¿Por qué la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación debe ser un órgano constitucional autónomo?*, Instituto de Investigaciones

En nuestro tiempo de exigencia democrática y de crisis de la democracia representativa, los marcos teóricos anteriores son precarios. Hoy sostengo que lo más importante es que los órganos constitucionales se desprendan directamente del artículo 39 constitucional y que tanto su origen como su ejercicio sea democrático. No pueden justificarse como órganos elitistas, que están al margen de la sociedad.

La democracia representativa del Estado del Bienestar del siglo XX fue, como señaló Schumpeter,⁶ un mero mecanismo para la selección de élites o, como dijo Popper,⁷ un procedimiento de destitución de gobernantes. La democracia en esta concepción formal y minimalista se concretaba y concluía en lo electoral sin que importara mucho la calidad de las reglas e instituciones o el nivel de participación y deliberación de los asuntos públicos. Se trató de una mistificación que paralizó el sentido de la democracia en el tiempo.⁸ La democracia ponía fin a la historia si era sólo una cuestión de reglas y procedimientos para saber quién gobierna y cómo gobernará.

Las visiones minimalistas de la democracia centradas en lo electoral, además de incorrectas, son falsas si tratamos de concebir a la democracia desde sus fines —garantizar la libertad, la igualdad y la justicia—. Los principios de elecciones libres, auténticas y periódicas, aunque se satisfagan, no son suficientes⁹ porque la ciudadanía no tiene sólo una dimensión política, sino una social y económica, que mira o debe mirar por el bienestar de las personas y que procura reforzar la civilidad y potenciar las redes del beneficio social. No podemos ver a las personas como individuos aislados y atomizados,¹⁰ la ciudadanía tiene también una dimensión económica, es decir, los ciudadanos deben, con sus conciudadanos, decidir qué se produce, cómo y para qué —la democracia económica a la que nunca llegó el Estado del bienestar—. Además, la democracia tiene que ver con los resultados de las decisiones colectivas, éstos deben beneficiar también a las mayorías de cada

Jurídicas, UNAM, 18 de agosto de 2009, en el marco del Seminario Autonomía Constitucional de la Auditoría Superior de la Federación, pp. 4 y 5.

⁶ Schumpeter, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper, 1962, pp. 219 y ss.

⁷ Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2010.

⁸ Vega, Pedro de, “La democracia como proceso. (Algunas consideraciones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo)”, en Guerra, Alfonso y Tezanos, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, Sistema, 2003, p. 465.

⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 459 y 460.

¹⁰ Cortina, Adela, “Claves para un desarrollo de la democracia”, en Guerra, Alfonso, y Tezanos, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI...*, cit., p. 418.

sociedad. ¿Qué sentido tiene que elija la mayoría si los resultados de las decisiones colectivas benefician sólo al 1% de una minoría?

¿Puede decidir una élite nacional o transnacional, sin escuchar a los sectores involucrados, sin dar la debida participación en las decisiones a los que sean ciudadanos más allá de los momentos electorales, sin la deliberación y transparencia necesaria? Nosotros consideramos que no todos los procedimientos importan o valen lo mismo, hay de procedimientos a procedimientos. Algunos son más abiertos, más transparentes o más deliberativos y participativos¹¹ que otros. No es lo mismo, por ejemplo, contar con procedimientos que promuevan la oligarquización en los partidos, que otros que atiendan la democracia interna en ellos; no es lo mismo que la democracia sea electoral o que, siéndolo, también promueva instrumentos participativos y deliberativos, y no todos los modelos de división de poderes, de forma de gobierno o de estado federal, son iguales y dan lo mismo, en términos del nivel y calidad de la democracia.

Lo anterior nos demuestra que la democracia no significa sólo la existencia de elecciones y partidos competitivos, seguramente por ahí se empieza, pero eso no basta para hablar de democracia y mucho menos de la democracia que exigía el Estado del bienestar. Las posiciones minimalistas de Schumpeter o de Popper, como lo ha demostrado Larry Diamond,¹² conllevan a la falacia electoralista, pues no por contar con elecciones se califica a un país de democrático, es necesario ver cómo se garantizan las libertades y las modalidades de expresión de la sociedad civil; en otras palabras, los requerimientos institucionales de la democracia como el “rule of law”, la división de poderes, la rendición de cuentas y, en general, advertir si las condiciones o elementos institucionales del ejercicio del poder —órganos constitucionales autónomos— forman parte integrante del concepto de democracia. Las reglas e instituciones electorales, por sí mismas, sin otros arreglos institucionales que promuevan los derechos humanos, fundamentalmente los sociales, hacen imposible que hablemos de una democracia.¹³

Además, es empobrecedor para cualquier sociedad pensar en la democracia exclusivamente desde una perspectiva instrumental y formalista.¹⁴ La

¹¹ Díaz, Elías, “La universalización de la democracia”, en Guerra, Alfonso, y Tezanos, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI...*, cit., pp. 439-459.

¹² Diamond, Larry, *Developing Democracy Toward Consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999.

¹³ Przeworski, Adam, “Minimalist Conception of Democracy: a Defense”, en Shapiro, Ian y Hacker-Cordón, Casiano, *Democracy's Value*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 23-55.

¹⁴ Vega, Pedro de, “La democracia como proceso...”, cit., p. 462.

democracia es sobre todo un proceso en construcción permanente, en búsqueda de los principios y valores que la conforman: el principio de igualdad intrínseca de todos los miembros de la comunidad política y el principio de la autonomía personal.¹⁵ Y ello entrañaba, para el Estado del bienestar, que los ciudadanos decidieran: qué se produce, cómo y para qué —la socialización de las inversiones que había pedido Keynes para el logro del pleno empleo—. La democracia del bienestar nunca realizó la democracia social ni la económica y, la política formal e instrumental, tuvo el demérito de alejar a los ciudadanos de las decisiones colectivas. Hubo propuestas para construir un socialismo democrático¹⁶ pero éstas no se materializaron. Al ponerse en práctica los instrumentos de la democracia electoral para contener la crisis del Estado del bienestar, éstos fueron insuficientes para revertir el nuevo modelo de Estado neoliberal que se conformaba.

Hoy vivimos en sociedades y Estados neoliberales globalizados. El neoliberalismo es una teoría geopolítica de dominación y no sólo es una estructura económica, sino un esquema integral que conjuga la violencia política, militar, ideológica, jurídica y estatal, para que las transformaciones estructurales que se promueven a nivel nacional y global pongan a las anteriores variables de su lado, con el propósito de modificar en beneficio de las clases dominantes los elementos que conforman la convivencia social de la nueva forma de dominación política.¹⁷ El neoliberalismo globalizador es entonces no sólo una herramienta de la geopolítica, sino que es la manera contemporánea en la que se realizan las vías de la geopolítica.

III. LOS MODELOS LATINOAMERICANOS Y EUROPEOS DE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Podemos decir que el modelo europeo de órganos constitucionales autónomos surge de los tribunales o cortes constitucionales, de los tribunales especializados y después de los bancos centrales, mientras que en América Latina, la necesidad de órganos constitucionales autónomos nace de la enorme

¹⁵ Cortina, Adela, “Claves para un desarrollo de la democracia”, *cit.*, pp. 411 y 412.

¹⁶ Strachey, *El capitalismo contemporáneo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, y Díaz, Elías, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978.

¹⁷ Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007; Harvey, David, *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal, 2004; Harvey, David, *El enigma del capital y la crisis del capitalismo*, Madrid, Akal, 2012, y Harvey, David, *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2014.

debilidad del Estado latinoamericano, en donde al revisarse la totalidad de sus estructuras, se va exigiendo que ciertas tareas que realizan los poderes tradicionales sean competencia de órganos con autonomía constitucional. En América Latina no siempre ha sido el Tribunal Constitucional el primer órgano constitucional que se conforma. Tenemos una tradición muy latinoamericana para constituir órganos constitucionales autónomos de carácter electoral que en Europa se desconoce.

En América Latina los órganos constitucionales son consecuencia de las deficiencias del Estado de derecho latinoamericano. Los órganos constitucionales autónomos buscan ser una respuesta institucional a los desafíos que la realidad presenta. Generalmente en los procesos de transición a la democracia o de cambios políticos importantes, que a veces concluyen con nuevas Constituciones o reformas constitucionales trascendentes, se decide que ciertas tareas del Estado sean desempeñadas por ellos porque se desconfía de las estructuras tradicionales del poder público.

El origen de los órganos constitucionales autónomos en América Latina está en la obtención de esperanza social y política para tener un mejor Estado, mejores instituciones democráticas y, en la desconfianza a las instancias tradicionales que se consideran corruptas, ineficientes y antidemocráticas. Sin embargo, muchas veces esas esperanzas son defraudadas porque los órganos constitucionales creados repiten los vicios y deficiencias de las instancias de autoridad tradicionales, aunque transitoriamente, sirven de fundamento a una legitimidad institucional que es necesaria para conservar la legitimidad democrática.

En este sentido, los órganos constitucionales autónomos, más allá de la manipulación y de la ilusión política de la que pueden ser objeto, nos inquietan constitucionalmente si son necesarios, esenciales y fundamentales para consolidar el Estado constitucional, y para ello deben ser constituidos mediante el respaldo popular, además de tener un ejercicio plenamente democrático —deliberativo, y con rendición de cuentas a la sociedad—.

El modelo europeo inicialmente constituyó la categoría de órganos constitucionales autónomos en búsqueda de instancias competentes para realizar el control de constitucionalidad y para proteger los derechos fundamentales. Posteriormente, se añadieron otros órganos constitucionales autónomos para regular la política monetaria y cambiaria como los bancos centrales, y para establecer un marco de negociación y de definición de políticas públicas de carácter económico, tal es el caso de los consejos económicos y sociales. En cuanto a los órganos de fiscalización de los recursos públicos y los órganos de vigilancia, administración y disciplina de los jueces,

éstos han formado parte del Poder Judicial. Podemos decir que el modelo europeo no tiende como el latinoamericano a incrementar el número de órganos constitucionales autónomos. Los órganos constitucionales autónomos que se han erigido en Europa son consecuencia del constitucionalismo de la segunda posguerra y se han conformado en respuesta a cuestiones muy concretas, a necesidades fundamentales de los Estados. No existe como en Latinoamérica un ánimo creativo para contemplar en las Constituciones nuevos órganos constitucionales autónomos.

Otra diferencia importante entre ambos modelos es la creación en América Latina de órganos constitucionales autónomos que en Europa no lo son, y que responden a necesidades muy latinoamericanas. Me refiero, por ejemplo, a los órganos electorales latinoamericanos. Ya sea en sus vertientes de tribunales electorales o de institutos o agencias electorales, los organismos latinoamericanos electorales son producto de los procesos de democratización de la región, en donde se ha exigido que los poderes tradicionales del gobierno no organicen ni califiquen las elecciones porque se desconfía profundamente del papel que desempeñaría el gobierno en esos procesos.¹⁸ Es más, se entiende como un obstáculo a la construcción de la democracia, que los gobiernos organicen y califiquen las elecciones porque se piensa que éstas no tendrían ningún viso de credibilidad ni de legitimidad. Lo anterior significa que en América Latina hay órganos constitucionales autónomos que en Europa no existen.

La propensión e inventiva a favor de la construcción de órganos constitucionales autónomos en América Latina puede leerse, al menos, de dos maneras. En la primera lectura se podría pensar que el constitucionalismo latinoamericano es más, por lo menos a últimas fechas, creativo o inventivo. En la segunda lectura, muchos coincidirían que la creación de tantos órganos constitucionales autónomos obedece principalmente a la debilidad de las instituciones tradicionales de los tres poderes del Estado latinoamericano, a la insuficiencia del Estado de derecho de nuestra región y a las influencias neoliberales. Me parece que ambas lecturas tienen su parte de razón, aunque es evidente que las instituciones tradicionales latinoamericanas están lastradas por su ineficiencia, ineficacia y déficits de legitimidad democrática.

Una diferencia importante entre ambos modelos tiene que ver con la manera en que se eligen a los titulares de los órganos constitucionales autó-

¹⁸ Cárdenas, Jaime *et al.*, “Presente y futuro de la autonomía del Instituto Federal Electoral”, en *Administración y financiamiento de las elecciones en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. II, México, UNAM-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-PNUD-Universidad de Quintana Roo, 1999.

nomos. Aunque muchos países latinoamericanos siguen empleando los mismos métodos de designación que en los órganos constitucionales europeos, es decir, sus titulares surgen de la voluntad de los poderes tradicionales, en algunos casos en América Latina se busca ensayar nuevos métodos. Entre esos nuevos métodos que existen, por ejemplo, en Bolivia y, que se buscan instaurar en Argentina, apelan al electorado para que éste defina la titularidad de algunos órganos constitucionales. La innovación no es menor porque tiene relación con la legitimidad democrática de los órganos constitucionales. En muchos países, como en México, el reparto en la titularidad de los órganos constitucionales autónomos obedece a la distribución de cargos entre los partidos políticos y se establece un sistema de cuotas que beneficia a los partidos mayoritarios, en donde la finalidad de despartidocratizar a los órganos constitucionales no se realiza sino que se acentúan los vínculos entre los titulares de estos órganos con los partidos que los proponen o intervienen en su designación a través de los poderes establecidos. Al partidocratizarse los órganos constitucionales autónomos es obvio que su legitimidad democrática en estos órganos disminuye y se corre el riesgo de que la finalidad transformadora y de control político y constitucional que los órganos constitucionales pretenden, quede totalmente desvirtuada.

IV. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA TEORÍA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

La creación de órganos constitucionales autónomos sin respaldo social y sin autonomía efectiva constituye una simulación, un engaño a las sociedades nacionales, que desean y quieren que ciertas funciones del Estado se adopten más allá de los intereses partidistas y de los poderes fácticos. Los órganos constitucionales autónomos no deben responder a los intereses de los partidos sino al interés general. Se precisa de órganos constitucionales especializados que a la manera de árbitros se sitúen por encima de los partidos y que sean capaces de a ellos imponerles las reglas del juego. Los órganos constitucionales autónomos deben actuar como contrapesos a los poderes fácticos, pues son las únicas instancias de autoridad que podrían equilibrar o moderar las ambiciones de los factores reales de poder. En todo caso, el diseño constitucional y legal de los órganos constitucionales autónomos, debe evitar que se constituyan como correas de transmisión de los intereses de partidos y de otros poderes de hecho.

El funcionamiento de los órganos constitucionales autónomos debe estar vinculado a la sociedad. Para ello, las normas de transparencia y rendición de cuentas deben ser estrictas. Si son órganos colegiados todas sus decisiones y sus procedimientos deben desahogarse en público. Cualquier decisión y procedimiento debe ser susceptible de justificarse ante la sociedad. Además, sus funcionarios deben integrar servicios civiles de carrera y, el procesamiento de las decisiones debe guiarse por criterios de horizontalidad. Su funcionamiento debe evitar la constitución de mandarinatos, por lo que sus tareas y competencias deben estar apegadas al Estado de derecho, a la democracia y a las responsabilidades. En síntesis, los órganos constitucionales autónomos deben ser —frente y respecto a otras instancias del Estado— el mejor ejemplo institucional de democracia, transparencia, rendición de cuentas y de responsabilidades.

Desde el momento que el derecho positivo los constituye —lo ideal es que sea por mandato popular— y desde que se ha reflexionado sobre ellos, es evidente que se requiere de una teoría constitucional que los comprenda. Los órganos constitucionales autónomos no sólo rompen con la rígida división de los tres poderes tradicionales del Estado, sino que estos órganos tienen incidencia en la forma del Estado, principalmente cuando se trata de Estados federales, pues pueden absorber competencias que originalmente eran locales o municipales.

En particular, es importante que los órganos constitucionales autónomos se distingan de otro tipo de organismos y, me refiero, no sólo a los organismos que son parte de los poderes tradicionales, como es el caso de los organismos de la administración descentralizada en el Poder Ejecutivo y que son estudiados por el derecho administrativo, sino a otros organismos de naturaleza constitucional como son los órganos de relevancia constitucional.

Para la teoría constitucional, los órganos auxiliares o de relevancia constitucional poseen algunas características de los órganos constitucionales autónomos. Así, por ejemplo, algunas decisiones que adoptan ya no son revisables por otras instancias constitucionales. Sin embargo, no tienen plena autonomía como los órganos constitucionales autónomos y dependen o están comprendidos dentro de los poderes tradicionales.¹⁹ En el derecho constitucional mexicano la Auditoría Superior de la Federación, el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación son órganos auxiliares o de relevancia constitucional, pero no son auténticos órganos constitucionales porque forman parte de alguno de los

¹⁹ Carbonell, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004, p. 106.

tres poderes tradicionales. La Auditoría Superior de la Federación depende de la Cámara de Diputados, el Consejo de la Judicatura Federal es parte del Poder Judicial de la Federación al igual que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Motivo de reflexión constitucional para una nueva teoría constitucional en torno de los órganos constitucionales autónomos tiene relación con su jerarquía la que debe ser similar a los poderes tradicionales —se requiere una reforma al artículo 49 constitucional—. Una jerarquía que les permita, por ejemplo, estar legitimados para promover controversias constitucionales cuando los poderes formales u otros órganos constitucionales busquen limitar sus competencias constitucionales. Igualmente, su carácter cúspide dentro del sistema constitucional, les debe facultar para presentar iniciativas de carácter legal o promover acciones de inconstitucionalidad para garantizar el orden constitucional. En pocas palabras, los órganos constitucionales autónomos al estar en el mismo nivel constitucional que los tradicionales poderes formales deben contar con los instrumentos constitucionales para cooperar con el resto de los poderes y órganos constitucionales, pero también para evitar su subordinación a ellos. Por eso, sería muy importante que en la Constitución existiera un apartado específico que regulara a los órganos constitucionales autónomos para evitar su dispersión normativa y para dotarlos de idénticas características constitucionales.

En contrapartida a lo dicho en el párrafo anterior, el estatuto constitucional de los órganos constitucionales autónomos los debe obligar, como al resto de los poderes públicos, a cumplir en sus actuaciones con los principios de constitucionalidad, convencionalidad, legalidad, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad de sus titulares. No debe jamás estimarse que por ser autónomos son autárquicos, inmunes a cualquier tipo de responsabilidad social o constitucional.

V. CONCLUSIONES

Los órganos constitucionales autónomos, no son promotores en nuestros días de la democracia ni del Estado constitucional *per se*, mucho menos cuando se transforman en organismos burocráticos del Estado. Si el órgano constitucional autónomo repite los vicios, inercias y comportamientos de los poderes formales, poco contribuirá al desarrollo democrático. Se requiere de órganos constitucionales autónomos que no pierdan el vigor institucional de una debida conformación originada en la voluntad popular. Es decir, deben defender

y mantener a toda costa su autonomía frente al embate de poderes formales y fácticos. La interpretación del ordenamiento jurídico debe responder a interpretaciones extensivas de sus competencias para garantizar principios y derechos fundamentales y, lo más trascendente, deben garantizar el pluralismo a su interior y trabajar de la mano de la sociedad civil. Los mejores aliados de estos organismos están del lado de los ciudadanos y no del gobierno.

Un órgano constitucional autónomo, independiente del gobierno y de los poderes fácticos, caracterizado por la proactividad de sus titulares y con fuertes vínculos con la sociedad civil, sí puede hacer la diferencia en un régimen político. Un organismo de estas características, sin lugar a duda, sería un promotor de la democracia y del Estado constitucional. Algunos en América Latina lo han sido, otros evidentemente no.

Los órganos constitucionales autónomos corren el riesgo de envejecer pronto, de ser capturados por los poderes formales o fácticos o, de desvincularse de la sociedad. Es decir, pueden trocarse en organismos elitistas, corruptos y antidemocráticos. Muchos organismos constitucionales autónomos en América Latina y en México pronto han envejecido y han pasado a tener las mismas características y comportamientos de las instituciones tradicionales al carecer de vínculos fuertes con la sociedad.

Ante esa posibilidad, me parece que debemos recurrir a las mejores facetas del nuevo constitucionalismo latinoamericano y no a sus negativas, como el hiperpresidencialismo que fomenta. Como se sabe, este constitucionalismo tiene, entre otras, distintas finalidades: 1) busca construir realidades más igualitarias;²⁰ 2) amplía los mecanismos de democracia participativa; 3) establece fórmulas democráticas al control de constitucionalidad; 4) rescata el papel del Estado en la economía para superar las desigualdades económicas y sociales, y 5) plantea una integración internacional más simétrica que la que se predica en otras latitudes.²¹

²⁰ Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano de ayer a hoy: promesas e interrogantes”, mimeo. Véase, también, Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. I, pp. 249-262.

²¹ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, 2010, pp. 9-43. En este trabajo se distinguen entre características formales y materiales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Entre sus características formales señalan que los nuevos textos se distinguen por: 1) incorporar nuevas categorías jurídicas que el viejo constitucionalismo latinoamericano no preveía; 2) proponer una nueva institucionalidad basada en la aparición de nuevos órganos e instituciones; 3) son Constituciones extensas; 4) son Constituciones complejas, y 5) son Constituciones más rígidas que las

Uno de los rasgos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha provocado un fuerte debate, tiene que ver con la legitimidad democrática directa de los propios órganos y de sus titulares,²² tales son los casos de la elección mediante sufragio universal de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional que se prevé en la Constitución de Bolivia y la elección por sufragio universal de los titulares del Consejo de la Magistratura en Argentina. Los artículos 197 y 198 de la Constitución de Bolivia indican que el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena ordinario campesino y que las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia que también se eligen mediante sufragio universal. En Argentina, la expresidenta Cristina Fernández envió al Congreso de la Nación, el 8 de abril de 2013, seis proyectos para reformar al Poder Judicial de ese país. Una de las propuestas implicaba la elección por sufragio universal de los titulares del Consejo de la Magistratura. Las leyes fueron aprobadas en el Congreso argentino, pero el 18 de junio de 2013 la Corte Suprema de ese país declaró la inconstitucionalidad de la ley, argumentando que el artículo 114 de la Constitución Argentina, alude a los “estamentos” de jueces y “abogados de la matrícula”, lo que implica una representación corporativa que debe ser observada.

En la academia se señala que la elección por sufragio universal de los titulares de los tribunales constitucionales y de otros órganos constitucionales autónomos no garantizan que el electo responda siempre a los intereses, expectativas y demandas de los sectores sociales que lo eligieron y, que siempre es posible, que esos titulares interpreten las normas de manera abierta para garantizar derechos de las minorías en contra de las mayorías.²³ Es

tradicionales. Entre las características materiales, los rasgos que mencionan para el nuevo constitucionalismo latinoamericano, son: 1) formas amplias de participación ciudadana; 2) son Constituciones con extensos catálogos de derechos fundamentales; 3) son Constituciones que proponen vías para la integración de sectores históricamente marginados como los indígenas; 4) son Constituciones que dotan de legitimidad democrática directa a los tribunales constitucionales, y 5) son Constituciones que rescatan el papel del Estado en la economía, es decir, son Constituciones antineoliberales.

²² Salazar, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 345-387.

²³ *Ibidem*, p. 381.

verdad que la elección por sufragio universal de los titulares de los órganos constitucionales autónomos no asegura que éstos decidirán a favor de los sectores sociales que los eligieron. Sin embargo, mantener los esquemas que hoy prevalecen para la designación o elección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos es una solución peor que la que consiste en hacer depender su elección de los ciudadanos, pues se corre el riesgo de que los órganos constitucionales autónomos, sean cooptados por los poderes formales o por los fácticos.

Para que los órganos constitucionales autónomos, comenzando por el Tribunal Constitucional, ganen legitimidad es necesario transformar el método de elección de sus titulares. El nombramiento de los titulares de estos órganos obedece a la lógica del reparto de cuotas entre los partidos mayoritarios o dominantes en los Congresos, por lo que se suele favorecer con más nombramiento o cuota a los partidos con mayor representación legislativa. El esquema anterior propicia que los titulares de los órganos constitucionales autónomos sean, en muchos casos, auténticas correas de transmisión en sede institucional de los intereses de los partidos. El método de designación debe ser cambiado por otro en donde intervenga la sociedad, preferentemente a través de elecciones por sufragio universal.

Existen métodos alternativos al de la elección por sufragio universal de los titulares de los órganos constitucionales autónomos. Se podría así pensar que los titulares de estos órganos sean designados por sorteo, porque así no existirían vínculos fuertes con los partidos, los poderes tradicionales u otros poderes fácticos. Pienso, no obstante lo anterior, que el mejor método es de la elección universal y directa. Las razones son las siguientes: 1) los órganos cúspide del Estado merecen contar con legitimidad democrática directa de los ciudadanos para que sus titulares tengan responsabilidad directa frente a ellos y porque cualquier órgano cúspide del Estado debe ser expresión de la soberanía popular; 2) la historia constitucional de América Latina demuestra que los nombramientos de los titulares de los órganos constitucionales autónomos dependen del presidente o de las cúpulas de los partidos mayoritarios; 3) el hecho anterior limita su independencia porque suelen actuar y decidir como si fuesen correas de transmisión de los intereses y voluntad de quien los designó; 4) por el mecanismo de designación, los órganos constitucionales autónomos se han partidocratizado y se conducen en atención a ese hecho; 5) no suele haber pluralismo jurídico, político o ideológico entre los titulares de estos órganos porque éstos representan y reproducen las concepciones jurídicas o políticas de las clases dominantes; 6) por el método de designación existente, los titulares de esos órganos pierden independencia

porque con motivo de sus funciones no afectarán los intereses de quién los nombró, ya sea el Ejecutivo, el Congreso o cualquier otra instancia de autoridad o conjunción de éstas; 7) los órganos constitucionales autónomos que tienen facultades para anular o invalidar leyes con efectos generales actúan como poderes contramayoritarios, capaces de anular o desaplicar normas jurídicas que han sido aprobadas por las mayorías o por los representantes de éstas; 8) el método de designación más el estatuto de sus titulares los transforma en órganos elitistas; 9) el método de designación no les permite generar vínculos con la ciudadanía ni promueve la rendición de cuentas a la sociedad, y 10) sus titulares resuelven de espaldas a la sociedad y, por lo mismo, no sienten que estén allí para garantizar las necesidades, los intereses y los derechos de los ciudadanos, sino los intereses y privilegios de los dirigentes y beneficiarios del *statu quo*.

La elección por sufragio universal de los titulares de los órganos constitucionales autónomos existe y ha existido en América Latina. Además del caso boliviano que ya he comentado, el método de elección de los titulares de órganos constitucionales autónomos que propongo existió para los ministros de la Suprema Corte, el fiscal y el procurador en la Constitución mexicana de 1857. El profesor José María del Castillo Velasco, que fue constituyente de esa ley suprema, en su obra *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano* señala textualmente:

Mientras el poder judicial se considere... como ramo de la administración pública, bien podría confiarse el nombramiento de los jueces al ejecutivo, ya por sí solo, ya con intervención del legislativo; pero desde el instante en que el ejercicio de las funciones judiciales se ha considerado como un verdadero poder público; desde el momento en que a ese poder se ha confiado la inviolabilidad de la Constitución, y el examen y el juicio de las leyes mismas con relación a la ley suprema, no puede confiarse la elección de los jueces sino al pueblo...²⁴

Daniel Cosío Villegas en su obra *La Constitución de 1857 y sus críticos*, compara a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de México del siglo XX con los ministros derivados del método de elección de la Constitución de 1857 y concluye que estos últimos eran, entre otras cosas, debido al mé-

²⁴ Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, edición facsimilar, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 203.

todo de elección ciudadano, “...independientes, fiera, altanera, soberbia, insensata, irracionalmente independientes...”²⁵

En este sentido, la vía de nominación o de selección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos no es indiferente, es fundamental. La nominación, si depende de los poderes formales o de los poderes fácticos puede estar condicionada por la ideología política, los intereses y hasta las instrucciones de quien nombra. En Estados Unidos es bastante conocida la posición de Jeremy Waldron en contra del carácter contramayoritario de la Corte Suprema de ese país.²⁶

La elección por sufragio universal de los titulares de los órganos constitucionales autónomos podría comportar críticas e inconvenientes, sobre todo, si los candidatos a ocupar esos cargos son postulados por los partidos políticos, reciben financiamiento público o privado o realizan campañas. Para evitar esos inconvenientes es importante que los candidatos a ocupar las titularidades de los órganos constitucionales autónomos no sean postulados por los partidos políticos, para que no exista dependencia respecto a ellos, también debe prohibirse que esos candidatos reciban financiamiento público o privado o que realicen campañas, porque ello los haría dependientes de intereses económicos, mediáticos o de otra índole. El método ideal de elección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos debe comprender tres etapas: 1) la realización de un examen a todos los aspirantes que cumplan los requisitos constitucionales y legales; 2) los diez primeros lugares por cada posición vacante deben tener acceso a tiempos gratuitos en radio y televisión para dar a conocer sus propuestas y sus ideas en torno a la orientación constitucional y social que debe tener el órgano constitucional autónomo, y 3) elección por voto ciudadano, al momento de la elección del resto de los cargos públicos de elección popular, entre los diez finalistas por vacante. Estaría prohibido que los partidos u otros grupos económicos respaldaran a cualquiera de los diez finalistas.

Considero que este método limitaría los inconvenientes de la elección de los titulares por sufragio universal, garantizaría su independencia de los poderes fácticos y de los partidos y, al tener un componente basado en el mérito, promovería el arribo de las y los mejores a estas posiciones. Además de un método como el descrito para elección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos es muy importante que los aspirantes, candidatos y titulares respondan a un perfil determinado.

²⁵ Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Clío, 2007, p. 102.

²⁶ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

El perfil implica una suerte de “carta de vida”: qué es una persona, qué ha sido, qué se ha propuesto, y cuál ha sido su postura ante la vida: pasiva ante los acontecimientos o de lucha para cambiar las condiciones de su entorno. Los titulares de los órganos constitucionales autónomos no desempeñarán un trabajo más, ejercerán funciones orientadas al compromiso constitucional y democrático. Estimo que el perfil de los titulares de los órganos constitucionales autónomos debe abarcar los siguientes elementos: proactividad para interpretar el ordenamiento desde los principios de la Constitución y de los tratados, conocimientos técnicos, experiencia en cargos de dirección, capacidad en la argumentación jurídica, compromiso con la transparencia, rendición de cuentas y deliberación pública, austeridad en la administración de los recursos públicos y aptitud para asumir las consecuencias sociales de las decisiones.

Los órganos constitucionales autónomos pierden legitimidad cuando no actúan con transparencia, cuando sus titulares no deliberan en público, cuando la argumentación de los titulares no es convincente y no está orientada hacia la realización óptima de los derechos fundamentales y de los principios democráticos, y cuando los titulares no le hablan a los ciudadanos y sí al poder. Los titulares de los órganos constitucionales autónomos deben esforzarse por maximizar los principios constitucionales, principalmente, la máxima publicidad de sus actos y decisiones como autoridades. Es muy importante que las sesiones de trabajo de los órganos constitucionales autónomos se realicen en público y que a través de las deliberaciones de sus titulares se busque sinceramente como fundamento de las decisiones los mejores argumentos por encima de cualquier interés, sobre todo, si éste tiene que ver con el de los poderes tradicionales o el de los poderes fácticos.²⁷

Los órganos constitucionales autónomos son fundamentales para la construcción de la democracia y para erigir un Estado constitucional de derecho a condición de que se trate de órganos surgidos de la voluntad popular, realmente independientes, proactivos, transparentes, responsables, y que gocen de suficiente legitimidad democrática. Los órganos constitucionales autónomos pueden ser un factor institucional para acelerar los cambios democráticos y jurídicos en una sociedad.

El diseño constitucional que existe no es el adecuado porque los hace dependientes de los poderes tradicionales o de los poderes fácticos. Muchas veces los órganos constitucionales autónomos actúan como correas de transmisión de los intereses de los partidos y de otros factores reales de poder.

²⁷ Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, México, UNAM-Siglo XXI, 2007, p. 41.

Se requiere un diseño constitucional diferente, que democratice y transparente el funcionamiento de los órganos constitucionales autónomos. El cambio más importante tiene que ver con el método de elección de los titulares. Desde nuestro punto de vista, el mejor método es aquél que hace depender a sus titulares y a los órganos constitucionales en su conjunto de la soberanía popular.

Es necesario que exista, ya como parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano o como parte del constitucionalismo democrático, una nueva teoría constitucional sobre los órganos constitucionales, que sea capaz de ubicar a los órganos constitucionales autónomos en una nueva teoría de la división de poderes, del federalismo, de las relaciones entre poderes formales y fácticos, y de los vínculos que supervisión, vigilancia y control que deben existir entre los ciudadanos y las autoridades, en este caso, de los órganos constitucionales autónomos. Las reflexiones sobre estos órganos son relevantes porque ponen sobre la mesa de las discusiones el papel de las instituciones públicas, si éstas sirven o no a la sociedad, si éstas rinden cuentas o no, si éstas son legítimas o no. Tal vez, el asunto no está tanto en la creación de unas instituciones nuevas sino en si el aparato del Estado está al servicio de su sociedad.

Finalmente, es importante señalar que la pertinencia de los órganos constitucionales autónomos debe determinarse por las propias sociedades, mediante mecanismos de consulta o referendarios, y no por sus clases políticas. No deben crearse arbitrariamente si no van a cumplir con alguna función esencial del Estado. Al momento de conformarlos debe tomarse en cuenta que no se trata de instituciones adicionales, sino de órganos cuspide en igualdad jerárquica con los poderes tradicionales del Estado, que deben, además, estar vinculados fuertemente a la sociedad. Bien se puede decir que son los órganos de recambio —por su carácter democrático— de las instituciones clásicas, no porque las vayan a sustituir, sino porque sirven de referente o faro de las características que debieran tener las instituciones más importantes de cualquier Estado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, John M., *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, México, UNAM-Siglo XXI, 2007.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime Fernando, *Las pruebas y las resoluciones electorales*, México, Porrúa, 2014.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime Fernando, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, segunda edición, 2012.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime Fernando *et al.*, “Presente y futuro de la autonomía del Instituto Federal Electoral”, en *Administración y financiamiento de las elecciones en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, t. II, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-PNUD-Universidad de Quintana Roo-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- CARPIZO, Jorge, versión estenográfica de la conferencia: *¿Por qué la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación debe ser un órgano constitucional autónomo?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 18 de agosto de 2009, en el marco del Seminario Autonomía Constitucional de la Auditoría Superior de la Federación.
- CASTILLO VELASCO, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, edición facsimilar, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.
- CORTINA, Adela, “Claves para un desarrollo de la democracia”, en GUERRA, Alfonso y TEZANOS, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, Sistema, 2003.
- COSÍO VILLEGAS, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Clío, 2007.
- DIAMOND, Larry, *Developing Democracy Toward Consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999.
- DÍAZ, Elías, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978.
- DÍAZ, Elías, “La universalización de la democracia”, en GUERRA, Alfonso y TEZANOS, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, Sistema, 2003.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981.
- GARGARELLA, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano de ayer a hoy: promesas e interrogantes”, mimeo.
- GARGARELLA, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

- HARVEY, David, *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal, 2004.
- HARVEY, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007.
- HARVEY, David, *El enigma del capital y la crisis del capitalismo*, Madrid, Akal, 2012.
- HARVEY, David, *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2014.
- LEIBHOLZ, Gerhard, “El estatus del Tribunal Constitucional Federal en Alemania”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y ASTUDILLO, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013.
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2010.
- PRZEWORSKI, Adam, “Minimalist Conception of Democracy: a Defense”, en SHAPIRO, Ian y HACKER-CORDÓN, Casiano, *Democracy’s Value*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- SALAZAR, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013.
- SCHUMPETER, Joseph, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper, 1962.
- STRACHEY, *El capitalismo contemporáneo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- VEGA, Pedro de, “La democracia como proceso. (Algunas consideraciones desde el presente del republicanismo de Maquiavelo)”, en GUERRA, Alfonso y TEZANOS, José Félix (eds.), *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, Sistema, 2003.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, 2010.
- WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LOS ÓRGANOS REGULADORES. HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

José ROLDÁN XOPA*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *La función regulatoria y las autonomías constitucionales.* III. *La Constitución como fuente de la autonomía.* IV. *La autonomía y sus efectos en el ordenamiento jurídico.* V. *La autonomía constitucional y la división de poderes.* VI. *La autonomía como garantía institucional.* VII. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Emprender la tarea de definir conceptos, en este caso el de “autonomía constitucional” de los órganos reguladores, es también una tarea de conceptualización. El concepto está relacionado con las unidades básicas del conocimiento, con las características que le dan su significado, su semántica y que permiten diferenciarlo de otros. La conceptualización conduce al desarrollo de una explicación que ordene ideas considerando el contexto en el que se ubica el concepto.

Así, al referirnos a la autonomía constitucional como el concepto central, el mismo adquiere su funcionalidad al relacionarlo con los órganos reguladores. Es en esta relación en la que la semántica debe unirse también a un análisis funcional de una forma de organización pública que tiene detrás una racionalidad. La regulación económica como función pública, se liga a un entendimiento de la función del Estado en la economía y el mercado y, consecuentemente, de la relación con los agentes económicos; a partir de lo anterior, las formas orgánicas autónomas son instrumentales para el propósito o finalidad de una función pública.

* Profesor investigador en el Centro de Investigación y Docencia Económicas.

II. LA FUNCIÓN REGULATORIA Y LAS AUTONOMÍAS CONSTITUCIONALES

El ámbito institucional al que se circunscribe esta colaboración comprende a los organismos constitucionales autónomos reguladores: el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) y la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). A partir de lo anterior se les distinguirá de otros órganos reguladores: la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y la Comisión Reguladora de Energía (CRE), los cuales, si bien tienen una autonomía con base constitucional, no se les dio un régimen de órganos constitucionales autónomos, sino de órganos reguladores coordinados que forman parte de la administración pública federal.

Las reformas constitucionales de 2013, en las materias de competencia económica, telecomunicaciones y energía, rediseñaron las instituciones reguladoras. La Comisión Federal de Competencia (Cofeco) y la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel) se convirtieron en órganos constitucionales autónomos: la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), abandonando su anterior estatuto de órganos desconcentrados.¹ Con lo anterior, se dio una desvinculación orgánica que impactó su régimen jurídico, la operación anteriormente existente del ordenamiento jurídico y las formas de garantía de las autonomías, dando lugar a nuevas garantías institucionales.

En la diferencia de estatutos, es innegable que está presente el contexto político: las reformas en competencia y telecomunicaciones, se presentaron como parte de un acuerdo político (el Pacto por México) en el que las tres principales fuerzas políticas participaron en la formulación de la propuesta de reforma; en los segundos, la reforma se presenta y resuelve luego de la separación del Partido de la Revolución Democrática (PRD) del Pacto. El escenario político descrito, permite, ante el cambio político, explicar la posición de cuestionamiento que la nueva administración y la fuerza política han desplegado ante los reguladores en materia energética. La conformación de los órganos reguladores y la diversa graduación de sus autonomías tienen también una lectura política. Que en algunos de ellos se deslinde del Ejecutivo y en otros se mantenga la vinculación, pues a ello le subyace una intención de acotar los poderes presidenciales incrementando los controles,

¹ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2013, las correspondientes a telecomunicaciones y competencia y el 20 de diciembre del mismo año las correspondientes a energía.

lo cual ha sido percibido por la administración del presidente López Obrador y en los casos de la CRE y la CNH ha irrumpido designando nuevos comisionados al grado de renovar sus órganos de gobierno en su totalidad.

La evaluación de lo sucedido requiere analizar la relación funcional entre la regulación de la economía y las formas de organización de las administraciones públicas. El planteamiento anterior supone un entendimiento funcional, o dicho en otros términos, las formas de organización administrativa siguen una racionalidad instrumental.

La idea que subyace a las autonomías de los órganos reguladores se vincula a la necesidad de administraciones especializadas y distanciadas de la política partidaria. Los antecedentes los encontramos en el derecho comparado, en Estados Unidos tienen ya una larga data agencias independientes tales como la *Interstate Commerce Commission* que se creó en 1887 y posteriormente extendida principalmente por la *Federal Trade Commission*, la *Federal Communications Commission*, la *Federal Energy Regulatory Commission*. En México, su adopción se acompaña en términos generales en lo que se ha conocido coloquialmente como periodo “neoliberal”: apertura de los mercados, privatización y desregulación, principalmente. Hay no obstante también una redefinición de las funciones del Estado en la economía y de su posición frente a los actores económicos como jugadores directos del mercado. Al apreciar al mercado como un ámbito que tiene que ser el propio de los agentes económicos y de que el Estado, si participa por medio de sus empresas debe hacerlo en condiciones de igualdad, se establece una diferencia entre las funciones de “regulador” y de “regulado” o de “agente económico”.

Así, el Estado regulador en tanto rector, ejerce sus potestades normativas a partir de una arquitectura en la cual deber tratar, desde un terreno de neutralidad a los regulados. La neutralidad del Estado, es a la vez una condición para tratar mediante un “piso parejo” a los intereses económicos de forma que puedan competir y evitar posibles capturas. El Estado regulador, es así una forma de comprensión de lo público que separa al poder económico del político. No deja de ser paradójico que en la administración del presidente López Obrador, se comparta este punto de partida, pero se busque la disminución de sus capacidades.²

El componente técnico en el diseño de las nuevas instituciones es también una de sus características centrales. La priorización del mérito y del

² La reducción presupuestaria a los órganos reguladores y la disminución de las remuneraciones del personal son los efectos de las políticas de austeridad y de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de diciembre de 2018.

conocimiento en la selección de los miembros de los órganos decisorios, así como la colegiación en las decisiones se encuentran orientados a decisiones basadas en evidencia como criterios de objetividad en la aplicación de la ley.

De data más reciente, las teorías de la regulación y el impulso del modelo de agencias reguladoras autónomas desde organismos internacionales como la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).³ La consideración de las formas de organización pública, el tipo y propósito de la función pública en cuestión y la orientación política de los diseños institucionales comprenden el agregado de cuestiones involucradas en el nuevo escenario de los órganos reguladores.

Así mismo, la presencia de órganos de estatus constitucional que carecen de una relación de pertenencia a la estructura y vinculada a los poderes intraorgánicos, es el dato que destaca los rasgos que cuestionan la teoría clásica de la división de poderes y es en ese ámbito en el que tiene que conceptualizarse la autonomía. El proceso de autonomización implica órganos que ejercen diversas funciones públicas, a partir de su propia identidad orgánica y de su propia legitimidad funcional. No es ya la ausencia del deber de obediencia a instrucciones de otro órgano, la característica definitoria de las autonomías constitucionales.

III. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE LA AUTONOMÍA

La autonomía suele definirse en sentido positivo como la posibilidad de autogobierno y, en sentido negativo, como la no dependencia de alguien más o de otro órgano para tomar decisiones. El anterior es un sentido grueso de definición de las autonomías orgánicas que requiere ser modulada por la regulación específica. En tanto forma de organización pública, el autogobierno está acotado por la participación de diversas instituciones y órganos públicos en la designación de sus integrantes, en la posible separación de sus cargos, en la determinación de los presupuestos, en la vigilancia y rendición de cuentas y en el control jurisdiccional de sus decisiones. De esta suerte, en el caso del IFT y Cofece, la designación de los integrantes del Pleno se realiza en un procedimiento de evaluación de conocimientos cuya administración está a cargo de una comisión en la que participan el Banco de México, el INEGI y la institución responsable de la evaluación de la educación. El Ejecutivo interviene en la selección de los candidatos finalistas y el Senado finalmente de-

³ Véase, por ejemplo, *Impulsando el desempeño de los órganos reguladores en materia energética de México*, París, OCDE, 2017.

signa a los integrantes. En el caso de los organismos reguladores coordinados en el sector energético, es el Senado el que designa a propuesta del Ejecutivo. El Poder Judicial tiene a su cargo el control de la legalidad de las decisiones de los órganos reguladores y, en el caso del IFT y de la Cofece, conoce de las controversias constitucionales que los mismos presenten cuando estimen afectada su autonomía. En estos últimos casos, la autonomía adquiere plenitud como garantía institucional.

La relación que los órganos reguladores tratados tienen con los otros poderes se resume en el siguiente cuadro:

	IFT	Cofece	CRE	CNH
Autonomía constitucional	X	X		
Autonomía de fuente constitucional			X	X
Acción para promover controversia constitucional	X	X		
Autonomía presupuestaria	X	X	X	X
Participación comité de selección	X	X		
Presidente de la República	Propone	Propone	Propone terna a Senado	Propone terna a Senado
Senado	Ratifica	Ratifica	Nombra	Nombra
Remoción por el Senado	Por voto de las dos terceras partes	Por voto de las dos terceras partes		
Remoción por el Ejecutivo			No se establece regla ⁴	No se establece regla
Control jurisdiccional por los tribunales del Poder Judicial de la Federación	X	X	X	X

⁴ En los casos de la CNH y de la CRE no se establece qué órgano es el facultado para remover a los comisionados.

Así pues, la previsión en la Constitución de los anteriores aspectos posibilita conocer de mejor manera las similitudes y diferencias entre los reguladores cuyo estatuto es de órganos constitucionales autónomos (IFT y Cofece) y los órganos reguladores coordinados en materia energética (CNH, CRE). Los órganos constitucionales autónomos configuran un estatuto y un régimen jurídico (acción para promover controversia constitucional, no pertenencia a la administración pública federal, ratificación por el Senado); los órganos reguladores coordinados son previstos por fuente constitucional, pero carecen del estatuto de órganos constitucionales autónomos (pertenencia a la administración pública federal, carencia de acción para promover controversia constitucional, nombramiento por el Senado). Ambos tipos de órganos cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuentan con autonomía presupuestal y están sujetos al control jurisdiccional en sus actuaciones.

Que en ambos casos sus autonomías se encuentren constituidas por la norma suprema de nuestro orden jurídico, tiene como consecuencia la estabilidad propia de la dificultad para modificar la Constitución al requerir mayorías calificadas. Así mismo, la fuente constitucional establece ámbitos no disponibles por el poder configurativo del Legislativo y ámbitos de decisión del regulador susceptibles de ser garantizados sea mediante acciones directas ejercidas por el órgano regulador (controversia constitucional) o bien indirectas (juicio de amparo). En este último aspecto, la autonomía se configura como una garantía institucional una de cuyas facetas, a la vez, es la de ser un derecho para los gobernados.

IV. LA AUTONOMÍA Y SUS EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La previsión constitucional tiene como uno de sus efectos una nueva relación entre las “normas regulatorias” emitidas por los órganos reguladores al ocupar un lugar diferenciado en el ordenamiento jurídico. Dependiendo de si provienen de los órganos reguladores con autonomía constitucional o si corresponden a los reguladores coordinados.

En el caso de los órganos constitucionales autónomos es posible distinguir las de las normas derivadas de la potestad reglamentaria del Ejecutivo, adquiriendo sus propias características normativo/funcionales en el segmento de las normas sublegales. La relación con la ley presenta peculiaridades que definen la relación de primacía, reserva de ley y subordinación jerárquica. Así, la reserva de ley es una de las zonas normativas en las que se aprecia el impacto. La capacidad de determinación de la ley cede ante la capacidad normativa de la normatividad regulatoria.

Tratándose de los órganos reguladores coordinados, las normas regulativas, en principio, tienen una posición de subordinación jerárquica respecto de los reglamentos del Ejecutivo, salvo que se trate de un facultamiento derivado directamente de la fuente constitucional.

De manera análoga al cambio que en ordenamiento se verifica en la relación entre reglamento administrativo y normas administrativas regulatorias, cambia la relación entre la ley y estas últimas.

El siguiente precedente de la Corte alude a tal cuestión:

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). A SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL LES RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MODULADO CONSTITUCIONALMENTE POR EL MODELO DE ESTADO REGULADOR. Si bien a las disposiciones administrativas de carácter general emitidas por el IFT no les son aplicables los principios del artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como sí lo son a los reglamentos del Ejecutivo, lo cierto es que les resulta aplicable el principio de legalidad, pero de una manera modulada, acorde al modelo de Estado Regulador, para reflejar la intención del Constituyente de depositar en aquél un poder de creación normativa suficiente para innovar o configurar el ordenamiento jurídico exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia. En este sentido, en primer lugar, cabe precisar que, con motivo de los artículos 73, fracción XVII, 6o. y 28 constitucionales, a las disposiciones aludidas del IFT les resulta aplicable el principio de subordinación jerárquica con las leyes, entendido de una forma diferenciada acotada a la expresión del artículo 28 constitucional, que establece que las facultades de éste deben entenderse conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes; atendiendo a su carácter diferenciado, este principio no implica que necesariamente deba existir una ley precedida que sea la medida de sus disposiciones de carácter general, pues constitucionalmente, de existir una inactividad legislativa sobre la materia, el órgano regulador podría emitir dichas disposiciones y autónomamente lograr validez si no exceden las delimitaciones internas del indicado artículo 28; no obstante, de existir una ley en la materia y un cuerpo de disposiciones administrativas de carácter general, debe concluirse que ambas fuentes no se encuentran en paridad, pues las normas administrativas de carácter general del IFT se encuentran en un peldaño normativo inferior, por lo que en caso de conflicto deben ceder frente a la ley; luego, deben respetar la exigencia normativa de no contradicción con las leyes. Sin embargo, esta modulación exige reconocer la no aplicación del principio de reserva de ley, ya que su función es inhibir lo que busca propiciar el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción IV, constitucional, esto es, la regulación propia de un ámbito material competencial para desarrollar un cuerpo de reglas que avance los fines

estructurales y de protección de derechos a la libertad de expresión y acceso a la información en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, en un espacio independiente de las presiones políticas que impulsan el proceso democrático, así como de los intereses de los entes regulados. Por tanto, por regla general, en sede de control ha de evaluarse la validez de las disposiciones de carácter general del órgano regulador a la luz del principio de legalidad, considerando que, de los dos subprincipios que lo integran, sólo el de subordinación jerárquica de la ley resulta aplicable de una forma diferenciada (atendiendo a la exigencia de no contradicción) y no el de reserva de ley, a menos de que en el texto constitucional se disponga expresamente lo contrario.⁵

A partir del anterior posicionamiento, la Corte resuelve diversas cuestiones relacionadas entre la ley y las normas administrativas generales emitidas por el regulador (IFT).

El precedente busca definir, sin mucha fortuna, la diferencia entre la facultad regulatoria y la facultad reglamentaria. Para tal efecto, considera que el Ejecutivo al proveer “en la esfera administrativa a su exacta observancia” es un ejecutor de la ley (desarrolla, complementa o pormenoriza); en cambio, el regulador no se limita a ejecutar la ley, sino que tiene su límite en la Constitución, “tiene un poder de innovación o configuración normativa ausente en el Ejecutivo”. El error en la interpretación de la Corte reside en considerar que la facultad reglamentaria es una función mecánica de ejecución de la

⁵ Tesis: P./J. 48/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 34. Controversia constitucional 117/2014. Congreso de la Unión por conducto de la Cámara de Senadores. 7 de mayo de 2015. Unanimidad de once votos de los ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, en contra de las consideraciones del apartado XII, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por razones distintas, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Juan N. Silva Meza, Eduardo Medina Mora I., Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi. Nota: Esta tesis jurisprudencial se refiere a las razones aprobadas por nueve votos, contenidas en la sentencia dictada en la controversia constitucional 117/2014, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* del viernes 27 de noviembre de 2015 a las 11:15 horas y en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, t. I, p. 382 y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 30 de noviembre de 2015.

El Tribunal Pleno, el diecinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número 48/2015 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a 19 de noviembre de 2015.

Esta tesis se publicó el 11 de diciembre de 2015 a las 11:15 horas en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del 14 de diciembre de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

ley, soslayando las posibilidades de configuración que el Ejecutivo tendría para “proveer” en la esfera administrativa, que le da una capacidad de interpretación normativa y, por tanto, de configuración cuyos límites están en la ley o en la Constitución. Tanto la facultad reglamentaria como la regulatoria, están sujetas a los principios de no contradicción y de subordinación a la ley.

Según la Corte, en el Estado regulador, el principio de legalidad tiene matices: en la jerarquía normativa, la norma regulatoria se encuentra por debajo de la ley (lo que igual sucede con el reglamento), pero no se aplica el principio de reserva de ley (ya que impediría los objetivos establecidos en el artículo 28 constitucional), salvo que la propia Constitución lo estableciera. Aplicándose, en cambio, el principio de no contradicción.

Además de lo anterior, la Corte incurre en otro equívoco: la función regulatoria no depende de la naturaleza orgánica de la cual deriva, sino de la racionalidad de la función independientemente de que sea realizada por órganos constitucionales autónomos o por órganos reguladores coordinados. La diferencia orgánica no implica que la administración pública federal no realice funciones regulatorias, sino que realizándola está sujeta a distintas reglas del juego.

El Estado regulador tiene relación con la función del Estado frente al mercado, dicho de manera técnica: frente a las fallas del mercado. Por tanto, es “regulatoria” toda intervención que enfrente fallos del mercado independientemente de cuál sea el tipo de norma que encause la intervención pública (norma general, acto administrativo). La identificación de la regulación solamente con las normas administrativas generales deja fuera un gran número de normas y actos que son o tienen propósitos regulatorios. Por otra parte, la identificación de la regulación solamente con los órganos constitucionales autónomos, deja fuera a los organismos reguladores coordinados en materia de energía (CNH y CRE), a los órganos reguladores desconcentrados: la ASEA, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (Consar), la Comisión Federal de Prevención de Riesgos Sanitarios (Cofepris), entre otras.

La distinción relativa al grado o densidad de vinculación de las normas regulatorias a la ley, pueden resultar más un problema de derecho positivo que de conceptos o categorías normativas. Esto es, si la ley o la norma administrativa general coinciden en ámbitos materiales a normar, cualquiera de ellas, incluyendo el reglamento, podría dar la solución normativa. La Constitución o la ley misma pueden establecer diversos grados de participación normativa de los reglamentos: pueden establecer remisiones, o señalar fines

solamente (leyes marco o leyes de bases) en las cuales los reglamentos desarrollan ampliamente los medios para conseguir los fines. Están igualmente sujetos al principio de no contradicción.

La descripción que de la reserva de ley realiza la tesis debe ser analizada con atención. Al afirmar que no resulta aplicable uno de los subprincipios del principio de legalidad (el de reserva de ley) salvo que así lo establezca la Constitución, parecería indicar que hay reserva de ley aun sin previsión constitucional. La reserva de ley es una técnica constitucional, es decir, hay reserva de ley si la Constitución lo establece. La ley no puede autogenerar una reserva de ley. La reserva creada constitucionalmente sería una obligación del legislador de decidir determinada materia, no pudiendo renunciar a hacerlo, su otra faceta es la exclusión de otro órgano para hacerlo, lo cual excluiría al regulador. Si la reserva de ley recae en una materia en la que se diera la omisión legislativa, el regulador carecería de competencia para actuar emitiendo regulación que decida la materia reservada.

V. LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL Y LA DIVISIÓN DE PODERES

La razón de la división de poderes, en palabras de los clásicos es el “contrapeso a cada uno de ellos para que pueda resistir a otro”. Al Poder Legislativo se le contrapesa con el veto del Ejecutivo. El Judicial es “la boca de la ley” que tiene en la imparcialidad su sitio en la ingeniería constitucional. En el pensamiento clásico, el adversario histórico era el absolutismo; el objetivo a proteger, los derechos del hombre por la vía de la limitación de los poderes. La formulación del primer constitucionalismo es clara: en una sociedad en la que los poderes estén bien establecidos, no se requiere una declaración de derechos. En los trazos originarios no está presente algún otro órgano que altere la tríada, tampoco se advierte en los constitucionalismos clásicos francés y norteamericano. No obstante sus peculiaridades, hay sentidos comunes, por algo Hamilton recurre a Montesquieu para justificar la división de poderes en el diseño de la Constitución americana.

La presencia de los órganos constitucionales autónomos se inserta en una lógica diversa que supera las razones sustentadas en los frenos y contrapesos y la legitimidad democrática y que se inscribe en otra basada en la corrección funcional. La nueva perspectiva tiene, por una parte, justificación en las carencias que se presentan en el desempeño de las principales funciones estatales. Por otra parte, la intención de que los órganos estatales deben satisfacer eficazmente sus cometidos.

Respecto a la democracia, se requiere apreciar a los reguladores a partir de los déficits que la misma tiene en resultados. La elección como el procedimiento de selección de los mandos políticos abre oportunidades para la captura y el poder de influencia sobre la política. Las elecciones y la campaña requieren de recursos económicos, una de cuyas fuentes son los poderes económicos. Lo anterior abre la posibilidad de que los apoyos se traduzcan en “pagos diferidos” que alteran el trato igual y el terreno parejo en el que el mercado se desarrolla. La caracterización que Stiglitz hace de esta forma de vinculación económica-política, es la de *crony capitalism*.⁶

Ackerman, quien teoriza sobre la especialización funcional, señala la relevancia de reparar en tres cuestiones: *i*) la debilidad de los políticos elegidos para atender cuestiones concernientes al desempeño de la administración y el riesgo de desatención en el diseño de las leyes; *ii*) la necesidad de contar con capital humano (en el sentido weberiano) que atienda las tareas de implementación del gobierno; *iii*) la necesidad de construir una división de poderes para un Estado burocrático. En el Estado burocrático las decisiones no pueden dejarse al mejor postor; asimismo, el fundamento democrático de la división de poderes es insuficiente para enfrentar la necesidad de buenos resultados en la función de gobierno. Para tales efectos, el conocimiento técnico y experto remedia las insuficiencias de la decisión legislativa.

En su totalidad los órganos constitucionales autónomos tienen un diseño que excluye a la integración de sus órganos de gobierno de la legitimación proveniente del voto. Hay en esto un déficit de legitimación democrática; en contrapartida, las designaciones resultan de procedimientos en los que participan poderes del Estado, en la mayoría de los casos el Congreso y el Ejecutivo. El segundo elemento común se asocia con la especialidad funcional, la objetividad, imparcialidad y neutralidad en los órganos. A esta característica se asocia el perfil de los titulares que, en principio, debiera corresponder al institucional, sin embargo, en la realidad el proceso es más complejo. Dependiendo del órgano, las designaciones pueden dar lugar a juegos estratégicos entre los participantes, sean aspirantes o designantes. Los perfiles técnicos se combinan también con los intereses de los intervinientes donde las cuotas son formas de crear equilibrios, no sin poner también en riesgo la funcionalidad de la institución.

Asimismo, su diseño involucra al Congreso —y al Senado en específico— en una diversidad de funciones tales como la designación de integran-

⁶ Stiglitz, J., “Crony Capitalism American Style”, *Project Syndicate*, 11 de febrero de 2002, disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/crony-capitalism-american-style?barrier=accesspaylog>.

tes de sus órganos de decisión y de gobierno, o prórroga en su caso, la recepción de informes periódicos de actividades, el juicio político y la declaración de procedencia. Estas formas de actuación o intervención del Senado en aspectos específicos deben además considerar que los nuevos actores expanden también su radio de acción otros terrenos que deben ser considerados con atención, por ejemplo, la política exterior y el federalismo.

Así pues, al analizar las funciones de control del Senado sobre los constitucionales autónomos deben tenerse presentes dos niveles de apreciación: uno mediato referente a las concretas atribuciones del Senado sobre tales entidades (nombramiento, información, controles políticos); otro mediato y es el referente a la mecánica del funcionamiento del Estado mexicano. El Senado tiene una función estratégica en el sistema de frenos y contrapesos, de manera que si en los orígenes del constitucionalismo federal se explicaba su creación como contrapeso de los diputados y junto con éstos de los otros dos poderes, ahora tal función se diversifica. Al ser centros de ejercicio de poder, los constitucionales autónomos requieren de contrapesos y estos se dan con el modo de ejercer las atribuciones. En esta última función, no se está ante una mera cuestión formal de potestades o competencias, sino frente a un modo de su desempeño, es decir, si su intervención contribuye a balancear los riesgos de abuso del poder, o bien, si contribuye a mejorar el desempeño de los entes autónomos.

La relación que se crea con el Ejecutivo se torna también compleja, un primer ámbito se relaciona con la gobernabilidad y la conducción de las políticas públicas. La autonomía constitucional establece vinculación gradual de dichos órganos con la planeación nacional: en el caso de áreas como telecomunicaciones, el órgano encargado se encuentra vinculado por el Plan Nacional de Desarrollo y el programa sectorial.

En este último caso se presenta una situación en la cual el PND es norma de conducta para el nuevo IFT, sin embargo, los instrumentos de verificación y rendición de cuentas a cargo del Ejecutivo se ven disminuidos en comparación con las que ejerce sobre el resto de la administración. Ante esto, los controles congresionales están presentes, aunque con una mayor politización y déficit técnico. La autonomía implica la no subordinación y con ella los poderes de verificación, control presupuestario y disciplinario de la administración se pierden.

No sucede algo similar en el caso de la Cofece, la cual tiene atribuciones para definir la política de competencia. El estatuto anterior no implica en los hechos que su funcionamiento se aísle de la administración pública federal, sino que se reconduzca por otras vías. Que el presupuesto sea de-

terminado por el presupuesto federal conduce necesariamente a la comunicación con las autoridades hacendarias y con el Congreso; la efectividad de sus decisiones igualmente requiere comunicación para la efectividad de sus sanciones, por ejemplo.

VI. LA AUTONOMÍA COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL

La Suprema Corte ha definido la autonomía constitucional como garantía institucional en los siguientes términos:

GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el principio de división de poderes, contenido en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como un mecanismo de racionalización del poder público por la vía de su límite y balance, con el fin de garantizar el principio democrático, los derechos fundamentales y sus garantías, a través de un régimen de cooperación y coordinación de competencias, a manera de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público. Dicho principio es evolutivo y a través de su desarrollo se han establecido nuevos mecanismos para controlar el poder, con la finalidad de hacer más eficaz el funcionamiento del Estado; de ahí que se haya dotado a ciertos órganos, como los constitucionales autónomos, de las facultades necesarias para alcanzar los fines para los que fueron creados y en atención a la especialización e importancia social de sus tareas. Ahora bien, los órganos constitucionales autónomos forman parte del Estado mexicano sin que exista a su favor una delegación total de facultades de otro cuerpo del Estado, sino que su función es parte de un régimen de cooperación y coordinación a modo de control recíproco para evitar el abuso en el ejercicio del poder público; no obstante, debe advertirse que cuentan con garantías institucionales, las cuales constituyen una protección constitucional a su autonomía y, en esa medida, se salvaguardan sus características orgánicas y funcionales esenciales; de forma que no podría llegarse al extremo de que un poder público interfiera de manera preponderante o decisiva en las atribuciones de un órgano constitucional autónomo pues, de lo contrario, se violentaría el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Federal.⁷

⁷ Tesis: 2a. CLXVI/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 603. Amparo en revisión 1100/2015. Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2017. Cinco votos de los ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos

La adopción del concepto de la garantía institucional tiene su origen en la doctrina jurídica alemana.⁸ El concepto tiene una función constitutiva del ámbito de competencias, pero esencialmente es un límite para otros poderes respecto de lo garantizado. Si la competencia es un concepto sustantivo, la garantía institucional tiene una función adjetiva, es decir, se traduce en la posibilidad de limitación para que otros poderes limiten, invadan el ámbito competencial, en este caso, de los órganos reguladores.

El precedente citado anteriormente se deriva de un juicio de amparo en el que un concesionario de telecomunicaciones impugnó la normativa establecida por el Congreso estableciendo una tarifa cero en la interconexión entre operadores de servicios telefónicos.

A partir del proyecto presentado por el ministro Javier Laynez, la Segunda Sala discutió la constitucionalidad de la “Tarifa cero” establecida en el artículo 131 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (la Ley) al “preponderante”, relativa a la interconexión con otros concesionarios en la terminación de tráfico fijo y móvil.

La cuestión por resolver, a partir de la demanda de amparo presentada por Radiomóvil Dipsa, S. A de C. V (Telcel), fue la siguiente: si al aprobarse la ley, el Congreso invadió la competencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), esto es, si el establecimiento de tarifas por interconexión le corresponde al IFT y no al Congreso.

Se trata, pues, de determinar a qué órgano del Estado le corresponde decidir la tarifa. A la cuestión de a “cuál” órgano le corresponde decidir, le sigue la cuestión de “por qué” debe ser tal órgano el competente y, la correspondiente, “cómo” debe ser decidida tal o cuál tarifa. Las respuestas a las cuestiones anteriores pueden afectar, pero no necesariamente, el hecho de que la tarifa sea cero u otra distinta.

La ley estableció que el “preponderante” o “un agente económico...”, “no cobrará... por el tráfico que termine en su red”. Tal disposición es contrastante con las reglas establecidas en la Constitución.

El transitorio de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, estableció lo siguiente:

y Eduardo Medina Mora I.; votó en contra de algunas consideraciones Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Javier Laynez Potisek. Secretarios: Josefina Cortés Campos, Guadalupe de la Paz Varela Domínguez, Ma. de la Luz Pineda Pineda, Salvador Alvarado López y Eduardo Romero Tagle.

⁸ Véase, al respecto, Esteve Pardo, José, “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local”, disponible en: <file:///C:/Users/jrxop/Downloads/Dialnet-GarantiaInstitucionalYFuncionConstitucionalEnLasB-79428.pdf>.

TRANSITORIO OCTAVO. Una vez constituido el Instituto Federal de Telecomunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo Sexto Transitorio, deberá observarse lo siguiente:

...

III. El Instituto Federal de Telecomunicaciones deberá determinar la existencia de agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones, e impondrá las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales. Dichas medidas se emitirán en un plazo no mayor a ciento ochenta días naturales contados a partir de su integración, e incluirán en lo aplicable, las relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructuras de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural de dichos agentes.

Para efectos de lo dispuesto en este Decreto, se considerará como agente económico preponderante, en razón de su participación nacional en la prestación de los servicios de radiodifusión o telecomunicaciones, a cualquiera que cuente, directa o indirectamente, con una participación nacional mayor al cincuenta por ciento, medido este porcentaje ya sea por el número de usuarios, suscriptores, audiencia, por el tráfico en sus redes o por la capacidad utilizada de las mismas, de acuerdo con los datos con que disponga el Instituto Federal de Telecomunicaciones.

Las obligaciones impuestas al agente económico preponderante se extinguirán en sus efectos por declaratoria del Instituto Federal de Telecomunicaciones una vez que conforme a la ley existan condiciones de competencia efectiva en el mercado de que se trate.

Del precepto se deriva:

- a) La condición de agente económico preponderante atendiendo a su participación en el mercado.
- b) La facultad del IFT para declarar la condición de preponderante y de extinguirlo.
- c) La facultad del IFT para imponer “regulación asimétrica en tarifas”.
- d) La declaración del preponderante y su extinción deben sustentarse en “los datos con los que disponga” el IFT y, en su caso, si existen condiciones de competencia efectiva conforme a la ley.

Luego de la integración del IFT, éste declaró como preponderante a Telcel y estableció la tarifa aplicable como parte de la regulación asimétrica.

Es decir, la “tarifa cero” se determinó después de que hubiese emitido la ley. Así pues, la atribución de decidir la tarifa que según el transitorio constitucional reside en el IFT, es decidida por el legislador en la ley.

El transitorio citado es una muestra del entendimiento constitucional del Estado regulador: decisiones autónomas basadas en evidencia. El propósito es establecer condiciones institucionales para proveer objetividad y neutralidad en el mercado. Seguridad jurídica para mejorar el desempeño económico. Tal función es un rol institucional que al derivar directamente de la Constitución es oponible a los poderes públicos y a normas subconstitucionales incluyendo la ley. Que el IFT o la Cofece tengan legitimación para promover controversias se explica porque tal rol es defendible.

En la toma de decisiones jurídicas que consideren medidas ajustables a condiciones cambiantes, las normas legislativas o regulatorias tienen distinta versatilidad. Una ley tiene pretensión de permanencia a largo plazo, es rígida, su modificación depende de criterios propios de la discrecionalidad política, el acuerdo, la agenda, la conveniencia, la capacidad de cabildeo de los grupos de interés. Sin ser ajeno a la influencia de la política y de los grupos de interés, el procedimiento y decisión por el IFT, supone información sobre hechos y evidencias, conocimientos técnicos, metodologías, procedimientos de mejora regulatoria, racionalidad técnica y política regulatoria.

La Corte finalmente decidió por la inconstitucionalidad de la reforma legislativa de forma tal que, al invalidarla, dejó en aptitud al IFT para determinar, según criterios técnicos, las tarifas de interconexión.

Ahora bien, las vertientes de la garantía institucional son diversas. En aquellos órganos reguladores con estatuto de autonomía constitucional tienen la posibilidad de presentar acciones de controversia constitucional contra posibles violaciones a su ámbito de competencia; los reguladores coordinados carecen de tal posibilidad. Sin embargo, como se aprecia en el precedente, el concepto de garantía institucional es operativizable mediante el juicio de amparo. En tal sentido, la autonomía en tanto garantía institucional se traduce en un derecho a la decisión por el órgano regulador en tanto titular de la garantía. Tanto en los casos de órganos constitucionales autónomos como en los regulados coordinados, la autonomía puede ser garantizable mediante el amparo.

Asimismo, el concepto de garantía institucional comprende las condiciones de funcionamiento y las garantías de estabilidad, remuneración y separación de los comisionados o integrantes de sus órganos de gobierno y decisión.

Que los comisionados de los órganos reguladores constitucionales autónomos o de los reguladores coordinados, sean seleccionados con criterios técnicos y se acote la discrecionalidad de los órganos políticos en su nombramiento, que se establezcan procedimientos y metodologías para decidir, que cuenten con periodos predeterminados y con remuneración adecuada y proporcional a sus responsabilidades, forma parte también de la garantía institucional.

Otros casos que habrán de contribuir a la construcción del concepto de garantía institucional lo serán las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que han presentado diversos órganos constitucionales autónomos,⁹ entre ellos, el IFT y la Cofece, a propósito de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Lo relevante en estos casos concierne a las condiciones en las cuales los órganos reguladores coordinados desempeñan sus funciones.

VII. CONCLUSIONES

El ejercicio académico para el cual se ha convocado pone en el centro de la reflexión las posibilidades de reconstrucción conceptual de las autonomías, entre ellas las autonomías constitucionales. A propósito de este, una de sus vertientes es el concerniente a las autonomías de los órganos reguladores. Considerando que la regulación es un ámbito de la función pública distinguible de otras, la autonomía tiene también un sentido funcional e instrumental. Las formas organizativas no son un fin en sí mismas.

En el caso de las autonomías cuya racionalidad es la función regulatoria, se aprecia como referente común que todas las organizaciones regulatorias son autónomas, pero en distinto grado. En los órganos analizados se aprecia autonomía constitucional y autonomía de fuente constitucional. La razón de ello es más política que técnica y obedece al contexto político en el que fueron aprobadas.

Sin embargo, al paso de los años y dado el cambio político derivado de la llegada de una nueva administración que cuestiona el modelo que da origen al modelo de órganos reguladores, los diseños son puestos a prueba.

En términos ideológicos se explicita un cuestionamiento a su existencia. La razón se sustenta en la pérdida de los poderes del Ejecutivo y la incom-

⁹ La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Acción 105/2018 y presentó además controversia constitucional), el Instituto Federal Electoral, el Banco de México (Controversia 2/2019) y el INEGI.

preensión en las funciones de sus reguladores y, paradójicamente, la compatibilidad que los mismos pueden tener para los objetivos de la política del nuevo gobierno. En particular, tratándose de la separación entre el poder económico y el poder político.

La regulación se sustenta en la posibilidad de que el Estado intervenga como ordenador y orientador del mercado hacia ciertos propósitos de interés general y en la garantía del mercado como el espacio propio de los poderes económicos. Supone, además, que el poder político debe garantizar condiciones de neutralidad respecto de los poderes económicos, es decir, de separación con los poderes económicos.

SEGUNDA PARTE

FUNCIONES

PODERES TRADICIONALES Y FUNCIONES PÚBLICAS. UNA VISIÓN SISTÉMICA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO

Yuri PAVÓN ROMERO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepción de poder y función pública.*
III. *Tipos de funciones públicas que desarrollan los organismos autónomos
constitucionales en México.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El contenido de este artículo tiene el objeto de proveer un primer acercamiento a la autonomía constitucional federal y local, para ello, se realiza una serie de explicaciones cuya base de desarrollo son las palabras poder, instituciones, institucionalidad, competencia, autonomía, entre otras, buscando con lo anterior, la comprensión de que en el presente, el poder no es un sustantivo sujeto de apropiación; así mismo, el correspondiente entendimiento respecto a que las funciones públicas, ejecutiva, legislativa y judicial, las pueden llevar a cabo, sin perjuicio del Estado, como si fueran órganos de poder público clásicos, otras instituciones, sean derivadas directamente de la Constitución o a través de cualquier otro acto del bloque de supremacía constitucional o de legalidad o, incluso, por determinación convencional sea a través de un acuerdo o, bien, una resolución jurisdiccional.

En este caso, se reconoce que la fórmula rígida de la división de poderes del siglo XVIII, que subsistió hasta bien entrado el siglo XX, en el presente ya no rige ni al interior de la federación o del Estado unitario, ni al seno de las entidades federativas para el caso de los Estados compuestos.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Es así como, después de proveer un análisis doctrinario general, aterrizamos al caso mexicano, en donde apreciamos que de manera común se legislan órganos autónomos constitucionales, no obstante, sin precisión respecto al alcance de su autonomía, en este contexto, nos damos cuenta que los dispositivos constitucionales estatales asignan diversas clasificaciones de autonomía sin tener la certeza de si efectivamente pudieran ser esas instituciones equiparables a los llamados poderes.

En este sentido, acudiendo a los documentos de trabajo previos, asumimos una serie de conclusiones sobre el largo trecho que falta para conceder la precisión legislativa adecuada a este tipo de instituciones para que así estos contribuyan al autocontrol de sus iguales o de los poderes públicos clásicos.

II. CONCEPCIÓN DE PODER Y FUNCIÓN PÚBLICA

1. *Poder. Concepción y ejercicio en torno a los organismos autónomos constitucionales*

Las palabras “concepción” y “definición”,¹ aunque tradicionalmente y por el uso común se utilicen como sinónimos, no lo son y es que la concepción, a diferencia de la definición, no intenta ser precisa, sino su objetivo es brindar un contexto amplio sobre una idea en especial, por lo que, si bien, se sacrifica precisión, también es cierto que se gana plenitud de conocimiento.

En este contexto, cuando nos referimos a la palabra “poder”, debemos dejar bien en claro que no nos referimos a un “poder” como la capacidad de imponer la voluntad propia en la ajena, como puede ser la de una persona que por su riqueza somete al pobre, o bien, el forzado al enclenque; no, sino nos referimos al poder que está: *a*) institucionalizado de forma pública, al constituirse formalmente, es decir, que su origen está en una ley, por lo cual

¹ La palabra “definición”, la trata la Real Academia Española como 2. f. Proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial, *Diccionario de la Real Academia Española*, voz: definición. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=C2nxHO5>. Igualmente, Aristóteles determina que “definición es un enunciado que significa el qué es ser, igualmente expresa que *lo propio* es lo que no indica el *qué es ser*, pero se da sólo en tal objeto y puede intercambiarse con él en la predicación, género es lo que se predica, dentro del *qué es*, acerca de varias cosas que difieren en especie, se dirá que se predicán dentro del *qué es* todas las cosas que corresponde dar como explicación cuando alguien ha preguntado qué es la cosa en cuestión”. Cfr. Aristóteles, *Tratados de Lógica (Órganon) I Categorías, Tópicos, sobre las refutaciones sofísticas*, introducciones, traducciones y notas de Miguel Candel San Martín, España, Gredos, 1982, pp. 95-97.

b) se reconoce de manera legislada y c) son capaces de imponer, a través de su actuación un efecto, en mayor o menor grado, vinculante a las personas o a otras instituciones; tal es el caso de los llamados “poderes” tradicionales, organismos autónomos constitucionales, organismos con autonomía derivada de la Constitución u organismos de la administración pública.

Con lo anterior, debe esfumarse dentro de aquella clasificación otro tipo de instituciones que si bien están reconocidos por la comunidad, carecen conjuntamente de las características de la institucionalidad jurídica por no estar constituidas conforme a las exigencias del derecho o bien, porque son incapaces de imponer criterios vinculantes de acuerdo con el orden normativo, tal es el caso de las iglesias o las religiones, la sociedad, la familia en abstracto, o el denominado pueblo en sus diversas acepciones.

En este sentido, es previsible la conclusión de que toda institución creada a través de la Constitución, documento convencional, ley, reglamento, decreto, circular, cualquier acto parareglamentario, sentencia nacional o internacional² y que incide en el orden jurídico, es una institución que tiene

² Dentro de este apartado se contemplan a las sentencias emitidas por organismos internacionales o regionales, a los cuales el Estado mexicano acepta someterse a su jurisdicción por la firma y posterior ratificación de tratados internacionales. Ejemplo de ello es la sentencia del 23 de noviembre de 2009, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, en la cual, dentro de sus puntos resolutiveos señala que el Estado mexicano debe adoptar reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar (fuero militar ante la comisión de delitos por actos y omisiones, realizados por miembros de las fuerzas armadas, en ejercicio de sus funciones) con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; así como realizar las reformas legislativas correspondientes para adecuar el artículo 215 A del Código Penal Federal (Delito de desaparición forzada) con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Al respecto y para dar cumplimiento a la referida sentencia, el Congreso de la Unión reformó el artículo 57 del Código de Justicia Militar a efecto de que los miembros de las fuerzas armadas puedan ser juzgados por los tribunales de fuero común cuando cometan delitos en contra de una persona con la condición de civil (DOF, 13 de junio de 2014); asimismo, en materia de desaparición forzada de personas, se expidió reforma (DOF, 17 de noviembre de 2017) la cual consistió en la derogación del Capítulo III Bis del título Décimo, conformado por los artículos 215-A al 215-D del Código Penal Federal y se expidió la Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, de igual manera y para conocer los alcances de dicha sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el expediente “varios 912/2010”, relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución del 7 de septiembre de 2010, dictada dentro del expediente “varios 489/2010”; así mismo, ha emitido jurisprudencia diversa respecto a este tema, tal es el caso de la Jurisprudencia que lleva por rubro: DESAPARICIÓN FORZADA DE

poder, pero ahora debemos despejar la interrogante de cómo es éste y cómo se ejerce.

Para conseguir la clarificación de este conocimiento puede hacerse un ejercicio imaginativo contrastando las corrientes de cientistas políticos estableciendo dos bandos, por un lado, los que consideran que el poder es un haber que se posee y se ejerce en modo de sometimiento del débil, tal es el caso de Hobbes o de Marx, y por el otro, los que consideran que más allá de la mera posesión, el poder es útil para la consecución de objetivos, pues éste es el motor para que otros agentes influyentes negocien y se cumplan así con las determinaciones de los intereses propios, de la sociedad, del derecho o de lo que se considere como acertado, es el caso de visiones como las de Maquiavelo, Tocqueville o Foucault.

En esta línea argumental, no debe de perderse de vista que en el presente, a nivel universal, la fuente del poder ya no está en la materialización de un poder divino, como en su tiempo fueron las deidades o los reyes, por el contrario, desde el siglo XVIII se adjudicó una fórmula cuyo origen está en la Revolución francesa, en donde se expresa de manera indeterminada, pero tajante para su tiempo, que el poder público tiene su fundamento en la colectividad, quien busca lo mejor para sí, es decir, la soberanía, reconocida ésta como el poder del pueblo, o bien, de la nación, en los términos de la teoría de Sieyès.³

PERSONAS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 215-A DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL (ACTUALMENTE DEROGADO). LA NEGATIVA DEL ACTIVO A RECONOCER LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD O PROPORCIONAR INFORMACIÓN SOBRE EL PARADERO DE LA VÍCTIMA, ES UN ASPECTO CARACTERÍSTICO DE ESTE DELITO, QUE SI BIEN NO ESTÁ ESTATUIDO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE SU TIPIFICACIÓN, SÍ CONSTITUYE UNA CONDUCTA CON LA QUE SE ACREDITAN LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO, RELATIVOS A “PROPICIAR DOLOSAMENTE EL OCULTAMIENTO” DEL PASIVO.

Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>.

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789:

Article 3: Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans le nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. (Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789: Artículo 3: El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella).

Constitution Française de 1791, Titre III Des pouvoirs publics:

Siendo así las cosas, el pueblo, es un grupo indeterminado de personas, en donde existen infinidad de intereses, agrupados a su vez en infinidad de subgrupos que por sus intereses se continúan subespecializando; en este contexto, es muy difícil aperturar la conciencia para creer que solamente un grupo en específico puede poseer al poder, por lo cual, el poder en el presente, en las sociedades y Estados occidentales se identifica como la sustancia capaz de obligar a otros agentes a negociar, para conseguir sus beneficios y potenciar al mismo poder con el que se negocia.

Es por esta razón que, en abstracto, los contextos normativos han tenido que reconocer máximas como, “el poder es único, indivisible y superior”⁴ (aludiendo a la identidad de soberanía y poder); “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”;⁵ por lo tanto, no se puede hablar de “división de poderes”, sino de ejercicio de competencias, atribuciones o facultades.

Ante lo explicado, es prudente decir que los llamados “poderes”, ejecutivo, legislativo y judicial, no son más que instituciones con competencias establecidas en las leyes, con un haber de influencias dadas por la soberanía y establecidas en la Constitución, que les permiten actuar con autoridad, en el marco del derecho.

Sin embargo, los Estados nacionales, después de la Segunda Guerra Mundial se han enfrentado a una rendición de cuentas de otras comunidades de Estados y de su propia población que exigen más transparencia, desconfían de la eficacia y eficiencia de los resultados que presentan sus instituciones de poder público clásicas y, además, cuestionan la legitimidad de quienes están a cargo de las instituciones, por dicha razón, jurídica y políticamente los mismos Estados, en sus legislaciones y Constituciones diseñan estructuras institucionales que, al igual que los poderes tradicionales, cuentan con competencias que sirven como forma de influencia y negociación y además limitándose entre sí.

Article 1: La souveraineté est une, indivisible, inalienable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation: aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice (Constitución Francesa de 1791, Título III De los Poderes Públicos: Artículo 1. La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible; pertenece a la nación: ninguna sección del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio).

⁴ “Por la misma razón que la soberanía es inalienable es indivisible; porque la voluntad es general, o no lo es; es la del cuerpo del pueblo o solamente de una parte de él. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley; en el segundo, es tan sólo una voluntad particular o un acto de administración; es, a lo sumo un decreto”, en Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Leticia Halperin Donghi, Buenos Aires, La Páquina, 2003, p. 58.

⁵ “...power tends to corrupt and absolute power, corrupts absolutely”, Acton, John E., *Essays on Freedom and Power*, Boston, The Beacon Press, 1949, p. 364.

Es así como el poder sirve y es útil para la regulación de instituciones y la concreción de órganos con el mismo grado de dignidad y autoridad (órganos autónomos constitucionales) que los llamados poderes tradicionales, los cuales no son más que los órganos “clásicos” del poder público.

2. Descripción de la función pública por parte de la administración y el derecho

El Estado desarrolla todas sus atribuciones a través de tres actividades principales; las obras públicas, los servicios públicos y las funciones públicas. Las primeras son objetos inanimados que se construyen para la satisfacción de las necesidades colectivas como parques, drenajes, jardines, carreteras, la infraestructura de las instituciones del Estado, entre otras; los servicios públicos, por otro lado, son actividades especializadas de carácter técnico que deben y tienen que ser reguladas por el orden jurídico del Estado y su objetivo es la satisfacción de necesidades generales, útiles para la vida en sociedad, como el suministro de agua potable, el transporte público inter-carretero, la prestación profesional de atención a los enfermos, entre otros supuestos, siendo que los servicios se distinguen de las obras, porque mientras los primeros son acciones, las segundas son estáticas, además, los servicios son desarrollados por los seres humanos de manera constante, en tanto que las obras son productos finales, esto implica que para su plenitud, su propia naturaleza no exige más “acción”, es decir, son “cosas”; por último, están dentro de esta clasificación de actividades del Estado, las funciones públicas, éstas son las labores más delicadas a cargo del Estado, porque si bien, surgen al igual que las otras dos especies explicadas, para satisfacer necesidades generales, las funciones tienen como particularidad que su actividad no impacta sólo a la colectividad social, sino a la existencia política del Estado, en otras palabras, la indebida realización de la función pública no afecta exclusivamente o destruye a una sociedad, sino, además, tiende a aniquilar al Estado mismo.

En el contexto explicado, tenemos entonces, por las cualidades mencionadas, que los servicios y las obras públicas pueden ser desarrolladas por los agentes poblacionales del Estado y por el Estado mismo, en este sentido, se aprecia una corresponsabilidad en la prestación de obras o servicios; empero, las funciones públicas no pueden llevarse a cabo a través de particulares, sino sólo pueden y deben realizarse a través de los operadores estatales, en este orden de ideas, los particulares están excluidos para prestar las funciones públicas del Estado. De este modo, bajo un esquema comparativo

y siguiendo el hilo conductor de los párrafos anteriores, las funciones y los servicios públicos son semejantes sólo en cuanto a que ambas actividades son constantes, es decir, no cejan ni un instante, pues para su plenitud los agentes del Estado deben aplicar técnicamente conocimientos para operarlas, mientras que en el servicio público se satisfacen necesidades para el bienestar social, en las funciones públicas se satisface la continuidad y existencia del Estado.

En este tenor y con la finalidad de rematar nuestra explicación cabe preguntarnos qué actividades pueden clasificarse como funciones públicas, siendo la respuesta, todas aquellas que a través de un ejercicio de inteligencia nos resulte que en caso de delegarlas a los particulares, pongan en riesgo la existencia del mismo Estado, sea porque impide sus otras actividades o porque se pierda la soberanía, traducándose esto en la indebida ejecución o normalidad del tipo de Estado o forma de gobierno, así, el listado puede constituirse por las labores ejecutivas, legislativas, judiciales, registrales, de acuñación e impresión de moneda, la regulación de la política económica o la inflación, las labores electorales, la regulación del sistema económico del Estado, entre otras.

Así las cosas, desde las concepciones de John Locke⁶ y Montesquieu,⁷ se denominó, como poderes, lo que en realidad son funciones públicas ejercidas a través de instituciones de Estado, teniendo cada una de éstas sus

⁶ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Porrúa, 1997, Capítulo XI, “Del entendimiento el poder legislativo”, p. 85; Capítulo XII, “Poder Legislativo, Ejecutivo y Federativo de un Estado”, p. 87. El Poder Legislativo es aquel que determina cómo habrá de ser empleada la fuerza del Estado, Poder Ejecutivo es aquel que siempre está activo donde su función es vigilar la puesta en práctica de las leyes y el Poder Federativo es aquel que llama “natural” al que todo hombre tiene naturalmente antes de entrar en sociedad y con relación al resto del género humano.

Locke, John, *Traité de Gouvernement Civil*, Paris, Chez Calixte Volland, Libraire, quais des Augustins, Chapitre XII “ De l’entendu de Pouvoir Législatif”, p. 85, Chapitre XII “ Du Pouvoir Législatif, Exécutif et Fédératif d’un État”, p. 87.

Le Pouvoir Législatif celui qui détermine la manière dont la force de l’État doit être employée, le pouvoir exécutif est celui qui est toujours actif où sa fonction est de surveiller l’application des lois et le Pouvoir Fédératif est celui qu’il appelle “naturel” que chaque homme a naturellement avant d’entrer dans la société et par rapport au rest du genre humain.

⁷ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, 14a. ed., México, Porrúa, 2001, p. 13.

En cada Estado hay tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de las gentes, y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil.

Montesquieu, *De l’esprit des loix*, Suisse, Geneva, 1748, p. 13.

Chaque État dispose de trois types de pouvoirs: le Pouvoir Législatif, le Pouvoir Exécutif des choses relatives au droit des peuples, le Pouvoir Exécutif des choses relevant du droit civil.

propias particularidades; no obstante, cada institución pública puede ejercer funciones simultáneas en los casos que las determinaciones normativas así lo autoricen, en la doctrina identifican las dicotomías correspondientes como temperamentos,⁸ al respecto, el Poder Judicial emitió en la Séptima Época un criterio que pese a sus años, la desactualización positiva de las leyes, las instituciones jurídicas que se describen en este texto, así como la expresión lingüística de “poderes”, continúa siendo vigente para efectos de la explicación central de este trabajo.

DIVISIÓN DE PODERES. LA FUNCIÓN JUDICIAL ATRIBUIDA A AUTORIDADES EJECUTIVAS NO VIOLA EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (ARTÍCULO 48 DE LA LEY DE APARCERÍA DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). No se transgrede el artículo 49 de la Constitución Federal con la expedición y aplicación del artículo 48 de la Ley de Aparcería del Estado de Nuevo León, en tanto previene competencia para resolver las controversias suscitadas con motivo de la aplicación de la misma ley a la autoridad municipal que tenga jurisdicción sobre el predio objeto del contrato y que la autoriza para que se allegue elementos de prueba para normar su criterio y dictar resolución, y que también previene un recurso ante el gobernador del Estado en caso de inconformidad. En efecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no estatuye un sistema rígido de división de poderes, de tal manera que el judicial sólo pudiese realizar actos materialmente jurisdiccionales, el Ejecutivo sólo actos administrativos y el Legislativo exclusivamente actos de creación de normas jurídicas generales. En la misma Constitución Federal se advierte que cada uno de los poderes está facultado para desarrollar funciones distintas a las que les corresponderían en un sistema rígido de división de poderes; así, el Legislativo desempeña funciones administrativas, como por ejemplo conceder licencia al presidente de la República (artículo 73, fracción XXVI, 85 y 88) y funciones jurisdiccionales, cuando se erige en gran jurado para conocer de delitos oficiales cometidos por funcionarios de la Federación (artículo 111 de la Constitución Federal). El Poder Judicial está facultado para realizar actos materialmente legislativos, como por ejemplo, cuando se le otorga a la Suprema Corte de Justicia, en Pleno, la facultad de expedir los reglamentos interiores de la misma Corte, de los Tribunales Colegiados de Circuito y de los Juzgados de Distrito; también le corresponden atribuciones materialmente administrativas, como nombrar Magistrados y Jueces de Dis-

⁸ “Al efecto, debemos aclarar que entendemos por temperamentos los casos en los cuales existe colaboración de varios Poderes en la realización de una función que, materialmente considerada, sólo debiera corresponder a uno de ellos y por excepciones, aquellos en los cuales falta coincidencia entre el carácter material y el carácter formal de la función”. Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 40a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 66.

trito. Los órganos del Poder Ejecutivo tienen atribuciones legislativas, como la de expedir reglamentos (artículo 89, fracción I constitucional). Prohíbe, pues, la Constitución, la unificación de dos o más poderes en uno, mas no que en un poder, por ejemplo, el Legislativo, desempeñe alguna función ejecutiva o jurisdiccional. La idea básica en el artículo 49 constitucional, es evitar la posibilidad de una dictadura constitucional que se daría en aquel caso en que en un poder reuniera dos o más, pero no cuando la misma Constitución previene una flexibilidad en la división de poderes y relaciones entre los mismos, lo que se traduce en la autorización de que un poder realice funciones que en una estricta división de poderes y funciones, no podría desempeñar.

Precedentes: Amparo en revisión 1541/67. Teodoro Ibarra Hernández y coagraviados. 6 de marzo de 1973. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

3. *Tipos de funciones públicas*

A. *Ejecutiva. La concreción y la declaración de las normas*

La función ejecutiva tiene su representación material en los actos administrativos, estos generan consecuencias plenas y concretas de derecho que trascienden a la mera estructura de las instituciones del Estado (actos de la administración).

Los actos administrativos tienen como características que son concretos, declarativos y personales. Son concretos, porque se emiten ante una consideración específica y jamás abstracta; son declarativos porque todo acto administrativo debe emanar de la aplicación de la ley, en este sentido, la ley se aplica ante un caso bien determinado, y es personal, porque los actos administrativos comúnmente no pretenden la generalidad, actos como la expropiación, nombramientos, protestas, requisiciones, esquilmaciones, aseguramientos, dan la razón a estas afirmaciones.

B. *Legislativa. La función generalizadora*

La función legislativa es la oposición a la función ejecutiva, pues su acto representativo es la ley, siendo que ésta es general, abstracta e impersonal. Es general, porque se pretende que regule la conducta no de un caso concreto, sino de todos los posibles casos que puedan encuadrarse en el supuesto; es abstracta porque para la validez de la ley no requiere la exigencia de

la concreción de un supuesto, la ley vale y es potencialmente aplicable y jurídicamente válida por la sola emisión del proceso legislativo sin necesidad de encuadrarse en un supuesto; es impersonal, porque se lleva a cabo sin que esté dirigida a persona alguna, ya que si así fuera se consideraría como una ley especial (hecha a la medida de una persona bien identificada) y sería anticonstitucional, modelo que está prohibido en los Estados de derecho; a todo lo anterior, bien pudiera anexarse una característica más, la pretensión de permanencia y es que las leyes se emiten con miras a que no pierdan su vigencia por lapsos prolongados y, a la vez, indeterminados.

La explicación puede resumirse a través de la jurisprudencia LIBERTAD DE TRABAJO. EL PODER LEGISLATIVO NO PUEDE RESTRINGIR ESA GARANTÍA A GOBERNADOS EN PARTICULAR,⁹ en donde se deja en claro que el Poder Legislativo puede, al emitir una ley, restringir la libertad de trabajo de una manera general, impersonal y abstracta, pero no así a un individuo en particular.

C. Judicial. La facultad ejecutiva con la monopolización de la jurisdicción

El título de este apartado se refiere a las cualidades que representan el acto jurisdiccional por excelencia, la sentencia, las cuales, en esencia, tienen las mismas cualidades que las del acto administrativo, es decir, son actos concretos, porque con el juicio que ahí se contiene, se dirime un asunto específico; son declarativos, porque declaran el derecho que le corresponde a alguna de las partes en un litigio, y es personal porque las sentencias sólo afectan a las partes involucradas, no a una generalidad.¹⁰

⁹ Tesis P./J. 29/99 [J], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, abril de 1999, t. IX, p. 258.

¹⁰ No obstante, a partir de la reforma constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994, tanto la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional (a pesar de que ésta última ya se encontraba regulada desde 1857, es hasta 1994 que adquiere importancia y aplicación efectiva), tienen excepciones a las características propias de una sentencia, por ejemplo, en la exposición de motivos de la reforma en comento, con relación a la acción de inconstitucionalidad, se dijo lo siguiente: "...se propone abrir la posibilidad de que un porcentaje de los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, de las legislaturas locales, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal o, en su caso, el Procurador General de la República, puedan plantear ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el ámbito de sus atribuciones, la inconstitucionalidad de leyes, previendo que las resoluciones puedan anular, con efectos generales, la norma declarada inconstitucional"; lo anterior, se materializó en la fracción IV del artículo 41 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados

En este sentido, podemos expresar que materialmente las características del acto jurisdiccional son idénticas al acto ejecutivo, diferenciándose tan solo por quien lo emite, pues el órgano creador del acto judicial no es el titular de la función ejecutiva (presidente o primer ministro), sino un órgano de Estado revestido de jurisdicción con reglas procesales.

En la última jurisprudencia que se citó en este trabajo, se apreció también que la ley debe tener los atributos señalados de generalidad, impersonalidad y abstracción, no obstante, el texto constitucional le reservó a la función judicial y a la administrativa las restricciones personales al determinar “que la libertad ocupacional puede vedarse por resolución judicial, cuando se afecten derechos de terceros, y por resolución gubernativa, en los términos que señale la ley, cuando se afecten derechos de la sociedad”,¹¹ es decir, como se aprecia, actos concretos, declarativos y personales.

III. TIPOS DE FUNCIONES PÚBLICAS QUE DESARROLLAN LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO

La gran potencia que implicó el liberalismo francés del siglo XVIII trajo la despersonalización del poder público, esto en el mundo occidental se interpretó como una división de poderes rígida, siendo esta estructura pétrea la que subsistió como modelo de Estado de los siglos XVIII, XIX y hasta mediados del XX.

No obstante lo anterior, posterior a la Segunda Guerra Mundial, en los hechos, los Estados nacionales empezaron a asignarles autonomía a través del texto constitucional a instituciones públicas que llevaban a cabo funciones ejecutivas, legislativas y judiciales con un margen de especialización tan elevado como el de los órganos clásicos, con la diferencia que contaban con una personalidad jurídica distinta a la del Estado sin dejar de ser públicos y

Unidos Mexicanos. De igual forma, por lo que hace a la controversia constitucional, la ley reglamentaria, en su artículo 42, así como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señalan que los efectos de las sentencias en las controversias constitucionales serán *erga omnes* cuando versen sobre disposiciones generales emitidas por los estados o los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los estados, o bien, en conflictos entre poderes y siempre y cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. Cfr. Tesis P./J. 76/2006 [J], CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EFECTOS DE LA SENTENCIA DICTADA EN ESTA VÍA CUANDO LA FEDERACIÓN HAYA IMPUGNADO UNA NORMA GENERAL DEL DISTRITO FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, julio de 2006, t. XXIV, p. 823.

¹¹ *Idem*.

controlados por el orden jurídico, así surgen a la vida los organismos autónomos constitucionales.¹²

Al respecto, Manuel García Pelayo señala cuatro características para este tipo de órganos:

- *Inmediatez*, pues deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución.
- *Esencialidad*, son necesarios para el Estado constitucional de derecho.
- *Dirección política*, porque participan en la dirección política del Estado; de ellos emanan actos ejecutivos, legislativos y jurisdiccionales para orientar de modo decisivo el proceso de toma de decisiones.
- *Paridad de rango*, mantienen con los otros poderes relaciones de coordinación y nunca de subordinación; por ello detentan autonomía orgánica y funcional, y a veces presupuestaria.¹³

En este orden de ideas, se expresa que el órgano modificador de la Constitución respetó los caracteres de García Pelayo, ya que a nivel federal legisló para constituir organismos de este tipo, siendo el primero de ellos el Banco de México, aludido en el artículo 28, párrafo sexto; al Instituto Nacional Electoral en el 41; a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el 102 apartado B; en el 26 al Instituto Nacional de Geografía y Estadística; en el 28, párrafo 14, a la Comisión Federal de Competencia Económica; al Instituto Federal de Telecomunicaciones en el artículo 28, párrafo 15; al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, en el artículo 6o., apartado A, fracción VIII; a la Fiscalía General de la República, en el artículo 102,

¹² Sobre los órganos constitucionales autónomos, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 32/2005, menciona en el contenido de la respectiva ejecutoria, que surgen en Europa y su establecimiento se expandió por Asia y América, como consecuencia de la nueva concepción del poder, bajo una idea de equilibrio constitucional apoyada en los controles del poder público. Con ello, la teoría tradicional de la división de poderes evolucionó, por lo que se dejó de concebir a toda la organización del Estado como una derivación de los tres poderes tradicionales (legislativo, ejecutivo, y judicial). Actualmente se habla de que dicho principio debe considerarse como una distribución de funciones o competencias para hacer más eficaz el desarrollo de las actividades confiadas al Estado. En Ruiz, José Fabián, “Los órganos constitucionales autónomos de México: Una visión integradora”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 37, julio-diciembre de 2017, p. 92

¹³ Márquez Rábago, Sergio R., *Derecho constitucional en México*, 4a. ed., México, Porrúa, 2018, p. 64, cita a García-Pelayo, Manuel, “El estatus del tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. I, núm. 1, 1981, pp. 11-34.

apartado A; así como al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, en el artículo 26, apartado C.

En este marco de ideas, los órganos autónomos constitucionales llevan a cabo las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales. La ejecutiva implica la aplicación de la ley, a través de expresiones concretas declarativas y personales, por ejemplo, la competencia ejercida por el Consejo General del Instituto Nacional Electoral al llevar a cabo la distritación del territorio nacional en 300 distritos uninominales;¹⁴ por su parte, la función judicial puede materializarse cada que los órganos autónomos constitucionales realizan labores que materialmente impliquen la resolución de controversias llevando a cabo su labor con todas las formalidades de un juicio, muestra de ello son los diversos procedimientos administrativos sancionadores que resuelven el ya mencionado Instituto Nacional Electoral;¹⁵ mención especial merece la función legislativa, la cual se concretiza cada que los órganos de este tipo emiten reglamentos (disposiciones generales, abstractas e impersonales), pero además, y como muestra del fortalecimiento de la función legislativa por órganos diversos al Poder Legislativo tradicional, la jurisprudencia del Poder Judicial federal reconoció en la Décima Época que el Instituto Federal de Telecomunicaciones posee un poder de creación normativa suficiente para innovar o configurar el ordenamiento jurídico exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia.¹⁶

Por su parte, los niveles de descentralización local siguieron el modelo implementado a nivel federal, de este modo, de acuerdo con la facultad legislativa que le otorga el artículo 116 de la Constitución federal, las legislaturas locales delinearon instituciones autónomas asignando a órganos públicos tareas como labor jurisdiccional, protección de derechos humanos, transparencia y acceso a la información, auditorías, instituciones electorales, evaluación de políticas públicas, entre otras.

En el presente la autonomía asignada a instituciones públicas reconocidas directamente desde la Constitución llegó para quedarse, esto es así porque desde la creación del Banco de México han venido legislándose cada

¹⁴ Artículo 44, inciso L, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

¹⁵ Capítulo IV, Del Procedimiento Especial Sancionador; Libro Octavo, De los Regímenes Sancionador Electoral y Disciplinario Interno; del Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

¹⁶ Tesis P./J. 48/2015 (10a.) [J], INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). A SUS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL LES RESULTA APLICABLE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD MODULADO CONSTITUCIONALMENTE POR EL MODELO DE ESTADO REGULADOR, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 34.

vez más instituciones de este tipo y tan solo se ha suprimido uno¹⁷ en todo este lapso que va de 1993, al presente 2019.

La afirmación anterior se basa también en la descripción que de manera positiva se aprecia en los órdenes jurídicos de cada entidad federativa, así, podemos llevar a cabo un análisis de las 32 Constituciones de los estados, resaltando algunas particularidades, por ejemplo, que diversas Constituciones destacan un capítulo especial para los organismos autónomos, otros, en cambio, dependiendo de su materia, se hallan sitios en las secciones de derechos humanos, y otros tantos están sin atender las clasificaciones específicas.

La función jurisdiccional llevada a cabo por órganos autónomos locales se traduce en 60 tribunales, de los cuales 29 son electorales, 3 laborales y 28 administrativos; es decir, 60 son los órganos autónomos constitucionales locales que fuera de la estructura judicial local pueden emitir disposiciones tendientes a dirimir conflictos basados en una jurisdicción.

En esta misma línea argumental, apreciamos el conteo de otras instituciones autónomas constitucionales, de este modo, destacamos que existen 32 instituciones ejecutivas, cuyo objetivo es la protección de los derechos humanos; 13 órganos enfocados a la transparencia y acceso a la información; 6 cuyo objeto es el control del gasto público, es decir, auditorías; 32 organismos públicos locales electorales; 3 encargados de evaluación de políticas públicas.

En este tenor, se observa que la materia que más prolifera para ser regulada por órgano constitucional a nivel local es la electoral, ya que ésta es controlada por la vía ejecutiva a través de los institutos electorales locales y por órgano jurisdiccional que están evidentemente fuera de la órbita judicial de cada entidad federativa, siendo en total 61 órganos autónomos constitucionales locales enfocados a la regulación de este rubro.

Del marco comparativo entre Constituciones locales se aprecia que no se está dando la plenitud autonómica deseada a los órganos autónomos constitucionales locales, toda vez que las legislaciones distinguen los grados de autonomía, en este caso, a lo largo de las Constituciones estatales del país apreciamos que las diputaciones respectivas reconocen denominaciones como: autonomía operativa, autonomía técnica, autonomía de gestión, autonomía de decisión, autonomía presupuestaria, autonomía en su funcionamiento, autonomía para dictar su fallos, siendo que no se logra en los propios órdenes jurídicos una tarea de precisión o definición sobre el adjetivo de autonomía, dejando estos casos abiertos a la interpretación, de

¹⁷ El Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación en México fue derogado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de mayo de 2019.

acuerdo con las competencias de la institución en cuestión o, en su caso, a la interpretación que en su momento llevan a cabo los órganos jurisdiccionales, todo lo anterior en perjuicio de la precisión respecto a sus facultades y la certeza jurídica.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo del presente texto hemos abordado conceptos que clarifican las actividades realizadas por los órganos autónomos constitucionales, sus características y fines para los cuales fueron creados. En este tenor, es preciso destacar los siguiente:

- 1) Cuando nos referimos al poder que poseen los órganos autónomos constitucionales, los órganos constituidos y los organismos con autonomía derivada de la Constitución, nos referimos al poder institucionalizado de forma pública, es decir, aquél que emana de una ley, por lo tanto, este tipo de órganos están dotados de competencia para imponer, a través de su actuar, un efecto vinculante, ya sea a un individuo o a otras instituciones. Por lo tanto, cualquier institución cuyo origen sea una norma, está dotada de poder.
- 2) La función pública, al igual que el servicio público y las obras públicas, surge para satisfacer una necesidad general, sin embargo, se diferencia de éstas, porque la función pública no impacta sólo a la colectividad social, sino a la existencia política del Estado, por lo tanto, su indebida realización no sólo afecta a la sociedad, sino que, a la larga, tiende a destruir al Estado mismo, por ello, sólo pueden y deben realizarse por los operadores estatales.
- 3) El liberalismo francés del siglo XVIII trajo como consecuencia la división de poderes, modelo por antonomasia de los Estados de los siglos XVIII, XIX y mediados del XX; sin embargo, en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial comenzaron a surgir instituciones públicas con un nivel alto de especialización, las cuales llevaban a cabo funciones ejecutivas, legislativas y judiciales y cuya diferencia radica —respecto a los poderes tradicionales— en poseer una personalidad jurídica distinta al Estado, pero sujeta al orden jurídico; este tipo de instituciones son conocidas como órganos autónomos constitucionales, cuyas características son la inmediatez, esencialidad, paridad de rango y dirección política.

- 4) En México, y desde hace veintiséis años que fue creado el primer órgano constitucional autónomo en el país (Banco de México), contamos, a nivel federal, con nueve órganos de esta especie; suprimiéndose sólo uno, en mayo de 2019 (Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación en México).
- 5) Finalmente, por lo que hace a las entidades federativas hay tres aspectos a destacar sobre este tipo de órganos; *a*) su regulación, ya que de las 32 Constituciones locales, algunas destacan un capítulo especial para los mismos, otras, lo sitúan en el texto atendiendo a la materia del órgano constitucional autónomo que pretende crearse y otras tantas, los colocan sin atender las clasificaciones específicas; de igual manera *b*) la materia que más regulan los órganos constitucionales autónomos locales es la electoral, al estar controlada por la vía ejecutiva por los institutos electorales locales y por vía jurisdiccional a través de los tribunales electorales locales que están fuera de la órbita judicial de cada entidad federativa, y *c*) una de las mayores críticas respecto a estos órganos es que, en casos reiterados, éstos no poseen los grados de autonomía que debieran reconocérseles para el cumplimiento efectivo de sus funciones.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACTON, John E., *Essays on Freedom and Power*, Boston, The Beacon Press, 1949.
- ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (Órganon) I Categorías, Tópicos, sobre las refutaciones sofisticas*, introducciones, traducciones y notas de Miguel Candel San Martín, España, Gredos, 1982.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 40a. ed., México, Porrúa, 2000.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Porrúa, 1997.
- MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio R., *Derecho constitucional en México*, 4a. ed., México, Porrúa, 2018.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, 14a. ed., México, Porrúa, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Leticia Halperin Donghi, Buenos Aires, La Página, 2003.
- RUIZ, José Fabián, “Los órganos constitucionales autónomos de México: una visión integradora”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 37, julio-diciembre de 2017.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MICHOACÁN COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO

Javier Elliott OLMEDO CASTILLO*

Todo se habría perdido si el mismo hombre,
la misma corporación de próceres, la misma
asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes

Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto de autonomía de los órganos constitucionales autónomos en la Constitución federal.* III. *El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, como órgano constitucional autónomo.* IV. *Motivos de la creación de un tribunal de justicia administrativa en el Estado de Michoacán de Ocampo.* V. *Funciones técnicas del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo.* VI. *Interpretación a la luz del principio de la división de poderes.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La creación del Sistema Nacional Anticorrupción trajo como consecuencia la transformación de los tribunales de lo contencioso administrativo, al dotarlos de autonomía constitucional, y denominarlos tribunales de justicia administrativa.

* Profesor-Investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Un cambio de paradigma muy importante en esta nueva etapa de la justicia administrativa en nuestro país, en donde las nuevas atribuciones de estos tribunales les permitirán impartir justicia administrativa desde el derecho humano a la tutela judicial efectiva.

En el presente trabajo de investigación se analizan diversos aspectos de suma relevancia para la configuración de estos tribunales como órganos constitucionales autónomos.

Así, se examinan las cuestiones relativas al concepto de autonomía de los órganos constitucionales autónomos en la Constitución federal; las características de los tribunales de justicia administrativa, en especial el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, como un nuevo órgano constitucional autónomo; los motivos de la creación del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo; las nuevas funciones que desarrolla el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, y finalmente, la interpretación de sus nuevas funciones a la luz del principio de la división de poderes.

II. CONCEPTO DE AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Los órganos constitucionales autónomos (OCA) definitivamente marcan una línea en la evolución de las teorías sobre la división de poderes, en el entendido de que ahora son comprendidos como funciones del Estado. Significativamente, los OCA pasan a formar parte de las funciones que el Estado esté encargado, por tanto, en ello recae la importancia de su estudio, desde su naturaleza jurídica, hasta la justificación para la creación de cada órgano constitucional autónomo.

De esta forma es que, en los últimos años, ha sido posible reactivar y a la vez reinventar los sistemas democráticos, en los cuales, a través de la creación de estos organismos, ha cambiado el diseño de cómo se llevan a cabo determinadas funciones. Tal ha sido el impacto, que se podría asegurar que la democracia como la tenemos entendida ha cambiado, y así también, que se ha transformado la teoría de la división tripartita del poder, en una nueva y mejorada forma de entender el poder del Estado y sus diversas funciones.

Ackerman señala que actualmente nos encontramos en “una ola mundial de proliferación de nuevos y más poderosos *Ombudsmen*, «Defensores del pueblo», auditores independientes, comisiones contra la corrupción, institutos electorales, organismos reguladores de mercado y bancos centrales

autónomos”.¹ Así también, señala que incluso esa base institucional de la democracia, distinguiéndola como *moderna*, la considera completamente diferente, y que toda esta transformación responde a la creación e integración de estos nuevos organismos.²

Sin embargo, existe falta de claridad respecto de la naturaleza jurídica y de las funciones de los organismos constitucionales autónomos, pues es fácil reconocer que su creación no responde a ninguna regla establecida u ordenamiento, sino que se ha venido haciendo por exclusión, es decir, toda aquella actividad de que no tenga competencia los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, podría ser sujeto de creación de un nuevo OCA que se encargue de ello.

Moreno Ramírez señala algo muy interesante al respecto, pues considera que, del esquema legal de los órganos autónomos ya existentes, no se tiene claridad del objeto de su creación, incluso ni el fin por el que hayan sido creados. Pues aún no queda claro si estos OCA vienen a formar parte de la llamada *división de poderes* como pesos y contrapesos respecto de los demás; o bien, si se querían producir entes autónomos e independientes de los demás poderes y entidades públicas.³

Ahora bien, en el entendido de que las funciones que distinguen al Estado son ejercidas tradicionalmente a través de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, siendo ello establecido a través del mandato constitucional, es que este mismo instrumento político ha dado paso a la intromisión de una diferente función de las que ejercen los referidos órganos, designándoles funciones análogas y de la misma importancia que las demás, pero que en esos casos serán cubiertas por entes distintos a los de costumbre, los OCA.

Los OCA cuentan con la máxima jerarquización que se le puede dotar a una institución, ya que son creados a partir de un mandato constitucional, sin embargo, la autonomía con la que cuentan respecto de su función no en todos los casos es suficiente, o no se les dota de lo necesario para hacer cumplir y valer sus determinaciones en función de su encargo.

De tal forma, es que se tiene que estos organismos que vienen a ejercer funciones públicas deben contar con autonomía plena y que por medio de la Constitución es que se precisen al mismo nivel que los demás órganos

¹ Ackerman, John, *Organismos autónomos y la nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 2.

² Ackerman, John, *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado*, México, UNAM, 2016, pp. 2 y 3.

³ Moreno Ramírez, Ileana, *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. XIV, cit. en Ackerman, John, *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado*, cit., p. 5.

encargados de cumplir con las funciones del mismo Estado. Entonces, si bien los OCA son establecidos directamente por la Constitución y participan de la vida incluso política de la población, estos al mismo tiempo, y a pesar de que así haya sido determinado en su instrumento de creación, generalmente no son soberanos.

En México, la reforma del Estado se ha ejercido en gran medida a través de la creación de nuevos organismos autónomos y “semiautónomos”. La creación y fortalecimiento de tan importantes organismos autónomos en México, en América Latina y en el mundo ofrece un gran potencial para fortalecer la rendición de cuentas de los gobiernos a partir de un robustecimiento del sistema de pesos y contrapesos y la protección de áreas específicas de la gestión estatal de intervenciones externas indebidas. Sin embargo, la concreción de tal potencial depende tanto de un adecuado diseño legal como de una correcta gestión institucional.⁴

Por lo que, atendiendo a lo que la Real Academia Española señala por el concepto de autonomía tenemos: “Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios”.⁵

De tal forma, si estos OCA cuentan con esa determinada autonomía, en este sentido, los órganos constitucionales autónomos “tienen la gran ventaja de poder decidir autónomamente su forma de gobierno o gobernanza corporativa, definir el conjunto de materias específicas de decisión, y las normas de procedimiento para validar la coerción institucional y técnica de las decisiones”.⁶

Ahora bien, es necesario realizar esa diferenciación entre la autonomía con que cuentan los OCA y con la que cuenta un organismo descentralizado, de forma que esa es una de las características más resaltables de estos organismos. En este sentido, Guerra Reyes señala que la diferencia radica en el lugar en donde se establece la autonomía de determinado organismo, pues mientras para un organismo autónomo se determina en un precepto constitucional, para los organismos descentralizados lo son señalados en la ley secundaria que los reglamenta.⁷

⁴ Ackerman, John, *Autonomía y Constitución*, cit., p. 5.

⁵ *Diccionario de la Academia Española*, RAE, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=4T5diBo>.

⁶ Aguilar Villanueva, Luis, *Los retos y desafíos de los órganos autónomos en la nueva gobernanza...*, en Ruiz, José Fabian, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 37, julio-diciembre de 2017, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932017000200085.

⁷ Guerra Reyes, Laura Isabel, “Órganos constitucionales autónomos. Naturaleza ju-

La fórmula que se repite en la Constitución para la mayoría de los casos (nueve de diez), es que se trata de organismos públicos autónomos con personalidad jurídica y patrimonio propio. Esto los convierte en personas jurídicas de derecho público, con potestad normativa o reglamentaria. Estas normas deben ser publicadas de manera oficial, en nuestro caso, en el *Diario Oficial de la Federación*.⁸

Miguel Carbonell distingue cuatro características de los órganos constitucionales autónomos de México:

- 1) Los OCA son órganos que están creados por la Constitución.
- 2) Cuentan con una esfera de atribuciones propias, especificadas en el propio texto constitucional.
- 3) Llevan a cabo funciones esenciales dentro de los Estados modernos. No están adscritos ni subordinados a otro poder del Estado, pero sus actos y resoluciones pueden ser revisados por las instancias judiciales.⁹

Los OCA, por tanto, sí forman parte de la estructura del Estado, al ordenarse su creación desde la Constitución, pues es este mismo quien a través de estos organismos cumple con determinada función que demanda la sociedad. Desde el punto de vista jurídico y de su calidad *autónoma*, que se determina a través de la Constitución, es que se convierten a estos organismos parte de los órganos máximos, pero a la vez, diferentes de los otros órganos encargados de cumplir las funciones más altas del Estado. Es por esa razón, que los referidos órganos constitucionales cuentan con personalidad jurídica, independencia presupuestaria y orgánica.

Adicionalmente, José Luis Caballero, señala que estos OCA han surgido paralelamente a los procesos de delimitación de los poderes, llamándole así, a las funciones que a través de los órganos ejerce el Estado.¹⁰

En nuestro caso, tampoco podemos soslayar el hecho que la Suprema Corte intervino en el debate sobre la naturaleza de los órganos constitucionales autónomos. En efecto, el 22 de mayo de 2006 la Suprema Corte

rídica y notas distintivas”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, agosto de 2014, disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccs/29/estado-constitucional.html>.

⁸ Pedroza de la Llave, Susana Thalía, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, en Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 179.

⁹ Carbonell, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2006, p. 105.

¹⁰ Caballero Ochoa, José Luis, “Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes”, *IUS Revista Jurídica*, disponible en: <http://www.unla.mx/iusunla2/reflexion/LOS%20ORGANOS%20CONSTITUCIONALES%20AUTONOMOS.htm>.

de Justicia resolvió la Controversia Constitucional 32/2005, que fue interpuesta por el municipio de Guadalajara, Jalisco, en contra de la resolución del Congreso de Jalisco y del gobernador de la entidad, respecto de la promulgación de la Ley de Transparencia e Información Pública del Estado de Jalisco en donde se demanda su invalidez por considerarse inconstitucional la creación de un órgano constitucional autónomo: el Instituto de Transparencia e Información Pública de Jalisco (ITIPJ).¹¹ En este sentido, se argumentó que se violaban los principios establecidos en el artículo 116 en relación con el 133 de nuestra ley suprema en relación con que dicha reforma atenta contra la división de poderes públicos estatales con la creación de un organismo constitucional autónomo.

La Suprema Corte reconoce en dicha controversia, que la Constitución no prevé (ni regula) la creación de órganos constitucionales autónomos, a pesar de que los mismos existen y son jurídicamente aceptados. En la resolución de la controversia constitucional 32/2005 del asunto del ITIPJ se señala que la ley fundamental no autoriza la creación de un órgano constitucional autónomo y que esto implica un desgajamiento o debilitamiento de los tres poderes públicos que conforman el gobierno; por tanto, dicha cuestión se ha constituido como una excepción necesaria a la regla general. Su objetivo último es garantizar los derechos fundamentales y controlar la acción de los poderes clásicos del gobierno, a través de la acción de entes ajenos a la influencia de distintos grupos sociales.¹²

III. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO, COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO

En los Estados Unidos Mexicanos, refiriéndome así, a los estados que integran esta República, se podrá apreciar que existen diversos organismos constitucionales, cuyas materias y funciones distan mucho entre sí, pues se encargan de diversas áreas de atención de las que encomienda el Estado. Muchas de estas funciones estuvieron a cargo del Ejecutivo, en otros casos del mismo Poder Judicial, pero en el caso específico del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, *los juicios en contra de actos*

¹¹ Controversia Constitucional 32/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 2006, t. XXIV, p. 912.

¹² *Idem*.

de autoridades no eran admitidos como tal, ya que por la razón de la personalidad jurídica con que cuenta las autoridades, no podrían dirimirse en una instancia civil, sino que esas controversias eran llevadas en un primer tiempo a través de recursos administrativos como lo es la queja, y a su vez, eran llevados a instancias superiores, donde finalmente se acudía a la justicia federal, el amparo.

De tal forma, es que mediante el decreto número 555 aprobado por los diputados integrantes de la Septuagésima Legislatura del Congreso Estatal en sesión del 21 de diciembre de 2006 mediante el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo creándolo constitucionalmente, como órgano autónomo, independiente en sus resoluciones y de jurisdicción plena en materia administrativa.¹³

Mismo que encuentra su sustento legal dentro de la Constitución en el artículo 95 que a la fecha señala:

Artículo 95. El Tribunal de Justicia Administrativa, será órgano autónomo, independiente en sus resoluciones y de jurisdicción plena en materia administrativa con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad. Tendrá competencia para dirimir, resolviendo en forma definitiva, las controversias que se susciten por actos u omisiones de naturaleza administrativa o fiscal del Poder Ejecutivo, de la Auditoría Superior de Michoacán, de los ayuntamientos, de los organismos autónomos, de las entidades u organismos descentralizados o desconcentrados, estatales o municipales. La ley determinará las atribuciones y procedimientos al tenor de la presente Constitución.¹⁴

IV. MOTIVOS DE LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO

En el mismo orden de ideas de lo expresado en el apartado anterior, la justicia en esta área tan específica, no contaba con la solidez y objetividad que requería por la naturaleza jerárquica de las partes que en estas controversias participan. De tal forma, era necesario contar con un ente especializado en la impartición de justicia que no estuviera sujeto a ninguna presión ni subor-

¹³ Informe de actividades 2015 del Tribunal de Justicia..., disponible en: https://www.tjamich.gob.mx/LAI/historico/informe/informe_actividades_2015.pdf.

¹⁴ Constitución Política del Estado de Michoacán de Ocampo, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MICHOACAN/Constitucion/MICHCONST01.pdf>.

dinado de ningún otro órgano, dado que precisamente en estas controversias son parte sujetos pertenecientes a alguno de los otros *poderes*.

Necesario señalar que la independencia y autonomía en la actividad jurisdiccional del Tribunal tiene como precondition el cumplir con el mandato de lograr que el servicio público de impartición de justicia se realice de cara a la sociedad.¹⁵

Por ello la Justicia Administrativa ha sido creada por el Estado como una actividad de control, de una verdadera autotutela sobre sus propias decisiones; estableciendo principios, normas y bases para el desarrollo de procesos realizados por órganos jurisdiccionales con el objeto de esclarecer las controversias jurídico-administrativas, denominado derecho procesal administrativo.¹⁶

El actual magistrado de una de las salas especializadas en materia anticorrupción que forma parte del Tribunal de Justicia Administrativa en el Estado de Michoacán de Ocampo, ha señalado a través de la página oficial del mencionado OCA local, que el mismo tribunal debe estar:

Sujeto a los principios de legalidad, imparcialidad, seguridad jurídica, agilidad, transparencia, eficiencia, eficacia y buena fe, el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo es un órgano autónomo, independiente en sus resoluciones y de jurisdicción plena en materia administrativa creado en el año 2007 con competencia para resolver las controversias que se susciten por actos u omisiones de naturaleza administrativa o fiscal entre el Poder Ejecutivo, los ayuntamientos, organismos autónomos, entidades u organismos descentralizados o desconcentrados, estatales o municipales y los particulares; y a partir de la reforma a la Constitución de nuestro Estado, el 13 de noviembre del año 2015, también tiene competencia para imponer sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares que participen en actos vinculados con dichas responsabilidades y actos de corrupción.¹⁷

El citado tribunal, a partir de 2018, cuenta con una segunda instancia en materia administrativa, y la implementación del juicio en línea a partir

¹⁵ Informe de actividades 2015 del Tribunal de..., *cit.*, disponible en: https://www.tjamich.gob.mx/LAI/historico/informe/informe_actividades_2015.pdf.

¹⁶ Sergio Mecino Morales, página oficial del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, disponible en: <http://www.tjamich.gob.mx/Presidencia>.

¹⁷ *Idem*.

de 2019, además de formar parte del Sistema Estatal Anticorrupción. El magistrado Mecino Morales, refiere a través del citado medio, que para poder acceder a la revisión de las resoluciones emitidas en primera instancia en materia administrativa es necesario contar continuamente con capacitación para sus operadores para ejercer un servicio jurisdiccional de calidad.¹⁸

Todo ello sin dejar de lado su propósito principal, reconocer al gobernado como sujeto de derechos y obligaciones con la capacidad de hacerlos valer frente a quien se los ha otorgado, el propio Estado, otorgando una justicia simple y efectiva, que le permita inconformarse y obtener una defensa adecuada; lo que de manera inherente obliga a las autoridades a emitir sus actos dentro de la legalidad, encontrando ahí la verdadera efectividad en la Justicia Administrativa, como fin del derecho procesal administrativo, el que impere y prevalezca siempre el Estado de Derecho.¹⁹

Por lo que era necesario contar con un ente autónomo que, si bien no suple la función del Poder Judicial, sí fuera independiente de éste para equilibrar las acciones y conflictos en las que el mismo Estado está inmerso, es decir, que sí tiene justificación su creación. Sin embargo, es de reconocer que, en muchas de las ocasiones, este tipo de entes que, si bien son dotados de autonomía, los mismos han orientado sus prácticas a confirmar o reiterar que la autoridad cumple con su función, situación que por supuesto debería poder ser debatida.

V. FUNCIONES TÉCNICAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE MICHOACÁN DE OCAMPO

Ha quedado claro que los organismos constitucionales autónomos ejercen el poder público a través de su propia función, que en el caso del OCA local que se trata, realiza una función jurisdiccional-administrativa respecto del Estado y la sociedad. En ese sentido, a través de la página oficial del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, se puede leer lo siguiente:

Somos un órgano autónomo que juzga la legalidad de la actuación de las autoridades estatales y municipales. Somos competentes para resolver en forma

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

definitiva las controversias que se promuevan en contra de actos o resoluciones definitivos, dictado, ordenados, ejecutados o que se pretendan ejecutar según correspondan, por el Poder Ejecutivo, de la Auditoría Superior de Michoacán, por los ayuntamientos, por los organismos autónomos, las entidades u organismos descentralizados o desconcentrados, estatales o municipales.²⁰

Así también, en la misma Constitución se precisa que este organismo constitucional local se encuentra contemplado para ejercer este tipo de función en nombre del poder público, como a continuación lo señala el artículo 70:

La facultad de aplicar e interpretar las leyes reside exclusivamente en el Poder Judicial, en el Tribunal Electoral y en el Tribunal de Justicia Administrativa, en el ámbito de su competencia y ninguna otra autoridad podrá avocarse al conocimiento de causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.²¹

Es decir, que efectivamente, no sólo el llamado *Poder Judicial* es competente para dirimir controversias de orden jurisdiccional, sino que también existen otros órganos encargados de cubrir áreas específicas, de las cuales el órgano judicial no podría conocer, por la naturaleza jurídica con que cuentan las partes.

El Tribunal Administrativo del Estado de Michoacán anuncia en su página oficial con la leyenda de “Podemos ayudarte en los siguientes casos”, como lo son:

- Recursos administrativos por imposición de sanciones a servidores públicos.
- Inconformidad en la expedición de licencias de construcción.
- Infracciones de tránsito.
- Suspensión o clausuras de negocios o construcciones.
- Problemas de impuesto como predial, lotes, baldíos, permisos, licencias, etcétera.
- Inconformidad en el cobro de agua potable.
- Ceses, bajas y suspensiones o separación de su cargo de elementos de seguridad pública.

²⁰ Página oficial del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, disponible en: tjamich.gob.mx/.

²¹ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MICHOACAN/Constitucion/MICHCONST01.pdf>.

- Notificaciones, requerimientos y embargos derivados de créditos fiscales.²²

Pese a todo lo expuesto en el presente apartado y en el anterior, no podemos dejar de analizar, que si bien, el OCA local que se estudia en el presente caso, no cuenta con esa autonomía plena de que se aduce en el precepto constitucional que le da vida, pues al contrario, es la misma Constitución la que propicia que sea otro órgano quien se encargue de elegir, reelegir y privar de su encargo a los magistrados del tribunal referido, tal y como lo señala el artículo 44 de la Constitución de nuestro estado:

Sección IV De las Facultades del Congreso

Artículo 44. Son facultades del Congreso:

XXIII A. Elegir, reelegir y privar del encargo, a los Magistrados del Tribunal de Justicia Administrativa, aprobar o negar las solicitudes de licencia y renuncia de los mismos.²³

En otro tema de relevancia para este caso, a través del informe de actividades de 2015, el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, compartió las cifras en cuanto al sentido en que se han resuelto sus resoluciones, quedando de la siguiente forma:

Resoluciones de fondo en juicio administrativo (2015)	
Favorables al particular	Confirman el acto administrativo o se sobreseen
740 (setecientos cuarenta)	464 (cuatrocientas sesenta y cuatro)

Fuente: elaboración propia mediante información oficial correspondiente al informe de actividades del año 2015.²⁴

²² Página oficial del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, disponible en: tjamich.gob.mx/.

²³ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MICHOACAN/Constitucion/MICHCONST01.pdf>.

²⁴ Nota: a la fecha de elaboración de este apartado, no se encuentra otro informe de manera pública en página oficial del Tribunal. Informe de actividades 2015 del Tribunal de Justicia..., *cit.*, disponible en: https://www.tjamich.gob.mx/LAI/historico/informe/informe_actividades_2015.pdf.

Situación que nos alienta a seguir investigando sobre el trabajo que realiza este organismo local, en el sentido de vigilar que efectivamente su creación y la ocupación de esta función tan importante, sea cumplida conforme a sus objetivos.

VI. INTERPRETACIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Mucho ya se ha hablado acerca de que el poder público, o poder del Estado es único, que la referencia de la división de poderes está alejada del verdadero sentido que se le debe dar al ejercicio de las funciones del Estado, por tanto, es preciso señalar que si bien, la teoría de la división de poderes se ha transformado, y que lo correcto es hablar sobre funciones del gobierno.²⁵ De tal forma, que quienes cumplen con estas funciones, deben ser llamados órganos, como es el caso del órgano legislativo, ejecutivo, judicial y constitucional autónomo.

En cierto modo, se podría coincidir con la idea de que la ahora llamada *clásica división tripartita* es obsoleta,²⁶ sin embargo, considero que ésta más bien se ha transformado, en el sentido de que aun cuando ya no se habla de poderes, sí se concebía a estos órganos, como los receptores de aquellas encomiendas máximas que debía cumplir el Estado.

Otra situación que también hay que considerar, es que quizá es cierto el hecho de que los creadores de ese instrumento político, como es la Constitución, no hayan considerado los efectos que vendría a traer consigo la creación de estos “nuevos” organismos y que fue después, cuando se logró entender el alcance que se podría tener con una determinación de cierto ente autónomo.

Considero, por lo anterior, que esta es la razón por la cual se hace distinción sobre unos OCA y otros, pues es muy significativa la diferencia entre ellos. Dicho de otro modo, existen organismos autónomos que, pese a que a todos se les considera autónomos, tienen clases y rangos distintos.

Existen posturas que señalan que ante la problemática en que vivimos, se han hecho necesarios estos cambios, tanto en la forma de gobernar, como en la manera en que se distribuyen las funciones del gobierno.²⁷ Hoy por

²⁵ Carranco Zúñiga, Joel, *Poder Judicial*, México, Porrúa, 2005, p. 45.

²⁶ Ackerman, John, *Autonomía y Constitución*, *cit.*, p. 4.

²⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 103.

hoy, existen nuevos organismos autónomos a nivel internacional, los cuales de igual manera están reinventando las teorías acerca de la democracia,²⁸ la repartición de funciones, los organismos encargados de estas mismas, nos incitan a volver atrás y analizar si es posible seguir, o en verdad es necesario el cambio, ¿ayuda? ¿Funciona? Aún están sobre la mesa estos cuestionamientos.

VII. CONCLUSIONES

- Como se puede apreciar, las características que definen la autonomía de cada órgano constitucional autónomo son establecidas según sea el caso de que se trate y sea conveniente.
- La experiencia local que los magistrados de estos órganos terminan respondiendo a los intereses del partido que gobierna en la entidad.
- En cualquier caso, lo importante es señalar que la división de poderes es un esquema que sigue teniendo mucha relevancia en la actualidad y que, en esa virtud, debe mantenerse y mejorarse.
- Desde luego, al crear a los órganos constitucionales autónomos se deben prever controles y responsabilidad de sus miembros respecto de los demás poderes, de tal forma que la autonomía no sea excusa para dejar de cumplir con las leyes en nuestro país.
- Con el surgimiento de dichos órganos no se debe pretender que las funciones conferidas a los otros órganos simplemente pasen a formar parte de las encomendadas a los órganos, sino que ellos permanezcan dentro del sano equilibrio del ejercicio del poder público.
- *Aún queda en tela juicio si existe un argumento sólido para que haya sido creado un organismo constitucional autónomo del tipo del Tribunal Administrativo en Michoacán*, cuando su actividad jurisdiccional recae finalmente en una autoridad que forma parte del “poder” o de la función judicial del Estado.

“Existe más vulnerabilidad al ejercer como magistrado de un tribunal administrativo local que de un tribunal colegiado de circuito”.²⁹

²⁸ Ackerman, John, *Autonomía y Constitución*, cit., p. 5.

²⁹ Rojas Rivera, Victorino, Conferencia Magistral, Congreso de Derecho Administrativo, México, UMSNH, 2019.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, John, *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado*, México, UNAM, 2016.
- ACKERMAN, John, *Organismos autónomos y la nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luis, *Los retos y desafíos de los órganos autónomos en la nueva gobernanza... 2015*, en RUIZ, José Fabián, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 37, julio-diciembre de 2017, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932017000200085.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes”, *IUS Revista Jurídica*, disponible en: <http://www.unla.mx/iusunla2/reflexion/LOS%20ORGANOS%20CONSTITUCIONALES%20AUTONOMOS.htm>.
- CARBONELL, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2006.
- CARRANCO ZÚÑIGA, Joel, *Poder Judicial*, México, Porrúa, 2005.
- Constitución Política del Estado de Michoacán de Ocampo, consultado el 16 de octubre de 2019, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MICHOACAN/Constitucion/MICHCONST01.pdf>.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MICHOACAN/Constitucion/MICHCONST01.pdf>.
- Controversia Constitucional 32/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 2006, t. XXIV.
- Diccionario de la Academia Española*, RAE, disponible en: <https://dle.rae.es/?id=4TsdBo>.
- GUERRA REYES, Laura Isabel, “Órganos constitucionales autónomos. Naturaleza jurídica y notas distintivas”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, agosto de 2014, disponible en: <http://www.eumed.net/rev/ccss/29/estado-constitucion-nal.html>.
- Informe de actividades 2015 del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, disponible en: https://www.tjamich.gob.mx/LAI/historico/informe/informe_acti_vidades_2015.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2019).

MECINO MORALES, Sergio, Página oficial del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, disponible en: <http://www.tjamich.gob.mx/Presidencia>.

MORENO RAMÍREZ, Ileana, *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. XIV, citado en ACKERMAN, John, *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado*, México, UNAM, 2016.

Página Oficial del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo, disponible en: tjamich.gob.mx/.

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, en SERNA DE LA GARZA, José María y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 179.

ROJAS RIVERA, Victorino, Conferencia Magistral, Congreso de Derecho Administrativo, México, UMSNH, 2019.

AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA*
Enrique MEZA MÁRQUEZ**
Luis Fernando RUIZ PÉREZ***

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Autonomía y sistemas penales*. III. *Los estándares internacionales aplicables a la autonomía institucional de las fiscalías*. IV. *Reforma constitucional de 2014*. V. *Autonomía constitucional*. VI. *Transición de Procuraduría General de la República a Fiscalía General de la República*. VII. *Reflexiones finales*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La transformación de las procuradurías generales de justicia por fiscalías generales de justicia, no es sólo un cambio de denominación, sino un cambio sustantivo en las funciones que desempeña el ministerio público en la investigación de los delitos.

Pero en este trabajo de investigación nos interesa destacar que las nuevas fiscalías generales de justicia ahora cuentan con autonomía constitucional, lo cual se traduce en que, en teoría, no debiera haber ningún tipo de intromisión en las tareas que desarrollará este nuevo órgano constitucional autónomo.

Así, en este trabajo de investigación, analizaremos todo lo relacionado con la autonomía de la nueva Fiscalía General de la República y su relación con los modelos de sistemas penales, destacaremos los estándares inter-

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

** Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*** Fiscal ejecutivo asistente en el Fiscalía General de la República.

nacionales aplicables a la autonomía institucional de las fiscalías, también haremos una breve descripción de la reforma constitucional de 2014, lo relativo a la autonomía constitucional de la Fiscalía General de la República, y finalmente destacamos todo lo relativo a la transición de Procuraduría General de la República a Fiscalía General de la República.

II. AUTONOMÍA Y SISTEMAS PENALES

Con la expedición de la Constitución de 1917, se da paso a un largo camino para consolidar al Ministerio Público como “Representante de la sociedad” en nuestro país.

Sin embargo, desde 1917 hasta la reforma constitucional de 2008, en la cual se instaura el nuevo modelo de justicia penal, para convertirlo en oral adversarial, el modelo de justicia penal era de corte inquisitivo, lo cual, ya no resultaba compatible con las reformas constitucionales, pero principalmente con los tratados internacionales firmados por México, en materia de derechos humanos, en especial, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con lo cual, el modelo que resultaba compatible con los instrumentos internacionales y las recomendaciones de los organismos internacionales, que se señalan líneas abajo, era el de dotar de autonomía al ministerio público, y fue así que el 29 de enero de 2016, se modificó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para dotar de autonomía constitucional a la nueva Fiscalía, quedando redactado el artículo 102, Apartado A, en los términos siguientes: “El Ministerio Público de la Federación se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio”.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en tesis aislada, explica muy bien las diferencias entre el modelo de corte inquisitivo y el modelo oral. Lo señala en los siguientes términos:

El procedimiento penal de corte acusatorio comprende tres etapas. Así, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 211 establece que el cierre de investigación da por concluida la etapa de investigación (inicial y complementaria) y motiva el inicio de la etapa intermedia, que tiene lugar una vez que se presenta la acusación y finaliza con el auto de apertura a juicio, siendo esta diligencia la que dará pie a la etapa de juicio, la cual concluirá con la sentencia que emita el tribunal de enjuiciamiento. Ahora bien, si se trata del acto de acusación, existen diferencias entre los sistemas procesales

inquisitivo o mixto y el actual acusatorio y adversarial, esto es, en el anterior sistema, en las denominadas conclusiones se acotaba la pretensión punitiva y éstas eran propuestas con base en el resultado de las pruebas desahogadas en el juicio; en tanto que en el nuevo sistema, la formulación de la acusación abre la etapa intermedia, en la que se llevará a cabo el ofrecimiento de los medios de prueba y su admisión, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral. Por ello, la pretensión punitiva queda acotada en los términos del auto de apertura al juicio oral que emite el Juez, esto es, la acusación que formula el órgano técnico es un imperativo constitucional (con sus excepciones: la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para consignar a las autoridades omisas en el cumplimiento de una ejecutoria de amparo en términos del artículo 107, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, por la otra, el ejercicio de la acción penal que puede instaurarse por particulares, el cual procederá conforme a los presupuestos regulados en la normatividad secundaria), la cual, una vez presentada ante el Juez de Control, éste la notifica a las partes, sin que ello implique algún pronunciamiento por el juzgador en cuanto a si ésta procede o no y, mucho menos, la imposición de penas, pues su única función es tutelar el debido proceso, fungiendo como rector de éste. Por ende, el acto de acusación por el Ministerio Público sólo da lugar al inicio de la etapa intermedia, en la cual, como se dijo, se llevarán a cabo el ofrecimiento de los medios de prueba y su admisión, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral...¹

Es por ello, que la autonomía de las fiscalías generales de justicia es muy importante para el buen funcionamiento del nuevo sistema de corte oral, adversarial. El ministerio público solo debe ser vigilado y controlado por un juez especializado, pero no tener dependencia jerárquica con ningún poder u órgano del Estado, ya que uno de los rasgos característicos de este nuevo modelo es que las nuevas fiscalías actúen, tanto normativa como fácticamente, con total independencia.

La autonomía de las fiscalías generales de justicia debe protegerse y blindarse, por eso, es un gran acierto dotarlas de autonomía constitucional.

¹ Tesis Aislada I.1o.P.113 P (10a.), FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO EN SU CONTRA POR FALTA DE INTERÉS JURÍDICO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 57, agosto de 2018, t. III, p. 2603.

III. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES APLICABLES A LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL DE LAS FISCALÍAS

En el escenario internacional, diversos órganos, tanto del sistema universal como de carácter regional, han abordado el alcance y contenido mínimos exigibles sobre la autonomía e independencia funcional, orgánica, presupuestal y operativa de la función punitiva del Estado, con relación a los demás poderes tradicionales.

En este sentido, el principal instrumento internacional que regula de modo específico la profesión y desempeño de los fiscales son las *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, cuyo objeto es “asistir a los Estados Miembros en su función de garantizar y promover la eficacia, imparcialidad y equidad de los fiscales en el procedimiento penal”, en el marco de sus leyes y prácticas nacionales. Dicho instrumento estipula veinticuatro *Directrices* que se refieren a las calificaciones, selección y capacitación, el estatuto, las facultades y las funciones de los fiscales, entre otras materias, a efecto de que puedan ejercer sus funciones con imparcialidad y objetividad, y sin estar sujetos a intimidación e injerencias indebidas.²

De igual modo, existen otros instrumentos internacionales que estipulan disposiciones con relación a la función de los fiscales, tales como las Normas de Responsabilidad Profesional y Declaración de Derechos y Deberes Fundamentales de los Fiscales,³ que contienen lineamientos complementarios destinados a garantizar que los fiscales respeten y protejan la dignidad humana, defiendan los derechos humanos, y con ello contribuyan a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que estipula en su artículo 11 el deber de los Estados de adoptar medidas para reforzar la integridad y prevenir la corrupción de los agentes que intervienen en los procesos judiciales, tales como los miembros del Poder Judicial y los ministerios públicos.⁴

² ONU. *Directrices sobre la función de los fiscales*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990).

³ Aprobadas el 23 de abril de 1999 por la Asociación Internacional de Fiscales, y complementan las Directrices de las Naciones Unidas. La Comisión para la Prevención del Delito y sobre Justicia Penal de las Naciones Unidas adoptó las *Normas*, en su resolución 17/2, de 18 de abril de 2008.

⁴ ONU, Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Resolución 58/4, 31 de octubre de 2003.

De igual forma, los procedimientos especiales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) han analizado la función y la importancia de las responsabilidades que los fiscales desempeñan dentro del sistema de justicia penal; su relación con otros agentes vinculados con la administración de justicia, tales como la policía, la judicatura y la abogacía; los mecanismos de rendición de cuentas en el desempeño de sus funciones, así como las salvaguardias de que deben disponer los fiscales para garantizar la independencia e imparcialidad de su actuación.

En 2011, la entonces relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados destacó la necesidad de asegurar que los fiscales debieran rendir cuentas del desempeño de sus funciones, así como la exigencia de que pudieran trabajar de manera independiente y exentos de temores, presiones, amenazas o favores.⁵ La relatora especial opinó que el Ministerio Público es “un pilar fundamental para la adecuada investigación y persecución de los delitos” y, resaltando la importancia de una procuración de justicia autónoma del Poder Ejecutivo, para la ejecución del nuevo sistema penal acusatorio.⁶ En específico, señaló como uno de los desafíos en México la falta de autonomía del Ministerio Público frente al Poder Ejecutivo, “lo cual puede minar la confianza y credibilidad de la autoridad a la que se le encomienda investigar los delitos de forma objetiva”.⁷ Para revertir esta problemática, la relatora especial recomendó fortalecer la transparencia y mejorar el sistema de rendición de cuentas de las fiscalías, incluso a través de órganos de control interno, y que el proceso encaminado a brindar autonomía a las procuradurías de justicia debía acompañarse de un proceso de depuración y reorganización al interior de las mismas.⁸

De especial relevancia es el énfasis que, en el marco de su mandato, este procedimiento especial del sistema universal de derechos humanos ha realizado sobre la importancia y titularidad de la autonomía de las fiscalías como garantía institucional para la independencia de su actuación como agente esencial de procuración de justicia. En este sentido, la relatora especial ha destacado que la garantía de la independencia no debe ser concebida en beneficio de los propios fiscales, “sino de los usuarios de los tribunales como parte de su derecho inalienable a un juicio imparcial”.⁹

⁵ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Adición Misión a México*, A/HRC/17/30/Add.3, 18 de abril de 2011.

⁶ *Ibidem*, párr. 15.

⁷ *Ibidem*, párr. 17.

⁸ *Ibidem*, párr. 94, inciso m.

⁹ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012, párr. 50.

Adicionalmente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su valoración de la situación del sistema de procuración de justicia tras su visita a México en 2015, incluyendo a las fiscalías, recomendó adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el profesionalismo e independencia de los órganos públicos locales y federales, incluyendo aquellos de administración y procuración de justicia e instituciones de derechos humanos, y la de las personas que los encabecen.¹⁰

A nivel regional, los órganos del sistema interamericano se han pronunciado acerca del alcance y contenido de la autonomía institucional de los fiscales para garantizar la independencia de su actuación en el ejercicio de sus atribuciones.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al igual que los órganos y procedimientos del sistema universal, ha destacado la importancia de la independencia de los agentes de procuración de justicia, incluyendo a los fiscales, para garantizar el acceso a la justicia de todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado de que se trate. A la luz del derecho internacional, la independencia de los operadores de justicia se manifiesta en dos dimensiones que los Estados tienen el deber de garantizar: la primera, la institucional o de sistema y, la segunda, funcional o del ejercicio individual de las y los operadores de justicia.¹¹

En cuanto a la *independencia institucional*, esta puede ser definida como la relación que guarda la entidad de justicia dentro del sistema del Estado respecto de otras esferas de poder e instituciones estatales.¹² Por tanto, la ausencia de dicha independencia importa en los hechos la subordinación o dependencia de la actuación de los ministerios públicos a otros poderes o instituciones ajenos a las fiscalías, en detrimento de su actuación.¹³

Por lo que se refiere a la esfera *funcional* de la independencia de los fiscales, ésta se constituye de las garantías de independencia para ejercer de manera libre sus labores en el conocimiento de los casos en el ejercicio de sus

¹⁰ ONU, *Recomendaciones a México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Sr. Zeid Ra'ad Al Hussein, marzo de 2016, Recomendación 8. Disponible en: http://hchr.org.mx/images/doc_pub/RecomendacionesMX_AltoComisionadoDH_ES.pdf.

¹¹ CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44, 5 diciembre 2013, párr. 25.

¹² ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/HRC/14/26, 9 de abril de 2010, párr. 17.

¹³ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de junio de 2009, serie C, núm. 197, párr. 67.

atribuciones.¹⁴ En este sentido, los procedimientos y las cualificaciones para el nombramiento de los fiscales, la estabilidad de su encargo, así como la seguridad jurídica en el régimen de ascensos, traslados, suspensión y la cesación, que brinden sustento efectivo al ejercicio de la función de los fiscales respecto de los demás órganos o poderes del Estado, constituyen garantías imprescindibles para la independencia material de las fiscalías y ministerios públicos, en clave de derechos humanos.

La dependencia de fiscalías con relación a otros órganos o poderes estatales, especialmente el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, constituye un problema que impacta en la efectividad e impulso en las investigaciones. Esta realidad ha permitido a los órganos y mecanismos internacionales de protección a los derechos humanos establecer los parámetros mínimos para garantizar la independencia institucional de las fiscalías públicas, dada la relevancia de su rol en el acceso a la justicia y respeto al debido proceso.

Con relación a los modelos que adscriben institucionalmente a las fiscalías dentro el Poder Ejecutivo, la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados, tras su visita a México, ha insistido en la necesidad de garantizar la autonomía de las fiscalías con relación a dicho poder, toda vez que esto constituye un factor que socava la confianza y credibilidad de la autoridad a la que se encomienda investigar los delitos de forma objetiva.¹⁵ Esta misma situación fue advertida ya desde 1998 por la Comisión Interamericana tras su respectiva visita a México, en donde destacó la importancia de desarrollar la independencia, autonomía e imparcialidad que debe gozar el Ministerio Público respecto del Ejecutivo.¹⁶

Sobre este punto, la CIDH ha puesto de relieve los efectos perniciosos de las injerencias directas o indirectas en los casos en que existe una subordinación *de facto* de los ministerios públicos al Poder Ejecutivo, y deban investigarse graves violaciones a los derechos humanos en contra de sus miembros.¹⁷

De igual modo, los instrumentos y pronunciamientos internacionales han resaltado la necesidad de que los ministerios públicos gocen de autonomía respecto del Poder Legislativo, y del Poder Judicial. En el primer caso, la Declaración de Burdeos indica de manera específica que

¹⁴ ONU. Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/GC/32, párr. 19.

¹⁵ ONU. Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Misión a México, supra*, párr.16.

¹⁶ *Cfr.* CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/II.100. Doc. 7 rev.1, 24 de septiembre de 1998, párr. 372.

¹⁷ *Cfr.* CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia...*, *cit.*, párr. 39.

...El ministerio público es una autoridad independiente, que ha de actuar con arreglo a la ley, al más alto nivel. En un Estado democrático, ni el Parlamento, ni ninguna instancia gubernamental, pueden intentar influenciar indebidamente las decisiones del ministerio público relativas a un asunto concreto, para determinar el modo de actuar en un determinado caso, u obligar al ministerio público a modificar su decisión.¹⁸

Para efecto de sustraer de la órbita del Poder Legislativo a las fiscalías, la Comisión de Venecia, por ejemplo, ha recomendado que los fiscales generales no deben rendir cuentas ante los órganos parlamentarios a efecto de no menoscabar la independencia y profesionalismo de las investigaciones, toda vez que de lo contrario se estaría sometiendo su función a la aprobación popular de sus actuaciones.¹⁹

Por lo que respecta a la autonomía institucional que deben gozar las fiscalías con relación a los poderes, las *Directrices sobre la Función de los Fiscales* estipulan expresamente que “[e]l cargo de fiscal [debe] estar... estrictamente separado de las funciones judiciales”.²⁰ En este sentido, la relatora especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados ONU ha destacado que la clara separación entre las funciones de los ministerios públicos y los jueces, resulta fundamental para la observancia del principio de igualdad entre ambas funciones y la imparcialidad en la administración de justicia.²¹ En este mismo sentido, la Comisión Interamericana ha opinado sobre la conveniencia de que las fiscalías se encuentren separadas institucionalmente de los órganos del Poder Judicial, toda vez que esto “permite a los justiciables tener claridad en cuanto a que los actos del fiscal que afectan a los derechos humanos, como el registro y la detención, estarán bajo el control debido de las y los jueces quienes actuarán de una

¹⁸ Cfr. Consejo Consultivo de Jueces Europeos y Consejo Consultivo de Fiscales Europeos. *Declaración de Burdeos*, Informe núm. 12 (2009), sobre los “jueces y fiscales en una sociedad democrática”, Estrasburgo, 8 de diciembre de 2009, párr. 26.

¹⁹ Cfr. Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia). *Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II-el Ministerio Público*. Adoptado por la Comisión de Venecia en su 85a. reunión plenaria (Venecia, 17-18 de diciembre de 2010), Estrasburgo, 3 de enero de 2011, párr. 73.

²⁰ ONU, *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Directriz 10.

²¹ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012, párr. 40.

manera independiente y nunca en colusión con los propios fiscales o ministerios públicos”.²²

Por último, cabe destacar que para garantizar una autonomía eficaz de las fiscalías, se debe asegurar que éstas cuenten con un marco normativo y un porcentaje mínimo de presupuesto asignado, a fin de evitar que el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo u otros órganos del poder público tengan en ello un instrumento de coerción que incida indirectamente en las condiciones de servicio de las y los fiscales, y que estos dependan para su disposición y manejo de otros poderes o entidades y cuenten con recursos suficientes para posibilitar el desempeño adecuado de las funciones que se les han encomendado.²³

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2014

El 10 de febrero de 2014, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral, reformando el apartado “A” del artículo 102, dando paso a una transformación sustancial de la procuración de justicia en el ámbito federal.

La transformación, sentó las bases para una reestructuración del Ministerio Público Federal, compatible con el Sistema de Justicia Penal Acusatorio,²⁴ constituyéndose como un órgano constitucional autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, con la finalidad de perseguir los delitos del orden federal, labor que hasta antes de la reforma recaía en la Procuraduría General de la República, ubicada en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal.²⁵

Posteriormente, el 12 de abril de 2016, se presentó la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la PGR, siendo turnada para su estudio y dictamen

²² Cfr. CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia...*, cit., párr. 43.

²³ *Ibidem*, párr. 50.

²⁴ El 18 de junio de 2008 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

²⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2008, p. 297.

correspondiente a las Comisiones Unidas de Anticorrupción y Participación Ciudadana, de Justicia, y de Estudios Legislativos, siendo aprobado el proyecto de dictamen el 15 de junio de 2016.²⁶

El 14 de diciembre de 2018, se publicó el Decreto por el que se expide la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República (FGR) dando paso a la creación de un nuevo órgano constitucional autónomo, de corte técnico, que tiene como función principal: la investigación de los delitos y el esclarecimiento de los hechos; otorgar una procuración de justicia eficaz, efectiva, apegada a derecho, que contribuya a combatir la inseguridad y disminuirla; la prevención del delito; fortalecer el Estado de derecho en México; procurar que el culpable no quede impune; así como promover, proteger, respetar y garantizar los derechos de verdad, reparación integral y de no repetición de las víctimas, ofendidos en particular y de la sociedad en general.²⁷

No obstante que dicho Decreto abrogó la Ley Orgánica de la PGR, para mantener la operatividad y capacidad de gestión de la Fiscalía de la Nación, su artículo tercero transitorio, contempla que aquellos asuntos en trámite, a la entrada en vigor, serán resueltos en las unidades en las que se estén sustanciando, conforme a las normas vigentes al momento.

Posteriormente, el 20 de diciembre de 2018, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Declaratoria de la entrada en vigor de su autonomía constitucional, en el cual, se señaló, que

De conformidad con el primer párrafo del artículo décimo sexto transitorio del Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de febrero de 2014, la reforma que se hace al artículo 102, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Congreso de la Unión debería emitir la declaratoria expresa de entrada en vigor de la autonomía constitucional de la Fiscalía General de la República.

Al respecto, el documento denominado *De PGR a FGR: Lineamientos hacia la Transición*, publicado por México Evalúa, destaca que

Sin lugar a dudas, 2019 será un año definitorio para la Fiscalía General, pues en su transcurso se deben integrar un Plan Estratégico de Transición, que contemplará los objetivos a alcanzar y las estrategias para lograrlo, y un Plan de Persecución Penal, que establecerá la estrategia de intervención y

²⁶ *Gaceta Parlamentaria*, núm. 4555-I, Año XIX, 17 de junio de 2016.

²⁷ Artículo 2o. de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

priorización de los delitos, mediante un modelo de investigación criminal y la propuesta de despliegue territorial. Asimismo, en el mismo periodo, iniciarán varios procesos clave para la transición a Fiscalía autónoma, como el establecimiento de un servicio profesional de carrera y la propuesta para dar atención a todos los casos que hoy se encuentran abiertos sin que eso implique un riesgo de impunidad. También requerirán esfuerzo los procesos de activación y desactivación de las áreas estratégicas institucionales.²⁸

V. AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL

Con su creación, la Fiscalía General de la República, viene a sumarse a los órganos constitucionales autónomos contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Banco de México (Banxico), artículo 28, párrafo sexto; Instituto Nacional Electoral (INE), artículo 41; Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), artículo 102, apartado “B”; Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), artículos 26 y 73, fracción XXIX-D; Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEE), artículo 3o., fracción IX; Comisión Federal de Competencia (Cofece), artículo 28, párrafo décimo cuarto; Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval); Instituto Federal de Telecomunicaciones (Ifetel), artículos 6o., apartado “B”, fracción V, y 26, párrafo décimo quinto, y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI), artículo 6o., apartado “A”, fracción VIII.

Los órganos constitucionales autónomos son aquéllos creados inmediata y fundamentalmente en la Constitución, y que no se adscriben a los poderes tradicionales del Estado,²⁹ gozando de una independencia propia, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, el texto fundamental detalla su conformación, su finalidad, estableciendo también los requisitos y forma de designación de sus titulares.

Los órganos constitucionales autónomos, gozan de tres características fundamentales: configuración inmediata por la Constitución, resultan centrales para la configuración del modelo de Estado y participan en la dirección política del Estado.³⁰

²⁸ México Evalúa, *De PGR a FGR: Lineamientos hacia la transición*, México, México Evalúa, 2019.

²⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 1996, p. 244.

³⁰ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *División de poderes y régimen presidencial en México*, 2a. ed., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 56.

Estamos frente a un órgano técnico investigador, que fue debidamente establecido por la Constitución, específicamente en su dispositivo 102 apartado “A”, el cual contempla: 1) su naturaleza; 2) procedimiento, requisitos para la designación del fiscal general y las causales de remoción; 3) ámbito de competencia; 4) estructura orgánica primigenia; 5) bases para la profesionalización de sus miembros; 6) principios éticos rectores, 7) temporalidad y causas de remoción del fiscal general.

Su función persecutora de los delitos del orden federal,³¹ resulta indispensable para la configuración del modelo de Estado mexicano e incide en la formación de la voluntad estatal, ya sea en los procesos de toma de decisiones o en la solución de conflictos, garantizando con ello un Estado de derecho.

La FGR no forma parte de la administración pública federal centralizada o descentralizada, ni del Legislativo, ni del Poder Judicial, es un organismo plenamente autónomo.

VI. TRANSICIÓN DE PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA A FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El 18 de enero de 2019, el Senado de la República, con 91 votos a favor, de sus 128 miembros, tuvo a bien designar al fiscal general de la República, quien cuenta con el término de un año para definir la estrategia de transición, de conformidad con lo dispuesto en el dispositivo noveno transitorio del Decreto por el que se expide la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

Para realizar la ingeniería de la institución, se integró la Unidad de Transición de la Fiscalía General de la República, mediante acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 1o. de marzo de 2019, teniendo las facultades siguientes:

- 1) Elaborar y poner a consideración del fiscal general de la República los lineamientos para la elección de los integrantes del grupo inter-

³¹ La Fiscalía General de la República tiene facultad a su vez para conocer delitos del orden común, como sucede en el tipo penal del secuestro, que es un delito investigado por las fiscalías y procuradurías estatales, sin embargo, el Ministerio Público de la Federación, podrá ejercer facultad de atracción de un asunto en particular, cuando se reúnen las tres hipótesis que contempla el artículo 23 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que son: las características propias del hecho investigado, las circunstancias de su ejecución y la relevancia social.

disciplinario de expertos, en términos del artículo décimo transitorio del Decreto por el que se expide la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

- 2) Elaborar y presentar al fiscal general de la República para su aprobación, el Plan Estratégico de Transición.
- 3) Coordinar, implementar y evaluar el Plan Estratégico de Transición.
- 4) Proponer convenios y acuerdos de colaboración con las instancias públicas o privadas que se requieran para el ejercicio de sus funciones, en colaboración con las unidades administrativas correspondientes conforme a la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.
- 5) Elaborar solicitudes de información a las unidades administrativas de la institución, así como de cualquier otro insumo necesario para el cumplimiento de su objeto.
- 6) Emitir dentro del ámbito de su competencia y previo acuerdo con el Fiscal General de la República, los lineamientos necesarios para el desempeño de sus funciones.
- 7) Presentar un informe público trimestral sobre los avances y resultados de su gestión; dichos informes deberán ser añadidos al informe que el fiscal general de la República presente al Congreso.
- 8) Organizar, coordinar y dirigir las actividades del personal a su cargo; ejercer y supervisar las facultades que correspondan a las sub-unidades que le estén adscritas.
- 9) Expedir copias certificadas de los documentos materia de su competencia que obren en sus archivos, de conformidad con las disposiciones aplicables.
- 10) Proponer los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para el cumplimiento de las atribuciones de la Fiscalía.

Actualmente la Fiscalía General de la República, opera con las unidades administrativas siguientes:

Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales, encargada de proponer las reformas legales en las áreas que contribuyan a la efectiva implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio Diseñar, ejecutar las adecuaciones normativas y orgánicas en el área de competencia de la Fiscalía, para investigar y perseguir el delito con mayor eficacia.

Subprocuraduría de Control Regional, Procedimientos Penales y Amparo, que tiene como objetivo dictar medidas y políticas que permitan evaluar la actuación del Ministerio Público de la Federación en investigación de

los delitos, los procesos penales y en los juicios de amparo, ejercer estrecho control sobre la operación ministerial de las 32 delegaciones estatales.

La Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delincuencia Organizada es la unidad encargada de la investigación y procesamiento de delitos cometidos por personas que formen parte de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, quienes tienen bajo su mando y conducción a policías y peritos.³²

La Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delitos Federales tiene como objetivo planear, conducir y evaluar la actuación ministerial especializada en los procesos penales de delitos federales previstos en las leyes aplicables, Código Penal Federal, Código Fiscal de la Federación y demás disposiciones.

La Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad tiene como objetivo dictar medidas y lineamientos que permitan verificar y vigilar que la actuación sustantiva de la institución se apegue a los derechos humanos y garantías individuales que señala la Constitución.

Oficialía Mayor: encargada de emitir las normas y políticas en las materias de su competencia, a las que deberán sujetarse las unidades administrativas y los órganos desconcentrados de la institución. Así como definir, de conformidad con la normativa aplicable, el catálogo de puestos, sus perfiles y requerimientos, establecer normas y procedimientos sobre el desarrollo del personal administrativo. También es facultad de la Oficialía Mayor fomentar la política de integridad, responsabilidad, ética y de conducta de los servidores públicos de la Institución, en coordinación con las unidades administrativas y órganos desconcentrados competentes, entre otras.

Visitaduría General: órgano de evaluación técnico-jurídica, supervisión, inspección, fiscalización y control de los Agentes del Ministerio Público de la Federación, los Agentes de la Policía Federal Ministerial, de los Oficiales Ministeriales, de los Peritos y los demás servidores públicos de la Procuraduría General de la República en lo que se refiere a las funciones que realicen como auxiliares del Ministerio Público de la Federación, así como de investigación de los delitos en que incurran.³³

Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales: organismo responsable de atender en forma institucional, especializada y profe-

³² Artículo 8o. de la Ley Federal Contra La Delincuencia Organizada.

³³ Artículos 62, 63, 64 y 65 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

sional, lo relativo a los delitos electorales federales y de delitos en procesos electorales locales, en los casos de conexidad y cuando el Instituto Nacional Electoral participe en la organización de los comicios en términos de la Constitución.³⁴

Coordinación de Métodos de Investigación: tiene como función coordinar y asignar los servicios periciales, la policía de investigación, técnicos y analistas que formen parte de la Fiscalía General de la República,³⁵ de la cual dependen la Agencia de Investigación Criminal, el Centro Nacional de Planeación, Análisis e Información para el Combate a la Delincuencia, y la Coordinación General de Servicios Periciales.

VII. REFLEXIONES FINALES

Las fiscalías generales de justicia juegan un rol determinante en los sistemas jurídicos, ya que pueden marcar una gran diferencia de la credibilidad que tenga la sociedad respecto de las instituciones, por eso, la autonomía de estos importantes órganos debe ser garantizada desde el texto de la Constitución, pero, además, las leyes secundarias deben adecuarse a dichos criterios, y más importante, los órganos jurisdiccionales también deben ser guardianes de esa autonomía.

La temporalidad para realizar la transición de este organismo constitucional autónomo es polémica entre diversas instancias académicas, colectivos de víctimas y organizaciones no gubernamentales, pues señalan que la duración de la transición podría abarcar dos lustros para materializarse, existiendo la interrogante, respecto de su verdadera autonomía y capacidad de gestión.

De igual forma, existe una corriente de catedráticos constitucionalistas que sugieren la creación de un órgano rector y regulador de los órganos constitucionales autónomos, con la finalidad de que exista un control de los mismos.

Es importante atender las recomendaciones de los organismos internacionales para dotar de verdadera autonomía a las fiscalías generales de justicia, para que el nuevo sistema de justicia penal de corte oral adversarial,

³⁴ Artículo 3o. del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

³⁵ De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo A/007/19, expedido por el fiscal general de la República, por el que se instala la Coordinación de Métodos de Investigación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de marzo de 2019.

funcione adecuadamente. Los sesgos políticos y las intromisiones en las decisiones de estos órganos puede traer consecuencias muy importantes frente a las sociedad.

La verdadera transición del sistema inquisitivo al nuevo sistema de corte oral, adversarial, debe darse lo más pronto posible, ya que un tiempo prolongado, puede representar el fracaso del sistema, lo que pueda general en el ánimo social, un desencanto que puede traer consecuencias de otra magnitud.

La impunidad puede representar un rasgo distintivo de los sistemas jurídicos que fracasan.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miguel, *Dilemas de la democracia constitucional*, México, Miguel Ángel Porrúa-H. Cámara de Diputados, LX Legislatura, 2009.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *División de poderes y régimen presidencial en México*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, 1996.
- CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44, 5 de diciembre de 2013.
- CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/II.100. Doc. 7 rev.1, 24 de septiembre de 1998.
- Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia). *Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II – el Ministerio Público*. Adoptado por la Comisión de Venecia en su 85a reunión plenaria (Venecia, 17-18 de diciembre de 2010), Estrasburgo, 3 de enero de 2011.
- Consejo Consultivo de Jueces Europeos y Consejo Consultivo de Fiscales Europeos. *Declaración de Burdeos*, Informe núm. 12 (2009), sobre los “*jueces y fiscales en una sociedad democrática*”, Estrasburgo, 8 de diciembre de 2009.
- Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de junio de 2009.
- FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2008.

- México Evalúa, *De PGR a FGR: lineamientos hacia la transición*, México, México Evalúa, 2019.
- ONU, Asamblea General. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Resolución 58/4, 31 de octubre de 2003.
- ONU, *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.
- ONU, *Directrices sobre la función de los fiscales*, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.
- ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. Adición Misión a México*, A/HRC/17/30/Add.3, 18 de abril de 2011.
- ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012.
- ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/HRC/14/26, 9 de abril de 2010.
- ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/HRC/20/19, 7 de junio de 2012.
- ONU, *Recomendaciones a México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Sr. Zeid Ra'ad Al Hussein*, marzo de 2016, Recomendación 8.
- Tesis Aislada I.1o.P.113 P (10a.), FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO EN SU CONTRA POR FALTA DE INTERÉS JURÍDICO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 57, agosto de 2018, t. III, p. 2603.

TERCERA PARTE

DIVISIÓN DE PODERES

MONTESQUIEU EN EL ESTADO DE PARTIDOS

Javier RUIPÉREZ ALAMILLO*

I

No dejaría de ser, y para todos ha de resultar inconcuso, un simple ejercicio de constatación de lo obvio comenzar este estudio recordando que el principio de división de poderes se presenta como uno de los contenidos fundamentales y basilares del moderno Estado constitucional, así como, nadie lo ignora, uno de los elementos medulares del concepto mismo de Constitución. Lo es, en efecto, desde la comprensión de esta última que nos ofrece el concepto formalista y neutro —por cierto, y en la medida en que, dando, de una u otra suerte, por buena, y pese a no ser, en rigor, más que una auténtica falsificación de la realidad y de la historia (P. de Vega), la afirmación de los McIlwain, Wormuth, Pocock y Jennings, conforme a la cual el régimen constitucional ha existido desde el momento mismo en que los hombres y mujeres comenzaron a unirse en asociaciones de tipo político y jurídico, termina, como habían hecho ya tan relevantes tratadistas de las ciencias del derecho del Estado como lo fueron, por ejemplo, Mommsen, Jellinek, Hintze y Bruner, por convertir al código jurídico-político fundamental en un mero documento de gobierno ajeno al que es su rasgo definitorio cardinal: el que es la expresión normativa de la voluntad soberana de los ciudadanos del Estado actuando investidos del Poder Constituyente, el menos útil para la cabal y ponderada comprensión de toda la rica problemática del derecho constitucional (H. Heller)—, de los códigos constitucionales, que es al que, en los albores de la presente centuria, apeló el “europeísmo a ultranza”, y tanto por parte de los prácticos de la política, como por parte de los profesionales universitarios de las ciencias jurídicas, para tratar de atribuir a aquel “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para la Unión Europea”, —que por su propio ori-

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de A Coruña (España).

gen y naturaleza, y no obstante lo afirmado, *verbi gratia*, por Peter Häberle en 2004, tan solo podría ser entendido como una norma de derecho internacional, siquiera sea especial y particular—, en la medida en que este documento jurídico iba a contener los dos elementos a los que se refiere el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. Pero lo es también, y por los motivos a los que aludiremos posteriormente, del concepto político de Constitución —del que jamás, y sin excusa posible alguna, puede prescindir el constitucionalista, por lo menos si éste es consciente de su propia función social y de su específico objeto de estudio—, en la medida en que, como aclaró el maestro Pedro de Vega, en dicho precepto se dan cita los supuestos medulares sobre los que se edificó la democracia constitucional, y que, en definitiva, no son otros que los de tratar de dar, de modo permanente, auténtica realidad y efectividad, con su ponderada combinación, a las viejas ideas de “Democracia”, “Libertad” y, como correctivo necesario de ambas, que, por lo demás, ya había sido exigido en la Atenas clásica por Solón y, todavía de un modo más explícito, Aristóteles, “Igualdad”.

No es éste, obviamente, para extendernos en el, indudable, hecho de que se encuentra firmemente asentado en el imaginario colectivo la idea de que la formulación de la división del ejercicio del poder político ordinario se debe al barón de La Brède y de Montesquieu. Aunque, en todo caso, no está de más advertir que ello, y desde la perspectiva del pensamiento político y constitucional, no es más que una simplificación, que, además, incurre en una cierta injusticia. Ha de tomarse en cuenta, a este respecto, que lo que sucede es que se está obviando el que, con anterioridad a la redacción, en 1748, de *Del espíritu de las leyes* por Montesquieu, este problema había sido ya abordado por otros pensadores políticos y jurídicos. Lo hizo, en efecto, y ya en 1324, Marsilio de Padua en su célebre *Defensor Pacis*, con el que se iniciaba la elaboración de un derecho natural secularizado (H. Heller), y del que un tratadista tan poco sospechoso de no ser un jurista como lo fue Otto von Gierke llegó a decir que tenía como principal mérito no, y como, empero, sí afirmaría Mosca, el haber establecido un incipiente y rudimentario sistema de división de poderes, sino, por el contrario, y en tanto en esa obra se contiene, siquiera sea de modo embrionario, la afirmación de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional, el haber establecido un modelo jurídico-político que se presenta como uno de los más claros precedentes teóricos del moderno Estado constitucional. Y, a nuestro juicio, no está de más recordar que si esto es así, ello —y dando buena prueba de la importancia que tuvo el pensamiento iusnaturalismo contractualista en

la forja teórico-ideológica del constitucionalismo moderno, y que, en último extremo, es lo que permite afirmar, por ejemplo, a Smend que la teoría del contrato social es la única que permite comprender adecuadamente el proceso de fundamentación y conceptualización del Estado constitucional— se debe, y de un modo muy principal, al hecho de que, al partir de la concepción de que la comunidad política es una creación de los hombres, y, en consecuencia, era a éstos, y únicamente a ellos, a quien correspondía decidir tanto los modos y las formas en que querían ser gobernados en el futuro, como sobre las cuestiones diarias sobre el gobierno de aquélla, no hacía más que afirmar la soberanía del pueblo. Tampoco debería olvidarse que también con anterioridad al celeberrimo escrito de Montesquieu, había procedido ya John Locke a proponer que el poder político ordinario fuese dividido en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo —en el que quedaban incardinados los jueces— y Poder Federativo, siendo éste en realidad un poder que se ocupaba de las relaciones exteriores del Estado.

Debemos, sin embargo, señalar que si esto es así, no es menos cierto que, de una u otra suerte, aquella simplificación tiene una clara explicación, y justificación. Al fin y al cabo, lo que sucede es que la construcción del aristócrata liberal y, aunque sin poder confesarlo abiertamente, gran maquiavelista (P. de Vega), francés se presenta como la más acabada perfecta, y fue, en todo caso, la que se consagró, en el más estricto cumplimiento de aquella lógica de la mecánica del proceso constituyente que, como está generalmente aceptado (Ch. Borgeaud, P. de Vega), encontró en Wise su primer, y más brillante, expositor, por parte de los primeros revolucionarios liberal-burgueses en los códigos constitucionales. Ocurriendo, además, y como está generalmente aceptado en la doctrina de las ciencias del Estado y del derecho del Estado y, naturalmente, desde la concepción del constitucionalismo moderno como una técnica de garantía de la libertad individual frente al poder político, que, en consecuencia, se presenta como sinónimo del liberalismo, que su constitucionalización —que, de acuerdo con la explicación del proceso constituyente realizada en el marco de la Revolución francesa, en donde la concepción de Wise era, por lo demás, y como, entre otros, ha puesto de relieve Zweig, bien conocida, por los Isnard, Desmeunier, Valdruche, Romme e Isnard, y explicando de algún modo las reticencias que mostraron los demócratas y demócratas radicales a la inclusión de la referencia a la separación de poderes en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, venía, de una u otra suerte, impuesta por el contenido del momento de la libertad— se concibió, de modo muy principal, como la articulación de un mecanismo técnico

para tratar de hacer real y efectiva esa esfera de libertad individual que se había reconocido a los ciudadanos del Estado, mediante el establecimiento de, por decirlo en palabras del propio Montesquieu, un sistema en el que “el poder frene al poder”, en cuyo seno “los tres poderes permanecerán así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas, están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo”.

No es menester, asimismo, dedicar mucho espacio a tratar de averiguar cuál era la verdadera intención de Montesquieu al teorizar la división de poderes y, al mismo tiempo, proponer su articulación, siguiendo la visión que él tenía del sistema británico, como un sistema de pesos y contrapesos entre un Poder Ejecutivo —que se atribuía al monarca y a sus ministros—, un Poder Legislativo —constituido, siguiendo el modelo británico, como un órgano bicameral, en el que una de las cámaras tendría como misión la de expresar la voluntad de los ciudadanos del Estado en general, mientras que la otra quedaba reservada a los miembros de la aristocracia—, y un Poder Judicial —que, expresando ese gran temor que el aristócrata liberal sentía hacia una judicatura sometida al rey (F. Tomás y Valiente), estaría atendido por unos jueces independientes, y, como auténtica novedad respecto de la situación existente en el Antiguo Régimen, claramente separados de los cuerpos administrativos al servicio del monarca—, al que, de cualquiera de las maneras, anulará desde el punto de vista político al configurarlo como un poder políticamente neutro y que el juez no es más que la boca que pronuncia la ley. Y ello, por cuanto que poco importa, y desde luego a los efectos de este trabajo, determinar si tenía, o no, razón Althusser cuando, desde una óptica marxista, defiende la idea de que en realidad, y frente a la opinión común, la doctrina de Montesquieu es en extremo conservadora, en la medida en que, al afirmar que el Poder Judicial es un poder neutro, y que, con ello, lo que hace es reducir en el terreno de la realidad aquel sistema de frenos y contrafrenos a la contraposición y confrontación entre la Cámara legislativa popular y el titular del Poder Ejecutivo, lo que realmente pretendía Montesquieu era organizar el Estado de forma tal que la aristocracia, clase a la que él mismo pertenecía, terminase configurándose como un sujeto *legibus solutus* en tanto que la cámara legislativa de la aristocracia no encontraría en su actuación ningún tipo de freno y acabaría por imponer su voluntad a todos. Como tampoco, y a nadie puede ocultársele, tiene una particular importancia el que, contrariamente, nos inclinásemos por dar la razón a quienes consideran que el esquema propuesto, en realidad, respondía al deseo demostrado por Montesquieu —que, en este punto se apartaba, y grandemente, del criterio mantenido por Nicolás Maquiavelo—, por

apartar al pueblo de los asuntos públicos en lógica y coherente consecuencia con esa innegable desconfianza, o temor, a las multitudes que siempre han demostrado las doctrinas del elitismo político, y que desde luego Montesquieu compartía. Interpretación esta última que, de cualquiera de las maneras, vendría avalada por el contundente aserto realizado por Montesquieu en el sentido de que el

pueblo es admirable cuando realiza la elección de aquéllos a quienes debe confiar parte de su autoridad porque no tiene que tomar decisiones más que a propósito de cosas que no puede ignorar y de hechos que caen bajo su dominio de los sentidos. Sabe perfectamente cuándo un hombre ha estado a menudo en la guerra o ha tenido tales o cuales triunfos; por ello está capacitado para elegir un general. Sabe cuándo un juez es asiduo...: cosas suficientes para que elija un pretor... Son estos hechos de los que se entera mejor en la plaza pública que el monarca en su palacio. Pero, en cambio, no sabría llevar los negocios ni conocer los lugares, ocasiones o momentos para aprovecharse debidamente de ellos... Del mismo modo que la mayoría de los ciudadanos que tienen suficiencia para elegir no la tienen para ser elegidos, el pueblo, que tiene capacidad para darse cuenta de la gestión de los demás, no está capacitado para llevar la gestión por sí mismo.

II

Lo que, de verdad, nos interesa aquí es tratar de explicar la centralidad que tiene el principio de división de poderes en el marco del moderno Estado constitucional, y la verdadera virtualidad que, al margen de meras consideraciones formales, adquirió la constitucionalización de este principio siguiendo los esquemas conceptuales propuestos por Montesquieu. Y ello, por cuanto que, como a nadie debiera ocultársele, es tan solo —y como, con gran sagacidad y acierto, puso de manifiesto el maestro Pedro de Vega cuando escribió que “Como es obvio, para responder a interrogantes de ese cariz, es necesario abandonar los métodos que tan cuidadosamente ha sabido elaborar y depurar el tecnicismo jurídico, y colocarnos en una atalaya de perspectivas más amplias”—, desde la cabal y ponderada comprensión de esto desde donde únicamente podremos alcanzar una correcta comprensión de la realidad del principio de división de poderes en el momento actual.

En cuanto al primero de estos interrogantes, creemos que no ha de existir dificultad alguna para que todos, pero principalmente quienes se dedican profesionalmente al estudio de las ciencias del Estado y las ciencias del

derecho del Estado para descubrir el motivo por el cual la división de poderes ocupa esa posición preeminente tanto para el concepto neutro y formal, como para el concepto político de los códigos constitucionales. Bastará, para ello, con actuar con el concepto técnico, moderno y actual de los códigos jurídico-políticos fundamentales, que es, en definitiva, el que se corresponde con el que, a lo largo de toda su obra, escrita y no escrita, el maestro Pedro de Vega identificó con el rótulo de “concepto liberal-burgués de Constitución”, y al que se le reconocía una validez y vigencia plena (H.-P. Schneider, P. Lucas Verdú...), por lo menos hasta que el Estado constitucional mismo, —y muy particularmente cuando adopta la forma de Estado constitucional democrático y social—, ha comenzado a ser discutido como consecuencia de la mundialización o globalización.

Y es que, en efecto, no puede olvidarse que desde este concepto técnico, moderno y actual —que es, por lo demás, el que han aceptado también iuspublicistas tan relevantes como son, por ejemplo, y sin ánimo de ser exhaustivos, Maunz, Starck, Schneider, Zagrebelsky, García-Pelayo, Ollero, Morodo, García de Enterría, Rubio Llorente o Cascajo—, se entiende que únicamente es posible hablar de una verdadera Constitución para referirse a aquellos instrumentos de gobierno que surgen a raíz de un momento histórico determinado: las grandes revoluciones liberal-burguesas americana y francesa de finales del siglo XVIII, y que tienen un concreto sustrato teórico común: la confrontación de los supuestos ideológicos del pensamiento político liberal —representados, fundamentalmente por la obra de Montesquieu, y de una manera muy singular por su celeberrimo escrito *De l'esprit des lois*— y los presupuestos del pensamiento político democrático —encarnados, y ello es irrefutable, en el genial “Ciudadano de Ginebra”, en cuanto que indiscutido e indiscutible padre de la democracia moderna—, de tal suerte que sólo podrán considerarse como verdaderos códigos constitucionales aquellos textos constitucionales que, procediendo a la previa organización de los poderes de la colectividad y a la determinación de los modos en que éstos han de decidir, se encuentran definidos e inspirados por los principios democrático (la teoría democrática del poder constituyente), liberal (defensa de la libertad individual a través de los institutos, ciertamente, y como nos advirtió Heller, inseparables, de las declaraciones de derechos y la separación de poderes) y de supremacía constitucional (sujeción, por igual, pero, y como señaló correctamente el Tribunal Constitucional español en su sentencia 101/1983, del 18 de noviembre, no de idéntica manera, de gobernantes y gobernados a la Constitución, y concordancia del derecho ordinario con ella). La Constitución, como producto típico, junto con los códigos

del derecho técnico ordinario, del racionalismo jurídico, se presenta, desde tal óptica, como un documento escrito, formal y solemne, aprobado y sancionado por una autoridad superior competente: el *Pouvoir Constituant du Peuple*, que, recogiendo los supuestos basilares del pensamiento político liberal, explicitados en el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, pretende, de manera consciente, establecer, de una vez y para siempre, una ordenación racional de la vida política del Estado.

Fácil es deducir, a la vista de lo anterior, el motivo por el cual, y como ya hemos señalado, existe un acuerdo generalizado en la identificación de los términos “constitucionalismo” y “liberalismo”. Como también, según nuestro parecer, ha de ser fácil de comprender el motivo por el que Heller considera que declaración de derechos y división de poderes se presentan como dos instrumentos inescindibles, así como el que forme parte del imaginario colectivo, y como una idea firmemente asentada en él, que la constitucionalización de la división de poderes tuvo como primigenia y fundamental finalidad la de proporcionar un mecanismo técnico-jurídico merced al cual los hombres y mujeres podrían gozar pacíficamente de los derechos que les eran reconocidos en cuanto que ciudadanos del Estado, y frente a la actuación de los titulares del poder político ordinario en este último. Lo que, de cualquiera de las maneras, será fácil de entender —así lo será, desde luego, para todos los que acepten que el derecho constitucional vigente en el Estado sólo puede ser cabalmente entendido atendiendo a los procesos de fundamentación y conceptualización del Estado constitucional mismo—, con sólo tomar en consideración el proceso por el cual hizo su entrada en la historia el Estado constitucional. En este sentido, basta con recordar que debemos, entre otros muchos, a Battaglia, Loewenstein, Pérez Serrano y De Vega, la observación de que lo propio de la primera manifestación estructural concreta del Estado constitucional, el Estado burgués de derecho, fue el que, en su nacimiento histórico, la primera tarea que abordaron los revolucionarios liberal-burgueses americanos, y ya en la etapa colonial, así como, con posterioridad, y bajo la influencia de lo hecho por los estadounidenses (G. Jellinek), los franceses fue, justamente —y desde la indiscutible, e incondicionada, aceptación de los esquemas conceptuales puestos en circulación por el reverendo Wise—, la de proceder al reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual absoluta, que se concretaba en el plano normativo en las declaraciones de derechos fundamentales. Sólo en un momento posterior, y, además, como mecanismo de garantía de aquéllos, es cuando se procede, con la aprobación del texto constitucional, a la organi-

zación política del Estado sobre la base de la división de poderes. E interesa advertir que así sucedió desde el mismo momento en que, como nos enseñó Georg Jellinek, se inició la historia de lo que los europeos solemos identificar con el nombre de derechos fundamentales, y en el continente americano como derechos humanos, esto es, de los derechos y libertades que se disfrutaban no por la condición de ser hombres, sino, por el contrario, de ser ciudadanos de una determinada comunidad política estatal. Lo que, de cualquiera de las maneras, resulta incuestionable con sólo tomar en consideración que el documento escrito formal y solemne con el que realmente empieza la historia de los derechos fundamentales, y que no es otro que el *Bill of Right of Virginia*, fue aprobado el 12 de junio de 1776, mientras que la Constitución de Virginia lo fue el 29 del mismo mes y año.

Mayores complicaciones plantean la segunda de las cuestiones a las que antes nos referíamos, es decir, la de cuál fue la verdadera virtualidad que tuvo la constitucionalización de la división de poderes. Y ello, por cuanto que, a nadie puede pasarle desapercibido, si, de una manera generalizada, se ha hecho especial mención al, incuestionablemente, transcendental papel que juega la consagración en el más alto nivel normativo del Estado de la construcción de Montesquieu para tratar que los ciudadanos de ese cuerpo político gozasen del mayor grado de libertad posible, a lo que, sin embargo, no se le ha prestado una especial atención es a las circunstancias jurídico-políticas e ideológicas que condujeron a una tal solución en el contexto del ejercicio de la función constituyente de acuerdo, de una manera muy básica, con la teorización de su mecánica debida al abate liberal Sieyès, a cuyo conocimiento, por lo demás, nunca puede, ni debe, renunciar el constitucionalista, por lo menos si éste es consciente de su propia función. Tanto más cuanto que el desconocimiento de los procesos de conceptualización y fundamentación del Estado constitucional puede, de manera lamentable, conducirnos a repetir esa dramática circunstancia de la primera mitad de la pasada centuria, en donde, como escribió el propio De Vega,

Tergiversando los planteamientos weberianos se ha producido una identificación arbitraria entre los términos de legitimidad y legalidad, como consecuencia del abandono incomprensible de los principios de la soberanía popular y la voluntad general, sin cuya mediación esa identificación carece por completo de sentido. Ya en la época de Weimar constataba Heller con estupor el hecho de que la organización constitucional, y las explicaciones consiguientes de la misma, se estuvieran olvidando del papel central de las nociones clásicas de soberanía popular y de voluntad general, que comenzaban a ser tratadas como conceptos extraños a la teoría constitucional. Las protestas

contra ese olvido, que fueron todavía numerosas en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial, están quedando subsumidas ahora en el más oprobioso de los silencios. Es difícil encontrar en la actualidad, entre los teóricos de la democracia y de la Constitución, textos en los que se denuncien los riesgos derivados de los intentos de reducir la democracia a un sistema de reglas del juego, y donde se critique el colosal disparate de pretender convertir las cuestiones de legitimidad en meras cuestiones de legalidad, sin una previa fundamentación democrática de la legalidad.

No es éste, obviamente, el momento oportuno para detenernos a discutir si, como afirman, entre otros, Zweig y De Vega, tenía, o no, razón el constitucionalista francés Edouard Laboulaye cuando, de modo contundente, afirmó que Sieyès “lo que hizo fue confundirlo todo, embrollarlo todo y, a la postre, perderlo todo”. Como, y de forma inconcusa, tampoco lo es para recrearnos en la célebre polémica en torno a si, como, por ejemplo, sostiene Bacot, Sieyès operaba con el concepto de nación en el que tan sólo estarían integrados los hombres de la generación presente en cuanto que ciudadanos activos de la comunidad política, o si por el contrario, tiene toda la razón Carré de Malberg cuando, supuestamente desde una interpretación jacobina, afirma que, en realidad, el abate revolucionario liberal opera con un concepto de nación que, alejándose de la concepción maquiavélica —y que, por lo demás, constituye uno de los mayores éxitos del insigne pensador florentino (P. de Vega)—, del pueblo como un sujeto histórico, temporal, real y concreto el cual, actuando como tal y siempre en el ejercicio de la virtud política, decide libremente sobre el gobierno del Estado en cuanto que realidad histórica, temporal, real y concreta, terminaba por convertir a ésta en un sujeto ahistórico, atemporal y, de una u otra forma, mítico en el que, al igual que sucedía con la comunidad política misma en el mundo clásico y medieval, estarían integradas las generaciones presentes, pasadas y futuras. Aunque, de cualquiera de los modos, no está de más advertir, aquí y ahora, que ha sido, de todas formas, a la apelación a este último concepto de nación, y desde la máxima sublimación y espiritualización de ésta, del que se sirvieron, y se siguen sirviendo hoy, los antidemócratas y antiliberales de toda especie para tratar de excluir a los ciudadanos del proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, e incluso fingiendo ser los grandes defensores de una forma política y jurídica como es el Estado constitucional, el cual, y en la medida en que se encuentra edificado sobre y desde la lógica inherente a las ideas y el principio democrático, tiene uno, como acertadamente nos recordaba el maestro Pedro de Vega, de sus principios básicos en la idea de que los ciudadanos, que en cuanto que titulares de la soberanía individualmente

considerados, y del ejercicio de la soberanía en cuanto que integrantes del pueblo estatal, habían procedido a la aprobación del código jurídico-político fundamental, en modo alguno podrían ser excluidos del proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, del gobierno del cuerpo político en definitiva, una vez que ha entrado en vigor la Constitución por ellos aprobada.

Lo que nos interesa destacar, aquí y ahora, es que cuando, como, por lo demás, resulta obligado, se toma en consideración la exposición realizada por Sieyès de la mecánica del proceso constituyente, y explicándola desde lo que, por ejemplo, y contraponiéndola a la “teoría pacífica del Poder Constituyente del pueblo” que había operado en Estados Unidos, Julius Hatschek había denominado la “teoría revolucionaria del Poder Constituyente”, lo que, de modo inevitable, se descubre es que la verdadera, y más importante, virtualidad que tuvo la constitucionalización del principio de división de poderes es, como, con igual contundencia que acierto, indicó Heller, la de actuar como un instrumento técnico a través del cual podría materializarse la que posteriormente se presentaría como la tesis rousseauiana de la *volonté générale*. Afirmación ésta que, según nuestro modesto parecer, no ha de encontrar dificultad alguna para todos los estudiosos de la teoría del Estado y del derecho constitucional.

No la tendrán, desde luego, todos aquellos constitucionalistas que no renuncien al conocimiento de los procesos de conceptualización y fundamentación del Estado constitucional. Y ello, por cuanto que, si así actúan —e, insistamos en ello, para nosotros un tal comportamiento resulta inexcusable, por lo menos si de verdad quiere obtenerse una cabal y ponderada comprensión del derecho constitucional vigente en el Estado de que se trate—, conocerán que, como pusieron ya de relieve tratadistas tan relevantes como fueron, por ejemplo, Zweig, De Vega y Vanossi, uno de los mayores aciertos del abate Sieyès a la hora de explicar la mecánica del proceso constituyente en el contexto de la democracia representativa fue, justamente, su intento por tratar de conciliar la lógica de la democracia representativa defendida por el Barón de Montesquieu y la doctrina de la *volonté générale* teorizada, desde la lógica de la democracia de la identidad, por el genial “Ciudadano de Ginebra”. Distinción ésta, y en modo alguno es ocioso resaltarlo, de la que, no obstante el hecho de que la misma se ha visto, de una u otra suerte —y de un modo muy singular como consecuencia de la interpretación hobbesiana que realizó Carl Schmitt de la formulación del abate revolucionario, y que terminan, contrariando la concepción que el constitucionalista alemán tenía en 1928 sobre la reforma constitucional como una auténtica facultad constitucional limitada, por convertir al poder

de reforma en un sujeto facultado para ejercer una dictadura soberana—, oscurecida por la interpretación que se ha generalizado del hecho de que tanto Sieyès como La Fayette exigieran que los miembros de la Asamblea de revisión recibiesen del Cuerpo Electoral un poder especial y específico para llevar a cabo la modificación formal del texto constitucional, se deriva la eficacia, y que, a diferencia de lo que sucede desde 2003, fue perfectamente entendida por el Tribunal Constitucional bajo la presidencia del doctor García-Pelayo, que ha de tener la distinción poder constituyente-poderes constituidos tan pronto como el código constitucional ha sido aprobado y ha entrado en vigor, siempre, lógicamente, en condiciones de normalidad constitucional.

Sea de ello lo que sea, lo que, de verdad, nos interesa destacar es que al tratar de articular la mecánica del proceso constituyente desde la conciliación de los presupuestos del pensamiento de Montesquieu con los del genial “Ciudadano de Ginebra”, el indiscutido, e indiscutible, padre de la democracia moderna, lo que Sieyès hizo fue, en último extremo, potenciar algo que ya se encontraba implícito en la obra de Montesquieu. Y que, a nuestro juicio, no ha de ser muy difícil de entender, comprender y compartir. Bastará, en efecto, para ello, con tomar en consideración que, como no podría ser de otra manera, Montesquieu, como buen liberal que era, había formulado su construcción de la división de poderes actuando desde el aparato conceptual y categorial elaborado por el iusnaturalismo contractualista. De un modo más concreto, elaboró Montesquieu su tesis sobre la necesidad de dividir el ejercicio del poder político ordinario, desde los esquemas teóricos propios de la teoría del contrato social formulada no, y ni mucho menos, desde los presupuestos de las doctrinas del *pactum subjectionis* construidas desde la idea de la *traslatio imperii*, defendida en el medioevo por Accursio, Baldo, Bartolo de Sassoferrato y Angelo Aretino —y que son las que, sirviendo de apoyo básico a Thomas Hobbes, se convirtieron en el fundamento último de los regímenes autocráticos en cualquiera de sus variantes: monarquía absoluta, totalitarismos, etcétera, que en el mundo han sido y son—, sino, por el contrario, sobre los de la teoría de la *concessio imperii* formuladas por Cino, Cristóforo Parco y Zarabella que, en cuanto que precedente inmediato del iusnaturalismo contractualista racionalista democrático, es desde donde únicamente puede fundamentarse adecuadamente la actual estructura del Estado constitucional (R. Smend). Lo que, como ha de ser para todos evidente, implica que aceptaba Montesquieu la idea de que, en toda comunidad política democrática, de la que el Estado constitucional es su máximo exponente, toda la actividad política de gobernados y gober-

nantes ha de estar jurídicamente limitada por la voluntad soberana de una autoridad superior expresada normativamente en la ley.

Y es, innecesario debiera ser aclararlo, a esta idea a la que, justamente —y a pesar del hecho de que no exista en el contenido formal de *De l'Esprit des Lois* referencia alguna a esa necesaria, e ineluctable y constrictiva, existencia de un poder político superior y anterior, y en el que, a la postre, y muy en contra de lo que se deriva de la contraposición realizada por Rehm sobre la soberanía del Estado y la de los órganos, se residencia la titularidad legítima del ejercicio de la soberanía en esa determinada comunidad política, a los que, en cuanto que poderes constituidos, se organizan como Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial—, responde su construcción del principio de división de poderes. De Vega, con la brillantez y rigor que siempre le caracterizaron, lo puso claramente de relieve en su insuperada, y, con toda probabilidad, insuperable, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*. Así, hizo notar el maestro que

Es cierto que Montesquieu no alude nunca a lo largo de su extensa obra al poder constituyente. Sin embargo, no lo es menos que constituye una premisa tácita y perfectamente presumible en la lógica global de su pensamiento, en la medida en que la aparición de los tres poderes... que recíprocamente se vigilan y controlan como poderes constituidos, no se concebiría sin el reconocimiento de un poder previo y superior a ellos en el que aquellos cifrarán la razón de su existencia.

Fácil resulta comprender, desde esta perspectiva —y en modo alguno resulta ocioso reseñarlo—, el motivo por el cual Zweig y Carré de Malberg, oponiéndose a una idea muy generalizada entre los estudiosos del derecho público, y muy especialmente entre los iuspublicistas españoles, pudieron afirmar que puestos a buscar el verdadero antecedente teórico inmediato de la teoría democrática del *Pouvoir Constituant du Peuple*, el mismo debe de situarse en las especulaciones de Montesquieu, y no en las de Rousseau. Lo que, de cualquiera de las maneras, se explica fácilmente. Es menester, en tal sentido, tomar en consideración que, aunque obligados, incluso, a admitir que, como indicó Egon Zweig, la tesis del “Ciudadano de Ginebra” sobre la soberanía popular actúa como un complemento lógico de la teoría de división de poderes del aristócrata liberal para la construcción por parte de Sieyès de la, por así decirlo, “teoría revolucionaria del Poder Constituyente”, lo que jamás debiera ser olvidado es que, aunque consciente de las dificultades y problemas que tendría su puesta en marcha en el marco de los grandes Estados-nación, lo que Rousseau defendía, siquiera fuera como

modelo ideal, era la democracia de la identidad, en la que, por ser todos los integrantes del cuerpo político al mismo tiempo, y por igual, gobernantes y gobernados, y ejercer la soberanía en todo momento, no ha lugar a la distinción entre el Poder Constituyente soberano y los poderes constituidos, así como para proceder a la división del ejercicio —que no, y bajo ningún concepto, de la titularidad, que sigue perteneciendo al pueblo del Estado como titular legítimo de la soberanía, pero que, siguiendo de una u otra suerte las concepciones de Nicolás Maquiavelo como gran teórico del régimen democrático en cuanto que proceso que se pone a prueba consigo mismo, y que tan solo reconocía la legitimidad al ejercicio del poder absoluto por parte del gobernante en los momentos de grave crisis de la comunidad política, únicamente actúa como tal en el momento del “comienzo o al final Estado constitucional, cuando éste es creado o cuando éste es abolido” (M. Kriele), lo que, a la postre, permite decir, desde la óptica del positivismo jurídico, a un Krabbe y a un Kelsen que, en rigor, en el marco de un Estado constitucional ya operante no cabe más soberanía que la de la Constitución y el derecho—, poder político en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

III

Conocida ya la verdadera significación del principio de división de poderes, es cuando, lógicamente, podemos abordar el estudio de su problemática en el derecho constitucional actual. Y, en este sentido, no dejaría de ser un simple ejercicio de constatación de lo obvio el comenzar nuestro estudio afirmando que el mismo, y sobre todo si nos quedamos en los meros términos formales de su teorización por parte de Montesquieu, ha experimentado una serie de transformaciones en su materialización jurídico-formal. Entre ellas, y acaso como la más significativa, por lo menos en lo que hace al constitucionalismo europeo y a todos los Estados que finalmente han optado por consagrar el que, oponiéndolo —obviando, en todo caso, que en cuanto que racionalización del sistema americano que es (A. La Pergola), las diferencias entre el modelo difuso y concentrado no fueron nunca, como se encargó de poner de relieve el mismo Kelsen, tan rígidas como se presumía en su explicación teórica, y que, además, hoy estas diferencias tienden a difuminarse en el ámbito del derecho constitucional comparado— al sistema de la *judicial review* puesto en marcha, en 1803, por el juez John Marshall —quien, por lo demás, no volvería ni a poner en marcha el control de constitucionalidad, ni a dejar

inaplicada una ley federal, hasta el fin de su carrera judicial (D. García Belaúnde)—, con la emanación de la celeberrima sentencia del caso *Madison versus Marbury*, Schmitt denominó el modelo de la jurisdicción constitucional concentrada. Nos referimos, obviamente, a aquellos tribunales constitucionales que, contruidos, fundamentalmente, sobre las especulaciones de Franz Weyr y de Hans Kelsen, hicieron su entrada en la historia con las Constituciones checoeslovaca, del 29 de febrero de 1920, y austriaca, del 1o. de octubre de ese mismo año —cuya influencia, debe hacerse constar, se dejaría notar, y de modo palmario, en la Constitución de la Segunda República española—, y que se generalizaría, en muy buena medida para tratar de eludir el riesgo de nuevos regímenes totalitarios (M. Cappelletti), en la Europa desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, actúan, de una suerte u otra, como comisionados por el Poder Constituyente para el sostenimiento de su obra normativa, y se configuran como unos órganos de carácter jurisdiccional aunque no adscritos al Poder Judicial, del que, como del resto de los poderes constituidos (A. Bickel, J. H. Ely), es independiente (K. A. Bettermann).

Y no hace falta decir que la aparición de este nuevo órgano constitucional, que supone, y de modo difícilmente cuestionable, un colosal embate a la literalidad de la construcción de Montesquieu, fue interpretado, desde concepciones jurídico-políticas claramente antidemocráticas y antiliberales, por, *verbi gratia*, Forsthoff como la definitiva transformación del Estado constitucional en un mero Estado jurisdiccional, en el que, de modo inexorable, los contenidos del principio liberal, y muy especialmente la división de poderes, quedaban eliminados. Lo que, ni que decir tiene, resulta claramente inexacto por cuanto que, al tener los tribunales constitucionales como principal misión la de, por decirlo en palabras del primer presidente del supremo custodio constitucional español, garantizar “que los poderes constituidos actúen dentro del marco y de los límites establecidos por la decisión del Constituyente tal y como quedó objetivada en las normas constitucionales” (M. García-Pelayo), lo que sucede es, justamente, todo lo contrario. El maestro Pedro de Vega, con igual acierto que contundencia y rigor, lo puso claramente de manifiesto cuando, en los albores de la actual etapa constitucional española, escribió que

No merece la pena discutir la realidad, a todas luces exagerada, de ese posible “gobierno o dictadura de los jueces”. Lo que interesa constatar, sin embargo, es el cambio en el significado constitucional del juez. Como guardián de la Constitución, el Tribunal Constitucional, ya no es el simple vigilante que da coherencia a los actos normativos de rango inferior con los preceptos consti-

tucionales (en cuya esfera se sitúa el control de constitucionalidad), sino que, además, se ha convertido en el vigilante y encargado de dar coherencia a la vida estatal en su conjunto, resolviendo los conflictos entre poderes y obligando a todos ellos a cumplir los imperativos constitucionales.

De donde, sin dificultad alguna, se deduce que lejos de ser ciertas las acusaciones realizadas desde el pensamiento jurídico-político antidemocrático y antiliberal —y no obstante el hecho de que en no pocas ocasiones se hayan convertido en la práctica en uno de los elementos fundamentales para la generación del caos (P. de Vega)—, lo que, en realidad, sucede es que los tribunales constitucionales han servido para dar auténtica realidad y eficacia a todos y cada uno de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, en la medida en que, dirá el maestro,

el principio liberal, basado, como señalamos en su momento, en la división de poderes y en el reconocimiento de los derechos y libertades, se traduce a nivel jurisprudencial en la asignación al Tribunal de la facultad para resolver los conflictos entre órganos y para entender del recurso de amparo. El Tribunal Constitucional se presenta, así, como última garantía de la división de poderes (en cuanto impide que unos órganos afecten las esferas de actuación de otros) y como salvaguarda final de los derechos y libertades. De igual manera, el principio de supremacía constitucional tiene su traducción más patente en el sistema de protección jurisdiccional, en la competencia básica de toda la justicia constitucional, que es, como se sabe, la de los recursos de inconstitucionalidad. Otro tanto cabría indicar con relación al principio democrático, que tal y como señalamos que se entiende y se integra en los ordenamientos constitucionales del presente, encuentra su mejor garantía en la propia competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. La razón es evidente: una ley en contra de la Constitución, si tuviera validez, equivaldría a una reforma de la Constitución.

IV

De cualquiera de las maneras, y como ha de ser para todos meridiano, no es ésta la circunstancia que nos interesa resaltar en este momento, y para dar cumplida respuesta a la interrogante de si, por utilizar la expresión vulgar frecuentemente empleada en el debate político, Montesquieu ha muerto en el contexto del Estado constitucional y, además, tan pronto como éste se presentó ya, y sin ambages de ningún tipo, e incluso antes de su legalización y constitucionalización, como aquel *Parteienstaat* (Estado de partidos) del que habla-

ba Triepel, y en el que, acaso como rasgo más notorio, aquel mandato libre conforme al cual, y de acuerdo ya con la teorización de Sieyès, y que, en todo caso, se convertiría en el rasgo definidor más importante de la representación política, se establecía la ficción de que el representante parlamentario, que, ahora, y a diferencia de lo que sucedía con el mandato imperativo —cuya vigencia en el momento anterior a las grandes revoluciones liberal-burguesas de finales del siglo XVIII, hacía que difícilmente pudiera hablarse de una auténtica representación política (G. Leibholz)—, no podría ser revocado en su mandato (A. Esmein), representaba a toda la nación en su conjunto (H. Heller, H. Kelsen, P. de Vega), y que, a la postre, permitió identificar el Estado constitucional con el Estado o el gobierno representativo mismo, se ha visto sustituido por el mandato de partido, en virtud del cual, y unido a la consagración del sufragio universal y la adopción del sistema proporcional, lo que sucede es que hoy las decisiones políticas se adoptan en el interior de los partidos políticos (R. Smend, H. Triepel, G. Leibholz, E. Forsthoff). Y, en efecto, no puede olvidarse que el fenómeno anterior fue el que, en último extremo, dio origen a que Francesco Trotta, con una plasticidad indudable, pudiera escribir que

Repetimos ciertas fórmulas por costumbre y tradición sin darnos cuenta del engaño en que incurrimos. Hablamos de soberanía del Parlamento, y sabemos perfectamente que ésta ya no existe. Hablamos de división de poderes y sabemos que ésta ha desaparecido desde el momento en que los gobiernos se han convertido en Comités de acción de las mayorías parlamentarias, y más aún, desde que aquellos y éstas dependen de las secretarías y comisiones ejecutivas de los partidos.

Es, lógicamente, desde esta perspectiva desde donde comenzará, por un lado, a proclamarse la crisis total del principio de división de poderes en el Estado actual, y por otro, a reivindicarse la vuelta a la concepción de éste por Montesquieu identificada, de acuerdo con la mera literalidad de su construcción, con la obligada atribución de la titularidad de cada uno de los poderes constituidos a un sujeto distinto. Lo que, ni que decir tiene, se hace especialmente patente en el marco de los Estados que cuentan con el sistema de gobierno parlamentario, en el que, debido a la centralidad que se reconoce al Poder Legislativo, todos los demás órganos constitucionales se formarán atendiendo al juego de las mayorías y minorías en él.

No hace falta, creemos, ser en exceso sagaz y perspicaz para comprender que en esa denuncia de la crisis absoluta de la división de poderes, así como en la demanda de volver a los esquemas formales trazados por Mon-

tesquieu, lo que subyace, además, y de modo difícilmente cuestionable, del deseo de volver a la falaz distinción fisiocrática entre el “Estado-aparato” y la “sociedad civil” —identificada ésta, por cierto, y tanto por parte de liberales (C. Lefort, J. Rawls), como por parte de los marxistas o neomarxistas (J. Rosemberg), siempre, y sin excepciones relevantes, con las fuerzas y poderes del mercado, esto es, con los titulares del poder económico—, es el discurso antipartido. No es menester que nos entretengamos, aquí, a indicar que, como yo aprendí del maestro Pedro de Vega, éste, que había nacido ya con el triunfo de los grandes procesos revolucionarios de finales del siglo XVIII, y desde la creencia de que la existencia de las organizaciones políticas partidistas no haría más que impedir la satisfacción de unos supuestos intereses nacionales superiores, los cuales tan sólo podrían verse atendidos con la formación de un gobierno que representase a todo el cuerpo político (G. Leibholz), había adquirido inicialmente una dimensión progresista y democrática con los discursos de los Washington, Madison, Robespierre, Saint-Just, etcétera, pasaría, ya en el siglo XIX, a formar parte nuclear del pensamiento conservador y autoritario —de lo que, sin disputa posible alguna, dan buena prueba las afirmaciones realizadas al respecto por Napoleón y Maurras—, y, finalmente, a adquirir su máxima expresión en el primer tercio de la pasada centuria cuando el mismo pasó a ser enarbolado, de modo fundamental, pero no exclusivo —y podríamos, en este sentido, recordar aquí las oscuras reflexiones de Radbruch sobre los partidos políticos—, por los autores más claramente antidemócratas y antiliberales, entre los que, sin duda, ocupan un lugar preferente Ostrogorski y Michels. Éstos, nadie puede desconocerlo, se mostrarían partidarios de la transformación del Estado de partidos —en el que, como señalaría Richard Thoma, “La voluntad ideal del Estado democrático es la voluntad de las organizaciones de partido dominantes en ese momento, con base en el consentimiento o la tolerancia del pueblo”—, en ese “Estado-partido” propio de los totalitarismos modernos en los que de un modo bien diverso a lo que define el régimen democrático, una visión unitaria y exclusivista del mundo que les lleva a la imposibilidad de reconocer el fraccionamiento y la existencia inevitable del conflicto en la sociedad, se pretendía solucionar “la separación entre la realidad política y la normativa constitucional se resolvió de esta forma con la identificación o la vinculación total de los mecanismos del Estado y los mecanismos del partido” (P. de Vega).

Es importante señalar que es, justamente, esta última manifestación del discurso antipartido la que, aunque, sin duda, en la mayoría de los casos de forma inconsciente, ha conocido en los primeros años de esta centu-

ria, y principalmente en su segunda década, una nueva revitalización. Si bien, y de manera que no puede ser considerada sino paradójica, ahora en nombre de las ideas democráticas y progresistas. Nos estamos refiriendo, obviamente, a los acontecimientos vividos por doquier en 2011, y que, por ejemplo, en España se denominó “el movimiento 15”.

No nos corresponde a nosotros, como es fácil de comprender, el tratar de determinar hasta qué punto estos movimientos a los que nos referimos, fueron el resultado de un movimiento ciudadano espontáneo, o si, por el contrario—y en conexión directa con la problemática de la articulación práctica del principio de división de poderes en un mundo globalizado cuya vida, por lo demás, se encuentra enormemente condicionada por eso que se llama las “grandes autopistas de la comunicación” que supone Internet—, el mismo se debía a algo orquestado a través de las nuevas redes de comunicación social, y, en todo caso —fundadas sospechas existen al respecto—, por los mismos que, nadie puede desconocerlo, habían tratado de interferir en el proceso electoral en Estados Unidos de América, en Francia, en México, etcétera. De la misma manera, tampoco nos corresponde a nosotros, desde luego a los efectos de este escrito, el interrogarnos sobre si no hubo, siquiera fuera de manera inconsciente, entre los participantes de estos movimientos no pocos cuya actuación sería reconducible a lo que Habermas había denominado “revolucionarismo aparente”, o, como mínimo, a lo que el profesor Tierno Galván, refiriéndose en concreto, y en una serie de artículos publicados en *Le Monde*, al FLP, llamó “radicalismo estético” —caracterizado éste, de acuerdo con el maestro Pedro de Vega, por cuanto que su actuación se presenta “como simple evasión estética y romántica de los compromisos que impone una realidad cruel. Se trataría entonces de simples radicalismos estéticos, cuya mayor o menor grandeza moral carece de sentido a nivel social”—. Aunque, empero, no podríamos, ni tampoco querríamos, dejar de señalar que esta última interpretación podría entenderse como justificada en tanto que lo que el transcurso del tiempo ha demostrado es que este movimiento, que —obviando que sigue siendo plenamente cierto el aserto de Kelsen de que

no puede dudarse que el descrédito de los partidos políticos por parte de la teoría y la doctrina del derecho político de la monarquía constitucional encubría un ataque contra la realización de la democracia. Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un *Estado de partidos*, [así como el que la] experiencia nos enseña es que cuando los partidos desa-

parecen, los que le substituyen son los grupos de presión, los magnates de las finanzas o los demagogos con vocación de dictadores (P. de Vega)—

ha dado lugar, de forma paradójica, y por todas partes, a la creación de nuevas organizaciones políticas partidistas, así como a nuevas plataformas electorales, destinadas, unas y otras, a integrarse, a través del instituto de representación política en el marco del *Parteienstaat*, en los centros de decisión y acción política de la comunidad política, y muy singularmente en el Parlamento y el gobierno.

Lo que en verdad nos interesa es tan solo, y porque ello afecta, y de modo directo e inmediato a la actual denuncia de la crisis absoluta de la división de poderes y a la presente reivindicación de los esquemas formales elaborados por Montesquieu sobre la efectividad real de este principio, señalar que existen unas patentes concomitancias entre la nueva denuncia de la desaparición fáctica de la división de poderes como consecuencia de los partidos políticos, y la que hicieron en el primer tercio del siglo XX los autores antidemócratas y antiliberales. Nadie discute, ni, por lo demás, podría hacerse actuando de una manera objetiva, ponderada y cabal, que no faltaba una cierta razón a quienes protagonizaron las revueltas de 2011, y como consecuencia de la actitud mostrada, por doquier, por no pocos dirigentes de las organizaciones políticas partidistas. Para nadie, en efecto, puede ser un misterio que en la protesta de aquellos días, lo que, de una u otra suerte, subyacía era la toma en consideración de ese peligro real que existe en toda democracia representativa, y que, en última instancia, fue, de una manera tan contundente como acertada, denunciada por Georges Berliá cuando, refiriéndose al problema de la naturaleza del poder de reforma constitucional, señaló que “los elegidos dejan de ser los representantes de la nación soberana [o, en su caso, del Pueblo soberano], para convertirse en los representantes soberanos de la nación” —y que es, en último extremo, y refiriéndose en concreto, y como el propio Berliá, al ejercicio de la función constituyente como actividad jurídica reglada y limitada, había conducido a ese gran constitucionalista positivista italiano que fue Ferruccio Pergolesi a defender que, por su propia importancia objetiva, y por cuanto no es siempre presumible el que porque las organizaciones políticas partidistas que habían recibido el mayor número de votos en los anteriores comicios generales deseen revisar la Constitución, el contenido material de la misma responda tanto a los intereses de los ciudadanos en el momento en el que aquélla se efectúa, toda reforma constitucional, incluso aunque ello no estuviera previsto en el código jurídico-político fundamental, habría de ser sometido al voto

directo de los ciudadanos en referéndum—, volverán a argüir el lema de “no nos representan”, del que, nadie puede ignorarlo, con tanto éxito se habían aprovechado Hitler y Mussolini, y al que, por influencia de Herrera Oria, habían apelado en la España de 1933 la CEDA y Lerroux.

De cualquiera de las maneras, lo que ha de ser reseñado es que en el implícito mensaje antipartido que esconde el citado lema del “no nos representan”, lo que subyace, aunque con toda probabilidad de modo inconsciente en el supuesto de la mayoría de los protagonistas de los acontecimientos de 2011, es el mismo mensaje que encerraba la célebre “ley de hierro de la oligarquía” de Robert Michels —quien, por cierto, y no conviene perderlo de vista, no obstante su pretendida neutralidad ideológica, acabaría sus días actuando como asesor remunerado de Mussolini—, conforme a la cual, y como contenido medular y basilar de la misma, lo que sucede en el marco de la democracia representativa en régimen de partidos es que la estructura piramidal de las organizaciones políticas partidistas no hacen, en definitiva, más que favorecer el distanciamiento de los dirigentes del partido respecto de sus propias bases. Circunstancia ésta que, a la postre, y, se dirá, pese a los correctivos que se establecen, por ejemplo, en el artículo 6o. de la Constitución Española en el sentido de que su “estructura interna y su funcionamiento deberán ser democráticos” —y que debieran haber conducido a residenciar el control de los mismos en el ámbito de la jurisdicción constitucional, y no en el de la ordinaria (P. de Vega, R. Morodo, P. Lucas Murillo de la Cueva)—, termina haciendo que el partido político con representación parlamentaria pase a defender los intereses concretos y coyunturales de sus dirigentes, que, además, serán los que ocupen los puestos políticos en el aparato institucional del Estado, incluso cuando los mismos puedan ser contrarios a los de sus militantes, simpatizantes y votantes. Lo que, ni que decir tiene, supone dar plena validez a aquella idea expresada ya por Lord Bryce de que “La organización traiciona la voluntad del pueblo”.

También va a ser, y nadie puede desconocerlo, igual la receta que ofrecían a esta tendencia, siempre patológica, a la oligarquización de las organizaciones políticas partidistas. En efecto, tanto los antidemócratas y antiliberales de los primeros años del siglo XX, y que, de una manera muy especial no tenían otra intención que demostrar la imposibilidad misma del régimen democrático, como quienes —pareciendo, en todo caso, hacerse eco de la contraposición elaborada por Burdeau entre democracia gobernante y democracia gobernada—, asumen el discurso antipartido de éstos en los primeros años de la presente centuria aunque, eso sí, presuntamente en nombre de la libertad, democracia y progreso que siempre había defendido

el democratismo radical, no encontraran mejor receta que la de preconizar la necesaria desaparición de los partidos políticos. Los últimos, muchas veces de manera inconsciente y con la mejor de las voluntades, lo propondrán con la doble finalidad de, por un lado, que la soberanía, que entienden se encuentra secuestrada por las cúpulas dirigentes de los partidos políticos, vuelva a ser ejercida directamente —y de acuerdo con los presupuestos de aquel mito de la “democracia participativa” que había encontrado en Zampetti uno de sus más brillantes expositores—, por los ciudadanos, y, por otro, que al alejar a las oligarquías partidistas de los órganos de decisión política, los ciudadanos alcancen unas mayores cuotas de bienestar.

Es menester advertir, y de forma inmediata, que olvidan, sin embargo, éstos que la aparición histórica de los partidos políticos se debió, y de modo difícilmente cuestionable, a las necesidades operativas de la izquierda burguesa y obrera, y, además, como medio ineludible para poder combatir, en el contexto de un sistema político en el que operaba el sufragio restringido —y que, en definitiva, no hacía más que mantener en el primer Estado burgués de derecho aquella realidad del Estado absoluto en donde, como denunció Fichte, lo que ocurría es que

el estamento de los grandes poseedores de bienes... serían los únicos y verdaderos propietarios, los únicos ciudadanos que forman el Estado, no siendo los restantes más que simples accesorios, obligados a comprar su reconocimiento al precio que les plazca a los primeros. No es de extrañar, digo, puesto que entre todas las cosas existentes, el terreno, el suelo, es la que más evidentemente se puede apropiar—,

lo que Lassalle —a quien, en cuanto que fichtiano y hegeliano que era, le corresponde el gran mérito de haber comprendido que el problema para las clases económicamente más menesterosas no era el Estado, sino, por el contrario, la falta de fuerza que tenían, por lo menos actuando aisladamente, los partidarios del democratismo, del democratismo radical y del socialismo democrático (H. Heller), y que, a la postre, le había conducido a propugnar, como posteriormente haría también Heller, la necesidad de llegar a acuerdos, siquiera fueran puntuales, entre estas organizaciones— había identificado con el rótulo de “férrea ley económica”, conforme a la cual la burguesía liberal y conservadora será proclive a la aprobación de normas jurídicas que favorezcan el bienestar de esa inmensa mayoría de la población que está integrada en la clase no propietaria. Y, ni que decir tiene, el olvido de esta circunstancia les conduce, inexorablemente, a ignorar que la desaparición de los partidos políticos, en cuanto que instrumentos funda-

mentales para la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, a quienes en realidad favorecería no es a las clases económicamente más necesitadas, sino, muy al contrario, a los propietarios de los medios de producción y financieros, adscritos, de una manera generalizada, a las tendencias más conservadoras y, de cualquier forma, partidarios, también con carácter general, del liberalismo económico.

Y nos interesa resaltar esto por cuanto que es, justamente, desde este esquema desde donde se va a producir tanto la denuncia de la actual desaparición de la división de poderes, como la reivindicación a los esquemas formales de la construcción de Montesquieu. Del mismo modo que es también esta circunstancia la que, en último término, nos permite realizar la, ya aludida, equiparación entre las propuestas de los participantes de los movimientos antipartido del presente, con las de los neoliberales y con la de los autores antidemócratas y antiliberales del periodo de entreguerras. Y es que, en efecto, lo que sucede es que todas estas propuestas no hacen más que conducir a esa situación descrita por el doctor De Vega cuando escribió que

La pretensión de reconstruir un orden liberal en el que las instancias políticas... cedan su puesto a las instancias sociales, terminará convirtiéndose de esta forma en una crítica directa e injusta de los partidos políticos, de los que sin pudor alguno se denunciarán sus males, y en una apologética indirecta, pero no por ello menos decidida, de los grupos de presión. Se condena a los partidos y se critica su acción, para que en su lugar se desarrolle la actividad de los grupos y de los poderes privados. Constituye un hecho perfectamente verificable que en aquellas democracias donde los partidos todavía gozan de un mínimo prestigio, los grupos de presión tienen una acción mucho más limitada que en aquellas otras donde han perdido definitivamente su legitimidad. Hablar, en estas circunstancias, de una reconstrucción de la sociedad liberal, dando por buena la hipótesis de que nos enfrentamos a una sociedad presidida por la acción de los grupos de presión, obliga a conferir la razón a aquel discípulo de Hegel que decía que los grandes acontecimientos históricos se repiten siempre como farsas.

V

Punto de partida inexorable de todas estas denuncias y reivindicaciones a las que nos referimos, es, nadie puede ignorarlo, el colosal cataclismo que el reconocimiento jurídico del fenómeno partidista generó en el sistema jurídico-formal, no así en el de la realidad político-material —donde las organizacio-

nes políticas partidistas, ignoradas tanto por los prácticos de la política como por los estudiosos del Estado, la política y el derecho, acaso por considerar a aquéllas como unos sujetos que, por un lado, se resisten a someterse al derecho, y, por otro, son capaces de generar el *fait accompli*, o la fuerza normativa de los hechos, comprendido éste como lo hacía el ilustre maestro de Heideberg, como un fenómeno histórico con fuerza constituyente, si operaban—, de la democracia representativa propia del Estado constitucional liberal. Conmoción que, para nadie puede ser un misterio, comienza manifestándose en el sentido que hoy tiene el propio discurso parlamentario. En efecto, todos podemos ser conscientes que, en el marco del Estado de partidos y con el sufragio universal ya operante, en donde, como escribió Smend:

El debate parlamentario ha dejado de ser el momento creador de la decisión política para pasar a convertirse cada vez más en una fachada detrás de la que se realizan con toda discreción las negociaciones entre los partidos. Desde que la actividad parlamentaria depende de los grupos parlamentarios, son éstos los que concretan la vida parlamentaria... Apenas se puede decir ya que nuestro parlamentarismo es un “Government by talking”, esto es, una forma de gobierno [como señaló, refiriéndose al modelo británico, Josep Redlich] “se basa en el instrumento de la palabra como motor y fórmula esencial de su ejecución”...

Ya no se trata, como debía suceder en el Parlamento ideal schmittiano, y que en realidad nunca pasó (P. de Vega), de convencer a los otros parlamentarios para encontrar la razón, la verdad y la justicia, sino que de lo que se trata es de convencer al Cuerpo Electoral. Aunque, y a nadie puede ocultársele, no terminan aquí las transformaciones del régimen parlamentario debidas al fenómeno partidista.

Nos referimos, de una manera más concreta, a la observación realizada —y en la que algunos han querido ver no una mera constatación de la realidad política, sino una clara prueba de un claro antiparlamentarismo, similar al mantenido por Schmitt— por Smend, conforme a la cual la aparición del fenómeno partidista determina que frente a ese Parlamento ideal construido, en la que, sin disputa, es la obra más ideológica de este autor, por Carl Schmitt, hoy las Asambleas Legislativas han perdido esa condición prominente que le habían otorgado los primeros liberales, para convertirse, de manera inevitable, y cada vez más, en una fachada en la que se formalizan los acuerdos intra e inter partidos, y en el que, consecuencia de aquel mandato de partido que permitía escribir irónicamente al más brillante y capaz de todos los constitucionalistas adscritos al positivismo jurídico que

Hasta se podría plantear la idea de no obligar a los partidos políticos a enviar un número de diputados individualmente designados, y siempre los mismos, en proporción a la importancia del partido, que hubiesen de colaborar en la resolución de todas las cuestiones... sino que se podría permitir a los partidos delegar de su propio seno, según la oportunidad de cada caso, los expertos con que pudieran contar para participar en la deliberación y adopción de acuerdos sobre las diversas leyes, expertos que en cada caso influirían en la resolución con el número de votos asignados proporcionalmente a sus respectivos partidos políticos (H. Kelsen)...

La mayoría de los parlamentarios se limitan a aprobar las decisiones que previamente se han adoptado en los comités ejecutivos de las organizaciones políticas partidistas. Desde esta observación, la denuncia de la “muerte de Montesquieu” en los modernos regímenes parlamentarios no ofrece dificultad alguna para su comprensión. Porque, se dirá, quienes ocupan los parlamentos son los partidos políticos, y quienes deciden, en realidad, no son los parlamentarios individuales sino, por el contrario, sus comités ejecutivos, lo que sucede es que en un sistema donde todos los demás órganos constitucionales son designados por las asambleas legislativas, todos los poderes constituidos del Estado van a encontrarse en unas mismas manos: las del partido o partidos que conforman la mayoría parlamentaria. De donde, se dirá también, el sistema de frenos y contrafrenos que implicaba el principio de división de poderes teorizado por Montesquieu, y que fue consagrado en el más alto nivel normativo del Estado desde los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, ha dejado de tener vigencia y eficacia en el contexto del Estado constitucional democrático y social en cuanto *Parteienstaat* que es.

VI

Es menester indicar, y de manera inmediata, que la crítica resulta exagerada, y que, en todo caso, no justifica ni la proclamación de la muerte de Montesquieu, ni la de la reivindicación de la vuelta a los esquemas formales trazados por éste. E importa advertir que esto es así, incluso desde el punto de vista jurídico-formal. Veámoslo, aunque de manera sintética, con un cierto detenimiento. Es verdad, nadie lo niega, ni, por lo demás, podría negarlo actuando de un modo objetivo, que en el sistema de gobierno parlamentario, en el que una de sus notas definidoras más relevantes es, justamente, la de que

el encargado de formar gobierno será aquél que consiga la confianza de la mayoría del Parlamento —en el actual derecho constitucional español, se requiere, a tenor de lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución, el voto favorable de la mayoría absoluta, en primera vuelta, y de la mayoría simple, en segunda, del Congreso de los Diputados—, puede decirse que, frente al modelo diseñado por Montesquieu, en el Estado de partidos es un mismo sujeto, el partido político que ocupa la posición de mayoría parlamentaria, quien va a ocupar tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo. De esta suerte, evidente es que lejos de producirse aquella confrontación entre ambos poderes a la que se refería Montesquieu, lo que en realidad sucede es que, al actuar el partido político como correa de transmisión entre uno y otro, sus relaciones van a ser de obligada colaboración.

Ahora bien, si esto es así en cuanto al Ejecutivo y al Legislativo, no es menos cierto que la crítica no se sostiene en relación con los otros poderes constituidos. Ni siquiera cuando, como es lo usual, sean los partidos políticos con representación parlamentaria quienes proponen a los integrantes de los otros órganos del Estado. Los magistrados constitucionales designados por el Congreso de los Diputados y el Senado en el sistema constitucional español, nos ofrecen —no obstante la perniciosa política de las “cuotas” que todos los partidos denuncian, pero a la que, empero, no están dispuestos a renunciar— un magnífico ejemplo al respecto. Existen, en efecto, garantías jurídicas bastantes en el texto constitucional español para asegurar esa imprescindible independencia de los magistrados constitucionales respecto de los partidos políticos que los propusieron. Y no nos referimos tan solo a la figura del voto particular consagrada en el artículo 164, y que constituye uno de los instrumentos de defensa de la independencia del magistrado individual. A lo que aludimos, de un modo muy principal, es a que difícilmente puede afirmarse que en la España de 1978 un mismo partido político ocupa simultáneamente el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Tribunal Constitucional. Y ello, por la propia mayoría establecida por el Poder Constituyente para la elección de estos magistrados constitucionales por las cámaras parlamentarias, y que, de modo definitivo, asegura la independencia de éstos, aunque no tanto, por la remisión a la Ley Orgánica para la determinación de las funciones, la del propio órgano. A ello se refirió, con la brillantez, rigor y contundencia que le fueron siempre característicos, Pedro de Vega, quien escribió, en 1984, que

No obstante, y a pesar de estas enfáticas y solemnes declaraciones de independencia, no han faltado una serie de críticas que... se han vertido contra

ella. El argumento de fondo ha sido siempre el mismo: la forma de designación de los miembros del Tribunal... El hecho de que las Cámaras y el Gobierno —que es un mero reflejo de la voluntad de las cámaras— propongan a diez de los doce magistrados que componen el Tribunal, ha servido para que, con una simpleza digna de mejor causa, se llegue a afirmar que el Tribunal Constitucional, lejos de ser independiente, forzosamente habrá de convertirse en un puro mandatario de los órganos que los designan... A parte de los datos que la experiencia ofrece... existe otra circunstancia que no se puede olvidar. La designación de los componentes del Tribunal se efectúa por una mayoría de tres quintos de parlamentarios, lo que significa que se hace necesario el consenso de los distintos partidos con representación en las Cámaras para llevarla a cabo. Con lo que se asegura, por un lado, que los Magistrados no respondan a concepciones ideológicas monolíticas, y, por otro lado, que, a nivel personal, no tengan que sentirse vinculados a tendencias, ni a partidos concretos.

Señalar esto, conviene aclararlo, en modo alguno significa negar que el fenómeno partidista ha generado un colosal cataclismo en el esquema formal de la división de poderes constitucionalizada, bajo una más que sobresaliente influencia del pensamiento de Montesquieu, desde los grandes procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII, y que, nadie puede ignorarlo, continúa siendo consagrada por los códigos jurídico-políticos fundamentales en el Estado constitucional democrático y social. Lo que ocurre, en todo caso, es que la constatación de este hecho no autoriza ni a decretar la muerte de Montesquieu, ni tampoco a exigir la vuelta a los estrictos términos formales en los que Montesquieu había teorizado este principio. Y mucho menos, a hacerlo en nombre de la lógica del progresismo y del democratismo. La razón es, a nuestro juicio, fácilmente comprensible. Y la misma, en último extremo, es la de quienes proponen esta vuelta a los esquemas formales del Estado constitucional liberal e ignoran que en el marco del Estado constitucional democrático y social, en el que su configuración como Estado de partidos es ya insoslayable, el principio de división de poderes sigue siendo eficaz en tanto que, en este último, el mismo no se articula ya como aquella confrontación imaginada por Montesquieu entre Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, y, más precisamente, en la medida en que el aristócrata liberal se encargó de configurar al Poder Judicial como un poder políticamente neutro, entre los dos primeros, sino que, por el contrario, lo que sucede es que, como ha escrito el Pedro de Vega, el

juego de fuerzas políticas no se contrapesa ya entre el legislativo y el ejecutivo, habida cuenta que los partidos electoralmente triunfantes suelen estar en ambos, sino entre mayorías y minorías, entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores.

Porque esto es así, surge ante nosotros una clara, y meridiana, conclusión que no podríamos, ni tampoco queríamos, dejar de consignar en este trabajo. La misma, según nuestro parecer, no puede resultar más patente y evidente. Sobre todo, para todos aquellos constitucionalistas que acepten que tenía toda la razón Heller cuando afirmó que la democracia, en el orden histórico y en el de las ideas, nunca está, ni, además, puede estar, en crisis, aunque, de manera indiscutible, lo que sí puede producirse, y de hecho se produce, es la crisis en la gestión de la democracia —entendiendo, a los efectos que aquí interesan, en la actuación, interna y externa, de los partidos políticos—. Y ésta, en definitiva, no es otra que en contra de lo que mantuvo el pensamiento antipartido clásico, y lo que sigue afirmando hoy, con toda probabilidad, y en la mayoría de los casos, de manera inconsciente, el movimiento antipartido actual, el pluripartidismo se convierte en el último mecanismo para hacer real y efectivo el principio de división de poderes, así como del resto de los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, en la actual democracia de masas.

La mejor prueba de que esto es así, acaso nos la pueda proporcionar esa independencia judicial, que, nadie puede desconocerlo, se encuentra hoy tan cuestionada en la España de 1978, y por el motivo de que, desde la aprobación de la LO 6/1985, del 1o. de julio, del Poder Judicial, todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial —que, como especifica la Constitución, no es un órgano encargado de ejercer la función jurisdiccional, que corresponde a los jueces y magistrados (artículo 117. 1 CE 1978), sino tan sólo “el órgano de gobierno del mismo” (artículo 122. 2 CE 1978)— son elegidos por las cortes generales. Pero que, de cualquiera de las maneras, no es un fenómeno desconocido en otras latitudes, aunque por otros motivos, el que se trate de “resucitar” a Montesquieu. Y es que, en efecto, también la independencia judicial va a terminar dependiendo de que exista el pluripartidismo.

Interesa recordar, en este sentido, que la universalmente proclamada independencia del juez, que en primer término está fundamentada en la circunstancia de que éste se encuentra tan solo sometido al imperio de la ley, y que, desde el punto de vista jurídico y formal, encuentra su garantía en el

hecho de que el ordenamiento constitucional consagre el principio de división de poderes, conforme al cual el juez no se encuentra sujeto a la voluntad, más o menos justa, más o menos arbitraria, ni del órgano encargado de personalizar el Poder Legislativo, y, por ello mismo, desde una posición de una cierta superioridad respecto del resto de los órganos constitucionales en cuanto que es el que ejerce la función legislativa del pueblo por la elección directa del Cuerpo Electoral (H. Heller), ni del órgano que se presenta como el titular del Poder Ejecutivo. Lo que, de algún modo, va a concretarse en el principio de que éstos, como se desprende del mismo tenor literal del artículo 117.2, no podrán, a diferencia de lo que sucedía en el Antiguo Régimen, ni separar, ni suspender libremente a los jueces y magistrados.

Ahora bien, si esto es así, con lo que nos encontramos es con que la efectividad real de la independencia del juez, y desde el punto de vista de la realidad política y jurídica, mucho más que de las previsiones contenidas en el más alto nivel normativo de la comunidad política, de lo que realmente sucede en la vida política de la misma. Dicho de una manera mucho más clara y contundente, nos encontramos con que el juez, sujeto tan solo al imperio de la ley y no a la voluntad de los gobernantes, será realmente independiente cuando en el Estado de que se trate opere un sistema multipartidista. Y ello, por cuanto que es, justamente, en virtud del pluripartidismo cuando el principio de división de poderes, cuya formulación clásica, como ya hemos señalado, pero no importa insistir en ello,

ha sido sustituida por una nueva y diferente forma de equilibrio. El juego de pesos y contrapesos (*checks and balances*) entre los poderes del Estado no se produce ya entre el Legislativo y el Ejecutivo, habida cuenta de que los partidos electoralmente triunfantes suelen estar en ambos, sino entre mayorías y minorías, entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores,

adquirirá una entidad y efectividad reales y podrá desplegar toda su potencialidad. Lo que, como a nadie puede ocultársele, nos dice que, por mucho que la misma se encuentre enfática y solemnemente proclamada por el derecho constitucional vigente, la independencia de los jueces, como órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional en el Estado, no pasará de ser una mera declaración retórica y, al mismo tiempo, absolutamente vacía de contenido en aquellos Estados donde el pluripartidismo no existe. Y, lógicamente, esto encontrará su máxima expresión en el caso de los Estados autocráticos, en los que, en muy buena medida como consecuencia de la

incapacidad que tienen todos los autócratas para reconocer que la realidad no es unidimensional y que, por ello mismo, es fuente de conflictos (P. de Vega), el partido del que se vale el autócrata no sólo es el único partido que opera en ese determinado cuerpo político, sino que, además, se integra en la propia maquinaria del Estado. Con la sagacidad y penetración que siempre le fueron característicos, y que, en definitiva, hicieron que se convirtiese en uno de los constitucionalistas del periodo histórico que identificamos con el rótulo de “Teoría del Estado y de la Constitución de Weimar” que mejor pudo desempeñar esta tarea esencial que corresponde a los profesionales universitarios de la teoría del derecho constitucional de tratar de hacer comprensible en términos jurídico-públicos la realidad jurídica y política del Estado y, al mismo tiempo, y como ya había ordenado, en 1906, el insigne maestro de Heidelberg, el tratar de contribuir a su feliz desarrollo, Heller, en su estudio-denuncia sobre el régimen político y jurídico del totalitarismo fascista en Italia, puso de relieve, y con toda contundencia y claridad, esta circunstancia. Y creemos, en todo caso, que, aunque la cita sea larga, merece la pena transcribir sus palabras. Señala al respecto el genial constitucionalista socialdemócrata alemán que

La concentración descrita del Poder ejecutivo y legislativo en las manos del dictador da también al traste con la independencia que el Poder judicial tiene en el Estado de derecho. La independencia de los jueces es sólo un corolario de su dependencia de la ley, entendiéndolo por ley en el Estado de derecho aquella norma jurídica suprema elaborada, por lo menos con la cooperación del Poder legislativo del pueblo, “porque lo único que distingue una ley constitucional de la norma dada por el monarca absoluto, o por un dictador, es que el pueblo o su representación decide (o al menos participa) en la formación de la ley”... En el sistema del Estado de derecho la garantía de justicia relativa de la ley estriba en todo el procedimiento legislativo, a través del cual deben expresarse y completarse, con la mayor libertad e igualdad posibles, todas las valoraciones que viven en el pueblo... Cuando el dictador concentra en sus manos el Poder legislativo y cuando todas las normas jurídicas superiores emanan más o menos exclusivamente de su voluntad [que era, como demostró el mismo Heller, lo que sucedía en la Italia de Mussolini, en donde difícilmente podría entenderse que el Parlamento italiano expresaba la voluntad del Pueblo cuando sus miembros eran elegidos por el Consejo del Fascio, y, además, los integrantes de éste eran designados directamente por el *Duce*], el juez no depende ya de las leyes, sino de la voluntad actual del dictador y, por tanto, la administración de justicia es también dictatorial.

No trataba yo, como es lógico, de dar en estas líneas una solución definitiva a la problemática actual de la división de poderes. Entre otras cosas, por cuanto que soy plenamente consciente de que mi discurso deja, por razones de espacio, de atender el problema de la eficacia de este principio en el marco del Estado social, en donde, necesariamente, éste ha de presentarse como el diálogo entre el poder público, al que le corresponde la defensa de la libertad de los ciudadanos, y el poder privado, así como su realidad, o, más bien, su no materialización en un mundo globalizado, en el que la vida política se hace depender de las diversas “guerras comerciales”. Lo que, por el contrario, trataba, era simplemente de aportar algunos elementos para la reflexión sobre un problema que, querámoslo o no, sigue siendo medular para el derecho constitucional en el siglo XXI.

¿ES EL SIGLO XXI EL TIEMPO DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO?

Marco Antonio CONTRERAS MINERO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principio de división de poderes, origen y evolución*. III. *La división de poderes versus “la constelación de autonomías”*. IV. *El desafío: impedir la tecnocracia autoritaria de los órganos constitucionales autónomos*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes*.

I. INTRODUCCIÓN

Los órganos constitucionales autónomos (en adelante OCA) surgen en México en el siglo pasado, a partir de la década de los noventa, como un proceso en el que se sustraen algunas funciones del ámbito de facultades del Poder Ejecutivo, por considerar que no habían sido debidamente atendidas y que podrían ser realizadas de una manera más efectiva y eficiente a través de un órgano que cuente con autonomía y que no esté adscrito a los poderes tradicionales (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Se ha dicho que el apogeo a nivel mundial de los OCA va relacionado con el auge de la teoría de la nueva gerencia pública, la cual comenzó a expandirse en los años ochenta del siglo pasado, estableciendo que las unidades que integran el Estado pueden prestar mejor sus servicios si aplican técnicas de gestión del ámbito privado, por lo que, para cumplir con esos fines, deberán de contar con autonomía en la toma de decisiones, sin necesidad de subordinación con un determinado poder público.¹

La implementación de órganos autónomos ha generado diferentes preguntas por parte de los especialistas en derecho constitucional, debido a que su modelo contradice el dogma de la división del poder público, además

* Estudiante de la Maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Ballinas Valdés, Christopher, *Luchas políticas en el diseño de organismos autónomos*, México, Centro de Estudios Espinosa Yglesias, 2011, p. 17.

de que han sido impulsados a partir de la implantación de políticas neoliberales.² Baste decir que los cambios en la administración pública federal a partir del sexenio de Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988) sentaron las bases para la llegada del neoliberalismo en México.³ Se trató de un movimiento legislativo que tenía como objetivo adecuar el orden jurídico mexicano a lo que posteriormente se establecería en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por lo que el marco jurídico debía ser estable, previsible y generar certidumbre al poder económico, en pocas palabras adecuar la Constitución a los dictados internacionales.⁴

La presente ponencia se divide en tres partes, en un primer momento nos enfocaremos a describir un breve panorama del principio de división de poderes, a fin de determinar su origen y evolución, posteriormente analizaremos el efecto que causó la constitucionalización de los denominados órganos constitucionales autónomos en el principio de división de poderes establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, finalmente, enunciaremos uno de los muchos aspectos que nos parecen relevantes en el tema que nos ocupa, nos referimos, en concreto, a la importancia de seguir defendiendo la división de poderes en un Estado constitucional y democrático de derecho, por considerarlo un elemento de contención que evitará que a la postre los OCA devengan en un tipo de tecnocracia autoritaria.

II. PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES, ORIGEN Y EVOLUCIÓN

En el siglo XVIII, Charles-Louis de Secondat Barón de Montesquieu, siguiendo el pensamiento de John Locke, formuló uno de los principios que hoy se concibe como un dogma dentro de la mayoría de las Constituciones contemporáneas, nos referimos al principio de división de poderes, el cual tenía como objetivo establecer límites inviolables al individuo por parte del Estado, mediante la separación del poder.⁵

Montesquieu estableció que el sistema de frenos y equilibrios sería la mejor manera de asegurar un gobierno virtuoso, debido a que en la medida

² Cfr. Zeind, Marco Antonio, *Organismos constitucionales autónomos*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 413.

³ *Ibidem*, p. 202.

⁴ Contreras Méndez, Marco Antonio, “El Tratado de Libre Comercio y la modificación del orden jurídico interno”, *Tlamelahuá. Revista de Investigaciones Jurídico-Políticas*, México, año IV, núm. 6, octubre de 1993, pp. 24 y 26.

⁵ Cfr. Held, David, *Modelos de democracia*, 3a. ed., trad. de María Hernández Díaz, España, Alianza, 2007, pp. 106 y 107.

que se distribuyera y organizara el poder, ninguna persona caería en la tentación de abusar del mismo, en sus palabras “todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”,⁶ por lo tanto, en esta visión mecanicista se espera que “el poder sea un control para el poder”.⁷

A decir de Blanco Valdés, previo a la elaboración de la que sería una de sus obras más importantes, Montesquieu se avocó al estudio de las ciencias naturales y aplicó este conocimiento del funcionamiento de los seres vivos a su obra titulada *Del espíritu de las leyes*, existía en su pensamiento una conexión entre las leyes de la política y las leyes naturales, describió “la separación de poderes que se había establecido en Inglaterra como quien estuviera exponiendo la fisiología de un cuerpo vivo o el mecanismo que determina el funcionamiento de una máquina”.⁸

La idea de separación de poderes de Montesquieu fue constitucionalizada por primera vez en Estados Unidos en 1787, la cual será la primera Constitución que ya no tendrá un contenido de monarquía (como sí ocurrió en las Constituciones de Europa), los Padres Fundadores de Estados Unidos establecieron los *check and balances*, que implicaban una separación y coordinación de los poderes estatales como base para asegurar la libertad.⁹

Cabe destacar que, en el origen de la división de poderes, subyace el pesimismo del pensamiento de Hobbes, que se funda en la desconfianza que se tiene del ser humano, ya que en la medida que tenga poder, se deduce categóricamente que abusará de éste, por lo que será necesario crear un mecanismo estatal que sea capaz de dividir el poder y contraponerlo para beneficio de las libertades individuales.¹⁰

En el siglo pasado, el constitucionalista Karl Loewenstein advirtió que la teoría de la separación de poderes es uno de los dogmas políticos más famosos del constitucionalismo moderno, el cual surgió en unión con la técnica de la representación, asimismo, se basa en un pensar mecanicista y tiene como objetivo garantizar la libertad individual (siendo su *telos* ideológico). Desde su perspectiva, es una teoría ya superada y alejada de la realidad debido a que fue concebida en un tiempo y circunstancias determinadas, en el

⁶ *Ibidem*, pp. 108 y 109.

⁷ *Idem*.

⁸ Blanco Valdés, Roberto L., *La construcción de la libertad*, España, Alianza, 2010, pp. 76 y 77.

⁹ *Ibidem*, pp. 61, 77 y 78.

¹⁰ *Cfr. ibidem*, p. 57.

contexto de la lucha entre el liberalismo político y el absolutismo monolítico de la monarquía en los siglos XVII y XVIII.¹¹

No obstante, Loewenstein aceptó que el principio de división de poderes sigue siendo un dogma difícil de descartar en las Constituciones, debido a que no ha sido posible formular una “nueva conformación del poder” que supere las dificultades.¹²

Debido a que no es objeto de este trabajo realizar un análisis histórico del origen y evolución del principio de división de poderes, por último, a este respecto, se debe señalar la importancia que tendrá en las Constituciones el concepto de poder constituyente, el cual en un acto soberano divide el poder público, dando lugar a los poderes constituidos para organizar el funcionamiento del Estado, dichos poderes constituidos siempre subordinados a la propia Constitución.¹³

III. LA DIVISIÓN DE PODERES VERSUS LA “CONSTELACIÓN DE AUTONOMÍAS”

En primer lugar y a manera de radiografía, se enlistarán brevemente de manera cronológica los órganos que en México fueron dotados de autonomía a través de la constitucionalización de su autonomía en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Banco de México (1993);¹⁴ Instituto Federal Electoral hoy Instituto Nacional Electoral¹⁵ (1996); Comisión Nacional de Derechos Humanos (1999);¹⁶ Instituto Nacional de Geografía y Estadística (2006);¹⁷ Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (2013)¹⁸ hoy

¹¹ Cfr. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, España, Ariel, 1976, pp. 54-60.

¹² *Idem*.

¹³ Cfr. Blanco Valdés, Roberto L., *op. cit.*, p. 81.

¹⁴ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se adiciona la fracción III del artículo 82 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 20 de agosto de 1993.

¹⁵ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 22 de agosto de 1996.

¹⁶ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 102 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 13 de septiembre de 1999.

¹⁷ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se declaran reformados los artículos 26 y 73 fracción XXIX-D de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 7 de abril de 2006.

¹⁸ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman los artículos 3o. en sus fracciones III, VII y VIII; y 73, fracción XXV, y se adiciona un párrafo tercero, un inciso

extinto debido a la reforma educativa del 15 de mayo de 2019; Instituto Federal de Telecomunicaciones, y la Comisión Federal de Competencia Económica (2013);¹⁹ Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública,²⁰ hoy Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (2014); Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (2014)²¹ y Fiscalía General de la República (2014).²²

En segundo lugar, nos avocaremos a conceptualizar brevemente el concepto de OCA, posteriormente, se analizará lo dicho por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el tema de división de poderes y OCA, lo anterior, con el fin de analizar las implicaciones de estos últimos en el constitucionalismo mexicano, a la luz de lo que se ha denominado por Pedro Salazar como la “constelación de autonomías”.²³

Los OCA “son aquéllos inmediatos y fundamentales establecidos en la Constitución y que no están adscritos claramente a ninguno de los poderes tradicionales del Estado”²⁴ y “son un mecanismo clave para el funcionamiento de éste”.²⁵

d) al párrafo segundo de la fracción II y una fracción IX al artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 26 de febrero de 2013.

¹⁹ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones”, 11 de junio de 2013.

²⁰ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia”, 7 de febrero de 2014.

²¹ Importante destacar que hasta la fecha de entrega de este documento, no ha sido expedida la Ley que registrará al órgano autónomo denominado Consejo Nacional para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social, obligación establecida al Congreso de la Unión en el Transitorio Vigésimo del Decreto, por lo que, actualmente en virtud de citado Transitorio sigue siendo un Organismo Descentralizado, hasta en tanto no se expida la ley respectiva, para más información véase *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral”, 10 de febrero de 2014.

²² *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral”, 10 de febrero de 2014.

²³ Denominación utilizada en Salazar Ugarte, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, “Justificación de los órganos constitucionales autónomos”, *Derecho y Cultura*, México, núm. 2, invierno 2000-2001, p. 17, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-cultura/article/view/7281/6558> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2019).

²⁵ *Ibidem*, p. 18.

Diversos autores, entre los que se encuentran García Pelayo, Miguel Carbonell y Jaime Cárdenas, se han encargado de establecer los criterios que consideran relevantes y que debe contener un OCA en su conformación.

Para Jaime Cárdenas, los criterios con los que debe contar un OCA son los siguientes: inmediatez; esencialidad; participación técnica en la dirección política; paridad de rango; autogobierno; autonomía o independencia (funcional y financiera); integración y estatuto de los titulares; apoliticidad; inmunidades de los titulares; responsabilidades ante el congreso y los ciudadanos; transparencia; intangibilidad.²⁶

Tal como se aprecia, esta clasificación es más una aspiración que una descripción de las características que hoy poseen los OCA en México, nos gustaría abundar en el criterio de “intangibilidad”, el cual implica que debe existir en la Constitución un método agravado de reforma, con el fin de que no sea vulnerada la autonomía del órgano por una mayoría legislativa que tenga el poder en un momento determinado.

Resulta por demás interesante analizar el caso del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), el cual tuvo como contexto de creación el gobierno de Enrique Peña Nieto, quien impulsó diversas reformas estructurales de corte neoliberal, entre las que se encontraba la reforma educativa, la cual en 2013 transformó el INEE, entonces organismo descentralizado, en un órgano público autónomo,²⁷ con personalidad jurídica y patrimonio propio, no obstante, seis años después, sería objeto de una nueva reforma constitucional que le quitaría la autonomía, constriñéndolo a ser un organismo público descentralizado con autonomía técnica operativa, presupuestaria de decisión y de gestión, con personalidad jurídica y patrimonio propio, no sectorizado, y que coordinará el Sistema Nacional de la Mejora Continua de la Educación.²⁸

Este particular hecho, deja entrever la vulnerabilidad en la que se encuentran hoy en día los OCA en nuestro orden constitucional, situación que permitiría poner en cuestión la idea de que son un “cuarto poder”.

También nos gustaría abundar sobre los criterios de “inmunidad” y “responsabilidad ante el congreso y ciudadanos”, ya que la Constitución

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman los artículos 3o. en sus fracciones III, VII y VIII; y 73, fracción XXV, y se adiciona un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la fracción II y una fracción IX al artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 26 de febrero de 2013.

²⁸ *Diario Oficial de la Federación*, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 3o., 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia educativa”, 15 de mayo de 2019.

Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero contiene en sus artículos estos dos criterios.

Primeramente, habría que mencionar que la citada Constitución local establece en su Título Octavo, un apartado específico para los órganos autónomos del estado, contiene además en su artículo 105, punto 2, una disposición que obliga a los órganos autónomos a “interpretar los derechos humanos en la forma más beneficiosa para las personas, conforme a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales ratificados por el Senado de la República” lo cual, aunque pareciera una obviedad a partir de la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, no es una constante en las Constituciones locales que se enuncie tan claramente dicha obligación para los órganos constitucionales autónomos.

Siguiendo con el análisis constitucional, se debe destacar la obligación del titular o presidente de cada órgano autónomo de comparecer ante el Congreso local, cuando éste así lo solicite fundada y motivadamente (artículo 107, punto 4) asimismo, se enuncia que las leyes secundarias deberán establecer las bases de colaboración y coordinación entre los órganos autónomos y los poderes del Estado (artículo 108, punto 2) lo cual es relevante porque establece las relaciones entre los poderes tradicionales y los OCA, trascendiendo a la división de poderes clásica, además, se establece que los integrantes de los OCA deberán rendir protesta constitucional ante el Congreso del Estado, con excepción de los miembros del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana y del Tribunal Electoral (artículo 113).

Por otra parte, se establece inmunidad constitucional para los integrantes de los órganos autónomos (artículo 114, punto 10), inmunidad con la que también cuentan los diputados, el gobernador, los magistrados y jueces.

A manera de análisis podemos decir lo siguiente, si bien no se considera a los OCA como un “cuarto poder”, los “integrantes” de los OCA en Guerrero gozan de inmunidad constitucional, al igual que los titulares de los poderes tradicionales (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), además, sus titulares están obligados a comparecer ante el Congreso local cuando así lo solicite, y deben protestar su cargo ante dicho Congreso. No obstante, consideramos que es un error establecer en la Constitución el término “integrantes” de los OCA, como se menciona en el texto aludido, ya que, si bien se puede entender que se refiere a los titulares de dichos órganos, esto sería cuestionable, por lo que cualquier trabajador de un OCA podría decir que es un integrante de éste.

Hasta aquí sobre el concepto y los criterios de los OCA, a continuación, analizaremos tres tesis jurisprudenciales emitidas por el Pleno y una tesis aislada de la Segunda Sala, ambas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo anterior, con el objetivo de determinar de qué forma ha influido la constitucionalización de los OCA en el principio de división de poderes.

El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha puesto énfasis en que:

...el principio de división de poderes es una norma de rango constitucional que exige un equilibrio entre los distintos poderes del Estado y de las entidades federativas, a través de un sistema de pesos y contrapesos tendente a evitar la consolidación de un poder u órgano absoluto capaz de producir una distorsión en el sistema de competencias previsto constitucionalmente o, como consecuencia de ello, una afectación al principio democrático, a los derechos fundamentales, o a sus garantías.²⁹

De lo anterior, podemos advertir que este criterio de la SCJN considera dentro del principio de división de poderes, a los poderes tradicionales y también menciona el concepto “órgano” que sin referirse a los OCA podrían encuadrarse en este, es relevante mencionar que la esencia del principio de división de poderes se mantiene en la jurisprudencia de la SCJN, a través de la tutela a los derechos fundamentales, que se relaciona con las libertades individuales.

A continuación, analizaremos la siguiente tesis jurisprudencial del pleno de la SCJN, el cual aborda el tema de la división de poderes y establece cómo impacta en el constitucionalismo mexicano la instauración de órganos autónomos, dicta lo siguiente:

...La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales...³⁰

²⁹ Tesis de jurisprudencia P/J. 52/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, julio de 2005, p. 954.

³⁰ Tesis de jurisprudencia P/J. 20/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1647.

En este criterio de la SCJN podemos ver que pese a que no se les considera a los OCA como otro poder del Estado, dispone que se encuentra a la par de los demás poderes tradicionales, al tiempo que el argumento esgrimido es que debido a que los OCA forman parte del Estado, ello da como resultado que no se vulnere la división de poderes, lo cual desde nuestro punto de vista es cuestionable, debido a que sin resolver el problema de fondo, simplemente argumenta que los OCA no vulneran el principio de división de poderes porque son parte del Estado, esto nos llevaría a pensar que puede haber muchos órganos que estén a la par de los poderes tradicionales y que eso no vulneraría el principio de división de poderes hasta en tanto siguieran formando parte del Estado.

En otro criterio de la SCJN, se admite que no hay ningún precepto constitucional que regule la existencia de los OCA, no obstante, ello no quiere decir que no existan siempre y cuando se cumplan algunos requisitos, la tesis en su parte conducente menciona lo siguiente:

...ya que su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Ahora bien, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.³¹

No concordamos con este criterio de la SCJN debido a que legitima, por la vía jurisdiccional, el actuar de órganos que admite que no se encuentran regulados expresamente en la Constitución como tales, y si bien menciona criterios para determinar su existencia, esto no opera en la realidad, además de que contradice la idea de que el poder constituyente es el que establece mediante la Constitución a los poderes constituidos, dividiendo el poder público.

Por último, baste mencionar la siguiente tesis aislada de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

...Ahora bien, los órganos constitucionales autónomos forman parte del Estado mexicano sin que exista a su favor una delegación total de facultades de

³¹ Tesis de jurisprudencia P/J. 12/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1871.

otro cuerpo del Estado, sino que su función es parte de un régimen de cooperación y coordinación a modo de control recíproco para evitar el abuso en el ejercicio del poder público; no obstante, debe advertirse que cuentan con garantías institucionales, las cuales constituyen una protección constitucional a su autonomía y, en esa medida, se salvaguardan sus características orgánicas y funcionales esenciales; de forma que no podría llegarse al extremo de que un poder público interfiera de manera preponderante o decisiva en las atribuciones de un órgano constitucional autónomo pues, de lo contrario, se violentaría el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Federal.³²

En la anterior tesis aislada podemos advertir que para la SCJN cuando un poder tradicional infringe la autonomía de un órgano autónomo, entonces en ese caso se considera como una violación al principio de división de poderes, lo cual podría llevarnos a pensar que se trata de una variante que trasciende el dogma tripartita de la división de poderes, que incluye un “órgano” que tiene funciones de poder, al no estar subordinado, pero que no es propiamente un poder.

Con relación a la división de poderes y los órganos constitucionales autónomos, desde nuestro particular punto de vista los OCA pueden ser considerados como órganos “satélites”, es decir, no pertenecen a ninguno de los poderes, sin embargo, están en la “órbita” constitucional, sujetos a ésta y a lo que determine, no obstante, cabe aclarar que, en la práctica, los poderes tradicionales tienen una clara preponderancia normativa que les permite decidir sobre su destino y existencia.

Enseguida, señalaremos lo que para algunos juristas representa la división de poderes a partir de la constitucionalización de los OCA, para Jaime Cárdenas la irrupción de los OCA no representa un problema para la división de poderes, debido a que esta última no tiene un carácter rígido sino flexible.³³ Por su parte, Leticia Bonifaz, menciona que los OCA se constituyen como un contrapeso y admite que esto modifica la clásica división de poderes.³⁴ Otra postura, menos flexible, es la de Ackerman, que menciona que conforme a la redacción del artículo 49 de la Constitución Política de

³² Tesis aislada 2a. CLXVI/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 603.

³³ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, “Justificación de los órganos constitucionales autónomos”, *cit.*

³⁴ Cfr. Bonifaz Alfonso, Leticia, *La división de poderes en México. Entre la política y el derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 178.

los Estados Unidos Mexicanos, los OCA no tienen cabida, debido a que no forman parte del Supremo Poder de la Federación, por lo que debe reformarse dicho artículo para incluir un apartado específico de OCA.³⁵

Sobre la vigencia de la división de poderes, Peña González, opta por mencionar que ésta ha perdido parte de su vigencia,³⁶ una postura más drástica es la de Luigi Ferrajoli, quien considera que el ámbito público se ha tornado tan complejo que la división de poderes ya no es adecuada para afrontarlo.³⁷

Desde el punto de vista de Pedro Salazar,³⁸ la aparición de los OCA ha implicado una alteración en el sistema de pesos y contrapesos al principio de la división de poderes, asimismo, argumenta que se ha sustraído al Poder Ejecutivo de potestades que ahora el Legislativo asume, debido a que es el órgano que casi por defecto designa a los OCA, ello ha ido en detrimento de las facultades metaconstitucionales del ejecutivo, así denominadas por Jorge Carpizo.

IV. EL DESAFÍO: IMPEDIR LA TECNOCRACIA AUTORITARIA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

En este punto, cabría hacer la siguiente pregunta: ¿sería idóneo fortalecer la autonomía de los OCA? A manera de respuesta, nosotros postulamos que es necesario reforzar su autonomía, siempre y cuando se realice el arreglo institucional correcto, es decir, que se utilicen las vías de participación ciudadana para determinar si en realidad la sociedad requiere de todos los OCA existentes, esto implica que sea replanteado el modelo de democracia que proyectan estos órganos.

Hasta el momento, hemos identificado que uno de los posibles riesgos de dotar de mayor autonomía a los OCA y no modificar el esquema de democracia que postulan, es que su actuar devenga en una tecnocracia au-

³⁵ Ackerman, John M., *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 215.

³⁶ Cfr. Peña González, José, *Derecho y Constitución*, España, Dykinson, 2004, p. 336.

³⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 6, núm. 1, 2008, disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/La_esfera_de_lo_indecible_y_la_div_de_poderes.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2019).

³⁸ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 105.

toritaria, que se abstraiga de las demandas sociales e instituya una verdad absoluta.

Si analizáramos brevemente el modelo actual de democracia que representan los OCA desde los modelos planteados por David Held,³⁹ podemos encontrar que tiene similitudes con el modelo del elitismo competitivo, representado en dicha teoría por Max Weber quien estableció la dicotomía existente entre la soberanía popular y el gobierno de los expertos, planteó los arreglos institucionales para el logro de fines, advirtió que el crecimiento de las sociedades y las necesidades que demanda, hace imprescindible a la burocracia, que es una “jaula de acero” en la que deberán vivir los ciudadanos, siendo el precio que hay que pagar por vivir en un mundo desarrollado.⁴⁰

Estableció que los burócratas no son responsables ante la sociedad de las decisiones que toman, debido a que no está sometida su permanencia a un sistema electoral, por esta razón, podría pensarse que los burócratas están en aptitud de tomar decisiones que vayan en contra de la voluntad de la mayoría.⁴¹

No obstante, Weber establecía que debía impedirse que los burócratas del Estado controlarán la política, por lo que veía como contrapeso de la burocracia al capital privado; al sistema de partidos y a un liderazgo político fuerte.⁴²

Otro representante del modelo de elitismo competitivo es J. Schumpeter, quien desdeñó el concepto de soberanía popular por considerarlo inútil, sostenía que el ciudadano es incapaz de tomar decisiones racionales, ya que sólo puede tomar decisiones infantiles, por lo cual es vulnerable a que grupos con intereses propios lo manipulen en la toma de decisiones políticas, por lo tanto, su propuesta es que deben de gobernar los más capacitados, los que entienden la “realidad” y que no son “influidos” por los grupos de interés, así, para este autor la democracia consiste en que la sociedad tiene el derecho de escoger a los expertos que van a gobernar, por lo tanto, instrumentaliza la democracia como un medio para legitimar la autoridad de los que gobiernan, la tecnocracia.⁴³

Para Manuel García Pelayo, la tecnocracia es una nueva clase política integrada por tecnócratas, este autor identifica el movimiento tecnocrático

³⁹ Cfr. Held, David, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

⁴⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 192 y 193.

⁴¹ Cfr. *ibidem*, p. 195.

⁴² Cfr. *ibidem*, p. 201.

⁴³ Cfr. *ibidem*, pp. 207 y 2011.

con el proceso mediante el cual se depone al político por un técnico en la toma de decisiones finales y trascendentales de la sociedad, advirtiendo que también se considera que es un modelo por el cual la dominación económica y social delega los principales poderes que habían sido antes ocupados por políticos a los tecnócratas.⁴⁴ Además, menciona que en un Estado tecnológico, la democracia se convierte en una ilusión, debido a que las decisiones técnicas no pueden someterse a votación y si así fuera, podría ser manipulado el electorado por agentes externos.⁴⁵

Desde nuestro punto de vista, es pertinente replantear nuevas formas institucionales, a fin de evitar que la tecnificación diluya el diálogo y participación política de la ciudadanía, se debe generar una teoría de los OCA que sea compatible con la soberanía popular y los principios democráticos que establece la Constitución, en este punto, es conveniente retomar la visión de Loewenstein, que establecía que la división de poderes surge por la teoría de la representación, es decir, por la necesidad de elegir a personas que gobiernen a nombre de la sociedad.

Los OCA han sido impugnados por carecer de un modelo de democracia representativa, puesto que no todos los ciudadanos pueden aspirar, ni participar, a presidirlos, sino solo los que tienen experiencia en el tema específico, por lo tanto, la legitimidad democrática se pone en duda, debido a que no son elegidos por los ciudadanos, no son responsables tampoco ante ellos, no obstante, existe una responsabilidad de carácter legal, la cual prevé sanciones en caso de que se vulnere algún precepto legal, pero no puede ser equiparada a la responsabilidad política que deriva de la representación.

Se nos plantea entonces un gran problema, por un lado, los OCA deben tener un carácter apolítico y deben ser integrados por expertos en el tema de que se trate, y no reciben instrucciones de ninguno de los poderes tradicionales, es decir, pueden tomar decisiones al margen y a pesar de ellos, aunque no por encima de estos, lo cual aunque pareciera contradictorio, es así, existe una subordinación material al no contar con un elemento que tienen los demás poderes tradicionales, es decir, la legitimación por parte de la ciudadanía, expresada en la propia Constitución, cierto es que en su mayoría los OCA protegen derechos humanos pero no con ello adquieren la legitimidad *ipso facto*.

⁴⁴ Cfr. García Pelayo, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, 2a. ed., España, Alianza, 1982, p. 33.

⁴⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 67 y 68.

Por lo tanto, hay que tener cuidado cuando se habla de una crisis del principio de división de poderes, incluso de los que sostienen la idea de desaparecer dicha teoría porque se considera una entelequia, ya que como sostiene Ollero, sería posible que

se esté encubriendo una supremacía de la Administración sobre la política propiamente dicha que la experiencia ha demostrado ser el camino más idóneo para llegar a la tecnocracia y al gobierno de los expertos, que precisamente por su condición de tales, no se presta a ningún tipo de control. Y ya sabemos que el ejercicio del poder sin control o limitación alguna es la tarjeta de presentación de las autocracias y el principio del fin de la libertad.⁴⁶

V. CONCLUSIONES

Los OCA surgen en México a finales del siglo pasado, a partir de diversas razones, entre ellas, podemos mencionar razones de tipo económico neoliberal, por la necesidad de contar con aparatos estatales que tomen decisiones técnicas (es decir, valoradas por expertos en el tema que se trate) que estén alejadas de cualquier ideología política, otra razón de su creación es la desconfianza en los poderes tradicionales existentes (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Podríamos argumentar que el principio de división de poderes que tenía como finalidad primigenia garantizar la libertad individual, se transgredió desde el primer momento en que la sociedad fue abandonada sistemáticamente en la protección a los derechos que establece la Constitución, quitándole al principio su elemento esencial de existencia, la protección del individuo.

Tenemos un desafío que consiste en democratizar a los OCA a fin de que no devengan a la postre en una tecnocracia autoritaria, que se instituya en portadora de la verdad absoluta y nulifique la participación política de los ciudadanos. Para ello será necesario tener contrapesos y no relegar al olvido la teoría de la división de poderes, sino simplemente adecuarla a los tiempos actuales, ya que es un elemento de contención en un Estado constitucional y democrático de derecho.

Finalmente, baste agregar que los OCA se han planteado como la solución a los problemas que aquejan a nuestro país, una suerte de antídoto contra la corrupción y el mal gobierno. Tal pareciera que el tiempo de los

⁴⁶ Peña González, José, *op. cit.*, p. 337.

poderes tradicionales ha pasado, y hoy el *leitmotiv* del derecho constitucional y administrativo es crear OCA que atiendan temas en los que a lo largo del tiempo se ha demostrado que la política y los poderes tradicionales no han sido atendidos, desde nuestro particular punto de vista, si los OCA no se democratizan y se legitiman a través de sus actos, están condenados a ser constantemente impugnados por la sociedad. De estos ajustes democráticos depende la permanencia de los OCA en el siglo XXI.

VI. FUENTES

- ACKERMAN, John M., *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- BALLINAS VALDÉS, Christopher, *Luchas políticas en el diseño de organismos autónomos*, México, Centro de Estudios Espinosa Yglesias, 2011.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L., *La construcción de la libertad*, España, Alianza, 2010.
- BONIFAZ ALFONZO, Leticia, *La división de poderes en México. Entre la política y el derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Justificación de los órganos constitucionales autónomos”, *Derecho y Cultura*, México, núm. 2, invierno 2000-2001.
- CONTRERAS MÉNDEZ, Marco Antonio, “El tratado de libre comercio y la modificación del orden jurídico interno”, *Tlamelahuá. Revista de Investigaciones Jurídico- Político*, México, año IV, número 6, octubre 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 6, núm. 1, 2008.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Burocracia y tecnocracia y otros escritos*, 2a. ed., España, Alianza, 1982.
- HELD, David, *Modelos de democracia*, 3a. ed., trad. de María Hernández Díaz, España, Alianza, 2007.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, España, Ariel, 1976.
- PEÑA GONZÁLEZ, José, *Derecho y Constitución*, España, Dykinson, 2004.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metacostitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- ZEIND CHÁVEZ, Marco Antonio, *Organismos constitucionales autónomos*, México, Tirant lo Blanch, 2018.

Legislación

Diario Oficial de la Federación, “Decreto por el que se adiciona la fracción III del artículo 82 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 20 de agosto de 1993.

Diario Oficial de la Federación, “Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 22 de agosto de 1996.

Diario Oficial de la Federación, “Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 102 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 13 de septiembre de 1999.

Diario Oficial de la Federación, “Decreto por el que se reforman los artículos 3o. en sus fracciones III, VII y VIII; y 73, fracción XXV, y se adiciona un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la fracción II y una fracción IX al artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 26 de febrero de 2013.

Diario Oficial de la Federación, “Decreto por el que se declaran reformados los artículos 26 y 73 fracción XXIX-D de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, 7 de abril de 2006.

Diario Oficial de la Federación, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones”, 11 de junio de 2013.

Diario Oficial de la Federación, “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de transparencia”, 7 de febrero de 2014.

Diario Oficial de la Federación, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral”, 10 de febrero de 2014.

Diario Oficial de la Federación, “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 3o., 31 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia educativa”, 15 de mayo de 2019.

Tesis de jurisprudencia P./J. 52/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, julio de 2005, t. XXII, p. 954

Tesis de jurisprudencia P./J. 20/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 2007, t. XXV, p. 1647.

Tesis de jurisprudencia P./J. 12/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2008, t. XXVII, p. 1871.

Tesis aislada 2a. CLXVI/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 603.

DIVISIÓN DE PODERES Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Eugenia Paola CARMONA DÍAZ DE LEÓN*

SUMARIO: I. *Introducción y planteamiento del problema.* II. *Aspectos históricos e institucionales de la división de poderes.* III. *Críticas al principio de división de poderes.* IV. *La vigencia del principio de división de poderes y los órganos constitucionales autónomos.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En primer término, deseo manifestar mi agradecimiento al doctor Miguel Alejandro López Olvera por la gentil invitación a este Seminario Internacional “Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos”. Es una distinción el poder departir hoy con tan brillantes expertos y aportar en la medida de mis posibilidades, alguna reflexión sobre un tema que resulta de actualidad, no obstante que encuentra raíces en la teoría política y del derecho surgidos, sobre todo, a partir de la modernidad. Enhorabuena por su organizador, a quien felicito públicamente y lo invito a no cejar en el esfuerzo de dar seguimiento a estos trabajos, para que sigan dando fruto y se reproduzcan en otros eventos del mismo calibre.

El principio de división de poderes enunciado en el siglo XVIII por el Barón de Montesquieu en el capítulo sexto del libro décimo primero de *El espíritu de las leyes*,¹ el cual comprende la idea de atribuir distintas funciones a

* Doctora en derecho por la UNAM. Investigadora en el Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho; profesora en la Facultad de Derecho de la UNAM. Primer Lugar del Quinto Concurso Nacional de Tesis de Licenciatura y Posgrado sobre las disposiciones del Orden Jurídico Nacional, en la categoría de Doctorado, organizada por la Secretaría de Gobernación (2011).

¹ Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1998, p. 104.

“poderes u órganos separados, independientes y equilibrados entre sí”,² ha sido considerado como uno de los fundamentos del constitucionalismo debido a la claridad que aporta respecto a la organización y a las limitaciones que el Estado se autoimpone, de tal manera que forma parte de lo que Karl Loewenstein denomina como “el bagaje estándar del Estado constitucional”.³ Sin embargo, mucha tinta y mucha historia han corrido a partir de su formulación, por lo que resulta necesario detenerse en tres de sus aspectos más relevantes: su evolución como concepto y como institución; las críticas que sobre este principio han recaído, así como su vigencia en las democracias actuales,⁴ rasgo, este último, que nos lleva a una reflexión acerca de las convergencias y divergencias entre los poderes y los órganos autónomos, que son el objeto y el fin de este seminario.

II. ASPECTOS HISTÓRICOS E INSTITUCIONALES DE LA DIVISIÓN DE PODERES

1. *Aspectos históricos*

El profesor español Juan José Solozábal Echevarría afirma que la idea de separación de poderes enunciada por Montesquieu se nutre de cuatro nociones: la diversidad de funciones estatales, la del gobierno o constitución mixta y la de la Constitución equilibrada, las cuales fueron desarrolladas por diversos pensadores a lo largo de la historia de las ideas.⁵ La diversidad de funciones se esbozó por Aristóteles, al separar la función deliberativa —que no estrictamente legislativa, puesto que la ley natural estaba previamente dada y por lo tanto, sólo puede aclararse, desarrollarse o aplicarse a supuestos determinados—, la función judicial y la función de la magistratura,⁶ idea que se sumó a la doctrina del gobierno mixto —desarrollada por el propio estagirita, así como por Platón y Polibio—, y que no es otra cosa que el ofrecimiento a todos los sectores sociales de intervenir en el gobierno de la comunidad. Ambas concepciones esbozaban un punto de equilibrio ante la posibilidad de que una sola clase social oprimiera a las otras, así como la garantía de la libertad,

² Solozábal Echevarría, Juan José, “Sobre el principio de separación de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 24, 1981, p. 215.

³ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 55.

⁴ *Cfr.* Solozábal Echevarría, Juan José, *op. cit.*, p. 215.

⁵ *Cfr. ibidem*, p. 216.

⁶ Aristóteles, *Política*, IV, 14, 2, 1298 a.; VI, 1, 1316 b

residente en la consecución de una estructura de poder que imposibilitara el despotismo.⁷

Estas ideas evolucionan en la Edad Media, gracias a pensadores como Tomás de Aquino —quien asume la noción aristotélica de gobierno mixto— y Marsilio de Padua —pensador que enfatiza el principio de consenso popular, a través de la participación del pueblo en el ejercicio de la función legislativa que a su parecer puede incidir, incluso en la elección del príncipe, encargado de las funciones ejecutiva y judicial—. ⁸ Más adelante, pensadores como Juan Bodino dejarán de lado la función mixta, otorgando al rey la potestad de expresar su mandato a través de la ley, en su carácter de jefe jurídico del Estado.⁹

Por otra parte, en la Revolución inglesa ambas doctrinas tuvieron un avance significativo, puesto que se vieron como una opción para reforzar la noción de equilibrio y armonía entre el parlamento, el rey y los tribunales,¹⁰ y ante la tentativa del rey para modificar la Constitución inglesa, y para evitar la intromisión del parlamento durante “el periodo del Parlamento largo”.¹¹ Sin embargo, es en el periodo posterior a este movimiento social donde John Locke tuvo un papel predominante, por sus reflexiones en torno a la aleación entre la supremacía del poder legislativo, el gobierno mixto y la separación de poderes.

Al igual que Aristóteles —y Montesquieu con posterioridad—, Locke presentó una división tripartita de poderes, pero a diferencia de sus predecesores, distingue claramente entre el Poder Legislativo, al cual califica de “supremo”, en función de que los otros dos poderes se subordinan a él mediante la ley, y que tiene en sus manos tanto la atribución de “a dispensar justicia [como de] señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos”;¹² mientras que el Poder Ejecutivo se encarga de “la ejecución de las leyes comunales de la sociedad en el interior de la misma”¹³ y el Federativo, que tiene a su “carg

⁷ Cfr., Solozábal Echevarría, Juan José, *op. cit.*, pp. 216 y 217.

⁸ Cfr. Sabine, George, *Historia de la teoría política*, 2a. ed., trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 224; Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 289.

⁹ Cfr. Sabine, George, *op. cit.*, pp. 301 y 302.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 334 y 335.

¹¹ Solozábal Echevarría, Juan José, *op. cit.*, p. 218.

¹² Locke, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, 3a. ed., México, Gernika, 1998, p. 128.

¹³ *Ibidem*, p. 137.

la seguridad y los intereses de la población en el exterior”.¹⁴ Así, en Locke encontramos la idea de una forma mixta de gobierno, en la que tanto el rey como el Parlamento intervienen en el gobierno; la búsqueda de un equilibrio entre poderes al presentar la noción de la coordinación entre el ejecutivo y el legislativo, al legislar, así como el entendimiento de la diferencia de las funciones que cada poder realiza y la conveniencia de que éstas recaigan en distintos órganos,¹⁵ pues en sus palabras “sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas”.¹⁶

Con estos antecedentes llegamos al principio de división de poderes enunciado por Montesquieu en *El espíritu de las leyes*. Algunos doctrinarios como Salvador Giner han apuntado la abstracción que este autor hace de la Constitución inglesa, a partir de la cual presenta un modelo aplicable para todo Estado,¹⁷ en el que aparecen definidas las funciones que realiza cada uno de los poderes:

En cada Estado hay tres clases de poderes: El poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe de Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado... Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad, su poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo...¹⁸

Con este planteamiento se distribuye el poder entre órganos independientes e iguales entre sí, además de que en cada uno de éstos se encuentran representadas las clases sociales: ejecutivo (rey); legislativo (burguesía cámara baja, aristocracia, cámara alta), y de que ambos cooperan en la legislación —voto y aplicación de la ley por el ejecutivo—. Con la excepción del

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Solozábal Echevarría, Juan José, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

¹⁶ Locke, John, *op. cit.*, p. 135.

¹⁷ Giner, Salvador, *Historia del pensamiento social*, Barcelona, Ariel, 2014, pp. 316 y 317.

¹⁸ Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, *op. cit.*, p. 104.

Poder judicial, ya que los jueces son “mera boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”,¹⁹ elegidos para los casos en particular, e iguales en condición a los acusados, para evitar la sospecha de que éstos han caído “en manos de personas inclinadas a maltratarle[s]”.²⁰ Así, al representar a todos, no representan a una clase social en específico, de ahí que Montesquieu aplique a la judicatura *poder nulo*, al estar alejado de los intereses de clase del Estado.²¹

Cabe resaltar que esa búsqueda de equilibrio de poderes pasó por la prueba de fuego de la Guerra de Independencia de los Estados Unidos y de la Revolución francesa. Para los pensadores de ambos países, la *teoría de la Constitución equilibrada* contenía en sí un vicio estructural: se había diseñado para sociedades no democráticas y divididas en clases sociales a las que se concedía alguna participación en el gobierno, lo que contrastaba con el deseo de abolir y de desconocer tanto a la monarquía como a la aristocracia.²² Sin embargo, los *padres fundadores* de los Estados Unidos rescatan el *sistema de pesos y contrapesos* inglés y lo colocan en el centro de la división de poderes, al disgregar en la Constitución de los Estados Unidos diversas funciones que recaerían en poderes separados, a los que se les atribuye una responsabilidad gubernamental definida y, a su vez, compartida, con el objeto de colaborar entre ellos y, sobre todo, de evitar que la acumulación de poder recaiga en una sola mano.²³ Encontramos ejemplos claros de ello en el veto presidencial,²⁴ la facultad del titular del Ejecutivo de nombrar a altos funcionarios que requieren la confirmación del Senado,²⁵ y en el poder del Congreso para declarar la guerra.²⁶

Por otra parte, en Francia, la recepción del principio de separación de poderes fue mucho más tajante. El ejemplo más evidente lo encontramos en la Constitución de 1791, en cuyo preámbulo se abolen “las instituciones

¹⁹ *Ibidem*, p. 108.

²⁰ Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, *op. cit.*

²¹ *Cfr.* Solozábal Echevarría, Juan José, *op. cit.*, p. 223.

²² *Cfr. ibidem*.

²³ *Cfr.* Lee, Rex E., *A Lawyer Looks at the Constitution*, Provo, Brigham Young University Press, 1981, pp. 34 y 35.

²⁴ *Cfr.* artículo primero, Sección Séptima de la “Constitución de los Estados Unidos de América”, en Garner, Bryan A. (ed.), *Black’s Law Dictionary*, 7a. ed., St. Paul, West Group, 2000, p. 1311.

²⁵ *Cfr.* artículo segundo, Sección Segunda de la “Constitución de los Estados Unidos...”, *cit.*, p. 1314.

²⁶ *Cfr.* artículo primero, Sección Octava de la “Constitución de los Estados Unidos...”, *cit.*, p. 1312.

que hieren la libertad y la igualdad de los derechos...”²⁷ los privilegios y distinciones “...que supusieran distinciones de nacimiento, ni ninguna otra superioridad...”²⁸ Asimismo, en esta ley fundamental se determina en torno a la división de poderes y la separación de funciones lo siguiente:

Proclamar el carácter indivisible e inalienable de la soberanía del pueblo, aunque se precipita a señalar después que la nación sólo puede ejercer sus poderes por delegación a través de sus representantes, la Asamblea nacional, el Rey y los jueces elegidos. La Asamblea no puede ser disuelta por el Rey, quien tampoco tiene el derecho de iniciativa, aunque sí un veto suspensivo. Los miembros del Gobierno no son políticamente responsables, aunque sí penalmente, y sólo pueden hablar en la Asamblea. Los miembros de la Asamblea no pueden serlo del Gobierno ni recibir un cargo gubernamental hasta dos años después de dejar de pertenecer a la Asamblea. Los jueces son elegidos popularmente y ejercitan su función con independencia. La Asamblea constituyente insertó en la Constitución una denegación específica del control judicial de las leyes. Al prohibirse a los tribunales —además de la interferencia en el poder legislativo— el intervenir en lo referente a la ejecución de las leyes, esto es, el ejercer control sobre la actividad ejecutiva o administrativa, se establecieron las bases de la importante distinción del Derecho francés entre las jurisdicciones ordinaria y administrativa.²⁹

El principio de la división de poderes fue retomado por las restantes Constituciones revolucionarias francesas y por los dos proyectos de la Convención (el girondino y el jacobino de 1793).

2. Aspectos institucionales

En otro orden de ideas y siguiendo a Riccardo Guastini, se puede señalar que cuando se hace referencia al poder, se deben distinguir dos connotaciones: la primera alude a las funciones del Estado, es decir, a las actividades que éste realiza; mientras que la segunda apunta hacia los propios órganos que ejercen dichas funciones. De ahí que la división de poderes corresponda tanto a la separación de las funciones como de los órganos que

²⁷ “Preámbulo de la Constitución Francesa de 3 de septiembre de 1791”, en Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, 2a. ed., Barcelona, Trotta, 1998, p. 138.

²⁸ “Preámbulo de la Constitución Francesa...”, *cit.*

²⁹ Solozábal Echevarría, Juan José, *op. cit.*, p. 226.

las llevan a cabo.³⁰ Si se parte del criterio clásico, mediante el cual se confiere al Estado únicamente tres funciones: *i*) legislativa, que consiste en la creación de normas generales y abstractas; *ii*) jurisdiccional, mediante la cual se interpretan esas normas a través de la resolución de controversias derivadas de su violación concreta, y *iii*) ejecutiva, cuya nota distintiva radica en la aplicación de las normas de carácter general, sin resolver controversias;³¹ resulta necesario precisar lo siguiente:

- a) Las funciones legislativa y judicial no tienen carácter unitario, puesto que en ellas se distinguen la legislación y la jurisdicción “ordinarias” de las “constitucionales”.
- b) Las funciones ejecutiva y judicial presuponen normas que aplicar y por lo tanto se encuentran subordinadas a la función legislativa.
- c) Las tres funciones son ejercitadas por una multiplicidad de órganos —dentro de cada poder—, por ejemplo, dos cámaras, distintos juzgados, tribunales y cortes; un jefe de Estado y uno de gobierno.³²

Por otra parte, el modelo de separación de poderes resulta de la unión del principio de especialización de funciones, es decir, de la asignación exclusiva de actividades estatales —lo que se manifiesta en la prohibición expresa a un órgano para ejercer dicha función o a interferir en el ejercicio o privar de eficacia los actos de ejercicio de esa función—, y del principio de independencia recíproca de órganos mediante el cual los órganos se encuentran libres de cualquier interferencia por parte de sus pares en cuanto a su formación, funcionamiento y duración.³³

Como se analizó con antelación, es a partir de la Constitución de los Estados Unidos que se inserta el principio de *checks and balances* en el modelo de división de poderes, de ahí que más allá de la separación, se requiere que cada poder se enfrente al otro, a fin de limitarlo, de tal manera que:

- a) El poder político debe dividirse entre varios órganos, con el objeto de que ninguno lo utilice en su beneficio o interés propio.
- b) Las funciones estatales deben distribuirse en una pluralidad de órganos, para que, dado el caso, la actividad de un órgano sea impedida por la acción de otro.

³⁰ Cfr. Guastini, Riccardo, “¿Separación de los poderes o división del poder?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. L, núm. 229-234, 2000, p. 300.

³¹ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho Constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 454.

³² Cfr. Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 300 y 301.

³³ Cfr. *ibidem*, pp. 303-305.

- c) Los diversos órganos del Estado deben disponer de poderes de control e influencia recíprocos.³⁴

III. CRÍTICAS AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

El reproche más enérgico en contra del principio de división de poderes se dirigió en contra de la confusión que se presenta entre los modelos de *separación de poderes* y de *división de poderes* propuestos por Riccardo Guastini. En su momento, Georg Jellinek consideró como ingenuo que el deseo de asignar funciones exclusivas a cada órgano y pedir la separación entre éstos para el ejercicio de sus actividades.³⁵ Asimismo, Carl Schmitt, afirmó que “debía hablarse de distinción y no de verdadera separación de poderes, ya que dicho principio tenía por objeto esencial el equilibrio entre los órganos del mismo poder”.³⁶ Karl Lowenstein, a su vez, afirmó que la separación de poderes en realidad hacía alusión a “la distribución de las funciones estatales a diferentes órganos del Estado”³⁷ y dado que en la actualidad impera la colaboración y el equilibrio entre los diversos órganos del Estado, la separación de funciones había perdido importancia en la organización política contemporánea.³⁸ En el mismo tenor de ideas, Manuel García Pelayo señaló que en realidad, no era que la división clásica de poderes perdiera sentido, sino que simplemente lo había modificado, toda vez que éstos

Tienen la función de contribuir a la racionalidad del Estado democrático introduciendo factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales y de obligar a los grupos políticamente dominantes a adaptar el contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, objetivando el ejercicio del poder.³⁹

Coincido con este autor, debido a que da una vuelta de tuerca al redefinir cuál es el papel que juega el principio de división de poderes y reconoce el germen del pluralismo como nota distintiva de las democracias contemporáneas.

³⁴ Guastini, Riccardo, *op. cit.*

³⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “El sistema presidencialista y la división de poderes”, *La Universidad Nacional y los problemas nacionales*, México, UNAM, 1979, p. 112.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Lowenstein, Karl, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

³⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 113.

³⁹ García Pelayo, Manuel, “El estado social y sus implicaciones”, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977, pp. 60 y 61.

IV. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES Y LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

El principio de división de poderes se inserta en un constitucionalismo que surge a la par de las democracias representativas, “donde el derecho de elección está bien garantizado y regulado, y el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial es conferido a personas selectas que han sido elegidas realmente y no nominalmente por el pueblo”.⁴⁰ Más allá de las críticas que puedan plantearse a esta definición de James Madison, y de los límites y los excesos que se vislumbraron durante el siglo XIX y parte del XX, es importante señalar que las democracias han evolucionado hacia lo que John Keane denomina como *democracias monitorizadas*, que “son una nueva forma histórica de democracia, una variedad de política «posparlamentaria» caracterizada por el rápido crecimiento de muchas clases de mecanismos extraparlamentarios de escrutinio de poder”.⁴¹ Estos mecanismos están emparentados con la concepción de *Sociedad policéntrica o poliárquica* que Norberto Bobbio describe en los siguientes términos:

El modelo ideal de la sociedad democrática era el de una sociedad centrípeta. La realidad que tenemos ante nosotros es la de una sociedad centrífuga que no tiene un solo centro de poder (la voluntad general de Rousseau), sino muchos, y merece el nombre, en el que concuerdan los estudiosos de la política, de sociedad policéntrica o poliárquica (o en términos más fuertes pero no por ello menos apropiados, policrática). El modelo del Estado democrático basado en la soberanía popular, que fue ideado a imagen y semejanza de la soberanía del príncipe, fue el modelo de una sociedad monista. La sociedad real que subyace en los gobiernos democráticos es pluralista.⁴²

Así, podemos identificar los mecanismos extraparlamentarios de escrutinio entre los diversos centros de poder que se encuentran dentro o, incluso, fuera del Estado. Por lo que una democracia monitorizada en los términos de Keane y una sociedad policéntrica requieren de una condición: un *Pluralismo* que garantiza la libertad, donde el consenso es real y, por lo tanto, el

⁴⁰ James Madison, citado en Keane, John, *Vida y muerte de la democracia*, trad. de Guillermina del Carmen Fuentes Mesa *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica-INE, 2018, p. 186.

⁴¹ Keane, John, *op. cit.*, p. 679.

⁴² Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 30.

disenso es inevitable, pero aceptado como parte de las reglas del juego,⁴³ un *Pluralismo* que resulta ser la mejor vacuna para el concepto de *pueblo* “como entidad unificada y homogénea con una única voluntad general”, al estilo de Carl Schmitt.⁴⁴

Asimismo, la *Democracia monitorizada* y la *Sociedad poliárquica* requieren, a su vez, de Constituciones que lleguen a ser “el fruto de acuerdos entre numerosos sujetos particulares que buscan en ella proteger su propia identidad política”,⁴⁵ es decir, Constituciones en las que se reconozca esta multiplicidad de centros de poder en conflicto, “tan numerosos que la pretensión real de acabar con las demás y construir un poder soberano, es decir, ilimitado, como el de otros tiempos, resulta irreal”,⁴⁶ y en las que se garantice su pervivencia a través de instituciones liberales fundamentales como la división de poderes.⁴⁷ Un texto constitucional de este tipo, no sólo garantiza la pluralidad y la limitación que entre sí alcanzan los actores políticos, sociales y económicos, sino que también rescata la libertad del individuo, que toma distancia y ejerce su capacidad de elección ante la intervención de cada uno de ellos,⁴⁸ lo que presenta también otra cara de la moneda: la vulnerabilidad de los individuos ante la irrupción de sujetos de diversa índole ante cuyo poder quedan indefensos. Y es aquí donde los órganos constitucionales autónomos cumplen con la función de restaurar el equilibrio, debido a su grado de especialización y a su imparcialidad, no sólo refuerzan las funciones del gobierno, sino que promueven un piso parejo entre sujetos dispares.

V. CONCLUSIONES

Primera. Se debe reconocer que el principio de separación de poderes desarrollado en la obra de Montesquieu retoma los conceptos de Constitución mixta y de equilibrio de poderes, además de su acuciosidad al determinar las funciones de los órganos del Estado.

⁴³ Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁴ Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 147 y ss.

⁴⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Barcelona, Trotta, 2014, p. 302.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Mouffe, Chantal, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁸ Marquard, Odo, *Individuo y división de poderes. Estudios filosóficos*, trad. de José Luis López de Lizaga, Barcelona, Trotta, 2012, p. 82.

Segunda. El principio de división de poderes comprende tanto las funciones o actividades que realiza del Estado, como a los propios órganos que ejercen dichas funciones.

Tercera. El principio de división de poderes en la democracia monitorizada se ha constituido en uno de los principales garantes del pluralismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Política*, trad. de Manuela García Valdés, Madrid, Gredos, 2000.
- BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 2a. ed., trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 2a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Barcelona, Trotta, 1998.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1977.
- GARNER, Bryan A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, 7a. ed., St. Paul, West Group, 2000.
- GINER, Salvador, *Historia del pensamiento social*, Barcelona, Ariel, 2014.
- GUASTINI, Riccardo, “¿Separación de los poderes o división del poder?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. L, núm. 229-234, 2000.
- KEANE, John, *Vida y muerte de la democracia*, trad. de Guillermina del Carmen Fuentes Mesa et al., México, Fondo de Cultura Económica-INE, 2018.
- LEE, Rex E., *A Lawyer Looks at the Constitution*, Provo, Brigham Young University Press, 1981.
- LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, 3a. ed., México, Gernika, 1999.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.
- MARQUARD, Odo, *Individuo y división de poderes. Estudios filosóficos*, trad. de José Luis López de Lizaga, Barcelona, Trotta, 2012.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1998.
- SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, trad. de Vicente Herrero, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, “Sobre el principio de separación de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 24, 1981.

Varios autores, *La Universidad Nacional y los problemas nacionales*, México, UNAM, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. de Manuel Martínez Neira y Adela Mora Cañada, Barcelona, Trotta, 2014.

CUARTA PARTE
MOTIVOS (POLÍTICOS,
TÉCNICOS, JURÍDICOS)
PARA LA CREACIÓN
DE ÓRGANOS
CONSTITUCIONALES
AUTÓNOMOS

CONTEXTO Y JERARQUIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ORGANIZACIÓN AUTÓNOMA Y EL CONTROL PÚBLICO EN ARGENTINA

Isaac Augusto DAMSKY*

La actitud del derecho es constructiva; su objetivo es colocar el principio por encima de la práctica para mostrar el camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en intereses y convicciones.

Ronald DWORKIN, *Law's Empire*

SUMARIO: I. *Breve introducción a los elementos esenciales de la historia argentina del siglo XX como base del contexto constitucional de 1994.* II. *De la Constitución deseada a la Constitución posible.* III. *La expansión de los derechos en la reforma constitucional.* IV. *Breve mención al contexto limitante de la jerarquización constitucional del control público: Consenso de Washington, leyes de reforma del Estado, privatización e implantación del sistema de administración financiera y control.* V. *El problema del control público tras el velo de la jerarquización constitucional de su autoridad rectora independiente.* VI. *El defensor del pueblo como autoridad constitucional independiente. Orígenes y significados de la figura.* VII. *Reflexión final sobre el problema estructural de los entes constitucionales autónomos y su independencia como asignatura pendiente.*

* Profesor adjunto por concurso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Titular de Estudio Jurídico especializado en Derecho Público y Administrativo y asesor jurídico externo en Derecho Administrativo de empresas de capital nacional, contratistas, concesionarias y proveedoras del Estado argentino y de organizaciones de la sociedad civil.

I. BREVE INTRODUCCIÓN A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA HISTORIA ARGENTINA DEL SIGLO XX COMO BASE DEL CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE 1994

La Constitución nacional argentina reformada en 1994 comportó un significativo avance en la consolidación de la vida democrática de Argentina, que comenzó parcialmente a normalizarse en 1983.¹

Intentó estar a la altura de ese especial momento histórico de consolidación, para lo cual, de alguna manera, tomó en cuenta las sombrías realidades de la traumática historia argentina de 1930 a 1983 y, acaso, procuró incorporar aquellas mejoras indispensables al sistema de derechos y al sistema de poder destinadas a erigir protecciones institucionales que interdicen los riesgos de recrear ese funesto pasado de trágicas inestabilidades institucionales signadas por las intermitentes dictaduras cívico militares que azolaron a mi país durante buena parte del siglo XX.

Ese traumático periodo de cincuenta y tres años de marchas y contramarchas, de represiones sociales, supresiones institucionales, concentraciones de poder incontrolado, volatilidad económica y corrupción financiera fueron consecuencia de golpes de Estado promovidos por las minorías plutocráticas herederas o continuadoras de las otrora clases dominantes de finales del siglo XIX que buscaban instaurar dictaduras cívico militares para procurar recuperar por la fuerza los privilegios perdidos legítimamente en las urnas por el primer gobierno popular que accedió al poder en 1916.

Es así que el ciclo de golpes de Estado iniciado en 1930 procuró la restauración del llamado orden conservador. La recuperación por la fuerza de las minorías de aquello que habían perdido en las urnas: el poder. Poder que permitía y favorecía la libre circulación incontrolada de los monopolios hegemónicos, concentrados y clasistas, de los intercambios comerciales de mi país con las potencias europeas. Intercambios que en realidad encubrieron una explotación depredatoria, indiscriminada, incontrolada y desgravada de nuestros recursos naturales junto con el aprovechamiento agrícola y ganadero, bajo inexistencia de un umbral mínimo de protección de derechos de los trabajadores quienes eran considerados mercancías libradas a la oferta, con sumisión de nuestras fuentes de producción, con inexistencia de una política fiscal y rentística proporcionalmente adecuada. Tales términos de

¹ La Constitución Nacional de Argentina de 1853 fue reformada en 1860, 1866, 1898 y 1957. En 1949 se dictó una Constitución que fue derogada con la asunción del gobierno militar de 1955.

intercambio fueron marcadamente muy ruinosos para mi país, pero extremadamente lucrativos para sus personeros y, por ende, sumamente beneficiosos para los capitales europeos receptores. Este modelo resultó consolidado durante el paradójico periodo de mayor bonanza macroeconómica argentina.

Es el ciclo que tomó lugar entre 1880 y 1916 —año en que por primera vez llegó al poder un gobierno de afianzada representación popular— y que se conoció como la República Conservadora, en la cual se consolidaron los grandes centros urbanos —pasando Buenos Aires de ser “la Gran Aldea” a la Reina del Plata—, se desarrollaron notables avances científicos e innovaciones en el sistema educativo y universitario —ciertamente, para las clases aptas—, se ejecutaron las principales y más notables obras y mega obras de infraestructura posibilitando notables avances en la industria y el comercio —sólo dentro del paradigma de intercambio con Europa—, coronándose en majestuosas construcciones de inspiración europea —sólo para residencia de la elite— con una sociedad argentina signada por la *intelligentzia*, su muy fluido intercambio —sólo de las clases aptas— cultural, intelectual, académico y científico con las principales potencias europeas con epicentro en Francia y con supresión de las identidades nacionales originarias. No es ocioso decir que este periodo se inauguró con eliminación de los pueblos originarios por intermedio de la denominada campaña al desierto de 1880 en la que, merced a los avances del fusil remington, se operó un verdadero genocidio que posibilitó la ocupación sin oposición de amplísimas y riquísimas extensiones de terreno por parte de la floreciente y pujante sociedad. Este periodo operó la cerrazón a una América latina a la que se le dio la espalda por completo. También, este periodo tuvo a la ingente masa de trabajadores, el verdadero motor productivo, sumido en la pobreza y la ignorancia, y con condiciones inhumanas de vida. Este periodo se caracterizó por una escandalosa concentración de riqueza y sumisión masiva de ingentes clases rurales, inmigrantes y semiurbanas.²

² Entre la copiosa bibliografía existente, se recomienda ampliar en, al menos, los siguientes trabajos: Scalabrini Ortiz, Raúl, *Política británica en el Río de la Plata*, Buenos Aires, Lancelot, 1940; *Los Ferrocarriles deben ser argentinos*, Buenos Aires, Lancelot, [1946] 2009; Hernández Arregui, Juan José, *¿Qué es el ser nacional? (La conciencia histórica iberoamericana)*, Buenos Aires, Hachea, 1975; Jorge, Eduardo, *Industria y concentración económica*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986; Oría, Jorge, *Problemas de economía social (interferencia del factor político)*, Buenos Aires, Jacobo Peuser, 1937; Ortiz, Ricardo, *Historia económica de la Argentina*, Plus Ultra, 1971; Jauretche, Arturo, *Política y economía*, Buenos Aires, 1977 (edición póstuma); *Política nacional y revisionismo histórico*, Buenos Aires, 1959; *El Plan Prebisch, retorno al coloniaje*, Buenos Aires, 1956, todas sus obras editadas en Editorial Corregidor.

Este brevísimo repaso intenta resumir el contexto del golpe de 1930 al que ciertamente se llega a partir del durísimo impacto que la crisis mundial de 1929 infligió a la economía argentina dando inicio al mentado periodo de 53 años de inestabilidad. Dentro de este periodo tomó lugar el surgimiento de movimientos políticos populares obreros y democráticos que alcanzarían la cristalización de un proyecto institucional de gobierno durante el periodo 1945-1955, dentro del cual tomó lugar la Constitución social de 1949 signado por el desarrollo de derechos sociales y fomento a la industria nacional, dentro del marco democrático. Frente a ello, las minorías cívico-militares que encarnaron breves pero brutales gobiernos *de facto* que oponían un modelo opuesto afincado en políticas de desincentivos indirectos y directos de los tejidos productivos locales, publicitación de deudas privadas, otorgamiento de concesiones de privilegios desproporcionados a favor de capitales extranjeros con endeudamiento soberano.³

La historia argentina del siglo XX exhibió desde 1930 la marcada fragilidad de los poderes formales constituidos. El aludido cuadro de inestabilidad y fragilidad institucional extrema, reconoció intervalos democráticos que resultaron fuertemente repelidos por brutales y sucesivos golpes militares. Se padeció la pulverización de derechos fundamentales conquistados en gobiernos democráticos. Se suspendieron y suprimieron numerosas garantías constitucionales. Se intensificó marcadamente la fragmentación social y se abrió paso a la volatilidad económica y desmantelamiento del tejido empresarial nacional productivo asfixiando al capital nacional mediante políticas de liberalización cambiaria, sustitución de exportaciones, incentivo a la especulación financiera y desincentivo a la iniciativa productiva.

Este cuadro de situación requirió del desarrollo y consolidación de un funesto aparato institucional y orgánico, teórico y dogmático legitimador del ejercicio de un poder ejecutivo fuertemente concentrado.

Doctrinas oscuras legitimadoras del poder encontraron terreno muy fértil en la desvalida vida institucional argentina. Ello permitió una concentración y legitimación del poder central expandiendo, aún más, los confines del hiperpresidencialismo argentino y sus potestades de actuación.

Florecieron doctrinas como la del carácter *In Fieri* del derecho administrativo que justificaba la imposibilidad de su racionalización y reducción normativa, la supuesta verificación de “zonas de reservas de la administración”, por ende, exentas del control judicial y del imperio de la decisión fundada, la progresiva ampliación, expansión y justificación de los poderes

³ *Idem.*

reglamentarios del Poder Ejecutivo hasta confines inimaginables en el texto constitucional originario, más una reelaboración de la teoría de la organización administrativa cuya significancia jurídica de sus principios jurídicos de estructuración tales como la competencia y la jerarquía resultaron reescritos bajo un sesgo militarista que luego fue proyectado al régimen del procedimiento administrativo de marcado tinte inquisitivo que en lugar de operar una reducción de la discrecionalidad administrativa fungió, en sus albores, como un legitimador de la razón de Estado. Ello a su vez impregnó técnicas de supresión de derechos —permitiendo burlar elementales postulados constitucionales— al abrigo del desarrollo de la teoría del poder de policía y permitiendo el ejercicio de la actuación represiva estatal al abrigo de las categorías de policía administrativa por las que desnaturalizaron las potestades y garantías sancionatorias inaplicando las garantías mínimas del derecho de defensa. Todo ello mediante el fortalecimiento exponencial de una organización piramidal central convergente en un Poder Ejecutivo que en los hechos reunía la suma del poder público. Dentro de este esquema la descentralización se utilizó para el desarrollo de actividades económicas, desarrollando empresas públicas sometidas al derecho privado, que operaron como una válvula de escape al existente sistema de contralores presupuestarios y administrativo.⁴

Dentro de este contexto se operó también el desarrollo progresivo de una volatilidad económica y una corrupción financiera sin precedentes, sumado al cuadro de reducción de los ámbitos reales de ejercicio de derechos fundamentales, llegando al clímax del derrocamiento del gobierno constitucional de 1976, en que se inició el periodo más oscuro de la historia argentina, de mayor lesión a los derechos humanos, que recién logró comenzar a reencauzar —sólo en lo institucional— en 1983, si bien con una crisis crónica económica de tal magnitud que requiere mucho más que la restauración del imperio de las fuerzas constitucionales, claramente insuficientes.

II. DE LA CONSTITUCIÓN DESEADA A LA CONSTITUCIÓN POSIBLE

La idea de reformar la Constitución se encontraba ya presente en el ciclo de restauración democrática inaugurado en 1983. Campeaba consenso en torno a la finalidad de revivificar la finalidad del texto constitucional como

⁴ Véase Marienhoff, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966.

reordenadora de la vida institucional mediante el fortalecimiento del sistema de derechos a la luz del desarrollo de un sesgo deliberativo y participativo, a través de contenidos concretos y mediante la especificación de un cuadro de derechos fundamentales y garantías instrumentales. Y, al mismo tiempo, el desarrollo de un sistema de poder que contribuya a atenuar los riesgos del hiperpresidencialismo argentino mediante el desarrollo de autoridades constitucionales independientes y el refuerzo de las autonomías institucionales y territoriales a través de su consagración constitucional.

Todo ello se documentó en los trabajos realizados por el “Consejo para la Consolidación de la Democracia” creado en 1985 como un órgano de asistencia presidencial y cuya conducción estuvo a cargo de Carlos Nino y que dio como resultado una serie de documentos publicados en 1986 que constituyeron una fuerte inspiración para la reforma constitucional deseada, no obstante advertir que —en tanto dinámica política de consensos posibles— el resultado finalmente plasmado en el texto positivo fue el texto posible y no el deseado. No obstante, corresponde citar este especial hito jurídico e institucional de nuestra historia reciente. Los documentos titulados: “Reforma constitucional: dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia”.⁵ Acaso sea la Constitución deseada.

El hito siguiente lo constituyó el “Pacto de Olivos” en el cual las dos fuerzas políticas principales acordaron un “núcleo de coincidencias básicas” de lo que se declaraba necesario reformar.

Ello dio lugar a lo que se denominó la Constitución posible, finalmente adoptada y que reconoce entre sus principales aciertos la especificación de los nuevos derechos y garantías, la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, la plasmación de algunos instrumentos participativos tales como la audiencia pública, la iniciativa y la consulta popular —aunque nunca hasta ahora fueron utilizadas. También se incorporó la elección directa del presidente y vicepresidente, se simplificó el trámite de sanción de las leyes por el Congreso, se reconoció a las provincias el dominio originario de sus recursos naturales, se proclamó la autonomía municipal, se consagró la autonomía de la ciudad capital de la república denominándola Ciudad Autónoma de Buenos Aires —que en 1996 dictó su propia Constitución— y se dio un primer paso en la estructuración de un sistema de poder con elementos de autonomía institucional constitucionalmente reconocidos mediante su creación o su jerarquización en el texto reformado.

⁵ Publicado por Eudeba, Buenos Aires, 1986, al que siguió el Segundo Dictamen, publicado en 1987.

Así, el texto constitucional reconoció a: el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el Ministerio Público, la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo.

Ahora bien, en cuanto a las debilidades del texto posible, que finalmente se sancionó, existe consenso en señalar desarrollos institucionales negativos que, acaso, anularon en gran medida muchos de los avances logrados. Tal como sucedió con la exaltación del hiperpresidencialismo. Se permitió la reelección presidencial y se constitucionalizó la habilitación presidencial para el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia y de legislación delegada, todo lo cual debilitó muy especialmente al Congreso de la nación.

Lejos de atenuar al presidencialismo, se exaltó. Y esto no es menor porque mi país ya poseía entonces un sistema presidencialista muy fuerte en razón del cual no es osado señalar que, paradójicamente, la Constitución que, por una parte, prohibía otorgar al presidente la suma del poder público, en realidad concurrió a legitimarla a través de la reforma de 1994, motivo por el cual mereció un muy extendido reproche doctrinario.⁶

Así, la figura del jefe de gabinete de ministros prevista por la reforma constitucional, en los hechos, terminó desnaturalizada al quedar reducida a una instancia jerárquica inferior y dependiente del órgano “presidente de la nación” de función ejecutora de sus decisiones de significatividad menor o trascendencia ordinaria. En materia de control público también se operó un fenómeno inverso. Se declamó su jerarquización debido a que la Constitución reformada previó a la Auditoría General y al Defensor del Pueblo, pero luego, por las condiciones operativas de estos órganos, su marcado tinte político y la oportunidad de ejercicio de sus funciones con carácter poste-

⁶ Véase Bianchi, Alberto, “Constitución y administración luego de la reforma de 1994”, en varios autores, *A una década de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004. Sostuvo: “Bajo la constitución de 1853 el presidente argentino ejercía la suma del poder administrador. La simple lectura del art. 86.1 según la cual el Presidente es el jefe supremo de la nación y tiene a su cargo la administración general del país es suficiente para dar una idea del poder presidencial... ¿puede decirse que la administración fuerte de antaño es ahora más débil y que la constitución” a partir de la reforma de 1994 “ejerce mejor su función de contenerla? Mi respuesta sobre este punto es negativa y creo encontrar en ello dos tipos de causas: (a) lo que dispone la propia Constitución y (b) la dinámica posterior. En relación con lo primero, observamos que la administración nacional se mantiene igual... El jefe de gabinete es un órgano en el cual la Constitución ha desconcentrado una parte importante de las funciones que antes ejercía exclusivamente el presidente, sin embargo, no es un órgano autónomo. Por el contrario es un subordinado político y administrativo del Poder ejecutivo que lo nombra y remueve discrecionalmente... La independencia entre Presidente y Jefe de Gabinete no existe... En la práctica ha obrado como un ministro más”.

rior, en los hechos determinó una desarticulación y desmonte del sistema de control imperante. De allí la importancia de tratar en particular los efectos de la autonomización constitucional del control público.

Por esto es importante citar a máximos autores que invitan a tener en claro que las instituciones no son lo que las normas dicen que son, sino lo que la cultura de un pueblo les permite que sean. Consecuentemente, los cambios normativos sólo son efectivos si descansa, detrás de ellos, una voluntad cultural de cambio que haga de la ley o de la Constitución la expresión genuina de esa voluntad. De lo contrario, al cambio legislativo, sobrevendrá el desasosiego que genera el olvido o los incumplimientos de las normas.⁷

Sin embargo, corresponde rescatar las virtudes del texto finalmente reformado que superan ampliamente a las apuntadas deficiencias porque, principalmente, los dos grandes ejes de su reforma comportaron, sin lugar a dudas, un avance en la protección de los derechos fundamentales. Y el fortalecimiento o jerarquización constitucional de la autonomía institucional y territorial con previsión de organismos independientes, ha sido y es sin duda un paso adelante mediante el cual, sin duda, se intentó atender a ese funesto cuadro de traumas históricos del pasado reciente de mi país, brevísimamente graficado más arriba. Para ello, la reforma constitucional procuró avanzar en los siguientes dos ejes:

Por un lado, en un desarrollo dogmático y orgánico orientado a fortalecer las condiciones de operatividad del sistema de derechos intensificando el cuadro de garantías constitucionales y procesales a fin de evitar intersticios que dieran lugar a ulteriores tachas de programaticidad en sus cláusulas que pudieran obstruir su plena efectividad. Inscrita en la tendencia universal de especificación de derechos fundamentales, desarrolló un capítulo sobre nuevos derechos y garantías que complementó y fortaleció a su originaria parte dogmática o libro primero sobre declaraciones, derechos y garantías, de 1853-60, avanzando también en la restauración de los derechos sociales reconocidos en la derogada Constitución de 1949, erigiendo como especial punto de apoyo la jerarquización constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

Por otra parte, y en lo que nos interesa, intentó el fortalecimiento institucional de ciertos efectos independientes y descentralizados del sistema de poder, para evitar fenómenos de concentración e inmunidad del poder al control, mediante el desarrollo constitucional de determinadas autonomías institucionales y territoriales. Entre las primeras tenemos el caso del desarro-

⁷ Bianchi, Alberto, *op. cit.*, p. 103.

llo del Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura y los Entes Reguladores de Servicios Públicos, entre otros, dotados de autonomía funcional. Entre los segundos, ciertamente, contamos con el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, la creación de la ciudad autónoma de Buenos Aires y la previsión constitucional sobre la creación de regiones.

Pero en lo que especialmente interesa, la reforma brindó jerarquización constitucional al sistema de control público externo, mediante la consagración de la Auditoría General y de la figura del Defensor del Pueblo de la Nación, procurando de esta manera fortalecer el rol del Congreso de la Nación. Sin embargo, el desarrollo de este sistema presenta una serie de interrogantes y exhibe numerosas contradicciones que han permitido a la doctrina mayoritaria enarbolar una crítica enfática afincada en el señalamiento de desarticulación del sistema de control. De allí el especial interés que este tema concita como real centralidad conceptual para discutir al control del poder en serio.

III. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La expansión tangible de los derechos recién comenzó a hacerse parcialmente visible bien entrada la década de 1990⁸ a partir de este hito. La reforma constitucional argentina, si bien ha ocurrido, nos encontramos lejos de la evolución deseada. Así, tenemos que recién sobre finales de siglo XX y durante los primeros años de este —aún flamante— siglo XXI, comenzaron tímidamente a asomar sutiles contornos que posibilitarían ensayar distinciones entre los derechos de petición, los de participación y los de acceso sea a la información pública o a las funciones públicas. Y estos desarrollos son de importancia en el tema que nos ocupan por su simetría conceptual con el desarrollo, aún pendiente, de condiciones reales de autonomización e independencia de los organismos constitucionales así vertebrados.

⁸ Corresponde remitirse al pensamiento del profesor Eduardo Mertehikian en punto a las transformaciones operadas sobre el derecho público argentino en las últimas décadas. Entre sus múltiples aportaciones, se recomiendan especialmente las siguientes obras: Mertehikian, Eduardo, *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2007; *Administración financiera y control*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1997; *Estudios sobre contratación pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, al igual que sus numerosos trabajos.

Al abrigo de estos desarrollos, siempre difusos, fragmentarios y parciales, comenzaron sobre mediados de la década de 1990 con tinte homogéneo en el espacio iberoamericano algunas prácticas de participación ciudadana.⁹ Y se intensificaron a partir del año 2000 por intermedio de algunos interesantes ejemplos institucionales tales como la Carta Compromiso con el Ciudadano, la auditoría ciudadana y la jerarquización constitucional de los presupuestos participativos —especificados en la Constitución Porteña de 1996— junto con desarrollos de instituciones de elaboración participada de normas y bases y condiciones contractuales. Respecto de esta última es frecuente citar en sus albores —o protohistoria— la inclusión de las técnicas de *data room* en los pliegos de privatización de corredores viales a principios de 1990.

Por esto, recién promediando la segunda década del siglo XXI es posible visualizar una interacción o retroalimentación parcial de los derechos de petición, participación y acceso en su conexión con la gestión pública. Sin duda, como natural avance del hito evolutivo cristalizado en la reforma constitucional argentina de 1994.

Quiero expresar lo siguiente: la especificación de derechos fundamentales en la reforma constitucional, ciertamente, obedeció a los desarrollos logrados hasta ese momento. A modo de ejemplo podría establecerse que desde la incorporación al ordenamiento interno de la Convención Americana de Derechos Humanos —con la reinstauración democrática de 1983— se transitaron varios hitos jurisprudenciales que determinaron, acaso, como necesaria derivación su jerarquización en la reforma constitucional. Ahora bien. Lo propio corresponde decir que aconteció desde 1994 hasta el presente.

Las nuevas racionalidades de la Constitución reformada de 1994 y sus legitimidades afincadas en las ratios de los derechos humanos, apoyados sobre la dignidad de la persona humana,¹⁰ más el impacto de los postulados de la democracia deliberativa-participativa sobre las fórmulas constitucionales clásicas democrático-representativa-cerrada, sumados a las nuevas formas de actuación del campo del poder sobre un ámbito más amplio de dinámica de los intereses públicos de corte *mercado-centrista*, nos advierten sobre un

⁹ Véase Sánchez-Sánchez, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

¹⁰ Ampliar en: Gutiérrez Colantuono, Pablo, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 y complementar en: “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas”, LL 18 y 19/01/2018, entre las numerosas aportaciones del autor.

cambio de época.¹¹ Más aún si consideramos la incidencia de la fenomenología de la mundialización y globalización en sus diversas manifestaciones difícilmente reductibles.¹²

IV. BREVE MENCIÓN AL CONTEXTO LIMITANTE
DE LA JERARQUIZACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONTROL PÚBLICO:
CONSENSO DE WASHINGTON, LEYES DE REFORMA DEL ESTADO,
PRIVATIZACIÓN E IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA
DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL

En lo que nos interesa, a modo enunciativo y no limitativo, es importante reparar en que el modelo de control instaurado acaso resultó una exteriorización del llamado “Consenso de Washington” que sobre finales de la década de 1980 propiciaba la implementación de un conjunto de reformas “estándar” administrativas y estatales para los países en desarrollo azotados por la crisis. Se impuso mediante políticas públicas a nivel mundial, fundamentalmente a los países en desarrollo para la liberalización de la economía mundial mediante el disciplinamiento fiscal y el redireccionamiento del gasto público, la liberalización de las barreras a la inversión extranjera directa, la privatización de las empresas estatales, la desregulación en fomento de la competencia y, en lo que nos interesa, la reformulación de los órganos de control superior de los Estados. Estos términos fueron el motivo suficiente para la instauración del modelo de control público finalmente desarrollado sobre la base de una autoridad independiente, pero marcadamente recortada en sus funciones y confinada al ejercicio de un control posterior para coadyuvar en la implantación de un mecanismo de gestión sin controles previos o concomitantes a fin de asegurar la libre circulación y desenvolvimiento de la gestión.

De allí la importancia de abordar muy brevemente la cuestión aquí propuesta debido a su directa incidencia. Porque dentro de esta racionalidad se inscriben los motivos reales que determinaron la creación de una autoridad de control público autónoma luego jerarquizada.

El célebre trabajo del economista John Williamson lo resumió en diez puntos: 1) disminuir el déficit presupuestario y jamás recurrir a la inflación

¹¹ Ampliar en: Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.

¹² Ampliar en: Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013; Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

para financiarlo, 2) el gasto público se debe apartar de aquellas áreas que reciben recursos desproporcionados en relación con los beneficios económicos que se producen tales como los subsidios en gasto social, 3) promoción de reformas tributarias para ampliar la base de los ciudadanos que deben contribuir, 4) libre determinación por el mercado de las tasas de interés bancarias y financieras, 5) unificación de los criterios de cambio monetario, 6) liberalizar el comercio mundial a través de acuerdos de libre comercio con reducción de aranceles nacionales, 7) fomento de la inversión extranjera directa, 8) privatización de empresas públicas, 9) eliminación de normas restrictivas de competencia, 10) robustecimiento de la propiedad privada y su protección.¹³ Sin duda que una resignificación de estos postulados cobran vigor como condicionantes de los sempiternos procesos de endeudamientos soberanos.

Ello se plasmó en el bloque normativo que posibilitó llevar adelante la reforma del Estado argentino que tuvo como punto de partida las leyes 23696 y 23697 mediante las cuales se sancionó el programa de privatizaciones y a las que se siguió el reordenamiento del sistema de control público por intermedio de la sanción de la ley 24156. Ello fue la base del modelo de control finalmente plasmado en la reforma constitucional de 1994.

V. EL PROBLEMA DEL CONTROL PÚBLICO TRAS EL VELO DE LA JERARQUIZACIÓN CONSTITUCIONAL DE SU AUTORIDAD RECTORA INDEPENDIENTE

En el marco del proceso de reforma del Estado operado en Argentina sobre finales de la década de 1980 e inicios de 1990 se dictó la ley de administración financiera número 24156 de 1992. Bajo los dictados del Consenso de Washington instrumentó un profundo replanteo de las estructuras y sistemas de gestión pública y control público. Intentó suprimir el tradicional y anterior modelo de Hacienda y contabilidad pública de afianzado enraizamiento cultural para sustituirlo por el modelo de cuño anglosajón de administración financiera.

Así se procedió a derogar instituciones muy afianzadas en nuestra cultura por provenir de la inspiración hispánica y gozar de extendido predicamento en América, como lo es el Tribunal de Cuentas. En su reemplazo

¹³ Cfr. Williamson, John, "What Washington Means by Policy Reform", en Williamson, John, *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, Peterson Institute for International Economics, 1990, cap. 2; citado por Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, cit., pp. 14 y 15.

se instauró la Auditoría General y la Sindicatura General, si bien hoy nos interesa abordar la primera. Ello comportó en los hechos el desmontaje del sistema de control. Porque mientras que los tribunales de cuenta cumplían una función de control sobre actos y actividades bajo el ejercicio de controles previos y concomitantes, el nuevo sistema los eliminaba y sólo dejó los controles posteriores.

Sobre esa estructura, la Constitución reformada de 1994 brindó reconocimiento en su artículo 85 a la Auditoría General incardinada como autoridad independiente dentro de la órbita del Poder Legislativo. Se señaló como fundamento de su ubicación en el seno del congreso que ello obedeció a dos motivos: por un lado, a la intención del constituyente de redimensionar la función para que, superando al control de legalidad, desbordarlo y llegar a la revisión de gestión, de manera que ningún sector de la cosa pública quede fuera de su capacidad de inspección. Por el otro, procurar que no haya ningún sector de la administración pública que sea un área reservada en la cual la lectura del congreso no pueda entrar.

La auditoría general fue creada con autonomía funcional y financiera señalando que se procuraba garantizar auténticas condiciones de independencia que le permitan el cumplimiento de sus finalidades de desarrollar un eficaz control externo para posibilitarle realizar libremente su tarea propia. La idea que campeaba era el ideal de independencia de criterio. Por consiguiente, la dependencia del congreso no es ni jerárquica ni funcional estrictamente puesto que se sostiene que no es una dependencia o apéndice de él. Sin embargo, la dinámica funcional nos ha demostrado lo contrario. La función de control lejos de haber ganado independencia y profesionalismo ha quedado severamente condicionada a *ratios* políticas y, en parejo orden, marcadamente confinada a un control *ex post* y a ejercicio vencido.

Por ello, creo indispensable que un abordaje serio en materia de la autonomía del control requiere analizar en detalle sus antecedentes institucionales, la organización reemplazada y, al mismo tiempo, las especificidades de funcionamiento del nuevo sistema. De ello trataré seguidamente.

1. *El modelo de control en la ley de contabilidad (1956-1992).*

Breve caracterización del Tribunal de Cuentas de la Nación

El antecedente de la Auditoría General fue el Tribunal de Cuentas. Interesa analizarlo en su contexto porque sólo a partir de allí podrán comprenderse y dimensionarse las bases para concretar aportaciones al sistema actualmente imperante.

Instituido en 1956 para el nivel federal, por el Decreto-Ley de Contabilidad núm. 23.354/56, y disuelto en 1992 al crearse la Auditoría de General de la Nación —mediante la Ley de Administración Financiera núm. 24156— constituía un organismo afín a la práctica presupuestaria de nuestro país, cuya figura continúa subsistiendo en el ámbito provincial argentino.¹⁴ De allí la importancia de su consideración para los fines de este trabajo.¹⁵

Los primeros ensayos institucionales de Tribunales de Cuentas se remontan al periodo colonial, apareciendo en el Río de la Plata, al crearse el primer Tribunal Mayor de Cuentas en 1767,¹⁶ hundiendo —por tanto— sus raíces en la tradición jurídica iberoamericana.

Las funciones que le fueron atribuidas exorbitaron las exclusivas de un órgano de control externo del Estado. Ejerció el control previo y posterior de la Administración Pública Nacional, bajo una modalidad preponderante de *control sobre los actos*,¹⁷ cumpliendo funciones jurisdiccionales¹⁸ —sobre los funcionarios gestores de las cuentas públicas— consultivas y administrativas —por encontrarse integrado al circuito presupuestal— detentando también potestad reglamentaria.

Por tanto, tenía a su cargo el análisis de todos los actos administrativos que se refirieran a la Hacienda pública, la intervención previa en los libramientos de pago,¹⁹ el examen y juicio de las cuentas de los responsables,²⁰ la

¹⁴ A modo de ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires fue suprimido en 1821 y luego instituido en 1825 por el Gobernador Las Heras (*cf.* Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *El control de la administración pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 90).

¹⁵ Por exceder los límites del presente trabajo, no serán consideradas las funciones de contralor ejercidas por otros organismos tales como la Contaduría General, la Sindicatura General de Empresas Públicas y otros.

¹⁶ Así lo dispuso la Instrucción de Carlos III del 12 de noviembre de 1767, que mandó que las Cajas Reales de Buenos Aires, Tucumán y Paraguay cesaran de rendir cuentas al Tribunal Mayor de Cuentas de Lima, como lo venían haciendo (*cf.* Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 89).

¹⁷ *Cf.* artículo 84 del Decreto ley 23354/56 le competía: “inc. a) ejercer el control externo de la marcha general de la administración nacional y las haciendas para estatales, b) la fiscalización y vigilancia de todas las operaciones financiero-patrimoniales del Estado..., f) fiscalizar las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos”.

¹⁸ *Cf.* artículo 84 del Decreto ley 23354/56 le competía: “inc. c) el examen y juicio de las cuentas de los responsables, intervenidas por las respectivas contadurías centrales, d) la declaración de responsabilidad y formulación de cargo cuando corresponda”.

¹⁹ *Cf.* artículo 34 del Decreto ley 23354/56. Intervenía en los libramientos antes de que estos pasaran a la Tesorería General.

²⁰ A los funcionarios encargados de la administración de dinero, fondos, bienes, etcétera, el Tribunal de Cuentas los atraía a su fuero y los juzgaba mediante el juicio administrativo

fiscalización de las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos.²¹ Entre sus funciones consultivas, era el órgano encargado de la interpretación del Decreto-Ley de Contabilidad, a lo que se agrega el asesoramiento a los poderes del Estado en las materias de su competencia.

Mención aparte merece el ejercicio de la función de *observación* de los actos administrativos de contenido patrimonial,²² con reserva de *insistencia* por parte del proponente.

Cabe señalar que, junto con la atribución de intervenir anticipadamente al libramiento de fondos del Tesoro General, constituían el control previo que la ley le acordaba.²³

Mas allá de las críticas que se alzaron desde los distintos sectores, lo cierto es que este mecanismo constituía un instrumento eficaz para el ejercicio de un control en *tiempo real*, dado su cariz procedimental que constituía una válvula de cierre a la tendencial fuga de los controles, por parte de los sujetos controlados.

La obligación comentada, desapareció al instaurarse el régimen de administración financiera —bajo justificaciones de variada índole— y sin que haya sido sustituida por otra medida de índole similar.

Con el paso de los años, esta arquitectura fue universalmente criticada,²⁴ y, en el caso de la doctrina nacional, se fustigó el ejercicio del control previo

de cuentas. En cambio, frente a situaciones de irregularidad de los funcionarios —incluso de aquellos no obligados a rendir cuentas— los juzgaba de acuerdo con el proceso denominado juicio administrativo de responsabilidad (Cf: Atchabahian, Adolfo, “Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública”, Buenos Aires, Depalma, 1999, p. 744).

²¹ Cf: Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 79; “Esta tarea no fue efectuada cabalmente por este órgano, hasta la creación de la Corporación de Empresas Nacionales primero, y luego la Sindicatura General de Empresas Públicas”.

²² Cf: artículo 85: del Decreto ley 23354/56, que establecía la observación de los actos administrativos cuando contrariaran o violaran disposiciones legales o reglamentarias, dentro de los sesenta días de haber tomado conocimiento de los mismos. A tales efectos dichos actos debían ser comunicados antes de entrar en ejecución. Por su parte el artículo 87 disponía que las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas serían comunicadas al organismo de origen y suspenderían el cumplimiento del acto en todo o en la parte observada (cf: Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 95).

²³ Cf: Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 95.

²⁴ Al respecto, Giannini explicaba que: “...los controles sobre los actos (legalidad y oportunidad) están bajo sospecha: sirven bien poco en relación a su coste económico y burocrático, dejando al margen todas las actividades ejecutivas y técnicas. Están, en cambio, adquiriendo importancia los controles sobre la actividad, tipo *budgeting*, *auditing*, los controles de gestión y los controles internos de eficacia. Estos son, sin duda, los controles del futuro... los controles de eficiencia exigirían, en las grandes administraciones, unidades internas específicas que pudieran establecer y controlar los flujos de trabajo de cada servicio, las

por parte del Tribunal de Cuentas llegándose a sostener “disfuncional”, en razón de los cometidos por los que se le reconocía algún nivel de injerencia en la gestión administrativa,²⁵ todo lo cual constituyó campo fértil para la supresión de los controles previos independientes y su sustitución por el régimen que se analizará en el acápite siguiente.

2. *El modelo de control instaurado por la ley de administración financiera (1992-en adelante). La técnica de control de auditoría*

Las técnicas de control actualmente vigentes en Argentina se implementaron en 1992 con el dictado de la llamada Ley de Administración Financiera núm. 24156, norma que derogó al sistema anterior, el que sustituyó mediante la implantación de un nuevo modelo de control público,²⁶ sin precedentes en nuestro país. Cesaron los anteriores organismos rectores, resultando consecuentemente suprimido el control externo de carácter previo del Estado, a partir de lo cual el control externo quedó limitado a la modalidad *ex post facto*.

Cesado el Tribunal de Cuentas de la Nación, fueron creadas la Auditoría General de la Nación,²⁷ como órgano de control externo *ex post*;²⁸ la

técnicas de trabajo, la organización interna del trabajo, y el rendimiento del trabajo bajo los dos aspectos que en la ciencia de la Administración se denominan eficiencia y eficacia” (cfr. Giannini, *op. cit.*, p. 314).

²⁵ Al respecto, me remito a los comentarios expuestos en Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p. 92.

²⁶ Así, la norma establece: “art. 1o. — La presente ley establece y regula la administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional...” y luego; “art. 7o. — La Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación serán los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente”.

²⁷ Cfr. artículo 116, Ley 24156, que establece: “Créase la Auditoría General de la Nación, ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional. El ente creado es una entidad con personería jurídica propia, e independencia funcional. A los fines de asegurar ésta, cuenta con independencia financiera. Su estructura orgánica, sus normas básicas internas, la distribución de funciones y sus reglas básicas de funcionamiento serán establecidas por resoluciones conjuntas de las Comisiones Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, por vez primera. Las modificaciones posteriores serán propuestas por la auditoría, a las referidas comisiones y aprobadas por éstas. Su patrimonio estará compuesto por todos los bienes que le asigne el Estado nacional, por aquellos que hayan pertenecido o correspondido por todo concepto al Tribunal de Cuentas de la Nación y por aquellos que le sean transferidos por cualquier causa jurídica”.

²⁸ Cfr. Ley 24156, artículo 117, se delimitan sus competencias: “Es materia de su com-

Sindicatura General de la Nación,²⁹ como órgano de control interno del Poder Ejecutivo y sus dependencias,³⁰ y se estableció la obligación, de par-

petencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos... los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos... El control externo posterior del Congreso de la Nación será ejercido por la Auditoría General de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dispondrá sobre la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido en esta ley con relación al Poder Judicial de la Nación”.

Cfr. artículo 118, Ley 24156, se pormenorizan sus funciones: “En el marco del programa de acción anual de control externo... tendrá las siguientes funciones: a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la utilización de los recursos del Estado, una vez dictados los actos correspondientes; b) Realizar auditorías financieras, de legalidad, de gestión, exámenes especiales de las jurisdicciones y de las entidades bajo su control, así como las evaluaciones de programas, proyectos y operaciones;... e) Controlar la aplicación de los recursos provenientes de las operaciones de crédito público... g) Realizar exámenes especiales de actos y contratos de significación económica... h) Auditar y emitir opinión sobre la memoria y los estados contables financieros..., j) Verificar que los órganos de la Administración mantengan el registro patrimonial de sus funcionarios públicos...”.

²⁹ *Cfr.* se estableció en las siguientes normas de la Ley 24156: “art. 96: Créase la Sindicatura General de la Nación, órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional., art. 97: La Sindicatura General de la Nación es una entidad con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación... art. 100: El sistema de control interno queda conformado por la Sindicatura General de la Nación, órgano normativo, de supervisión y coordinación, y por las unidades de auditoría interna que serán creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependen del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependerán, jerárquicamente, de la autoridad superior de cada organismo y actuarán coordinadas técnicamente por la Sindicatura General”.

³⁰ *Cfr.* Ley 24.156, artículo 98, se delimitan sus competencias: “En materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependen del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica”.

Cfr. Ley 24.156, artículo 104, se delimitan sus funciones: “Son funciones de la Sindicatura General de la Nación: a) Dictar y aplicar normas de control interno... coordinadas con la Auditoría General de la Nación, b) Emitir y supervisar la aplicación... de las normas de auditoría interna, c) Realizar... auditorías financieras, de legalidad y de gestión, investigaciones especiales, pericias de carácter financiero o de otro tipo, así como orientar la evaluación de programas, proyectos y operaciones..., e) Supervisar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno,... g) Aprobar los planes anuales de trabajo de las unidades de auditoría interna,... h) Comprobar la puesta en práctica, por los organismos controlados, de las observaciones y recomendaciones efectuadas por las unidades de auditoría interna..., j) Formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de economía, eficiencia y eficacia; k) Poner en

te de cada entidad dependiente del Poder Ejecutivo, de crear “Unidades de Auditoría Interna”: órgano de control interno posterior, poseedor de la extraña cualidad de ser controlador y a su vez dependiente de la máxima autoridad de cada repartición, y que actúa bajo coordinación técnica de la Sindicatura General.³¹

Se sostuvo que la nueva ley optimizó la gestión financiera y el control,³² por lo cual se le atribuyeron una variedad de bondades, entre las que se cuentan —a título enunciativo— el haber propiciado la interrelación de sistemas de gestión pública, la centralización normativa y descentralización operativa, junto con el desarrollo de instrumentos más ágiles de control, tendientes al logro de un triple objetivo: economía, eficiencia y eficacia.³³

Por otra parte, se dijo que el control de auditoría contribuía a la economía de los recursos afectados al control, habida cuenta que el control sobre acciones implica una superación del control sobre actos, el que debido a su objetivo de procurar la completa legalidad y regularidad de todas las operaciones, generaba costes desproporcionados.³⁴

Principalmente, se reconoció como un acontecimiento de innovación —y por ello mismo digno de elogio— el hecho de que la Ley de Administración Financiera venga a estructurar a la gestión pública con base en la

conocimiento del Presidente de la Nación los actos que hubiesen acarreado o estime puedan acarrear significativos perjuicios para el patrimonio público...”

³¹ *Cfr.* Ley 24156, artículo 102: “La auditoría interna es un servicio a toda la organización y consiste en un examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades a que hace referencia esta ley, realizada por los auditores integrantes de las unidades de auditoría interna. Las funciones y actividades de los auditores internos deberán mantenerse desligadas de las operaciones sujetas a su examen”.

³² Al punto que estableció entre sus objetivos, el establecimiento de “un eficiente y eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica del control previo y posterior y de la auditoría interna” (*cfr.* artículo 4o., inciso ii).

³³ Al respecto se sugiere ampliar de Fowler Newton, Enrique, *Cuestiones fundamentales de auditoría*, Buenos Aires, Macchi, 2001; Mertehikian, Eduardo, *Administración financiera y control*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1997; Atchabahian, Adolfo, *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Buenos Aires, Depalma, 1999; Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, pp. 101 y ss., entre otras obras.

³⁴ Entre las premisas de las que parten los controles de auditoría se sostiene que “no se puede esperar que un sistema asegure que todas las operaciones son correctas; en consecuencia, el alcance y la intensidad de los controles deberían proporcionar un equilibrio adecuado entre el costo global de su realización y los beneficios globales que aportan” (*cfr.* “Información de apoyo al dictamen núm. 2/2004 del Tribunal de Cuentas de la Comunidad Europea sobre modelo de “auditoría única” [y una propuesta de marco de control interno comunitario], pto. 25, p. C 107/7).

“teoría de sistemas”, lo que implicaría la institución de diversos sistemas para el funcionamiento financiero del Estado, de manera que, aunque cada uno de ellos poseyera funciones específicas, existiera una verdadera interrelación de los órganos que los conforman entre sí.³⁵

Luego, en la racionalidad de la ley, esos sistemas resultarían integrados en un ámbito material subjetivo —dentro del cual tome forma la actuación de la gestión pública y mediante el cual se precisen los contornos de la función administrativa— denominado *Sector Público Nacional*,³⁶ noción mediante la cual se busca caracterizar a la administración pública.

Sin embargo, el nuevo régimen se limitó a diseñar tales sistemas de contabilidad-presupuesto público y control financiero, pero al no desarrollarlos de manera adecuada ni detallar sus condiciones de operatividad, se afectó un elemento esencial en la construcción de un sistema: el nivel de interrelación necesario para el logro de la postulada “centralización normativa y descentralización operativa”.

³⁵ Cfr. Barraza, Javier y Schafrik, Fabiana, *op. cit.*, p 103. Al respecto, el artículo 2o. de la Ley 24156 dispone: “La administración financiera comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los objetivos del Estado”.

³⁶ Cfr., Ley 24156, artículo 8o.: Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación en todo el Sector Público Nacional, el que a tal efecto está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social. b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones. d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus jurisdicciones o entidades.

Y complementando luego el artículo 120: “El Congreso de la Nación, podrá ser su competencia de control externo a las entidades públicas no estatales o a las de derecho privado en cuya dirección y administración tenga responsabilidad el Estado Nacional, o a las que éste se hubiere asociado incluso a aquellas a las que se les hubieren otorgado aportes o subsidios para su instalación o funcionamiento y, en general, a todo ente que perciba, gaste, o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública” .

De esta manera, la afectación de las condiciones de operatividad del “sistema de administración financiera” redundará en la restricción de los consecuentes niveles de operatividad de los mecanismos de control de auditoría previstos en el nuevo régimen. Y ello porque la técnica de auditoría presupone la previa existencia de un sistema en funcionamiento al que controlará.

Sobre este punto, para la comprensión de la racionalidad aspirada por intermedio de la Ley de Administración Financiera argentina y el dimensionamiento de algunas aristas del déficit operativo de los controles de auditoría en Argentina, creo necesario reparar en los atributos principales de un sistema y su control.

Así, debe señalarse que un sistema es un conjunto de elementos que se interrelacionan de manera regular y ordenada para la consecución de determinados objetivos.³⁷ Ello presupone el desarrollo de un detallado y pormenorizado marco de actuación —normativo—, pero que a la vez posea la ductilidad necesaria para permitir las adaptaciones y adecuaciones que las necesidades organizacionales requieran.

Inicialmente apreciamos que, no obstante el sistema de administración financiera fue diseñado por ley —con base en el programa de reforma de la administración financiera y gubernamental—, su estructuración resultó parcial.

No se desarrollaron de manera pormenorizada las normas, procedimientos y estructuras adecuadas que permitan su interrelación, atentando ello contra la eficiencia de los procesos de auditoría. Ello se comprueba a poco que se repare en la estructuración de los controles dentro de esta lógica de sistemas.

Como lo explica Enrique Fowler Newton:

En todo control de un sistema operante intervienen cuatro elementos:

- a) Un objeto a examinar, que puede ser:
 1. La producción del sistema durante cualquier etapa del proceso;
 2. Una condición resultante de dicha producción;
- b) Un método censor que permita medir las características o condiciones controladas;
- c) Una unidad de control (el sujeto del examen) que compara los datos medidos con el rendimiento planeado, determina la necesidad de correcciones y la informa a:
- d) Un grupo capaz de efectuar las correcciones del caso.

³⁷ Cfr. Fowler Newton, Enrique, *Cuestiones fundamentales de auditoría*, Buenos Aires, Macchi, 2000, p. 3.

En consecuencia, lo que se postula es que la auditoría se caracteriza como la función de control de un sistema o conjunto de sistemas, por lo que resulta que bajo este enfoque la auditoría será siempre auditoría de sistemas, consistiendo de tal manera en la revisión sistemática y organizada de los sistemas en funcionamiento para ver si en ellos se verifican las propiedades descriptas.³⁸

Siendo así, el control de auditoría consiste en:

El examen del funcionamiento de un sistema o parte de él para controlar si sus características o condiciones responden a un sensor previamente establecido. En toda auditoría existe un propósito, un sujeto (el auditor), un objeto (lo que se examina), una acción (el examen) y un sensor que actúa como punto de referencia. Como resultado de la auditoría se emite un informe que puede ser empleado para corregir las desviaciones observadas o constituir un mero dato informativo”.³⁹

Por tanto, conforme el autor citado, las condiciones necesarias para la realización de una auditoría serán: 1) que el sistema y sus controles internos sean auditables, 2) que exista un sensor perfectamente definido, y 3) que el auditor sea independiente e idóneo.⁴⁰

Sentado lo anterior, se comprende que los controles de auditoría sean externos y se cumplan *ex post facto* —un control de controles— de suerte que los controles previos se correspondan con los internos, razón por la cual estos debieran hallarse estructurados en la línea y en el grado.

Luego, la estructura de control debiera ser *piramidal*,⁴¹ presuponiendo la existencia —en la base de la pirámide— de un *ambiente de control* adecuado, estructurado sobre controles de línea, previos e internos,⁴² complementa-

³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 4.

³⁹ Cfr. *ibidem*, p. 64.

⁴⁰ Finalmente, todo informe de auditoría, en cuanto comunica información, debiera cumplir con los requisitos enunciados por la teoría de la información, entre los que se destacan los de relevancia, objetividad, oportunidad, precisión, integridad, claridad, suficiencia, prudencia, normalización, sistematicidad, verificabilidad, certidumbre, confiabilidad, practicabilidad y productividad (cfr. Fowler Newton, Enrique, *op. cit.*, pp. 64, 66 y 67).

⁴¹ Cfr. postulan las normas de C.O.S.O. (Comité of Sponsoring Organisations of the Treadway Comisión).

⁴² Cfr. Ley 24156, artículo 101: “La autoridad superior de cada jurisdicción o entidad dependiente del Poder Ejecutivo nacional será responsable del mantenimiento y de un adecuado sistema de control interno que incluirá los instrumentos de control previo y posterior incorporados en el plan de organización y en los reglamentos y manuales de procedimiento de cada organismo y la auditoría interna”.

do por un subsistema de *controles cruzados* dentro de la línea de mando que operen *blindajes técnicos* impeditivos de desvíos, para la consolidación de un control integral e integrado.⁴³

Sin embargo, lejos estamos de ello. No se ha logrado aún la implementación de los atributos operacionales definidos por la ley mencionada como necesarios para la efectiva vigencia del nuevo modelo, por cuanto se han desarrollado fragmentariamente —o en muchos casos, directamente no se han desarrollado— los mecanismos de control interno adecuados para prevenir-detectar-correr errores e irregularidades y asegurar la consecución de los objetivos de las entidades, todo lo cual requiere consecuentemente de:

Un conjunto de sistemas de controles dentro de los cuales se incluyan:

- i. la estructura organizativa,
- ii. los métodos,
- iii. los procedimientos,
- iv. la auditoría interna.

Así, mediante los mismos, debieran asegurarse la estructuración de mecanismos para: la protección de activos y recursos, el desarrollo de blindajes legales previos, el aseguramiento de un registro contable que garantice su completitud y exactitud, y la emisión de información financiera oportuna y fiable, etcétera.

Por poco que se reconozcan estos déficits, se comprueba que, en la práctica, habiendo desaparecido técnicas como la observación, propias del control previo y, encontrándose centrado exclusivamente en el control posterior de auditoría, se verifiquen serias debilidades estructurales en materia de control preventivo. Careciendo de procedimientos internos que permitan la realización de un blindaje técnico, articulando gestión y control, encontramos que el desarrollo fragmentario de los mecanismos implementados por el sistema de administración financiera han determinado la desvinculación, en términos de procedimiento, de la gestión al control.

La debilidad en los controles previos determina la necesidad de que los mecanismos de control externo realicen esfuerzos complementarios determinados por tareas investigativas previas, de relevamiento, de evaluación de la significatividad y trascendencia de las acciones a controlar. Dentro de este

⁴³ Cfr. Ley 24156, artículo 103: “El modelo de control que aplique y coordine la sindicatura deberá ser integral e integrado, abarcar los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y estar fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia”.

contexto no es extraño advertir que, si el auditor no desarrolla sus mejores esfuerzos para realizar análisis de riesgos, relevar el universo de actividades llamado a controlar, previo a la extracción de muestras representativas,⁴⁴ difícilmente podrá tomar conocimiento cabal respecto de aquellas acciones que puedan comprometer, en alguna medida, al erario público. Por lo tanto, desmontados los procedimientos de intervención previa, podría afirmarse que el control incurre en la paradójica pérdida de control sobre su ámbito. El control ya no revisará toda la acción pública, verá solo lo que pueda, lo que le muestren o lo que quiera.

Balace de lo expuesto

Como consecuencia de lo expuesto, aprecio que el déficit operacional que actualmente presenta el control público en Argentina se produce, en mi opinión, principalmente por dos causas:

La primera, porque se sustituyeron los controles previos y se les sustituyó por los controles posteriores, no obstante que ambos resultan necesarios y complementarios.

La segunda, porque no obstante lo anterior, el nuevo sistema se desarrolló de manera fragmentaria, por cuanto, como se señaló, se omitieron prever normativamente los atributos operacionales del sistema. Por lo tanto, paradójicamente, su funcionamiento se volvió asistemático, ya que los nuevos mecanismos de control funcionan de manera desconectada y superpuesta entre sí, e incluso desconectados respecto de la gestión llamada a controlar.

Breve identificación de las debilidades del funcionamiento de la auditoría general. Los déficits de independencia

Existe generalizado y extendido consenso doctrinario en señalar que en materia de control público estamos lejos de verificar que la Constitución reformada haya instaurado una verdadera autoridad independiente con autonomía funcional. Así, la doctrina verifica los siguientes déficits en el sistema de control vigente en Argentina:

⁴⁴ “Las técnicas de muestreo están destinadas a proporcionar una estimación de una característica determinada de una población de operaciones, sirviendo para identificar ámbitos de riesgo concreto”.

- 1) *Restricciones en cuanto al alcance del control*: el sistema legal vigente permite solamente el ejercicio del CONTROL POSTERIOR, por intermedio de un control de auditoría, habiéndose suprimido los controles PREVIOS Y CONCOMITANTES.
- 2) *Falta de independencia y retrasos en el ejercicio de los controles*: dado que los organismos de control requieren la previa aprobación, tanto de su Plan de trabajo, como de sus informes finales, por parte del Congreso, el sistema termina por volverse burocrático y el control corre el riesgo de descontextualizarse.
- 3) *Ausencia de efectos jurídicos concretos a consecuencia del control*: dado que toda la acción de control concluye con la emisión de un informe de auditoría, el controlador carece de potestades correctivas de los desvíos detectados, pudiendo solamente realizar posteriores controles de cumplimiento.
- 4) *No integración de los particulares a la relación de control público*: los particulares sólo poseen reconocido —y con cortapisas— el derecho de acceso a la información pública, más un errático conjunto de derechos de participación que en el ámbito de la administración confluyen, básicamente, en el sistema de audiencias públicas, si bien con la previsión de ausencia de vinculatoriedad de la decisión para con las conclusiones que se viertan en el acta de cierre. Ahora bien, estos incipientes reconocimientos de mecanismos activos de participación, unidos a una legitimación procesal en lo contencioso administrativo de carácter amplio y en progresiva expansión, nos permitiría inferir que no resultaría descabellado sostener que el próximo paso sea lograr el desarrollo de mecanismos efectivos de intervención —no ya la sola participación— en algunas de las instancias que integran los ciclos de control público dentro del modelo actual, tal como ha ocurrido con ensayos de auditoría ciudadana, las cuales fracasaron por el desaliento de su nula vinculatoriedad. A poco que consideremos que nuestras modernas Constituciones están transitando del tradicional modelo “constitucional representativo” —en el que el pueblo solo deliberaba y gobernaba mediante sus representantes— a un nuevo modelo “constitucional participativo” —en cuyo eje se centra el ciudadano/particular/persona humana como acreedor de toda relación de derecho público— podremos verificar la racionalidad de lo expuesto y la coherencia de este hito que estamos proponiendo: el reconocimiento de un nivel de intervención efectiva del individuo en las acciones de control público. Claramente nada de ello aún

acontece, no obstante contar con su expreso reconocimiento en el plexo constitucional y supraconstitucional —el sistema internacional de derechos humanos—. Claramente, éste es un déficit del actual sistema de control.

VI. EL DEFENSOR DEL PUEBLO COMO AUTORIDAD CONSTITUCIONAL INDEPENDIENTE. ORÍGENES Y SIGNIFICADOS DE LA FIGURA

El constituyente argentino de 1994 sostuvo que, con el objeto de promover un nuevo equilibrio en la gestión pública, debían fortalecerse las funciones de control en el rol del Congreso, por entenderlas de central importancia en la actual realidad parlamentaria.⁴⁵

Se postuló la necesidad de superar el antiguo control de legalidad para desbordarlo y llegar al control de gestión, de manera que ningún sector de la cosa pública quede fuera de su capacidad de inspección. Para la consecución de tales objetivos, produciendo un nuevo entrelazamiento entre el sistema de derechos y el sistema de poder y, siguiendo las líneas directrices del modelo español,⁴⁶ se otorgó jerarquía constitucional al Defensor del Pueblo de la Nación, en la nueva redacción del artículo 86, con la finalidad de servir de elemento de control de la administración pública nacional.

Sin embargo, el ombudsman se había introducido en nuestra vida institucional provincial y local, con anterioridad. Se previó para la Provincia de Buenos Aires, mediante el Decreto núm. 1.506 de 1984. Las Provincias de Córdoba y San Luis lo poseen en su Constitución desde 1987. San Juan, La Rioja y Salta desde 1986 en sus respectivas Constituciones. Y fue recepcionado en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires por medio de la Ordenanza núm. 40.831, que en 1985 creó la Contraloría General Comunal, para la metrópolis.

⁴⁵ Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 27 de julio de 1994. Ponencia del Convencional Paixao, quien sostiene que el fortalecimiento del rol del Congreso contribuye a conseguir una mayor eficiencia en el funcionamiento de las instituciones del Estado, afirmando que la actual etapa histórica de la Argentina no es la del hiperpresidencialismo, sino la de una descentralización del poder que posibilite un avance armónico y por consenso de los integrantes de la sociedad política.

⁴⁶ España incorporó al Defensor del Pueblo en su Constitución de 1978, con la finalidad de "...supervisar la actividad de la Administración" (artículo 54), extendiéndose su competencia a la revisión de la "administración de justicia" (cfr. Delgado, Salomón, *El Ombudsman*, México, Universidad de Guadalajara, 1992).

Al momento de sanción de la norma nacional se contaba con una experiencia local de casi diez años que abonaron su incorporación, a más de un muy extenso desarrollo comparado que es necesario relevar para una mejor comprensión de su marco conceptual en orden a reflexionar en torno a prospectivas sobre la reconfiguración de su función de control,⁴⁷ la ampliación de sus horizontes de actuación y un intento de superación de los límites que conspiran contra la concreción de su función.⁴⁸

De procedencia sueca, la institución del Justitie-Ombudsman se plasma en la Constitución de 1809, inspirada en las teorías de Montesquieu, fue concebida para balancear las amplias facultades concedidas al rey y a su consejo. En tal inteligencia, se le incorporó en el ámbito del Parlamento como control de las actividades gubernamentales para asegurarse de que las autoridades administrativas y los tribunales se adhieran a lo dispuesto por las leyes.⁴⁹

A su vez, sin duda se puede afirmar que sus antecedentes se remontan a 1660 con la creación de la figura del Grand Senechal —en Suecia—, cuya misión fundamental era vigilar, bajo la autoridad suprema, el buen funcionamiento y la administración de justicia en el reino —recuérdese que en la antigua monarquía sueca, la justicia y la administración no se encuentran separadas y constituía la judicatura una función esencial del rey—. Este funcionario recibía la información de los diferentes tribunales y señalaba al rey las faltas y negligencias que constataba en los jueces inferiores, proponiendo las eventuales reformas.⁵⁰

⁴⁷ Delgado considera que la institución del ombudsman tiene características propias inentendibles en su exacta dimensión, ocasionando en Latinoamérica que no alcance aún un ejercicio funcional pleno, atribuyendo esta circunstancia a la naturaleza jurídica ajena a la génesis romanista de nuestra tradición jurídica (Salomón Delgado, *op. cit.*).

⁴⁸ La doctrina sostiene que en Argentina no existen mecanismos eficaces que representen instrumentos mediadores idóneos para acercar al administrado a su administración ya que “la herencia burocrática ha socavado las formas de participación ciudadana para montar defensas que aspiran a proteger más al Estado frente al individuo que a este frente a aquel” (Maiorano, Jorge, *El ombudsman*, Buenos Aires, Macchi, 1987, p. 6).

⁴⁹ Bexelius, Alfred, *El ombudsman de asuntos civiles*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 57. Cfr. Legrand, André, *L'Ombudsman Scandinave*, París, Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 23. Considera el autor a la figura del Grand Senechal anterior a la del Konungens Hogsta Ombudsman ya que esta fue instituida en 1713 con motivo de las guerras de 12 años del rey Carlos XII de Suecia en la necesidad de investir a un “procurador supremo” —traducción de la expresión escandinava señalada—.

⁵⁰ Cfr. Legrand, André, *L'Ombudsman Scandinave*, París, Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 23. Considera el autor a la figura del Grand Senechal anterior a la del Konungens Hogsta Ombudsman ya que ésta fue instituida en 1713 con motivo de las guerras de 12 años del rey Carlos XII de Suecia en la necesidad de investir a un “procurador supremo” (traducción de la expresión escandinava señalada).

El término sueco *ombud* se refiere a una persona que actúa como vocera o representante de otro; siendo multívoco en su idioma, puede empleárselo como: mandatario, representante, delegado, diputado, agente. En su posición de vigilancia originariamente fue concebido como representante del parlamento y, por lo tanto, de los ciudadanos.⁵¹ Se trata de una institución que sólo puede existir en un sistema democrático, reposando su prestigio en el respaldo que le confiere el Parlamento,⁵² ya que carece por sí del monopolio de la defensa de los derechos fundamentales confiados a los poderes públicos.⁵³

1. *Hacia la delimitación de sus funciones*

El ombudsman, en su actividad, contribuye a complementar la actividad jurisdiccional erigiéndose en una magistratura de persuasión, por carecer de *imperium*; teniendo sólo *auctoritas* al valerse de recomendaciones y la publicidad de sus informes,⁵⁴ y en la inteligencia de que su poder no se basa en ninguna facultad coactiva, sino en su prestigio y en el reconocimiento que de su autoridad moral tienen gobernados y gobernantes. De tal forma que el peso de su autoridad ha de terminar haciendo valer sus opiniones ante los órganos de poder.⁵⁵

Es por ello que la institución del ombudsman es conveniente que sea unipersonal, toda vez que la experiencia indica que se precisa de un funcionario con elevada autoridad moral, una personalidad idónea, íntegra y con profunda experiencia, ya que el éxito de la gestión se encuentra ligado a la personalidad de su titular y al empeño puesto en hacer valer sus puntos de vista.⁵⁶

⁵¹ Cfr. Bexelius, Alfred, *op. cit.*, p. 57.

⁵² Cfr. Nogueira-Pinto, *El ombudsman... Reflexiones para su consideración en Chile*, Santiago de Chile, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, 1987, p. 2.

⁵³ Cfr. Maiorano, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁴ Maiorano sostiene que su función primordial es la de tutelar derechos fundamentales nacentes —económicos, sociales, culturales—, los cuales no tienen una acción esgrimible frente a los tribunales.

⁵⁵ Cfr. Giner de Grado, Carlos, *El Defensor del Pueblo*, Madrid, Editorial Popular, 1982, p. 63. Sostiene el éxito de su gestión por entender que el peso de sus recomendaciones ha de ejercer idéntica presión a la ejercida por la prensa, calificada de cuarto poder.

⁵⁶ Cfr. Napione, Giovanni, *L'Ombudsman*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, p. 172. Refiere el autor que esta institución importa una “magistratura di influenza, un ufficio di persuasione... l'ufficio è stato sempre affidato a uomini di grande autorità, competenza, esperienza e integrità...”.

Se agrega la necesidad de una gestión ágil. De esta concepción resulta la experiencia italiana; desoídas sus recomendaciones, se encuentra facultado a elevar la cuestión al Parlamento.⁵⁷ Una breve consideración acerca de la experiencia norteamericana⁵⁸ nos muestra el éxito de las *class actions*, que posibilitan el tratamiento simultáneo de conflictos individuales en un proceso único a través de la intervención en juicio de un representante de la clase de que se trate. En este contexto, reviste centralidad la figura del *attorney general*,⁵⁹ quien tiene funciones para representar jurisdiccionalmente los agravios que los particulares le elevan en los supuestos de *maladministration* —actuación defectuosa, negligente u omisiva de la administración—.

Se comprende de esta forma que una tutela eficiente de los derechos de los administrados ha de abarcar la facultad de ocurrir ante el órgano jurisdiccional, no bastando la sola atribución de elevar informes al Congreso para el pleno ejercicio de su cometido; si bien es cierto que su legitimación para ocurrir ante el órgano jurisdiccional no hace a la esencia de su función originariamente concebida. De lo expuesto se desprende su característica esencial, la cual es ser un órgano tutelar de los derechos e intereses de los administrados frente a los supuestos de mala actuación de la Administración, traducida por un “ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno”⁶⁰ de las funciones de los órganos que componen la Administración pública nacional. Su objetivo central el de vigilar y controlar a la Administración. Ejerce su función de órgano de control mediante la recepción y el despacho de las quejas, pudiendo iniciar y proseguir de oficio las investigaciones (*cfi.* artículo 14), prestando especial atención a “aquellos comportamientos que

⁵⁷ *Cfi.* Napione, *op. cit.*, p. 173. Sostiene que en su función tiene acción directa sobre la sede parlamentaria para llevar la cuestión “all’attenzione generale, en indica gli elementi negativi, suggerisce y remedi”.

⁵⁸ No hay demasiado para decir respecto del desarrollo de la institución en Estados Unidos por no haber recibido un profundo tratamiento. Ello se debe, al decir de un autor, al sistema de gobierno. “Los americanos son tan dogmáticos y confiados en sus principios de separación de poderes y sus sistemas de frenos y contrapesos, que resulta no parecer necesitar crear una institución separada de gobierno como método de control. A través de estos principios se cree que los departamentos legislativo y judicial ejercerán un correcto control del ejercicio del poder de parte del Ejecutivo”. Sundquish, James, *The Ombudsman Journal*, University of Alberta, núm. 10, 1992.

⁵⁹ Sobre el mismo ver Cappelletti, Mauro, “Governmental and Privates Advocates for the Public Interest”, *Michigan Law Review*, vol. 73, p. 793. Destaca las peculiares ventajas de este sistema.

⁶⁰ De conformidad con el criterio del artículo 14, Ley núm. 24.379.

comporten una falla general y sistemática de la Administración, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” (cf. artículo 15). Se le aprecia de esta forma como una herramienta eficaz de control, porque frente a los controles privativos de la administración ofrece la ventaja de tratarse de un órgano ajeno a ella; frente al complicado proceso judicial ofrece un procedimiento ágil, ya que basta con dirigirle un escrito desprovisto de formalidades, y respecto del control tradicional del parlamento se resalta la objetividad y profesionalidad de su función.⁶¹ Cabe, a su vez, destacar su función mediadora, por ser nexo de coordinación de intereses. Particularmente se desarrolló con esta óptica en Francia, donde lo hallamos con el nombre de “Médiateur”, porque resalta la función de intermediario entre administrados y gobernantes, centrando su preocupación en el respeto no ya de la justicia sino de la equidad, según el cual los gobernantes han de adecuar las normas existentes a la realidad existencial de los seres humanos. No se trata en la experiencia francesa de dulcificar los imperativos de la ley, sino de aplicar las normas, necesariamente generales, al caso concreto individual.⁶² Y para ello tiene la obligación de informar al pueblo sobre las vías y los cauces para solucionar sus problemas.

2. *El funcionario promotor del cambio*

Esta designación luce representativa del núcleo central de su función. Si bien al tratar la figura del Grand Senechal señalamos que era de su esencia señalar al rey las faltas y negligencias que constataba para promover la reforma de instituciones o procedimientos anticuados o inconducentes; recién con la incorporación de la figura a la vida institucional española se pone de relieve la importancia de esta función como elemento distintivo frente a los restantes órganos de control.⁶³

⁶¹ Coincidimos en el punto con Maiorano, *op. cit.*, p. 27. Cabe agregar que por el tipo de interés tutelado confiere legitimación para el encausamiento de acciones populares, defendiendo intereses colectivos, agregando sus amplios poderes de investigación y crítica de los que se encuentra investido para el desarrollo de su actividad.

⁶² Cf. Giner de Grado, *op. cit.*, p. 50. Entiende que en Francia la característica esencial del Mediateur es su función pedagógica e informativa, por detectar la ignorancia casi absoluta en que se halla sumida la ciudadanía, sobre cuáles son sus derechos y las acciones que pueden emprender para defenderse.

⁶³ Es de nuestro interés remarcar que por esencia la institución del Ombudsman es un órgano de control para la promoción de la reforma y actualización constante de la administración, y en forma subsidiaria se erige en “*legitimador*” de acciones populares; necesaria atribu-

Allí se concibió que la razón de ser del ombudsman obedece a un perfeccionamiento en los medios de protección de los derechos humanos, ya que muy especialmente debe ocuparse de aquellas actuaciones administrativas que escapan al control tradicional, mediante la indagación de quejas elevadas a su despacho, constituyéndose en un control de humanidad.⁶⁴ En este sentido, se le reconoce una “función promocional del cambio” por corresponderle *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política* (artículo 9o. de la Constitución Española).

El defensor del pueblo español ha entendido su carácter de poder público impulsor del desarrollo de los principios y valores constitucionales de libertad, igualdad, justicia, pluralismo y solidaridad inherentes a un Estado democrático y social. Tal proceso de cambio exige la promoción de condiciones que hagan posible ese avance.⁶⁵

Extrapolando las funciones de representante legal de la comunidad, se erige en un verdadero promotor del cambio por poseer su actividad el objetivo de remarcar los errores de la administración,⁶⁶ detener los abusos del poder, y contribuyendo a la purificación de las instituciones, garantizar el respeto de los poderes públicos a la Constitución, contribuyendo a promover cambios estructurales más que coyunturales. Esta comprensión de su función la ejerce formulando advertencias y recomendaciones,⁶⁷ pero particularmente legitimándolo a ocurrir ante el órgano jurisdiccional para la interposición

ción para la efectiva tutela de situaciones jurídicas subjetivas que nuestro ordenamiento priva de legitimación, tales como los intereses “simples” y los “de incidencia colectiva”

⁶⁴ *Cf.* Nogueira-Pinto, *op. cit.*, p. 4. Concluimos que si bien es un órgano tutelar de derechos humanos, su actividad comporta una gama amplísima de defensa de derechos de los administrados ya que no debe olvidarse que se recurre a él frente a cualquier supuesto de mala actuación de la administración.

⁶⁵ *Cf.* Informe del Defensor del Pueblo Español a las Cortes Generales, 1984, p. 18.

⁶⁶ *Cf.* artículo 15 de Ley 24248, que afirma el deber de “prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” para de esta manera “proponer la modificación de los criterios utilizados”. *Cf.* artículo 27.

⁶⁷ Giner de Grado, *op. cit.*, p. 52, entiende tal función por la obligación que tiene el propio Estado de ajustar el orden normativo a la realidad existencial padecida por los individuos. Esto conlleva la constante revisión de leyes, no ya los surgidos en periodos totalitarios de los Estados, sino de la totalidad de la totalidad del bloque normativo del Estado. Debe de esta forma sugerir la modificación de los criterios y de las propias normas emanadas de los órganos legislativos o ejecutivos, siempre que estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados.

de recursos de amparo y de inconstitucionalidad; facultad de la cual es nuestro país tributario directo, toda vez que sólo la legislación española prevé dichas atribuciones.

3. *Facultades para la “promoción del cambio” en el ordenamiento interno argentino*

Esta función promocional del cambio aparece receptada en la ley argentina en el artículo 27 por el cual se le faculta a proponer a la administración pública o al Poder Legislativo la modificación de una norma si *como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados*.⁶⁸

A su vez, por el artículo 28 se faculta a *formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas*. Pero al contrario de la cláusula anterior, se establece la obligación de los responsables de *responder por escrito en el término máximo de un mes facultándolo ante el silencio del funcionario cuestionado a poner el conocimiento del ministro del área o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas* y estableciendo la obligación del defensor frente a la renuencia del órgano a expedirse, de *incluir tal asunto en su informe anual o especial*,⁶⁹ *con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud*.

Las normativas comentadas obedecen al criterio que sentó la ley orgánica española, cuyo artículo 28 faculta al defensor para sugerir al órgano legislativo competente o a la administración la modificación de criterios y de las propias normas emanadas de estos órganos cuando estime que pueden provocar situaciones injustas o perjudiciales para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

A su vez, nuestra ley, completando el criterio de la española, le impone el deber de *poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos*

⁶⁸ Conforme sostiene Varela Suárez Carpegna (*op. cit.*, p. 125), el fundamento de las facultades que apuntamos se halla en el hecho de que todas las sociedades, aún las más progresistas, corren constantemente el peligro de dormirse y adocenarse. Si se aspira a consolidar una sociedad democrática de avanzada se ha de estar alerta para perfeccionar a diario las instituciones del sistema político.

⁶⁹ Recuérdese que el defensor debe elevar informe anual al Poder Legislativo por el cual “rinde cuenta de su gestión”.

*en que corresponda, los resultados de sus investigaciones,*⁷⁰ determinándose una vía alternativa para encausar el contenido de las recomendaciones que efectúa; ya que no debe perderse de vista que *el defensor no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas*, el límite de su competencia está dado por la facultad que posee para proponer la modificación de criterios utilizados por los órganos sujetos a su control, conforme consigna en forma expresa el artículo 27 de nuestra ley, en identidad de términos que el artículo 28.1 de la legislación española.⁷¹

Las facultades comentadas han sido no pocas veces objeto de duras críticas, ¿qué clase de control puede ejercerse sin carecer de medios coactivos para imponer sus resoluciones? Frente a ello se ha remarcado que el hecho de carecer de potestades ejecutivas o jurisdiccionales no le impedirá ser un medio de control eficaz de la administración ya que ha de tenerse en cuenta que los regímenes democráticos son ante todo “regímenes de opinión”. En punto a ello la función del defensor deviene esencial dado su deber de ser cauce de comunicación entre los ciudadanos y la administración, de esta suerte se contribuye a un diálogo más inmediato y fluido entre todos los interlocutores; a una reparación más rápida y genuina de entuertos y a una evolución perfectiva de las normas vigentes, impulsando su interpretación o reforma, con un espíritu de justicia o, en determinados supuestos, con criterios de mayor equidad.⁷²

Para ello se halla inserto el ombudsman dotado de los medios indirectos comentados agregándose el control jurisdiccional que ejerce en virtud de la cláusula constitucional que le otorga legitimación.

Sentado lo expuesto, corresponde ahora proseguir con las conexiones entre derechos y control.

⁷⁰ Téngase presente la competencia de la Auditoría General de la Nación establecida en el artículo 117 de la Ley de Administración Financiera que somete a un control *ex post facto* de gestión presupuestaria, económico-financiera de los “organismos centralizados, entes reguladores de servicios públicos y los prestatarios de servicios públicos privatizados —estos últimos solo en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos”.

⁷¹ Razonable es la categórica prohibición comentada ya que una sustitución de criterios declarada, importaría el dictado de un acto administrativo viciado de nulidad por incompetencia en razón de la materia a tenor del artículo 14, inciso b, de la ley 19549 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. En adelante LNPA)

⁷² Se sostiene su función intermediaria entre los ciudadanos y diversos servicios, de todas las administraciones públicas, desde municipios a provincias, pasando por los diversos órganos de las comunidades autónomas. Estas expresiones alentadoras sobre su cometido mediador han sido formuladas por Joaquín Ruiz Jiménez y Cortés —defensor del pueblo— en su Informe a las Cortes Generales, Madrid, 1984, pp. 16 y 17.

4. *La legitimación procesal del defensor del pueblo*

Dentro del marco expuesto corresponde contextualizar a la legitimación procesal institucional. Como seguidamente se verá, el expreso reconocimiento de los nuevos derechos, en el plexo constitucional argentino, se proyectó en el ámbito de la legitimación procesal, ampliando los cauces de la tutela judicial.

Así, el artículo 43⁷³ —incorporado en la reforma constitucional de 1994— incorporó al llamado “amparo colectivo” protegiendo, en lo que aquí interesa *...contra cualquier forma de discriminación... así como a los derechos de incidencia colectiva en general...*

Ello, es de interés, por cuanto la Constitución argentina, como sostiene nuestra más calificada doctrina, extiende la protección judicial a aquellos supuestos en los que no existe solo un conflicto meramente individual, sino que —enfocada la cuestión desde el agravio a los derechos— se hace la dimensión o repercusión social de la afectación, su incidencia colectiva, y la dimensión social, colectiva de un interés general comprometido.⁷⁴

Pero también debe destacarse que en el texto constitucional encuentran cabida no solo aquellos derechos de pertenencia común, colectiva, difusa y que atañen a un bien único, indivisible y no fraccionable —tales como, el derecho al ambiente sano—, sino que la protección se extiende a derechos e intereses llamados “de pertenencia particular”, y de objeto divisible, cuya

⁷³ El artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina establece, en su parte pertinente: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiona, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad, o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un Tratado o una ley. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación... así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”.

⁷⁴ Morello, Augusto Mario y Vallefín, Carlos, *El amparo, régimen procesal*, 4a. ed., Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2000, p. 283. Sobre el punto, cabe destacar, junto con calificada doctrina nacional, que con anterioridad a la reforma constitucional, la doctrina defendía esos derechos e intereses bajo el ropaje de otros conceptos tales como “intereses difusos” o “de pertenencia difusa” o “colectivos”, “derechos de tercera generación”. (Jeanneret de Pérez Cortés, María, *La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones*, LL, T 2003-B, pp. 1334 y ss.).

afectación adquiere dimensión social e incide en intereses colectivos o generales —sin dejar de afectar a cada sujeto particular—. ⁷⁵

Como expresamente lo consagra la norma, la legitimación para ocurrir en amparo le es reconocida tanto al afectado como, en lo que principalmente aquí nos interesa, al defensor del pueblo.

Sobre este aspecto, debe remarcar, que esta legitimación procesal institucional se le reconoce al ombudsman argentino, con un doble sentido explicitado en el artículo 86 de nuestro texto constitucional: ⁷⁶

“i. El primero de ellos será, el de cumplir su misión de defender y proteger los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por el plexo constitucional,

ii. Luego, como garantía instrumental a fin de ejercer el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”.

En mi opinión, la novedad tanto de los derechos fundamentales de control como el nuevo cariz de la garantía que permite operativizarlo, toman cuerpo a partir del especial supuesto de legitimación procesal que le fue reconocido al ombudsman argentino, primero en el plexo constitucional y luego en la doctrina judicial, como seguidamente veremos.

Por ello, el defensor del pueblo es uno de los casos en que se prevé una legitimación llamada “anómala”, extraordinaria, diferente a la general, que se caracteriza por el hecho de que resulta habilitado para intervenir en el proceso judicial un organismo que actúa en nombre propio, para la protección de los derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros, o en defensa de intereses que afectan al orden público social. ⁷⁷

Como es lógico suponer, el carácter anómalo de su legitimación, se verificó en las resistencias de la judicatura a su intervención en procesos, de resguardo o tutela de la legalidad o en resguardo de derechos de múltiples sujetos afectados, la cual no fue pacíficamente aceptada en la sede judicial.

⁷⁵ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1334, para quien la esfera de protección señalada comprende, entre otras situaciones, la de los derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo.

⁷⁶ Según el artículo 86 de la Constitución Nacional Argentina, es misión del defensor del pueblo: “La defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal”.

⁷⁷ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, con cita a Palacio, Lino, *El apagón de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del defensor del pueblo*, LL, 2000-C, 395.

Así, mientras en los tribunales federales inferiores su legitimación le fue reconocida,⁷⁸ no ocurrió lo mismo con nuestra Corte Suprema de Justicia. El criterio de nuestro máximo tribunal resultó restrictivo y su actuación le fue negada con las consabidas consideraciones generales y dogmáticas, desconociendo su accionar por no ser titular de la relación jurídica sustancial.⁷⁹ Sin embargo, en pronunciamientos más recientes, nuestra Corte Suprema se mostró receptiva, admitiendo su legitimación de modo implícito.⁸⁰

Es que, como señala calificada doctrina, cuando la afectación de derechos adquiere dimensión social... su intervención podría estar justificada por el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas que le fue encomendado por el texto constitucional. Y también podría sostenerse, en sustento de su legitimación, que el interés común del pueblo sería el de asegurar la juridicidad en el obrar administrativo público, ya que la extensión de la legitimación favorece el control de los actos de los poderes públicos,⁸¹ fortaleciendo una garantía indispensable para que cobre virtualidad la nueva configuración del derecho fundamental de control público.

⁷⁸ En lo que nos interesa, su intervención le fue reconocida, principalmente, en las siguientes causas:

1. “Defensor del Pueblo de la Nación —incidente III— c. Estado Nacional” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 23/9/97), en el que se reconoció su legitimación por actuar en seguridad de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios de servicio telefónico, afectados por la medida impugnada. 2. “Nieva, Alejandro c/Poder Ejecutivo Nacional” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 26/8/97). Allí, se admitió su legitimación —en el juicio en que había sido impugnado un reglamento de necesidad y urgencia, por ilegitimidad— con base en lo expresado por los Convencionales Constituyentes, los artículos 86 y 43 de la Constitución Nacional, reconociendo con amplitud sus facultades. 3. En la causa “Youssefian” (Sala IV, de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, 23/6/98) se invocaron los artículos 86 y 43 de la Constitución, aclarando que *el Defensor del Pueblo actuaba en defensa de un derecho de los usuarios y consumidores de participación en el control de los servicios públicos, que se veía afectado por una ilegítima omisión administrativa*. 4. En las causas “Defensor del Pueblo de la Nación” (Sala V, Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, 13/9/2002), se estableció que, de acuerdo con las normas constitucionales estaba legitimado para actuar en juicio, aunque no fuese titular de la relación jurídica sustancial.

⁷⁹ Cfr. Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1342, señala, como ejemplo, la causa “Rodríguez, Jorge” (CSJN, 17/12/97, Fallos: 320:2851), en la que el Máximo Tribunal Argentino le negó legitimación compartiendo fundamentos con el procurador general. De la misma manera en “Consumidores Libres” (7/5/98, CSJN, Fallos: 323:4098), se invocó la ausencia de un perjuicio inminente.

⁸⁰ Cfr. señala Jeanneret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p. 1342, en causa: “Camuzzi, Gas del Sur SA s/solicitud de intervención en autos Defensor del Pueblo de la Nación c/Telecom Argentina y otros” (CSJN, 15/8/02).

⁸¹ Cfr. autor y obra citada, p. 1343, con cita a Bianchi, Alberto, “La legitimación colec-

Como lo estableció nuestro máximo tribunal:

La plenitud del estado de derecho... no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley...⁸²

VII. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL PROBLEMA ESTRUCTURAL DE LOS ENTES CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS Y SU INDEPENDENCIA COMO ASIGNATURA PENDIENTE

Para concluir mi presentación procuro dar forma a una idea que, si bien campea o se infiere de todo lo dicho, requiere tomar —al menos— breve forma. Para ello diré que la idea que inspira la creación de un ente o autoridad autónoma procura lograr independencia de gobierno y de criterio junto con neutralidad política de su gestión. Es decir, los dos atributos indispensables son la independencia de criterio y el ejercicio por parte del ente de un control por oposición. Ello se refuerza por intermedio de la designación de directivos bajo *ratios* de profesionalismo y no políticas. Se pretende garantizar una gestión separada del riesgo de las interferencias políticas, la imposición de criterios, instrucciones o mecanismos propios del “control jerárquico” por parte del poder formal. Se intenta asegurar la gestión neutral. Estructuralmente se piensa que esto es posible lograrlo mediante el desarrollo de una estructura orgánica y funcional separada del gobierno.⁸³

Siendo así, se procura evitar que su personal directivo sea designado bajo *ratios* de representatividad política y pueda ser removido discrecionalmente. Y en lo que respecta a los poderes reales o grupos económicos con real capacidad de imposición, se pretende evitar el fenómeno de “captación del ente” —básicamente en materia de regulación y control de actividades económicas esenciales para la atención de necesidades públicas o colectivas

tiva en el amparo”, y Cardazi Mendez, Ariel, “El defensor del Pueblo goza de buena salud”, *LL*, 27 de septiembre de 2002.

⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos: 300: 1282, citado por Jeanerret de Pérez Cortés, María, *op. cit.*, p 1355.

⁸³ *Cfr.* Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pp. 407-410.

significativas— mediante la designación de un estamento directivo no influenciado ni permeable a las influencias e incentivos de grupos económicos hegemónicos.

En los Estados Unidos ésta especial estructura se encarna en “Agencias” o “Comisiones”. Son creados por leyes formales mediante las que se atribuyen a la Agencia una potestad normativa para dictar normas generales e individuales sobre su ámbito de actuación. También se les dota de potestad resolutoria y de ejecución. Están gobernados por un órgano directivo cuyos miembros no pueden ser libremente removidos. Se encuentra excluida del control presidencial.⁸⁴

En el caso argentino, resulta muy difícil validar estos atributos descritos. Por la propia dinámica institucional y cultural, en ninguno de los casos, los entes constitucionales autónomos tienen una independencia política. Por el contrario, en el caso de la Auditoría General el criterio de representatividad política inversa está constitucionalmente asegurado al establecerse que la presidencia del ente le corresponde a la primera minoría.

La gran diferencia con el modelo norteamericano, inspirador acaso de esta técnica, consiste en la falta de independencia real del poder. Y básicamente, se trata de entidades autárquicas dotadas con algunos niveles de mayor autonomía, por cierto, insuficiente. Por lo tanto, la independencia funcional es aún una asignatura pendiente. Y a ello ha de agregarse un cuadro de difusas potestades para cumplir su objeto. Finalmente, un dato que acaso reviste trascendencia se afina en el sobredimensionamiento de sus estructuras en las que no es difícil verificar superposiciones y duplicidades de cargos y funciones.

En el caso del Consejo de la Magistratura, paradójicamente, vemos que carece de potestad para designar magistrados. Sí, para sustanciar los concursos. Pero su función culmina con la proposición de “ternas” sujetas a la ulterior elección y decisión discrecional por parte del poder político el que tendrá facultades para apartarse y alterar los órdenes de mérito.

En el caso de la Auditoría General, ésta se encuentra vedada de emitir observaciones, imponer sanciones o intervenir de forma activa e impositiva frente a actos que comporten desvíos. No sólo porque su intervención previa y concomitante ha sido suprimida, sino porque no se les atribuyó tal función. Su función de control posterior y el ejercicio presupuestario vencido sólo se cristaliza, tenuemente, en la emisión de un “informe” de auditoría

⁸⁴ Ampliar en: Moreno Molina, Ángel Manuel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

en el que se contendrán “observaciones” y “recomendaciones”. Se agrega que esta modalidad de control *ex post facto* dificulta el ejercicio de un control contextualizado, oportuno y conducente para el logro de los postulados del control eficiente. El control posterior por sí solo, con supresión de los controles previos y sin efectivización de los resortes propios del “ambiente de control”, deviene insuficiente, inoportuno y, por todo ello, ineficaz.

Este cuadro de situación posee la virtualidad de constituirse en un componente del proceso que Habermas llamó “deslegitimador del poder”, dada su exposición a perturbaciones que merman la eficacia de sus operaciones y rendimientos, al igual que la legitimidad de sus decisiones.⁸⁵

La consolidación de una real autonomía sigue siendo una asignatura pendiente. Los organismos constitucionales autónomos siguen siendo rehenes de la designación e interferencia política y con difusos poderes reales de intervención. La dinámica institucional es elocuente al exhibir que, en realidad, no nos encontramos en el orden constitucional contemporáneo con la aparición de organismos que operen en concreto por fuera de la influencia de los poderes, ni tampoco más allá de las divisiones de los poderes tradicionales del Estado, pues, en mayor o menor medida, terminan dependiendo formal o informalmente de los resortes de expresión de la voluntad y los consensos políticos, al igual que, explícita y específicamente, de alguno de los poderes constituidos. No es osado verificar que muchas veces su función se reduce a la de legitimar decisiones adoptadas bajo racionalidades distintas por actores difusos e impersonales.

Sin embargo, a pesar de las observaciones presentadas, aún así, comportan un avance y revisten una enorme potencialidad afincada en su importancia y utilidad para erigirse como neutralizadores de los poderes tradicionales y de las presiones y los avatares de los comportamientos partidarios coyunturales, especialmente frente a cuestiones de alta significación política y fundamentalmente económica⁸⁶ y porque, además, en su actuación está garantizado un mínimo de independencia mediante la que se transparenta una porción, aún insuficiente, de gestión pública.

Sin embargo, en nuestro contexto latino, resulta tangible el riesgo cierto, siempre presente, de que los organismos autónomos en realidad sólo sirvan para suscribir y ejecutar decisiones que adopten otros en nuestro lugar.

⁸⁵ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 468.

⁸⁶ Cfr. Pérez Hualde, Alejandro, “Nuevas formas de actuación y los organismos constitucionales independientes”, en varios autores, *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA, 2013.

El derecho es un fenómeno evidentemente cultural dentro del cual el éxito o el fracaso de una institución determinada como la que me he propuesto compartir contigo, lector, al abordar la organización constitucional autónoma de control en Argentina, depende del contexto cultural histórico situado dentro del que se inscribe.

Somos lo que *nosotros* decidamos hacer *en* nuestro tiempo o seremos lo que *otros* nos dicten hacer *con* nuestro tiempo.

Por eso, junto con Willheim Reich me despido, diciéndote:

Tú eres heredero de un terrible pasado, tu herencia te quema las manos... Dejas que los hombres en el poder lo asuman en tu nombre... Y sólo demasiado tarde reconoces que te engañaron una vez más... tienes miedo de mirar hacia ti mismo, tienes miedo de la crítica... Ni siquiera te atreves a pensar que podrías ser diferente y libre en lugar de oprimido... todo gran hombre fue, en otro momento, alguien pequeño... que reconoció cuándo y en qué fue pequeño... ¡Solo tú puedes liberarte!... Yo solo agito tu confianza en ti, en tu humanidad... Tu grandeza es la única esperanza que nos resta a todos... Tienes todo en las manos... vivirás bien y en paz cuando la vida signifique para ti, más que la seguridad, y el amor más que el dinero... cuando tu forma de pensar esté en armonía con tu forma de sentir... cuando te sea posible reconocer el crepúsculo de una vieja era... cuando te sea posible vivir el pensamiento de los grandes hombres... cuando sientas que tu espíritu se engrandece conociendo la verdad y las formalidades te inspiren horror.⁸⁷

⁸⁷ Reich, Wilhem, *Listen, Little Man!*, 1946.

MOTIVOS DE LA IRRUPCIÓN DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO

Gerardo ACUAYTE GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Órganos constitucionales autónomos: su definición y características.* III. *Irrupción en el sistema jurídico mexicano.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido distintas reformas desde su promulgación en 1917, esto conlleva también una modificación al modelo de Estado que propuso el Poder Constituyente en ese momento.

El 20 de agosto de 1993 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el cual se otorga autonomía constitucional al Banco de México, siendo éste el primer órgano constitucional autónomo (OCA) reconocido como tal en la carta magna.

Con dicha reforma constitucional surge un nuevo tipo de entes de derecho público, con naturaleza jurídica y características distintas de los que se conocían hasta ese momento, se da un paso más allá en la descentralización administrativa y, por ende, se transforma la estructura del Estado mexicano.

El presente trabajo pretende analizar las causas de la irrupción de los OCA en el sistema jurídico mexicano, para ello se partirá de la definición constitucional y legal de OCA, a partir de esa definición se identificarán sus características, es decir, los rasgos esenciales que los distinguen de otro tipo de órganos estatales y, por último, se estudiarán las causas que les dieron origen.

* Estudiante de la Maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Por falta de una teoría general, los autores que han tratado el tema disienten sobre el número de OCA existentes, para efectos de este estudio son los siguientes: Banco de México (Banxico), Instituto Nacional Electoral (INE), Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval)¹ y Fiscalía General de la República (FGR).

Finalmente, se tiene que decir que cada uno de los entes referidos tenía una naturaleza jurídica distinta a la que actualmente tienen, su rasgo en común era que formaban parte de la administración pública federal (centralizada o paraestatal), es decir, no fueron creados por la reforma constitucional que les otorga autonomía a cada uno de ellos, más bien, experimentaron un profundo cambio que se manifiesta en mayor autonomía y su independencia respecto de los tres poderes tradicionales.

II. ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS: SU DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Resulta pertinente definir qué puede entenderse por órgano constitucional autónomo. La tarea no es sencilla, pues si se busca una definición constitucional resulta que en la Constitución no existe un término común para señalar a este tipo de instituciones y se usan diferentes denominaciones como las siguientes: órgano constitucional autónomo, órgano autónomo, organismo autónomo, órgano público autónomo, organismo público autónomo, “organismos con autonomía reconocida en esta Constitución”,² “organismos a los que esta Constitución otorga autonomía”.³

¹ Si bien es cierto que la transformación del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social en órgano constitucional autónomo fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014, en términos del vigésimo transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral, dicha transformación se concretará en cuanto se integre su Consejo General conforme a la legislación que en su momento emita el Congreso de la Unión y, en tanto ello suceda, continuará en sus funciones como organismo descentralizado.

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), artículo 74, fracción VIII y artículo 75.

³ CPEUM, artículos 55, fracción V, y 108.

El problema no es sólo semántico —aunque así lo parece—, el uso indistinto⁴ de “órgano” y “organismo” para referirse a este tipo de entes provoca que se les confunda con dos figuras propias del derecho administrativo: órganos desconcentrados y organismos descentralizados, los cuales tienen muy definida su ubicación dentro de la administración pública federal, además que su autonomía es legal pues son creados por ley o decreto del Congreso de la Unión, a diferencia de los OCA. Para efectos del presente trabajo se usará la denominación órgano constitucional autónomo.

Al no existir una definición en la Constitución federal se tiene que acudir a las Constituciones locales, es en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima donde puede hallarse una definición bastante completa, pues su artículo 22 establece:

Los órganos autónomos son instituciones que expresamente se definen como tales por esta Constitución y que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio; gozan de independencia en sus decisiones, funcionamiento y administración; están dotados de autonomía presupuestaria, técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones, y ejercen funciones primarias u originarias del Estado que requieren especialización para ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.

La definición legal puede encontrarse en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, que en la fracción XV de su artículo 2o. establece:

Entes autónomos: las personas de derecho público de carácter federal con autonomía en el ejercicio de sus funciones y en su administración, creadas por disposición expresa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a las que se asignen recursos del Presupuesto de Egresos a través de los ramos autónomos.⁵

De igual forma, la fracción XX del artículo 3o., de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, determina: “Órganos Constitucionales

⁴ Sobre este mismo tema: Martínez Robledos, Marybel, “Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente. ¿Fortaleza o debilidad del Estado?”, *El Cotidiano*, México, núm. 190, marzo-abril de 2015, p. 123, y Núñez Castañeda, José, *La autonomía de los órganos electorales en México*, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2017, pp. 12 y 13.

⁵ La Ley General de Contabilidad Gubernamental en su artículo 4o., fracción XXIV, maneja una definición casi idéntica.

Autónomos: Organismos a los que la Constitución otorga expresamente autonomía técnica y de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propio, incluidos aquellos creados con tal carácter en las constituciones de las entidades federativas”.⁶

Por otro lado, la doctrina ha esbozado algunas definiciones de este tipo de órganos, a continuación, se citarán las más pertinentes. Jaime Cárdenas ha definido a los OCA como “aquéllos inmediatos y fundamentales establecidos en la Constitución y que no se adscriben claramente a ninguno de los poderes tradicionales del Estado”.⁷ Por su parte, Ileana Moreno describe a los OCA como los “entes jurídicos de Derecho público de carácter atípico, que no dependen de ninguna de las tres ramas tradicionales”.⁸

Del análisis a las definiciones (tanto legales, como doctrinales) referidas previamente se puede destacar cuáles son los rasgos esenciales que permiten identificar a un órgano constitucional autónomo:

- En primer lugar, son establecidos directa y expresamente por la Constitución, es decir, tienen rango constitucional.⁹
- Además, son independientes de los poderes tradicionales del Estado, por lo que guardan paridad de rango y mantienen relaciones de coordinación¹⁰ con los mismos.

Al respecto, García-Pelayo ha señalado que “son jurídicamente independientes de los demás órganos en el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas por el orden constitucional” y respecto a las relaciones de coordinación, afirma: “Una de las funciones de la Constitución es el establecimiento de unas normas que regulen las relaciones de interacción y, por tanto, de interdependencia objetiva entre los órganos instituidos por ella”.¹¹

Conforme a las definiciones dadas por Cárdenas y por Moreno, bastaría con “contar con un respaldo constitucional explícito y no formar parte

⁶ Ley General de Responsabilidades Administrativas, artículo 3o., fracción XX.

⁷ Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 244.

⁸ Moreno Ramírez, Ileana, *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. XIV.

⁹ García-Pelayo, Manuel, “El ‘status’ del tribunal constitucional”, *Obras Completas*, vol. III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 2899.

¹⁰ Tesis: P./J. 20/2007 (9ª.), ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, mayo de 2007, t. XXV, p. 1647.

¹¹ García-Pelayo, Manuel, *op. cit.*, p. 2910.

de los otros órganos del Estado”¹² para ser considerado un OCA, Ackerman¹³ lo ha denominado la perspectiva negativa o minimalista, puesto que se define a los OCA por “lo que no son” y no por “lo que son”.

Por ello, es importante continuar con el análisis de las definiciones legales de OCA que se han referido, en las mismas, se establece que este tipo de órganos tienen personalidad jurídica y patrimonio propio, lo que se traduce en mayor independencia respecto de la administración pública federal, puesto que se les “coloca fuera de la personalidad única del Estado”.¹⁴

Sin embargo, este no es un “dato propio ni distintivo de los órganos autónomos en derecho mexicano” puesto que “esta cualidad también es propia de los organismos descentralizados”.¹⁵

Por lo que su característica distintiva respecto a otro tipo de entes de derecho público es que realizan “funciones primarias u originarias del Estado que requieren especialización para ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad”,¹⁶ para lo que se les otorga autonomía constitucional.

También, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado, en tesis de jurisprudencia, algunos rasgos característicos de estos órganos, al señalar, que

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2. Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado. 3. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no

¹² Ackerman, John M., *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 25.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

¹⁴ Núñez Castañeda, José, *La autonomía de los órganos electorales en México*, cit., p. 123.

¹⁵ *Ibidem*, p. 113.

¹⁶ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, artículo 22.

significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal; b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.¹⁷

En otra tesis, también de jurisprudencia, destacó:

Con motivo de la evolución del concepto de distribución del poder público se han introducido en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, órganos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los que se les han encargado funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales; sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos organismos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, ya que su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Ahora bien, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.¹⁸

¹⁷ Tesis de jurisprudencia P./J. 20/2007, ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 2007, t. XXV, p. 1647.

¹⁸ Tesis de jurisprudencia P./J. 12/2008, ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2008, t. XXVII, p. 1871.

En ese sentido, se puede afirmar que un órgano constitucional autónomo es el órgano estatal, independiente a los órganos tradicionales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial), con los que guarda paridad de rango, que debe establecerse en la Constitución y que lleva a cabo funciones públicas para la cual se le dota de autonomía.

III. IRRUPCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

A fines de la década de los ochenta la economía mexicana pasó por una profunda reestructuración, que consistió en procesos de privatización, liberalización y apertura de mercados.¹⁹

El proceso de irrupción se remonta a la década de los noventa, cuando a diversos entes de la administración pública federal se les dotó de autonomía a nivel constitucional, con la finalidad de desvincularlos del Poder Ejecutivo y de esa forma alejarlos de influencias políticas para asegurar su imparcialidad en la toma de decisiones.

Entre 1993 y 2006 se les otorgó autonomía constitucional a: Banco de México, en 1993; Instituto Nacional Electoral, en 1996; Comisión Nacional de Derechos Humanos, en 1999; Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en 2006. Es decir, en un periodo de 13 años, sólo cuatro órganos habían dejado la esfera de la administración pública federal para ser independientes. A estos OCA se les designará como la “primera generación”, siguiendo la idea de José Fabián Ruiz.²⁰

Después de un sexenio sin cambios, con la llegada a la Presidencia de la República de Enrique Peña Nieto y tan solo en los primeros 14 meses de su mandato, el número de OCA se eleva a diez, como resultado de las reformas estructurales impulsadas por el Pacto por México.

De esa manera es que surge la “segunda generación”²¹ de órganos constitucionales autónomos: Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), como resultado de la reforma educativa (26 de febrero de 2013); Instituto Federal de Telecomunicaciones y Comisión Federal de Com-

¹⁹ López Ayllón, Sergio y Haddou Ruiz, Ali, “Rendición de cuentas y diseño institucional de los órganos reguladores en México”, *Gestión y Política Pública*, México, vol. XVI, núm. 1, 2007, p. 117.

²⁰ Cfr. Ruiz, José Fabián, “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 37, julio-diciembre de 2017, p. 86.

²¹ *Idem*.

petencia Económica, con motivo de la reforma en materia de telecomunicaciones (11 de junio de 2013); Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, producto de la reforma en materia de transparencia (7 de febrero de 2014), y Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social y Fiscalía General de la República, por la Reforma en materia político-electoral (10 de febrero de 2014). (Tabla 1)

TABLA 1
 SEGUNDA GENERACIÓN DE OCA

OCA	Naturaleza jurídica previa y año de creación	Reforma constitucional que le dota de autonomía
INEE	Descentralizado 2002	Reforma educativa (26 de febrero de 2013)
IFT	Desconcentrado SCT 1996	Reforma en materia de telecomunicaciones (11 de junio de 2013)
COFECE	Desconcentrado SE 1993	Reforma en materia de telecomunicaciones (11 de junio de 2013)
INAI	Descentralizado 2006	Reforma en materia de transparencia (7 de febrero de 2014)
FGR	Procuraduría 1934	Reforma en materia político-electoral (10 de febrero de 2014)

Lo anterior significó “una mutación muy amplia y rápida de la conformación del Estado mexicano y de la organización interna de la administración pública federal”.²²

Es claro que las causas que motivaron la aparición de cada una de las generaciones de OCA fueron distintas, por lo que serán tratadas de manera diferenciada, sin embargo, es importante señalar cuáles son las causas en general, es decir, no sólo para el caso mexicano, de conformidad con Jaime Cárdenas:

²² Ugalde, Luis Carlos, “En la marea de la baja calidad del Estado”, *Nexos*, mayo de 2014. Disponible en: <http://www.nexos.com.mx/?p=20787> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2019).

Hay tres causas que propician la aparición de los órganos constitucionales autónomos: 1) El prestigio e influencia que algunos órganos constitucionales autónomos gozan en el Derecho comparado y en sistemas constitucionales comparados; 2) Las recomendaciones y sugerencias de instancias internacionales que piden a los Estados nacionales que algunos de ellos sean constituidos; y, 3) Las circunstancias y necesidades propias de cada Estado y sociedad que son atendidas y traducidas en algunos casos por su clase política a través de este tipo de organismos.²³

Para el caso mexicano será pertinente distinguir entre dos momentos, es decir, las razones que motivaron el surgimiento de cada una de las generaciones de OCA son distintas y derivaron de contextos diferentes, por lo que se puede hablar de causas de tipo político, económico, técnico y de carácter externo.

En un primer momento, la razón primordial se debió a una crisis de legitimidad del Estado, como afirma Ulises Schmill: “En el régimen mexicano, la inclusión de entes de esta naturaleza comenzó en la última década del siglo XX, como producto de un paulatino desprestigio por la actuación ineficiente de los órganos centralizados del poder del Estado”.²⁴

Ese generalizado déficit de confianza de la sociedad mexicana se traduce en un intento de la clase política por ganar en cuanto a credibilidad gubernamental, no resulta extraño entonces que a dos OCA de la primera generación (INE y CNDH) se les haya dotado de autonomía en respuesta a un activismo social que demandaba participación en los procesos políticos,²⁵ elecciones limpias y respeto a los derechos humanos.

Al respecto, Jaime Cárdenas apunta:

Una vía para conciliar democracia de partidos, poderes tradicionales, grupos económicos y sociales y democracia es a través de los órganos constitucionales autónomos. Surgen de la sociedad y de los partidos, pero no se deben totalmente a ellos, y pueden ser capaces de fiscalizar, transparentar y democratizar la vida política.²⁶

²³ Cárdenas Gracia, Jaime, “Aproximación a una teoría de los órganos constitucionales autónomos”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 213.

²⁴ Schmill Ordóñez, Ulises, “Comentario”, en Moreno Ramírez, Ileana, *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. VII.

²⁵ Ruiz, José Fabián, *op. cit.*, p. 97.

²⁶ Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una Constitución...*, *cit.*, p. 244.

Por lo que toca a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, “fue prioritario dar a este organismo personalidad jurídica y patrimonio propios para incrementar la eficacia de sus resoluciones en beneficio de la protección de los derechos humanos”.²⁷

Pero, “a la desconfianza habrá que agregar la corrupción, la debilidad de las instituciones, el deficiente desarrollo de la cultura política, la insuficiencia operativa de los tres poderes tradicionales, la presión interna de la sociedad civil y las presiones externas”.²⁸

Es por ello que otra de las razones con que puede explicarse el surgimiento de este tipo de entes fue la imperiosa necesidad de limitar los excesos en que incurrieron los poderes tradicionales, concretamente, limitar el presidencialismo, como señala Pedro Salazar: “Estas reformas fueron sustrayendo facultades al Poder Ejecutivo en áreas estratégicas y, en algunos casos, medulares para el papel que originalmente estaba reservado a ese poder en el entramado institucional”.²⁹

Es así que hay un acotamiento en las funciones del presidente, con lo que se busca uno de los principios que deben normar a los OCA: su apoliticidad, en el sentido que se trata de órganos eminentemente técnicos y no políticos, “que realizan tareas esenciales que requieren imparcialidad e independencia para alcanzar mejor sus fines”.³⁰

En cuanto a la reforma que dota de autonomía constitucional al Banco de México, Susana Pedroza explica: “Se pretendía dotarlo de autonomía y liberarlo de los vaivenes de la política económica que los gobernantes en turno habían propiciado, fluctuaciones que generaron, en gran parte, el caos monetario que vivía el país”.³¹

Como consecuencia de la apoliticidad, otra de las causas que dio origen a los OCA fue la necesidad de información más confiable, producto de un trabajo altamente especializado y técnico, es decir, su probidad técnica, que redundaría en un desempeño más eficiente.

El ejemplo más claro de esto es el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, respecto del mismo John Ackerman apunta:

²⁷ Pedroza de la Llave, Susana Thalía, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, en Serna de la Garza, José María y Caballero Juárez, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 189.

²⁸ Núñez Castañeda, José, *op. cit.*, p. 7.

²⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 105.

³⁰ Ugalde, Luis Carlos, *op. cit.*

³¹ Pedroza de la Llave, *op. cit.*, p. 185.

Tal y como se buscó en su momento blindar a la política financiera, a la organización de las elecciones y a la defensa y protección de los derechos humanos de la influencia indebida de parte de los partidos políticos y del Poder Ejecutivo, ahora los legisladores han decidido que la mejor forma de asegurar datos estadísticos y geográficos objetivos y confiables también sería por medio de la creación de un organismo constitucional autónomo.³²

Los OCA de segunda generación vieron la luz en una realidad distinta a la de sus antecesores. El 1o. de diciembre de 2012 tomó posesión Enrique Peña Nieto como presidente de la República, un día después firmaría el Pacto por México junto con representantes de los tres partidos políticos más grandes: Partido Revolucionario Institucional, Partido Acción Nacional y Partido de la Revolución Democrática. El Pacto por México se manifestó en 95 acuerdos, los cuales dieron lugar a una serie de reformas estructurales, entre las que destacan la reforma educativa, la reforma de transparencia, la reforma en telecomunicaciones y la reforma político-electoral, porque éstas dotaron de autonomía constitucional a seis órganos, como puede apreciarse en la tabla 1.

En ese sentido, puede decirse que dichos OCA fueron producto de una negociación entre las fuerzas políticas predominantes en ese momento, las que buscaban una repartición del poder y controlar a dichos entes desde sus órganos de dirección.

En el mismo sentido, señala Jaime Cárdenas lo siguiente: “La reforma de transparencia ha significado un esquema de reparto de cuotas en la integración de los titulares del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) que beneficia a los partidos mayoritarios”.³³

Respecto al Instituto Federal de Telecomunicaciones, el mismo autor no puede ser menos severo: “Es un órgano elitista, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el ejecutivo federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deberán a los intereses de la sociedad, sino a los intereses de quienes los designen”.³⁴

Por otro lado, existen motivos externos para otorgarles autonomía a algunos OCA. En el mismo sentido, José Fabián Ruiz se refiere a un argumento histórico, ya que, “desde la década de 1980, los países de América

³² Ackerman, John M., *op. cit.*, p. 197.

³³ Cárdenas Gracias, Jaime, *El significado jurídico del neoliberalismo*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 58.

³⁴ *Ibidem*, p. 83.

Latina, por convicción de sus gobiernos y/o por presiones internacionales, comenzaron a implementar políticas de reforma de carácter neoliberal, que en el ámbito de la administración pública fueron acompañadas por la nueva gestión pública”.³⁵

Por su parte, Jaime Cárdenas afirma:

Los intereses y grupos contemporáneos: medios de comunicación, intereses económicos transnacionales, narcotráfico, etcétera... son verdaderos poderes al margen de los poderes tradicionales, y muchas veces no hay poder capaz de detener y controlar sus acciones corruptoras. Modifican y transforman los países de un día para otro, y suelen adoptar decisiones sobre el sistema financiero, monetario, el control de cambios, y las economías nacionales en general, por lo que no es casual que muchos Estados estén controlados por esos intereses.³⁶

Esto sucedió con los llamados OCA económicos, a saber, Banco de México, Instituto Federal de Telecomunicaciones y Comisión Federal de Competencia Económica, a los que se les otorgó autonomía constitucional por recomendaciones de los organismos financieros internacionales.

IV. CONCLUSIONES

Los órganos constitucionales autónomos significan un grado último de descentralización, ya no administrativa, pues dicha descentralización supone la independencia del órgano respecto de los tres poderes tradicionales estatales y su paridad de rango con los mismos.

La creación de órganos constitucionales autónomos es un fenómeno a nivel internacional que responde a la transformación de los Estados modernos para consolidar sus sistemas democráticos. Sin desconocer lo anterior, la figura de órgano constitucional autónomo irrumpió en el orden jurídico nacional en 1993, año en que se otorgó autonomía constitucional al Banco de México, cuya naturaleza jurídica hasta ese momento era la de organismo descentralizado.

Las causas que motivaron los cambios en la Constitución para dotarles de autonomía a los OCA son de diversa índole, pueden distinguirse las siguientes: políticas, económicas, técnicas y externas. En todo caso, las ra-

³⁵ Ruiz, José Fabián, *op. cit.*, p. 97.

³⁶ Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una Constitución...*, *cit.*, p. 254.

zones son distintas para los OCA de primera generación que para los de segunda generación.

Es notable la falta de técnica legislativa en las reformas constitucionales que otorgaron autonomía a los OCA existentes, ya que “no existe precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos”,³⁷ dado que el artículo 49 de la Constitución es omiso al respecto. En el mismo sentido, “en la Constitución no existe un concepto de lo que es un órgano constitucional autónomo ni de cuáles deben ser sus características fundamentales”.³⁸ Además, en el mismo texto constitucional se hace referencia a los OCA con distintas denominaciones, lo que ocasiona que sean confundidos con otro tipo de entes jurídicos que también son mencionados en la carta magna, pero cuya naturaleza jurídica es diferente.

La doctrina³⁹ coincide en afirmar que “no existe una teoría homogénea que describa a estos entes del Estado”,⁴⁰ por tanto, no existe consenso respecto de su definición, naturaleza jurídica, características y facultades.

Finalmente, si se piensa que la Constitución es la directriz, es decir, la “carta de navegación” del Estado mexicano y que “todo poder público dimana del pueblo”, entonces la sociedad tendría que participar en la determinación de la nueva estructura del Estado, atendiendo a que los OCA realizan funciones públicas y atomizan el poder público establecido en el artículo 41 constitucional.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, John M., *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Aproximación a una teoría de los órganos constitucionales autónomos”, en SERNA DE LA GARZA, José María (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *El significado jurídico del neoliberalismo*, Querétaro,

³⁷ Tesis: P./J. 12/2008 (9ª.), ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, febrero de 2008, t. XXVII, p. 1871,

³⁸ Núñez Castañeda, José, *op. cit.*, p. 4.

³⁹ Véase Ackerman, John M., *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 6.

⁴⁰ Moreno Ramírez, Ileana, *op. cit.*, p. 3.

- Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, “El «status» del tribunal constitucional”, *Obras completas*, vol. III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y HADDOU RUIZ, Ali, “Rendición de cuentas y diseño institucional de los órganos reguladores en México”, *Gestión y Política Pública*, México, vol. XVI, núm. 1, 2007.
- MARTÍNEZ ROBLEDOS, Marybel, “Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente. ¿Fortaleza o debilidad del Estado?”, *El Cotidiano*, México, núm. 190, marzo-abril de 2015.
- MORENO RAMÍREZ, Ileana, *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005.
- NÚÑEZ CASTAÑEDA, José, *La autonomía de los órganos electorales en México*, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2017.
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, en SERNA DE LA GARZA, José María y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- RUIZ, José Fabián, “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 37, julio-diciembre 2017.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *El poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Tesis: P./J. 20/2007 (9ª.), ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, mayo de 2007, t. XXV, p. 1647.
- Tesis: P./J. 12/2008 (9ª.), ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, febrero de 2008, t. XXVII, p. 1871.
- UGALDE, Luis Carlos, “En la marea de la baja calidad del Estado”, *Nexos*, mayo de 2014. Disponible en: <http://www.nexos.com.mx/?p=20787> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2019).

LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Susana Thalía PEDROZA DE LA LLAVE*

SUMARIO: I. *Consideración introductoria.* II. *El principio de la división de poderes.* III. *Concepto de autonomía.* IV. *El marco teórico y las características de los órganos constitucionales autónomos.* V. *Los órganos constitucionales autónomos en México.* VI. *Reflexiones finales.* VII. *Bibliografía.*

I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA

Agradezco la invitación que me han realizado para participar en este *Seminario Internacional titulado Poderes tradicionales y los órganos constitucionales autónomos*, especialmente, le doy las gracias al doctor Miguel Alejandro López Olvera por dicha invitación. También agradezco el apoyo del maestro Omar García Huante, para el desarrollo de este trabajo.

En primer término, abordaré el principio de la división de poderes. En segundo término, proporcionaré el concepto de autonomía y, como puntos centrales, veremos cuál es el marco teórico, cuáles son las características de los órganos autónomos constitucionales, cuáles son los órganos y tipos que existen en México, y proporcionaré mis reflexiones finales.

II. EL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Durante el absolutismo, antes del siglo XVIII el monarca concentraba todas las funciones en él, es decir, el gobierno tenía la característica de ser unipersonal y todo poderoso. Así, el rey sólo era responsable ante Dios. Más adelante, a grandes rasgos, durante los movimientos de independencia y de las revoluciones del siglo XVIII, prevaleció la idea que si el poder no está limitado esto

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

lleva al abuso y a la arbitrariedad, se pensó que si el poder se distribuye entre varias instituciones u órganos del Estado éstos simultáneamente se controlarán, se distribuirán las facultades y ninguno de dichos poderes prevalecerá sobre los demás.

La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, del mismo año, así como la propia Constitución estadounidense de 1787, estableció que el Poder Legislativo está confiado a un Congreso, el Poder Ejecutivo al presidente y el Poder Judicial al Tribunal Supremo. Asimismo, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 16, señala el principio de la división de poderes, junto con lo que hoy en día se denominan derechos humanos. A ese respecto, veamos, “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución”. Así, en la actualidad el principio de la división de poderes se encuentra incorporado en los textos constitucionales, modelo que ha resistido el paso del tiempo, así como las innovaciones en los campos del conocimiento político, jurídico y sociológico; por ejemplo, la creación del sistema federal (además de los poderes federales, las entidades federativas también cuentan con los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial locales). Por lo anterior, el modelo que prevalece es el Estado constitucional y democrático de derecho.

En el contexto anterior, varias investigaciones jurídicas, políticas y sociológicas mencionan que existe una evolución en las instituciones que ha generado la creación de órganos u organismos que no corresponden a la división tradicional de los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), es decir, que se habla de la creación de órganos constitucionales autónomos, los cuales primero surgieron en Europa y, posteriormente, en Latinoamérica.

III. CONCEPTO DE AUTONOMÍA

¿Qué entendemos por autonomía? Su concepto tiene sus raíces en los vocablos griegos que, en resumen, se traducen en la facultad para emitir leyes para sí mismos o dictar sus propias normas jurídicas. Asimismo, la palabra autonomía hace referencia a la autonormación y al autogobierno, es decir, es el poder atribuido a las instituciones u órganos para crear normas jurídicas. La autonomía se entiende también como la distribución de competencias sobre determinadas materias y unida dicha palabra al término constitucional será, entonces, una distribución de facultades que establece la Constitución.

Por otra parte, la autonomía se presenta en diferentes grados, esto es, hay órganos más autónomos que otros. Así, para establecer un grado determinado de autonomía es necesario definir qué son la centralización, la desconcentración y la descentralización. La centralización es la dependencia de los órganos administrativos hacia el Poder Ejecutivo; por ejemplo, se trata de las secretarías de Estado que, a su vez, son dependientes del Ejecutivo. La desconcentración consiste en la delegación que realizan las autoridades superiores en favor de órganos que están subordinados a éstas; por ejemplo, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (Conamed) que depende de la Secretaría de Salud.

Mientras que la descentralización consiste en la transferencia de facultades administrativas a organismos desvinculados, en mayor o menor grado, de la administración central. Es una transferencia de competencias y de atribuciones del órgano central hacia los entes menores; por ejemplo, Petróleos Mexicanos, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV), entre otros. Se trata de un complejo de organizaciones administrativas dotadas de personalidad jurídica y patrimonio propio. Así, en primera instancia, la descentralización se encuentra estrechamente vinculada al concepto de autonomía.

IV. EL MARCO TEÓRICO Y LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Los órganos constitucionales autónomos son unos entes establecidos expresamente en la Constitución, con un mandato supremo, caracterizado por una competencia específica y un conjunto de facultades en grado supremo, que deben ejercer en condiciones de total independencia en un marco de garantías institucionales vinculadas con la proyección y el manejo independiente de su presupuesto, personalidad jurídica, patrimonio propio y libertad absoluta para la toma de sus decisiones en el campo técnico que la Constitución les otorga.

Para que un ente u órgano sea considerado autónomo no es suficiente que su autonomía sea sólo presupuestaria, sino que es necesario cubrir otros elementos como lo veremos a continuación, abordando algunas de las características que deben tener los órganos autónomos:

- 1) Persiguen un fin constitucional.
- 2) Autonomía de tipo político-jurídica en el sentido de que los órganos constitucionales autónomos gozan de cierta capacidad normativa

que les permite crear normas jurídicas sin la participación de otro órgano estatal.

- 3) Autonomía administrativa que significa que tienen cierta libertad para organizarse internamente y administrarse por sí mismos sin depender de la administración general del Estado.
- 4) Autonomía financiera o de gasto, para disponer de sus fondos con plena libertad, la cual implica que los órganos constitucionales autónomos pueden determinar, en primera instancia, sus propias necesidades materiales mediante un anteproyecto de presupuesto que es sometido a la aprobación del Poder Legislativo.
- 5) Se deben establecer, de forma precisa, las competencias propias y exclusivas de los entes u órganos.
- 6) Deben elaborar sus políticas, planes y programas respecto de las funciones a su cargo.
- 7) Deben contar con capacidad para autoorganizarse. Ello trae aparejado que dicho ente u órgano seleccione a su personal, establezca medidas disciplinarias, designe a sus autoridades y tengan un servicio civil de carrera.
- 8) Debido a su carácter técnico, el ente u órgano no debe tener influencia proveniente de las fuerzas políticas.
- 9) Sus titulares tienen un estatuto jurídico especial que los resguarda de la presión o influencia que pudieran recibir de otros órganos o fuerzas políticas, lo cual se traduce en garantías de nombramiento o designación, inamovilidad, remoción, duración, remuneración suficiente, etcétera.
- 10) Para integrar el órgano se realizan convocatorias para seleccionar a personas de reconocido prestigio y con experiencia acreditada en la materia de que se trate.
- 11) Para asegurar la imparcialidad de sus integrantes, éstos deben estar sujetos a un marco de incompatibilidades, es decir, no podrán desarrollar actividades de carácter público o privado, con excepción de las no remuneradas en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. En algunos casos estas incompatibilidades subsisten durante cierto tiempo después de la expiración de su cargo.
- 12) Deben tener derecho de iniciativa de ley o legislativa para proponer actualizaciones o reformas a la ley de su competencia.
- 13) Las decisiones más importantes son tomadas de forma colegiada.
- 14) Los órganos tienen que presentar informes y realizar comparecencias ante el Poder Legislativo.

- 15) El órgano no debe estar sujeto a las instrucciones del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial o del Poder Legislativo.
- 16) Tienen un régimen laboral muy bien determinado.

V. LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO

En los últimos años en México ha crecido el número e importancia tanto de los órganos descentralizados como de los autónomos. Su creación se establece por diferentes niveles normativos, a saber, por la Constitución, la ley o por decreto. Tienen variadas formas y denominaciones. Lo que sobresale es que, además de los órganos tradicionales o primarios del Estado, la Constitución reconoce facultades a otro tipo de órganos expresamente reconocidos por ésta.

A continuación, veremos cuáles son los entes u órganos autónomos, sobre todo funcionales y, escasamente, los territoriales que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) ha creado, contemplando sus funciones y organización, es decir, los denominados órganos constitucionales autónomos en México:

- 1) El Banco de México, creado en primer lugar en 1994.
- 2) El Instituto Nacional Electoral.
- 3) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- 4) El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.
- 5) El Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.
- 6) El Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
- 7) El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.
- 8) La Comisión Federal de Competencia Económica.
- 9) El Instituto Federal de Telecomunicaciones.
- 10) Fiscalía General de la República.

Además, existen otros órganos con autonomía graduable como son: 1) el Tribunal Agrario, y 2) el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Finalmente, se encuentran los órganos con autonomía legal por mandato constitucional, los cuales son: 1) la Universidad Nacional Autónoma de México; 2) la Auditoría Superior de la Federación; 3) los órganos reguladores en materia energética, y 4) las empresas productivas del Estado.

VI. REFLEXIONES FINALES

La descentralización se encuentra estrechamente vinculada al concepto de autonomía. Una institución que es un organismo descentralizado puede pasar a ser un órgano constitucional autónomo y, para ello, no es suficiente que su autonomía sea sólo presupuestaria, sino que es necesario cubrir otros elementos o algunas características.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) ha creado desde 1994, contemplando sus funciones y organización, 10 órganos constitucionales autónomos y éstos cuentan con legitimación para promover controversias constitucionales como una de sus garantías institucionales.

Por otra parte, nos encontramos que, en principio, no existe una norma jurídica que defina qué es un órgano constitucional autónomo; sin embargo, existe la tesis del Poder Judicial Federal P./J. 20/2007 titulada “ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS” que, a grandes rasgos, los definen como aquellos que surgen con la idea de tener un equilibrio constitucional que, independientemente de los poderes tradicionales, son para distribuir funciones y competencias haciendo más eficaz las actividades que tiene que realizar el Estado, los cuales están en la Constitución y su fin es realizar funciones especializadas.

Asimismo, es necesario que todos estos órganos cuenten con estabilidad constitucional, autonomía de gestión y financiera, autonomía normativa, nombramiento por la ciudadanía o por méritos, que tengan facultades contenciosas, que de forma progresiva adquieran más facultades y que, en lugar de tener confrontaciones con los poderes tradicionales, tengan una vinculación directa y cercana con éstos. Lo anterior, es un modelo básico que se propone.

VII. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA HUANTE, Omar, *El principio de competencia constitucional autónoma. La defensa de los órganos constitucionales autónomos*, tesis doctoral en elaboración, doctorado del IIJ de la UNAM, 2019.

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, en SERNA DE LA GARZA, José María y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/306/7.pdf>.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Tesis: P./J. 20/2007, ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 2007, t. XXV, p. 1647.

QUINTA PARTE
ACTIVIDADES SUSCEPTIBLES
DE SER REALIZADAS
POR UN ÓRGANO
CONSTITUCIONAL NUEVO

FUNCIONES REALIZADAS POR LOS PODERES LEGISLATIVO, EJECUTIVO O JUDICIAL CON CARACTERÍSTICAS PARA SER REALIZADAS POR UN ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Esencialidad.* III. *Dirección política.* IV. *Función de fiscalización.* V. *Derecho de defensa.* VI. *Función de verificación o inspección.* VII. *Tribunal Nacional de Derechos Humanos.* VIII. *Órganos constitucionales autónomos que desarrollan funciones especiales en los estados de la República.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los órganos constitucionales autónomos han representado una solución política o técnica para que ciertas funciones que realizaban anteriormente las administraciones públicas, especialmente las que se insertan dentro de los poderes ejecutivos, se realicen con la mayor especialización, eficiencia, agilización, independencia, control y transparencia.

Desde sus inicios en Europa, la doctrina clásica señaló sus principales características, dado que se trataba de órganos que no pertenecían a ninguno de los poderes tradicionales.

En México, tanto la doctrina como la propia jurisprudencia del Poder Judicial han señalado la necesidad de establecer una teoría sobre los órganos constitucionales autónomos, dada la falta de criterios y requisitos que deberían reunir para poder establecerlos en el texto de las Constituciones.

En la actualidad, tanto en los ámbitos federal y local, como también en el municipal, se reconocen alrededor de 203 órganos constitucionales autónomos, los cuales realizan una diversidad de funciones públicas.

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

Por función pública, explica Jorge Fernández Ruiz, se entiende la actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de la potestad, del imperio, de la autoridad, vamos, de la soberanía del Estado, de donde su carácter no delegable, cuya realización atiende al interés público.¹

Se les denomina funciones a estas actividades que realiza el Estado, porque este último tiene el monopolio para realizarlas. Las funciones monetaria, registral, electoral, de control, de fiscalización, entre muchas otras, no podrían ser realizadas por un particular, pues traería consecuencias muy graves a la sociedad.

Así, en palabras de Pedro Salazar Ugarte, nos encontramos ante una verdadera “constelación de autonomías”² en el sistema jurídico mexicano, representada por órganos constitucionales autónomos que atienden a problemáticas de diversa índole y que, además, cuentan con diferentes niveles de autonomía.

Manuel García Pelayo, en su ya clásico y multicitado artículo “El «status» del Tribunal Constitucional”,³ señaló los rasgos más característicos de los órganos constitucionales autónomos, los cuales, son:

- La inmediatez, es decir, deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución, federal o local.
- La esencialidad, pues son necesarios para el Estado constitucional de derecho.
- La participación en la dirección política en tanto que intervienen en la formación de la voluntad estatal, en la dirección del poder supremo del Estado, en las funciones de dirección del poder supremo.
- La paridad de rango y las relaciones de coordinación, en tanto que pertenecen al mismo rango jurídico-público.
- La autonomía plena, lo mismo que los demás poderes tradicionales.

En el presente trabajo de investigación, destacaremos dos de las características antes mencionadas: la esencialidad y la dirección política, y las

¹ Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, INAP-UNAM, 2002, p. 87.

² Salazar Ugarte, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

³ García Pelayo, Manuel, “El «status» del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1981, pp. 11-34.

aplicaremos al análisis de los órganos constitucionales autónomos que se han creado en diferentes Constituciones locales.

Es importante destacar, que a nivel federal se han creado 12 órganos constitucionales autónomos, aunque uno ya fue suprimido, y algunos de estos órganos también se han creado en las entidades federativas. Por ejemplo, en todas las entidades federativas existe una Fiscalía General de Justicia, un Tribunal de Justicia Administrativa, un Tribunal Estatal Electoral y una Comisión Estatal de Derechos Humanos, como órganos constitucionales autónomos.

También, atendiendo a la esencialidad y a la dirección política, propondremos la creación de nuevos órganos constitucionales autónomos, cuyas funciones consideramos de la mayor prioridad y relevancia, para ser ejercidas por órganos y que, además, contarían con las características antes mencionadas de la esencialidad y dirección política.

Y señalaremos los órganos constitucionales autónomos que han sido creados en algunas Constituciones locales, para atender a problemas concretos. En este punto, realizaremos un análisis respecto del cumplimiento o no de las características antes apuntadas, que son la esencialidad y dirección política.

II. ESENCIALIDAD

Este criterio para la distinción de los órganos constitucionales autónomos se refiere a que son necesarios para el Estado constitucional de derecho, por las importantes funciones que realizan o que podrían realizar dentro del propio funcionamiento del Estado.⁴

Aunque, cabe señalar, la Constitución federal no establece ningún criterio o requisito para su creación. Ha sido el propio órgano reformador de la Constitución el que ha decidido cuándo se crea o se suprime un órgano constitucional autónomo, atendiendo a criterios, principalmente de tipo político o a recomendaciones de organismos internacionales.

En algunas Constituciones de las entidades federativas, sí se establece un título o capítulo sobre órganos constitucionales autónomos y algunos criterios muy generales sobre su creación.

⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, “La autonomía de los órganos electorales. Una reflexión comparada”, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. III, p. 2061.

Por ejemplo, en la Constitución Política del Estado de Aguascalientes, se señala, en el artículo 58 Bis, que está dentro del “Capítulo Decimotercero”, denominado “De los órganos constitucionales autónomos”, que

Los órganos constitucionales autónomos del Estado de Aguascalientes son entidades establecidas directamente en esta Constitución que mantienen relaciones de coordinación con otros órganos del Estado y que gozan de autonomía e independencia funcional así como financiera, las cuales tienen facultades y obligaciones que expresamente les otorga la normatividad aplicable.

Y que “Dichos órganos tienen como propósito atender funciones estatales coyunturales”.

La Constitución Política de la Ciudad de México, que también tiene un apartado especial sobre órganos constitucionales autónomos, dispone, en el artículo 46, que “Los organismos autónomos son de carácter especializado e imparcial”.

También, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que

Con motivo de la evolución del concepto de distribución del poder público se han introducido en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, órganos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los que se les han encargado funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales; sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos organismos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, ya que su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Ahora bien, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.⁵

⁵ Tesis: P./J. 12/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2008, t. XXVII, p. 1871.

Como se puede apreciar, los criterios son demasiado generales y deja a los órganos reformadores de las Constituciones la última determinación respecto de su creación, sobre la base de la “función coyuntural o especializada”.

III. DIRECCIÓN POLÍTICA

Este otro criterio para la distinción de los órganos constitucionales autónomos se refiere a que estos órganos constitucionales autónomos “participan en la dirección política del Estado y de ellos emanan actos ejecutivos, legislativos o jurisdiccionales, que contribuyen a orientar de modo decisivo el proceso de toma de decisiones”.⁶

Alejandro Pérez Hualde, explica, desde la doctrina argentina, que

Las competencias atribuidas a estos organismos independientes normalmente versan sobre “sectores y materias de carácter esencial para la vida social y económica de una país, sobre las que se genera un consenso entre las fuerzas políticas en cuanto a su ordenación”... “se consideran políticamente neutralizados; no son de derechas ni de izquierdas y quedan fuera de la lucha política porque lo que a todos interesa es sencillamente que funcionen bien”... y, consecuentemente, “todas las fuerzas políticas coinciden en mantener determinadas funciones y objetos estatales como algo imparcial, estable y permanente, cualquiera que sea la orientación política que prevalezca en un momento determinado”.⁷

En lo que la mayoría de los doctrinarios coincide es que los órganos constitucionales autónomos han venido a limitar o mermar, “de manera importante, el poder del ejecutivo federal, pues era éste quien anteriormente ejercía tales funciones, directamente o a través de las diversas dependencias a su cargo”.⁸

⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, “La autonomía de los órganos electorales. Una reflexión comparada”, *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, cit., p. 2061.

⁷ Pérez Hualde, Alejandro, “Nuevas formas de administración y los «organismos» constitucionales independientes”, en Alonso Regueira, Enrique M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 222.

⁸ Lugo Ledesma, Alberto, “Cien años de evolución constitucional: de la concentración del poder a su control democrático”, en Cienfuegos Salgado, David y Lugo Ledesma, Alberto (coords.), *Cien años de evolución constitucional*, México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura-Tirant lo Blanch, 2017, p. 199.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, también ya se ha pronunciado al respecto, señalando que

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el principio de división de poderes, contenido en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como un mecanismo de racionalización del poder público por la vía de su límite y balance, con el fin de garantizar el principio democrático, los derechos fundamentales y sus garantías, a través de un régimen de cooperación y coordinación de competencias, a manera de control recíproco, limitando y evitando el abuso en el ejercicio del poder público. Dicho principio es evolutivo y a través de su desarrollo se han establecido nuevos mecanismos para controlar el poder, con la finalidad de hacer más eficaz el funcionamiento del Estado; de ahí que se haya dotado a ciertos órganos, como los constitucionales autónomos, de las facultades necesarias para alcanzar los fines para los que fueron creados y en atención a la especialización e importancia social de sus tareas. Ahora bien, los órganos constitucionales autónomos forman parte del Estado mexicano sin que exista a su favor una delegación total de facultades de otro cuerpo del Estado, sino que su función es parte de un régimen de cooperación y coordinación a modo de control recíproco para evitar el abuso en el ejercicio del poder público; no obstante, debe advertirse que cuentan con garantías institucionales, las cuales constituyen una protección constitucional a su autonomía y, en esa medida, se salvaguardan sus características orgánicas y funcionales esenciales; de forma que no podría llegarse al extremo de que un poder público interfiera de manera preponderante o decisiva en las atribuciones de un órgano constitucional autónomo pues, de lo contrario, se violentaría el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Federal.⁹

En ese sentido, coincidimos con Pedro Salazar Ugarte cuando señala que

la creación de cada uno de esos órganos implicó una alteración en el ámbito competencial del Poder Ejecutivo mexicano. Lo que se ha ganado en especialización, participación e independencia ha implicado un acotamiento de las funciones que originalmente eran asignadas al Presidente de la República y a la administración a su cargo.¹⁰

⁹ Tesis Aislada 2a. CLXVI/2017 (10a.), GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 603.

¹⁰ Salazar Ugarte, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, cit., p. 106.

Con lo cual, para su creación, los límites jurídico-políticos también son muy importantes.

IV. FUNCIÓN DE FISCALIZACIÓN

Es una de las más relevantes que desempeña el Estado, ya que se trata, precisamente, de la revisión, de la vigilancia sobre cómo se gasta y cómo se gastó el dinero público.

En sus orígenes, explica Jorge Manjarrez Rivera, “se consideró a la fiscalización como una actividad propia del fisco hacia los contribuyentes, para verificar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Con el tiempo, el término fiscalización se amplió y se refiere a la rendición de cuentas de parte de los organismos públicos al Poder Legislativo”.¹¹

La fiscalización “es un proceso con el que se evalúan y revisan las acciones de gobierno considerando su veracidad, efectividad, eficiencia y observancia de la ley”.¹² Se trata de una función administrativa que queda atribuida a los órganos del Poder Legislativo, tanto al federal como a los estatales, y en algunos casos, a órganos constitucionales autónomos, ya que cumple con el objetivo de establecer un equilibrio y un contrapeso respecto los otros poderes y órganos del Estado, sobre cómo se ejercen los recursos públicos.

La visión del Constituyente, explica Alejandro Romero Gudiño,

ha sido que en México debe existir un mecanismo de control del poder mediante la rendición de cuentas a la que deben estar obligados los Poderes de la Unión y los entes públicos, cuyo objeto es controlar el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos puestos a su disposición.¹³

Los estados de la República que actualmente han creado a sus órganos de fiscalización como órganos constitucionales autónomos son Coahuila, Colima, Nuevo León, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

¹¹ Manjarrez Rivera, Jorge, *La construcción democrática de la rendición de cuentas y la fiscalización en la administración pública de México: 1997-2001*, México, INAP, 2003, p. 57.

¹² *Ibidem*, p. 65.

¹³ Romero Gudiño, Alejandro, *Teoría, evidencia y prospectiva de la fiscalización y rendición de cuentas en México*, México, INAP, 2019, p. 30.

Los han denominado, respectivamente, como Auditoría Superior, Órgano Superior de Auditoría y Fiscalización Gubernamental, Entidad Superior de Fiscalización del Estado, Instituto Superior de Auditoría y Fiscalización del Estado, Órgano Superior de Fiscalización del Estado y Órgano de Fiscalización Superior del Estado.

Las funciones que realizan estos órganos son básicamente:

Fiscalizar en forma posterior la gestión financiera y las cuentas públicas del estado; Investigar los actos u omisiones que impliquen alguna irregularidad o conducta ilícita en la gestión financiera de las entidades fiscalizadas; y efectuar visitas domiciliarias para exigir la exhibición de libros, documentos y demás información indispensables para la realización de sus investigaciones; Determinar los daños y perjuicios que afecten a la hacienda pública o al patrimonio de las entidades; y fincar directamente a los responsables, las indemnizaciones y sanciones pecuniarias correspondientes, así como promover ante las autoridades competentes el finamiento de otras responsabilidades.¹⁴

Al respecto, Jaime Cárdenas Gracia, nos explica, que

En cuanto al órgano de fiscalización, que en México se denomina Auditoría Superior de la Federación, conviene más a los actores políticos tenerlo como un instrumento armado dependiente de la Cámara de Diputados para que los partidos políticos negocien o amaguen al ejecutivo con diferentes asuntos de política pública que conformarlo con autonomía de los tres poderes tradicionales, pues se estima que en este momento se transformaría en una vía poderosísima de combate a la corrupción.¹⁵

Es por lo anterior, que, a nivel federal, sí se justifica la transformación de la Auditoría Superior de la Federación en un órgano constitucional autónomo.

V. DERECHO DE DEFENSA

Uno de los derechos humanos más importantes para la garantía y goce de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales es el de defensa.

¹⁴ Artículo 74-A, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Coahuila.

¹⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, “Aproximación a una teoría de los órganos constitucionales autónomos”, en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, 2015, p. 216.

El derecho de defensa, según Oscar Cruz Barney, “consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción”.¹⁶

El derecho a la defensa, específicamente, comprende: *a)* ser oído, lo que presupone conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que lo fundan, con el objeto de ejercer adecuadamente su defensa y de formular los planteamientos y las alegaciones que le convengan, pro principio, salvo excepciones, en todas las etapas del procedimiento; *b)* controlar y controvertir la prueba de cargo; *c)* probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; *d)* valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas para obtener del tribunal una sentencia favorable, y *e)* defenderse por medio de un abogado, perito en la materia.¹⁷

Como podemos observar, existe una estrecha interrelación entre defensa, audiencia y debido proceso. Son inseparables. La misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado esta situación, al señalar que el artículo 14 de la Constitución

contiene el derecho humano al debido proceso, integrado por un núcleo duro de formalidades esenciales del procedimiento, las cuáles permiten que los gobernados ejerzan sus *defensas* antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica en forma definitiva. Si embargo, entendido como derecho esencialmente destinado a otorgar un *derecho de defensa*, es posible identificar en los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, dos ámbitos de aplicación diferenciados. Desde una primera perspectiva, dicho derecho se ocupa del ciudadano, que es sometido a un proceso jurisdiccional al ser destinatario del ejercicio de una acción que, de resultar procedente y fundada, llevaría a la autoridad judicial a emitir un acto privativo en su contra, en cuyo caso la autoridad debe verificar que se cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento, a fin de otorgar al sujeto pasivo de la relación procesal la posibilidad de una *defensa efectiva*, por lo cual se debe garantizar que se le notifique del inicio del procedimiento y de sus consecuencias; se le dé el derecho

¹⁶ Cruz Barney, Oscar, “El derecho de defensa”, *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, otoño de 2014, p. 173.

¹⁷ Véase tesis aislada XVII. 1o.P.A.68 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, octubre de 2010, t. XXXII, p. 2985.

de alegar y ofrecer pruebas, y se le asegure la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.¹⁸

En ese sentido, las resoluciones AG/RES. 2656 (XLI-O/11), AG/RES. 2801 (XLIII - O/13) y AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), de la Organización de los Estados Americanos, van encaminadas a

4. Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de *independencia y autonomía* funcional.

5. Alentar a los Estados que aún no cuentan con la institución de la defensa pública, que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos.

La única entidad federativa que en la actualidad contempla un órgano constitucional autónomo como defensoría pública, es la Ciudad de México, en el artículo 51 de la Constitución Política de la Ciudad de México, denominado “Instituto de Defensoría Pública”, cuya finalidad es:

La asistencia profesional de abogadas y abogados públicos que presten servicios gratuitos de defensa de las personas justiciables, con el objeto de regular la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero local, garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el patrocinio legal durante la ejecución penal; el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en las materias familiar, administrativa, fiscal, mercantil y civil.

Por lo cual, a nivel federal y en las entidades federativas, también se tendrían que crear las respectivas defensorías públicas como órganos constitucionales autónomos.

VI. FUNCIÓN DE VERIFICACIÓN O INSPECCIÓN¹⁹

Una de las actividades más importantes que tiene a su cargo el Estado es la de verificación o inspección. Esta actividad se refiere a la vigilancia y compro-

¹⁸ Tesis aislada 1a.CCLXXVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXIV, septiembre de 2013, t. 1, p. 986.

¹⁹ Véase nuestro trabajo: López Olvera, Miguel Alejandro, “La verificación o inspección en los servicios públicos municipales”, *AÍDA Ópera prima de derecho administrativo*, Opus 15, 2014.

bación, por parte del Estado, del cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los particulares.

Es importante esta actividad, porque si no existieran controles o mecanismos o instancias, por parte del Estado, encargadas de cerciorarse que los particulares han cumplido o cumplen con las obligaciones que les imponen las normas jurídicas, se dejaría al libre albedrío de las personas ese cumplimiento.

Debido a la falta de verificaciones e inspecciones a las actividades de los particulares es que se producen la mayoría de los accidentes. El ejemplo más reciente es el del parque de diversiones “La Feria de Chapultepec”, en el que las propias autoridades manifestaron que hubo omisiones en las inspecciones a los juegos mecánicos.²⁰

Así, explica José Bermejo Vera, que

Se habla de función, facultad, potestad o simple actividad de inspección, para identificar un modo de actuar de todas las Administraciones públicas, caracterizado, básicamente, por la imposición —generalmente forzosa— de supervisiones o controles sobre cómo se desarrollan ciertas actividades, qué contenido tienen los documentos, cómo se encuentran determinadas instalaciones, equipamientos u objetos, cómo están los productos, incluso en qué condiciones desempeñan su tarea algunas personas.²¹

La visita domiciliaria implica un acto de molestia para las personas verificadas o inspeccionadas por parte de la autoridad administrativa. Por ello, la visita domiciliaria debe revestir ciertas formalidades que respeten los derechos de las personas que sufren esa molestia, la cual se causa en aras del interés público.

Por ello, en el artículo 16, párrafo décimo sexto, de la Constitución, se establece que “La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía...”.

²⁰ Véase Corona, Salvador, “Revisarán ferias y prevén cambiar leyes tras accidente en Chapultepec”, *El Universal*, 1o. de octubre de 2019, Metrópoli. También Corona, Salvador y Ruiz, Kevin, “Indagan a exfuncionarios por caso de La Feria de Chapultepec”, *El Universal*, 25 de octubre de 2019, Metrópoli.

²¹ Bermejo Vera, José, “Los principios ordenadores de la facultad de inspección de las administraciones públicas”, en Hernández Mendible, Víctor (coord.), *Derecho administrativo iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, Ediciones Paredes, 2007, p. 553.

Las actividades que le corresponden al Estado y que deja en manos de los particulares, deben de ser constantemente vigiladas, para que sean prestadas o desarrolladas conforme a las disposiciones que establecen las diferentes normas jurídicas aplicables. Sin embargo, consideramos que en la actualidad se presentan serios problemas con esta importante función que desempeña el Estado.

Uno de ellos es el bajo número de verificadores o inspectores con los que actualmente cuentan las administraciones públicas. Considerando las actividades que las personas desarrollan en la actualidad, no hay congruencia con el número de verificadores, por eso, las personas relajan el cumplimiento de las normas jurídicas. Es necesario aumentar el número de personas que realizan estas actividades de verificación e inspección.

Otro problema que observamos es que los verificadores o inspectores no son especialistas en las diferentes materias o áreas en las cuales tienen que realizar las verificaciones, además de que al ser considerados como trabajadores de confianza, la actividad que realizan, en muchas ocasiones es deficiente, pues, la verificación o inspección es un acto de molestia que debe de respetar estrictamente los derechos humanos y las garantías de las personas verificadas o inspeccionadas.

Por lo cual, consideramos que sí se justificaría la creación de órganos constitucionales autónomos encargados de las verificaciones administrativas, ya que se trata de una actividad técnica, que necesita ser realizada por personal profesional, para que sea eficiente, ágil y transparente.

VII. TRIBUNAL NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS²²

Los primeros órganos constitucionales autónomos que se crearon fueron los Tribunales Constitucionales, en Europa, más precisamente en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial.²³

La creación de los tribunales constitucionales, como órganos garantes de las disposiciones constitucionales, representaron un paradigma en la construcción de los Estados como democráticos y constitucionales de derecho.

²² Para este punto, véase nuestro artículo López Olvera, Miguel Alejandro, “Hacia la creación de Tribunales de Protección de los Derechos Humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, UNAM, 2017, pp. 75-98.

²³ Véase García Pelayo, Manuel, “El «status» del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1981, pp. 13.

Las Constituciones escritas señalan que la Constitución es la normativa suprema del país. Es decir, que dentro de un orden jurídico determinado, la Constitución es la normativa de mayor jerarquía, y, por tanto, una norma contraria a los principios contenidos en la Constitución no debe ser aplicada.

Con gran claridad, José Ramón Cossío Díaz explica:

Hoy en día, y en gran parte debido a la idea de aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (así como de otros mecanismos con funciones semejantes), nuestra Constitución no corona más, por decirlo así, a nuestro orden jurídico. Al menos en esta materia, lo que diga la Corte Interamericana tiene la posibilidad de sobreponerse a lo decidido por los órganos nacionales, la Suprema Corte incluida. La Convención Americana, a veces y para ciertos y pocos casos, puede determinar lo que la Constitución debiera decir.²⁴

Es decir, en la época actual la Constitución ya no es suprema, porque en la cúspide del sistema jurídico están los derechos humanos, las garantías, las libertades y los principios.

En el mismo sentido, afirma Agustín Gordillo, hoy en día la Constitución “ya no es suprema”.

Está en un peldaño más abajo en la jerarquía de las fuentes. El primer nivel en las fuentes, a su vez, está claramente compuesto más de principios que de normas. Se integra inexorablemente con los valores de todo orden jurídico, del derecho internacional, etc.... Los grandes valores de razonabilidad, justicia, son ahora admitidos como supremos.

En este estadio de la evolución de nuestro país en el sistema jurídico universal, pierde sentido el enfatizar la Constitución, no porque tenga menos importancia que antes, bien al contrario, sino porque hay algo todavía más importante que ella.²⁵

Por lo anterior, necesitamos avanzar hacia el pleno respeto de los derechos humanos. Necesitamos un órgano especializado que garantice esos derechos, que no sólo se encuentren reconocidos en la Constitución y en los documentos internacionales.

²⁴ Cossío Díaz, José Ramón, “Presentación de la serie”, en Salazar Ugarte, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 21-22.

²⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. Tomo 1. Parte general*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, cap. VII, p. 2.

Por ello es que se debe avanzar hacia la creación de un Tribunal Nacional de Protección de los Derechos Humanos, que su función primordial sea la de revisar que los actos de los órganos y de las autoridades del país respeten los derechos humanos y no sólo el texto de la Constitución.

Si ahora los derechos humanos están en la cúspide del sistema jurídico, también debería existir un órgano encargado de velar por la plena vigencia de los derechos humanos, con facultades para revisar, incluso, las reformas a la propia Constitución.

La finalidad del tribunal será velar por el pleno respeto de los derechos humanos de las personas. Aunque ya existen instancias administrativas, como las comisiones de derechos humanos, pensamos que éstas al no tener sus recomendaciones el carácter de vinculantes, le resta eficacia, pues no alcanza con los problemas actuales. Un órgano como el que proponemos sería un verdadero garante de los derechos humanos, al establecerse todo un proceso judicial, con recursos y respeto a la tutela judicial efectiva.

VIII. ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS QUE DESARROLLAN FUNCIONES ESPECIALES EN LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA

1. *Aspectos generales*

Al inicio de este trabajo de investigación, señalamos que algunas de las características que destaca la doctrina, respecto de los órganos constitucionales autónomos, son las de inmediatez, esencialidad, dirección política, paridad de rango y autonomía.

También la doctrina señala, muy acertadamente, que no existe, en la actualidad, una teoría sobre los órganos constitucionales en nuestro país. Y es muy necesaria esa teoría y esos requisitos y criterios respecto de qué funciones serían importantes al crear un órgano constitucional autónomo, ya que la proliferación de estos órganos en las Constituciones de las entidades federativas demuestra que esos criterios son inexistentes, y que ha sido la voluntad política la que ha marcado la línea para la creación de estos órganos.

Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no existe precepto que autorice expresamente la creación de órganos constitucionales autónomos; sin embargo, atendiendo a la evolución de la teoría tradicional de

la división de poderes en la que se ha dejado de concebir la organización del Estado derivada de los tres poderes tradicionales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) que sin perder su esencia, ahora se considera como una distribución de funciones o competencias para hacer más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado, es como se ha permitido su existencia en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, sin que se advierta que la incorporación de dichos órganos autónomos sea privativa del órgano reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dado que conforme al régimen republicano, democrático y federal que establece la Norma Fundamental, los Estados de la República no están obligados a establecer, como órganos de poder, únicamente a los señalados en la Ley Suprema, puesto que en uso de la libertad soberana de que gozan en su régimen interior pueden, según sus necesidades, crear cuantos órganos consideren indispensables para su desarrollo, así como para atribuirles facultades y consignar las limitaciones pertinentes, siempre y cuando no contravengan las estipulaciones del Pacto Federal.²⁶

Al respecto, John Mill Ackerman señala que: “Una proliferación desordenada y sin estrategia clara de órganos autónomos puede desembocar en una fragmentación institucional que dificulte de manera importante la coordinación interna entre los diversos órganos estatales, lo que reduciría la capacidad del Estado para resolver los problemas sociales”.²⁷

En el mismo sentido, Jaime Cárdenas Gracia explica que “No es conveniente crearlos caprichosamente, sin justificación alguna, su surgimiento debe responder a la justificación de las necesidades fundamentales de cada Estado y sociedad”.²⁸

Es por estos motivos, que en este apartado realizamos el análisis de algunos órganos constitucionales autónomos locales, que se han creado atendiendo a problemáticas específicas y que posiblemente no cumplirían con estas dos características que destaca la doctrina.

²⁶ Tesis de jurisprudencia P./J. 13/2008, ÓRGANOS AUTÓNOMOS ESTATALES. PUEDEN ESTABLECERSE EN LOS REGÍMENES LOCALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2008, t. XXVII, p. 1870.

²⁷ Ackerman, John M., *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM, 2016, p. 6.

²⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, “Aproximación a una teoría de los órganos constitucionales autónomos”, en Serna de la Garza, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, 2015, p. 214.

2. *Justicia burocrática*

La justicia burocrática, en términos del artículo 123, apartado B, de la Constitución, en el ámbito estatal, queda a cargo de los tribunales burocráticos locales, muchos de los cuales, están adscritos al Tribunal Superior de Justicia de los estados.

Sin embargo, en algunas entidades federativas, la justicia burocrática ha quedado a cargo de órganos constitucionales autónomos, denominados Tribunal de Arbitraje y Escalafón, Tribunal Laboral Burocrático, Tribunal de Conciliación y Arbitraje o Centro de Conciliación Laboral del Estado.

Los estados que han adoptado el modelo de justicia burocrática a cargo de órganos constitucionales autónomos son Colima, Durango, Coahuila, Oaxaca, Querétaro y Quintana Roo.

Las competencias que les ha asignado la respectiva Constitución local son para

conocer y resolver los conflictos que se susciten entre: a. El Poder Legislativo y sus trabajadores; b. El Poder Ejecutivo y sus trabajadores; c. El Poder Judicial y sus trabajadores, con excepción de los del Tribunal Superior de Justicia, el que conocerá de los conflictos laborales con sus trabajadores; d. Los Municipios y sus trabajadores; e. Los organismos públicos autónomos y sus trabajadores; f. Los trabajadores al servicio de la Educación y sus Sindicatos, con cualquiera de los tres Poderes y organismos públicos autónomos.²⁹

Es importante recordar que nuestro sistema jurídico desde sus inicios como nación independiente, tomó como referencia el principio de la división de poderes de la Constitución norteamericana y su sistema judicialista, pero la introducción del modelo francés de justicia administrativa también ha influenciado otras materias, como la laboral o la electoral local. Consideramos que la creación de órganos jurisdiccionales en materias específicas como órganos constitucionales autónomos no es un modelo que sea acorde con nuestra tradición judicialista. Pensamos que todos los juzgados y tribunales deben pertenecer a los respectivos poderes judiciales, federal y locales, para garantizar la independencia y la imparcialidad, que marca tanto la Constitución como los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

²⁹ Artículo 136 C de la Constitución Política del Estado de Coahuila.

3. *Evaluación de políticas públicas*

Las políticas públicas son planes para alcanzar un objetivo de interés público. Constituyen un conjunto de instrumentos que se utilizan para alcanzar los objetivos planteados en la Constitución, así como en los respectivos programas gubernamentales.

A nivel federal, la evaluación de las políticas públicas, de acuerdo con el artículo 26, Apartado C, de la Constitución, queda a cargo del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, que es un órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y que está “a cargo de la medición de la pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social”.

Siguiendo esta idea que establece la Constitución federal, las entidades federativas de Durango, Ciudad de México y Sinaloa, también crearon sus respectivas instituciones encargadas de la evaluación de las políticas públicas, como órganos constitucionales autónomos.

Las han denominado, respectivamente, como Instituto de Evaluación de Políticas Públicas, Consejo de Evaluación y Consejo Estatal de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.

Sus funciones, al igual que el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, son las de “Medir y evaluar el desempeño de las políticas públicas, y de generar información para que los poderes y los gobiernos realicen un mejor diseño e implementación de sus programas y acciones”. Evaluar las políticas, programas y acciones que implementen los entes de la administración pública y las alcaldías. Así como medir “la pobreza y la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social del Estado”.

Aunque se trata de una de las funciones más importantes a cargo del Estado, ya que si no se evalúa el cumplimiento de las metas y objetivos planteados, no se sabrá el grado de eficacia de las acciones del gobierno, pero no se tiene claro si cumpliría con las dos características señaladas de la esencialidad y dirección política.

4. *Instituto de la Mujer de Morelos*

Los artículos primero y cuarto de la Constitución reconocen los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación, y a partir de estos

principios constitucionales, el Congreso de la Unión ha expedido al menos cuatro leyes que reglamentan esos derechos.

La Ley del Instituto Nacional de la Mujer, La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Una de esas leyes, la del Instituto Nacional de la Mujer, crea el Instituto Nacional de la Mujer, pero como un organismo descentralizado de la administración pública federal, cuyo objeto general es promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación igualitaria en la vida política, cultural, económica y social del país.

Sin lugar a dudas, el tema es de la mayor relevancia, y en el estado de Morelos, el órgano reformador de la Constitución local creó el Instituto de la Mujer para el Estado Libre y Soberano de Morelos, como un órgano constitucional autónomo, “Responsable de garantizar y establecer políticas y acciones que propicien y faciliten la plena incorporación de la mujer en la vida, económica, política, cultural y social del Estado de Morelos”.³⁰

Este organismo público autónomo, como lo denomina la propia Constitución de Morelos, se encuentra dentro del Capítulo III, denominado “De los organismos públicos autónomos”, lo cual, consideramos, le da paridad de rango frente a los otros poderes tradicionales y los demás organismos públicos autónomos. Cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, y capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto.

La titular del instituto, señala la propia Constitución del estado de Morelos, “será nombrada por el Congreso del Estado de Morelos, mediante el voto aprobatorio de las dos terceras partes de sus integrantes y durará en el cargo un periodo de tres años contados a partir de su designación, pudiendo ser ratificada por el propio Congreso solamente por un periodo igual”.

5. *Transporte público*

El transporte público se enmarca en la categoría jurídica del servicio público, tal como lo explica Jorge Fernández Ruiz, al señalar, que

³⁰ Artículo 23-D, de la Constitución Política del Estado de Morelos.

El servicio público de transporte... es considerado como *uti singuli*; de gestión tanto pública como privada; voluntario para el usuario y obligatorio para el prestador del servicio; indispensable, cotidiano, oneroso, de régimen jurídico exorbitante del derecho privado, de régimen económico de oligopolio, y generalmente atribuido al gobierno de las entidades federativas.³¹

En principio, el monopolio de la garantía de los derechos humanos y de la prestación de los servicios públicos, según la Constitución, sólo queda a cargo del Estado, pero puede ser que, en algunos casos, el legislador otorgue esa posibilidad mediante una ley formal y material, que categorice una actividad como servicio público, a los particulares. En esos casos, la administración pública, mediante el otorgamiento de una concesión, una autorización, un permiso, etcétera, le otorga su obligación a los particulares para que estos se encarguen de dicha prestación.

En el estado de Sonora, el órgano reformador de la Constitución creó el Consejo Ciudadano del Transporte Público Sustentable, en el artículo 111 Bis, de la Constitución, como un órgano constitucional autónomo, encargado de

garantizar la sustentabilidad en el servicio de transporte público, entendida en las dimensiones técnicas, sociales, económicas y ambientales... dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, integrado por Consejeros Técnicos Ciudadanos que serán nombrados, removidos y reemplazados, en los términos que ordene la Ley respectiva y tendrá, entre otras atribuciones, la de establecer las tarifas de transporte público, en relación con las normas generales de calidad a la que habrá de apegarse la prestación del servicio público de transporte, así como el seguimiento a los ordenamientos en materia de transparencia.

El órgano competente de prestar el servicio público de transporte público es la administración pública, ya que ésta debe garantizarlo a toda persona que lo requiera, pues al tratarse de un derecho humano, a la movilidad, es vital para poder gozar de otro cúmulo importante de derechos fundamentales.

Lo que no está claro, es si se justifica la creación de un órgano constitucional autónomo encargado de la garantía del derecho humano a la movilidad a través del servicio público de transporte, si este órgano cumpliría con las dos características señaladas al inicio de este trabajo.

³¹ Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, UNAM-INAP, 2002, p. 285.

6. *Derecho a la identidad*

El derecho humano a la identidad está reconocido expresamente en el octavo párrafo del artículo 4o., de la Constitución federal. Esta disposición, señala: “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento”.

Según el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, el derecho a la identidad

consiste en el reconocimiento jurídico-social de toda persona como sujeto de derechos, responsabilidades, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, en otras palabras, es una condición necesaria para preservar, tanto la dignidad individual, como la colectiva de las personas. Ahora bien, el derecho a la identidad se encuentra íntimamente relacionado con los atributos de la personalidad, pues en éstos residen la mayoría de los elementos que la construyen, interrelaciones con otras personas y frente al Estado... En consecuencia, los atributos de la personalidad son un conjunto de cualidades que hacen a una persona única, identificable, irrepetible e inconfundible; algunas de estas cualidades son el nombre, sexo, estado civil, domicilio, filiación, nacionalidad y la edad; que se adquieren con el nacimiento y se extinguen con la muerte; todo ello da identidad a un ser humano.³²

De acuerdo con el marco jurídico civil de cada entidad federativa, son los registros civiles los encargados de emitir el documento denominado acta de nacimiento, sin embargo, en el estado de Tamaulipas, se creó el Instituto Estatal de Protección a la Identidad, en el artículo 17 Ter de la Constitución, como un órgano constitucional autónomo, “garante de este derecho”. Es el encargado de expedir la cédula estatal de identidad.

Como se puede observar, el derecho a la identidad tiene una diversidad de aristas, las cuales, no estamos seguros de que se colmen con la expedición de una cédula.

La creación de un instituto garante de este derecho, tal como lo establece la Constitución de Tamaulipas, no cumpliría con las características

³² Tesis Aislada III.2o.C.37 C (10a.), DERECHO A LA IDENTIDAD. EL RECONOCIMIENTO DEL ESTADO CIVIL DERIVADO DEL MATRIMONIO FORMA PARTE DE AQUÉL Y, POR TANTO, DEBE SER OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 28, marzo de 2016, t. II, p. 1700.

de esencialidad y dirección política, lo cual, debería de reconsiderarse para reformular el diseño y las atribuciones de esta institución.

7. Atención y protección de los periodistas

México, desafortunadamente, es uno de los siete países que ha aparecido cada año, desde hace 12, en el Índice Global de la Impunidad del Comité para la Protección de los Periodistas. La situación ha empeorado cada año. En 2019 ocupamos el séptimo lugar, ya que el número de asesinatos de periodistas en total impunidad escaló en el periodo 2009-2019.³³

En el estado de Veracruz, la situación es de lo más preocupante, ya que esta entidad federativa ha registrado un número muy elevado de asesinatos de periodistas, ocupando el primer lugar en asesinatos de periodistas.

En el documento *Estudios sobre el cumplimiento de las recomendaciones generales, informes especiales y pronunciamientos de la CNDH 2001-2017. Tomo IV. Persecución a periodistas*,³⁴ se destaca que

De 2000 al 31 de enero de 2016 se documentaron 109 casos de homicidios en contra de periodistas. Veracruz, Tamaulipas, Guerrero, Chihuahua y Oaxaca concentraron la mayor cantidad de homicidios. En el mismo periodo, casi seis de cada diez homicidios de periodistas en el país sucedieron en esas cinco entidades federativas.

Ante esta problemática, el órgano reformador de la Constitución local, creó, en el artículo 67, fracción, V, de la Constitución Política del Estado de Veracruz, la Comisión Estatal para la Atención y Protección de los Periodistas, como un órgano constitucional autónomo, con la finalidad de “Atender y proteger la integridad de los periodistas, así como de promover las condiciones para el libre ejercicio de la profesión del periodismo, con pleno respeto al derecho a la información y a la libertad de expresión”.

De acuerdo con la Constitución, cuenta con facultades para

Resolver sobre la atención y el otorgamiento de medidas de protección a los periodistas que lo soliciten, así como disponer los recursos y apoyos de orden material, económico o funcional que se requieran para la ejecución de sus

³³ Sancho, Víctor, “México es el país con más periodistas asesinados”, *El Universal*, 30 de octubre de 2019, Mundo.

³⁴ México, CNDH-UNAM, 2018, p. 103.

determinaciones, así como dictar los criterios y lineamientos de orden sustantivo para su efectivo cumplimiento.

Presentar denuncias y quejas ante las instituciones de procuración y administración de justicia, o de defensa de los derechos humanos, cuando la esfera jurídica de los periodistas esté sujeta a amenazas, agresiones o riesgo inminente, como consecuencia del ejercicio de su profesión, y tramitar ante las autoridades competentes la adopción de medidas inmediatas de atención y protección.

Desde luego que su creación atiende a una problemática importante y actual, pero no estamos seguros de que cuente con las características señaladas al inicio de este artículo.

8. *Justicia administrativa municipal*

A partir de la reforma constitucional por medio de la cual se crea el Sistema Nacional Anticorrupción, también se cambia la denominación de los tribunales de lo contencioso administrativo, y ahora se denominan tribunales de justicia administrativa en todas las entidades federativas, pero además, estos tribunales también ahora son órganos constitucionales autónomos.

Con lo cual, ahora tenemos un Tribunal Federal de Justicia Administrativa y 32 tribunales locales de justicia administrativa, como órganos constitucionales autónomos.

Pero, además, en el estado de Nuevo León, también la Constitución Política, en el artículo 63, fracción XLV, señala que

Los Municipios podrán contar con Órganos de lo Contencioso Administrativo, autónomos con subordinación jerárquica a la autoridad municipal, con facultades plenas para el pronunciamiento de sus fallos y para resolver las controversias que se susciten entre la administración pública municipal, central o paramunicipal, y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad; los que se regirán por los ordenamientos legales que al efecto se emitan.

Es decir, que, con estos órganos constitucionales autónomos, ahora contamos, en los tres niveles de gobierno, con esta clase de órganos, lo cual puede romper por completo con el principio de la división de poderes.

Ya anteriormente, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se había pronunciado sobre el Tribunal Unitario Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, en ese caso señaló:

Para que las sentencias de los tribunales municipales de lo contencioso administrativo, cuya existencia prevé el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puedan ser reclamables en amparo directo, es necesario que la función jurisdiccional que aquellos ejerzan al dirimir las controversias de su competencia se lleve a cabo con plena autonomía e independencia, características de que carece el Tribunal Unitario Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, Baja California, ya que si bien es cierto que el artículo 46 de la Ley del Régimen Municipal para el Estado de Baja California, estatuye como regla general que los Ayuntamientos instituirán en su reglamento un órgano de lo contencioso administrativo con autonomía y definitividad en sus resoluciones, también lo es que conforme al artículo 6o. del Reglamento de Justicia para el Municipio de Tijuana, Baja California, dicho tribunal no tiene la función de dirimir conflictos entre la administración pública municipal y los particulares, con plena autonomía, sino la de conocer del recurso de revisión respecto de las resoluciones que las dependencias emitan con motivo del recurso de reconsideración y que, asimismo, conocen en segunda instancia de las resoluciones de los Jueces Municipales respecto del recurso de inconformidad; además, según el artículo 33 del ordenamiento últimamente citado, sus resoluciones favorables a los particulares son impugnables a través del procedimiento de lesividad ante el Ayuntamiento, el cual adoptará la resolución definitiva que corresponda. A lo anterior debe agregarse que el titular del tribunal es nombrado por el propio Ayuntamiento a propuesta del Presidente Municipal, ocupará el cargo por el mismo periodo que aquél y podrá ser removido en cualquier momento por causa justificada. En consecuencia, en términos del artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, debe concluirse que el Tribunal Unitario Contencioso Administrativo Municipal de Tijuana, Baja California, carece de autonomía e independencia y, por tanto, sus resoluciones, ya sea por violaciones cometidas en el procedimiento o en la propia resolución, deben ser impugnadas en amparo indirecto.³⁵

La Segunda Sala no se pronuncia sobre la autonomía constitucional del tribunal, sólo sobre las características de este órgano jurisdiccional en cuanto a la naturaleza de sus fallos, los cuales, son de naturaleza administrativa.

³⁵ Tesis de jurisprudencia 2a./J. 4/2005, TRIBUNAL UNITARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL DE TIJUANA, BAJA CALIFORNIA. SUS RESOLUCIONES DEFINITIVAS SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2005, t. XXI, p. 323.

Con lo cual, se debe de analizar la pertinencia de crear órganos jurisdiccionales administrativos municipales como órganos constitucionales autónomos, ya que puede darse la posibilidad de que sean violatorios del principio de la división de poderes.

IX. CONCLUSIONES

Es urgente que los órganos reformadores de las Constituciones señalen claramente en el texto de la Constitución, las características y los criterios para la creación de órganos constitucionales autónomos, ya que es la doctrina la que ha aportado estas características y criterios, lo cual ha propiciado la creación de un sinnúmero de órganos constitucionales autónomos en los tres niveles de gobierno.

Las dos características que señala la doctrina, con las cuales deben de contar los órganos constitucionales autónomos, la esencialidad y la dirección política, son muy importantes de tomar en consideración por parte de los órganos reformadores de la Constitución, al momento de crearlos en el texto de la Constitución.

Asimismo, podemos advertir que ante la falta del señalamiento expreso en el texto de la Constitución de esas características y otras que también ha destacado la doctrina, los órganos reformadores de la Constitución han creado órganos constitucionales autónomos que atienden a coyunturas políticas o problemas específicos que no cumplen con dichas características.

X. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, John M., *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM, 2016.
- BERMEJO VERA, José, “Los principios ordenadores de la facultad de inspección de las administraciones públicas”, en HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor (coord.), *Derecho administrativo iberoamericano. 100 autores en homenaje al postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, Ediciones Paredes, 2007.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Aproximación a una teoría de los órganos constitucionales autónomos”, en SERNA DE LA GARZA, José Ma. (coord.), *Contribuciones al derecho constitucional*, México, UNAM, 2015.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “La autonomía de los órganos electorales. Una

- reflexión comparada”, *Estudios de Teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. III, Madrid, Universidad Complutense de Madrid-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- CORONA, Salvador, “Revisarán ferias y prevén cambiar leyes tras accidente en Chapultepec”, *El Universal*, 1o. de octubre de 2019, Metrópoli.
- CORONA, Salvador y RUIZ, Kevin, “Indagan a exfuncionarios por caso de La Feria de Chapultepec”, *El Universal*, 25 de octubre de 2019, Metrópoli.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Presentación de la serie”, en SALAZAR UGARTE, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- CRUZ BARNEY, Oscar, “El derecho de defensa”, *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, Otoño de 2014.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, INAP-UNAM, 2002.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El «status» del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1981.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. Tomo 1. Parte general*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, cap. VII.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “Hacia la creación de Tribunales de Protección de los Derechos Humanos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, UNAM, 2017.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “La verificación o inspección en los servicios públicos municipales”, *AÍDA Ópera prima de derecho administrativo*, Opus 15, 2014.
- LUGO LEDESMA, Alberto, “Cien años de evolución constitucional: De la concentración del poder a su control democrático”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LUGO LEDESMA, Alberto (coords.), *Cien años de evolución constitucional*, México, Cámara de Diputados, LXIII Legislatura-Tirant lo Blanch, 2017.
- MANJARREZ RIVERA, Jorge, *La construcción democrática de la rendición de cuentas y la fiscalización en la administración pública de México: 1997-2001*, México, INAP, 2003.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Nuevas formas de administración y los «organismos» constitucionales independientes”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (dir.), *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

- ROMERO GUDIÑO, Alejandro, *Teoría, evidencia y prospectiva de la fiscalización y rendición de cuentas en México*, México, INAP, 2019.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- SANCHO, Víctor, “México es el país con más periodistas asesinados”, *El Universal*, 30 de octubre de 2019, Mundo.
- Tesis aislada 1a. CCLXXVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXIV, septiembre de 2013, t. 1, p. 986.
- Tesis aislada 2a. CLXVI/2017 (10a.), GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 603.
- Tesis aislada III.2o.C.37 C (10a.), DERECHO A LA IDENTIDAD. EL RECONOCIMIENTO DEL ESTADO CIVIL DERIVADO DEL MATRIMONIO FORMA PARTE DE AQUÉL Y, POR TANTO, DEBE SER OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 28, t. II, marzo de 2016, p. 1700.
- Tesis aislada XVII. 1o.P.A.68 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, octubre de 2010, t. XXXII, p. 2985.
- Tesis de jurisprudencia 2a./J. 4/2005, TRIBUNAL UNITARIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL DE TIJUANA, BAJA CALIFORNIA. SUS RESOLUCIONES DEFINITIVAS SON IMPUGNABLES EN AMPARO INDIRECTO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Febrero de 2005, t. XXI, p. 323.
- Tesis de jurisprudencia P./J. 13/2008, ÓRGANOS AUTÓNOMOS ESTATALES. PUEDEN ESTABLECERSE EN LOS REGÍMENES LOCALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2008, t. XXVII, p. 1870.
- Tesis: P./J. 12/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2008, t. XXVII, p. 1871.

LA DEFENSORÍA PÚBLICA COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO. APUNTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO NECESARIO

Enrique MEZA MÁRQUEZ*

SUMARIO: I. *A manera de introducción.* II. *El derecho de defensa en el derecho internacional de los derechos humanos.* III. *La autonomía de la Defensoría Pública como garantía de la defensa técnica eficaz.* IV. *La organización de la defensa pública en México.* V. *Conclusiones.*

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos establece el derecho de toda persona a que se le respeten las garantías del debido proceso en todo procedimiento que verse sobre la determinación de sus derechos y obligaciones, con independencia de que se trate de índole civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, y no sólo restringido a la materia penal.

En este sentido, la asistencia letrada constituye una garantía irrenunciable de suma importancia como mecanismo de protección del debido proceso y para una efectiva defensa de los intereses de toda persona en igualdad de circunstancias ante las autoridades jurisdiccionales.

Adicionalmente, la asistencia letrada como garantía del derecho de defensa reviste una capital importancia como garantía instrumental para el ejercicio del derecho a la protección judicial, el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la igualdad ante los tribunales y a un juicio imparcial, y constituye un elemento indispensable para un sistema de administración de justicia eficiente e imparcial.

* Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En vista de esta relevancia, las experiencias comparadas, principalmente en los países latinoamericanos, han reconocido que la forma de garantizar de manera efectiva este derecho es a través de las instituciones de Defensoría Pública, concebida ésta como la formalización de la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de carácter interno y establecer salvaguardas prácticas y efectivas que torne operativo el efecto útil (*effet utile*) de los instrumentos internacionales en la materia.

Para cumplir con dicha obligación, los Estados han implementado distintos modelos para incorporar dentro de su estructura institucional a los órganos de defensoría pública encargados de brindar la asistencia letrada oficial, entre las cuales se encuentra su reconocimiento con rango constitucional, a la par con los poderes tradicionales del Estado, o bien, subordinado o sectorizado a la estructura interna de alguno de estos, y con distintos grados de competencia para una intervención amplia en todas las materias, o bien, acotadas a determinados ámbitos, principalmente el penal.

De acuerdo con el Informe sobre Buenas Prácticas en el Tema de Acceso a la Justicia y Defensa Pública en las Américas,¹ rendido ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos y realizado sobre un universo de 15 países,² si bien en la mayoría de estos cuentan con algún servicio de defensoría pública o asistencia legal gratuita impartida desde el Estado, “existe una diversidad de enfoques en cuanto a la naturaleza, independencia y jerarquía de estos servicios dentro del sistema legal de cada país”, mismos que determinan el alcance de la intervención de dichos órganos en la defensa de los intereses de sus representados, y en el cual se identifican tres principales esquemas en la región:

- i) Instituciones independientes y autónomas por *disposición constitucional*;
- ii) Agencias o entidades independientes y autónomas establecidas por *ley nacional*, y
- iii) Unidades administrativas con cierta autonomía funcional, pero dentro de la estructura normativa y/o presupuestal del Poder Judicial o el Ministerio de Justicia.

¹ OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, *Informe sobre Buenas Prácticas en el Tema de Acceso a la Justicia y Defensa Pública en las Américas*, OEA.Ser.G CP/CAJP/INF-224/14, 4 de abril 2014. Documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional en cumplimiento de la Resolución de la Asamblea General AG/RES. 2714 (XLII-0/12), 2013.

² Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos, Guyana, Honduras, México, Paraguay, Panamá, República Dominicana y Venezuela.

Sobre este punto, el objetivo principal de este texto es argumentar sobre la importancia que reviste el que los órganos de defensa pública se encuentren dotados de autonomía constitucional, como atributo necesario para garantizar de manera efectiva el derecho de defensa consagrado en distintos instrumentos internacionales, frente a toda índole de injerencias externas a su objeto y función, y como condición indispensable para garantizar el acceso a la justicia de toda persona, en particular de aquellas en condición de vulnerabilidad.

Adicionalmente, en el caso particular de México, se abordará comparativamente el estado actual que presentan las instituciones de defensoría pública, y la correspondencia del objeto material de las funciones establecidas en sus respectivas legislaciones, con respecto a los principios y estándares internacionales en la materia.

II. EL DERECHO DE DEFENSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *En los instrumentos internacionales*

El derecho de defensa se encuentra contemplado, con distintos alcances, en diversos instrumentos tanto del ámbito de las Naciones Unidas, como en el sistema regional americano.

En primer término, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (1948) dispone en su artículo 11 que “[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado *todas las garantías necesarias para su defensa*”.

Dicha disposición debe interpretarse en estrecho vínculo con lo dispuesto en su artículo 10, en el sentido de que “[t]oda 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”.

De la lectura anterior, se desprende que no obstante que la DUDH no consagra expresamente el derecho a contar con un defensor, este debe entenderse comprendido como parte de las garantías *necesarias* de toda persona para la defensa de sus derechos ante las instancias jurisdiccionales, reconocidas en el artículo 11, como condición indispensable para la efectividad de este último.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966) estipula en su artículo 14.3, que

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, *siempre que el interés de la justicia lo exija*, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo...

De forma similar, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), establece en su artículo 6.3 que “[t]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:... [inciso] c. [A] defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, *cuando los intereses de la justicia lo exijan...*”.

De la lectura comparada de ambas disposiciones, se puede observar que se condiciona el derecho a contar con un defensor, a que “así lo exija el interés de la justicia”, y que su acceso puede ser gratuito si no cuenta [el interesado] con medios suficientes para pagarlo.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969), reconoce a “toda persona inculpada de delito”, en su artículo 8.2, inciso *e*, el “derecho irrenunciable de ser asistido por un *defensor proporcionado por el Estado*, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

En cuanto al contenido del derecho de defensa reconocido en el artículo 8o. de la CADH, la Corte IDH específicamente, ha concluido que este

...se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.³

³ *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, 2009, párr. 61, y *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, 2015, párr. 153.

Cabe destacar que no obstante que el texto de la CADH hace referencia al derecho de “[t]oda persona inculpada de delito” —esto es, sujeta a enjuiciamiento penal—, a un defensor proporcionado por el Estado, la interpretación evolutiva que ha realizado la Corte IDH en su jurisprudencia sobre el alcance de las garantías estipuladas en el artículo 8.2, ha establecido que estas son asimismo aplicables en órdenes distintos al penal, esto es, la obligatoriedad de su observancia se extiende al ámbito material civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter,⁴ considerando que en estos casos “el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”.⁵ En atención a lo anterior, este derecho a la defensa técnica por parte de un letrado debe considerarse indivisible, toda vez que surge desde el momento mismo en que se inicia un procedimiento y hasta su conclusión, pues de lo contrario se ocasiona un desequilibrio procesal y se deja a la persona sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo o decisorio del Estado.⁶

De esta forma, la CADH establece un margen protector más amplio que el reconocido por la DUDH y el PIDCP en cuanto al derecho a contar con un defensor, en tanto la primera reconoce que este constituye un derecho *irrenunciable* de toda persona, sin sujeción a condición alguna como obligación correlativa y exigible al Estado.

Una lectura armónica de dicha disposición en su última oración permite concluir que si el inculcado no se defendiera por sí mismo, o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, impone al Estado la obligación de proporcionarle la asistencia letrada a través de las instituciones de Defensoría Pública establecidas al efecto, a fin de garantizar su derecho a la defensa técnica efectiva.

⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, 1998, párr. 149; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, FRC, 2001, párrs. 69-71, y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, FRC, 2012, párr. 157.

⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, FRC, 2001, párr. 70; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, EPFRC, 2013, párr. 166; Corte IDH, *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, EPFRC. 2015, párr. 205.

⁶ Cfr. *Mutatis mutandi*, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, 2009, párr. 62.

2. Interpretación evolutiva

A. La efectividad de la asistencia letrada en relación con el derecho a la defensa

Como se mencionó con anterioridad, a partir de lo dispuesto en los instrumentos internacionales señalados, los distintos órganos facultados para su interpretación han establecido los parámetros mínimos que debe cumplir la asistencia letrada para constituirse como una garantía efectiva y mecanismo de protección de los derechos humanos.

En el sistema universal, en su interpretación sobre el alcance de las obligaciones estatales con relación al contenido del artículo 14 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha reiterado el derecho de los acusados a que se les nombre un defensor de oficio “siempre que el interés de la justicia lo exija, y gratuitamente si carecen de medios suficientes para pagarlo”, en atención a la gravedad del delito y la probabilidad objetiva de éxito en la fase de apelación como criterios para determinar “el interés de la justicia”.⁷

De igual modo, el Comité resaltó que los defensores nombrados por las autoridades deberán representar *efectivamente* a los acusados de delito por lo que “[a] diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados a título privado, los casos flagrantes de mala conducta o incompetencia... pueden entrañar la responsabilidad del Estado”, al igual que en el caso en que el tribunal u otra autoridad competente impiden que los abogados nombrados cumplan debidamente sus funciones.⁸

Este estándar de *efectividad* en la asistencia letrada exige que los Estados no sólo provean formalmente de un defensor con el propósito de legitimar las actuaciones, sino que su intervención en el proceso sea *eficaz*, para lo cual se deben adoptar las medidas adecuadas para garantizar su participación activa y no sólo presencial dentro del procedimiento de que se trate.

Sobre este punto, *en el ámbito regional*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha considerado que nombrar a un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del

⁷ Cfr. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación General núm. 32*, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párrs. 37 y 38.

⁸ Cfr. Comité de Derechos Humanos, *Observación General núm. 32*, *supra*, párr. 38

acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza.⁹

En tal sentido, la Corte IDH ha señalado en distintos pronunciamientos la necesidad de que la institución de la defensa pública, “como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio”, entre las cuales se encuentran el contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.¹⁰

Con relación a este último punto, la Corte IDH destacó en el caso *Ruano Torres y Otros vs. El Salvador* que, no obstante que la defensa pública corresponde a una función estatal o servicio público, se considera una función que debe gozar de la autonomía necesaria para ejercer adecuadamente sus funciones de asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses de la persona. La Corte IDH consideró que, como parte del deber estatal de garantizar una adecuada defensa pública, es necesario implementar adecuados procesos de selección de los defensores públicos, desarrollar controles sobre su labor y brindarles capacitaciones periódicas, con independencia del diseño institucional y orgánico de cada Estado.¹¹

En el caso *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, la Corte IDH estableció que el elenco de garantías mínimas establecido en el artículo 8.2 de la Convención Americana se aplica no sólo al orden penal, sino también en los procedimientos que impliquen la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, lo cual constituía una interpretación expansiva del amplio alcance de las garantías que integran el debido proceso;¹² criterio que refrendó con posterioridad en los casos *Claude Reyes y Otros vs. Chile*, y *Vélez Loor*, nuevamente contra Panamá.¹³

⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de octubre de 2015, serie C, núm. 303, párr. 157. Véase, también, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 155.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, *supra*, párr. 157.

¹¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, *supra*, párrs. 159 y 163.

¹² Cfr. Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, núm. 72, párr. 125.

¹³ Cfr. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151. Voto razonado del juez Sergio García

Como elemento adicional, el Tribunal Interamericano ha entendido que para que la intervención de la asistencia letrada provista por el Estado pueda corresponderse con los estándares de una defensa técnica efectiva, se requiere que la misma sea ejercitada por un profesional del derecho y ejercer, entre otros, los recursos disponibles en el ordenamiento nacional contra actos que afecten los derechos de su defendido. Por tanto, la asistencia letrada, como garantía instrumental del derecho a la defensa, “surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona o la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos”. De lo contrario, “se limita[ría] severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”.¹⁴

Por cuanto a las instituciones a través de las cuales el Estado materializa el cumplimiento de su obligación de brindar asistencia letrada para garantizar el derecho irrenunciable de toda persona a una defensa técnica adecuada, la Corte IDH se ha pronunciado en el sentido de que “el derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona”.¹⁵

De igual forma, sin perjuicio de las facultades que poseen las “Defensorías del Pueblo” —símil de las comisiones de derechos humanos—, la asistencia letrada suministrada por el Estado mediante los órganos de defensoría pública, para efectos de interpretación de los instrumentos convencionales en materia de derechos humanos, “no puede ser confundida con la actividad que en el marco de sus funciones realiza la Defensoría del Pueblo”, toda vez que dicha asistencia legal debe ser ejercitada legal amplia, desde las primeras etapas del procedimiento, ya que de lo contrario carece de idoneidad por su falta de oportunidad.¹⁶

En cuanto a la separación orgánica de las instituciones estatales que brindan la asistencia letrada y las que ejercitan la pretensión punitiva, res-

Ramírez, párr. 8, y *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, serie C, núm. 218, párr. 142.

¹⁴ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *supra*, párr. 132.

¹⁵ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 63.

¹⁶ *Cfr.* Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, *supra*, párr. 133.

pectivamente, la Corte IDH ha indicado que el derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público, en tanto “[l]a acusación afirma la pretensión penal; [mientras que] la defensa la responde y rechaza. [En consecuencia,] [n]o es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona”.¹⁷

*B. Alcance y contenido de la “asistencia jurídica”
en relación con el derecho a la defensa*

No obstante el amplio tratamiento que sobre el contenido mínimo de las garantías instrumentales del derecho a la defensa han realizado los órganos y los procedimientos especiales en el ámbito de las Naciones Unidas, así como el sistema interamericano de derechos humanos, no existe en tratado internacional alguno una definición explícita de lo que debe entenderse como “asistencia jurídica”, para efectos de su interpretación y exigibilidad frente a los Estados.¹⁸

¹⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso Barreiro Leiva Vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, serie C, núm. 206, párr. 63.

¹⁸ No obstante la ausencia de una disposición normativa expresa en el sentido apuntado, el 20 de diciembre de 2012, la Asamblea General de la ONU adoptó mediante Resolución 67/187, los *Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal*, cuyo origen se encuentra en los trabajos de la Tercera Comisión, del 67o. periodo de sesiones, sobre “Prevención del delito y justicia penal” (A/67/45). Sobre el tema que nos atañe, el Principio 8 de los *Principios y directrices*, establece que “el término ‘asistencia jurídica’ comprende el asesoramiento jurídico y la asistencia y representación letrada de las personas detenidas, arrestadas o presas, sospechosas o acusadas o inculpadas de un delito penal, y de las víctimas y los testigos en el proceso de justicia penal, prestados de forma gratuita a quienes carecen de medios suficientes o cuando el interés de la justicia así lo exige. Además, la ‘asistencia jurídica’ abarca los conceptos de capacitación jurídica, acceso a la información jurídica y otros servicios que se prestan a las personas mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias y los procesos de justicia restaurativa”. De lo anterior puede concluirse que la “asistencia jurídica” constituye el género en que se insertan de manera más amplia las distintas figuras normativas que tienen por objeto el garantizar que toda persona se encuentre en posibilidad de defender, por sí o mediante un tercero autorizado, sus derechos e intereses dentro de un procedimiento con independencia de la naturaleza de este, a partir del momento en que se tenga contacto con la ley o se individualice la hipótesis normativa en un caso concreto. En cambio, la “asistencia letrada”, entendida como aquella función especializada que ejercen los abogados dentro de un proceso o un procedimiento pre-procesal, constituye solo una especie del género mencionado, que obedece, *prima facie*, a la obligación internacional de los Estados establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos, de garantizar que toda persona sujeta a un proceso penal tenga asis-

Este vacío dispositivo fue subrayado por la relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados en su Informe Anual de 2013 ante la Asamblea General de la ONU, y destacó que dada la importancia que reviste la asistencia jurídica para la remoción de obstáculos que impiden u obstaculizan el acceso a la justicia a las personas carentes o con escasez de recursos económicos, los Estados debían adoptar en su marco normativo interno la definición más amplia posible, de modo tal que la *asistencia jurídica efectiva* no sólo se refiera a aquella otorgada en el marco de un proceso penal, sino que la misma fuese extensible a todo aquel procedimiento judicial o extrajudicial destinado a determinar derechos u obligaciones.¹⁹

Adicionalmente, los *Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal*, reconocen que la asistencia jurídica

es un elemento esencial de un sistema de justicia penal eficaz que se base en la primacía del derecho, así como un fundamento para el disfrute de otros derechos, como el derecho a un juicio justo, y una salvaguardia importante que asegura la equidad fundamental y la confianza pública en el proceso de justicia penal, (por lo que) los Estados deben garantizar el derecho a la asistencia jurídica en su sistema jurídico nacional al más alto nivel posible, incluso, cuando sea aplicable, en la Constitución,

asignando los recursos humanos y financieros necesarios para su adecuado funcionamiento.²⁰

De especial importancia resulta destacar la obligación de los Estados de establecer procedimientos eficientes y mecanismos adecuados que posibiliten el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin ningún tipo de distinción ni discriminación,²¹ particularmente aquellas en situación de vulnerabilidad

tencia legal de un defensor, ya sea de carácter privado, o bien, proporcionado a través de los órganos Defensoría Pública establecidos para tal propósito.

¹⁹ Cfr. ONU, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, A/HCR/23/43, 15 de marzo de 2013, párr. 27.

²⁰ Cfr. ONU, *Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal*, Resolución 67/187, 20 de diciembre de 2012, Principios 1 y 16.

²¹ Cfr. ONU, *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, adoptados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 7 de septiembre de 1990, Principios 2 y 3.

por su condición,²² como son las mujeres,²³ niñas, niños y adolescentes,²⁴ así como las personas migrantes y solicitantes de protección internacional,²⁵ entre otros.

III. LA AUTONOMÍA DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA COMO GARANTÍA DE LA DEFENSA TÉCNICA EFICAZ

A través de distintas resoluciones, la Asamblea General de la OEA ha reafirmado la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada pública oficial para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.

En la primera de dichas resoluciones, titulada “Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”, aprobada en 2011, destacó la labor de los defensores públicos oficiales en el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia; así como de la necesidad de que gocen estos de independencia y autonomía funcional para el desempeño de sus funciones. La resolución también alentó a los Estados que no contaban con defensa pública a crearla.²⁶ Al año siguiente (2012), la Asamblea General de la OEA dictó la Resolución AG/ RES 2714 (XLII-O/12) sobre “Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia

²² Cfr. *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Sección 2ª.- Asistencia legal y defensa pública*, adoptadas en la Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 a 6 de marzo de 2008, Regla 28 y ss.

²³ Cfr. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr. 17, inciso a.

²⁴ Cfr. ONU, *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, artículo 6o.; ONU. Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General núm. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, párr. 33, y Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14*, 19 de agosto de 2014, serie A, núm. 21, párrs. 106, y 130 a 132.

²⁵ Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, párr. 99, inciso d; entre otros instrumentos internacionales.

²⁶ *Idem*.

de las personas en condiciones de vulnerabilidad”, profundizando dichas recomendaciones.²⁷

En 2013 se aprobó la Resolución: “Hacia la autonomía de la Defensa Pública oficial como garantía de acceso a la justicia”, que profundizó el compromiso de los Estados miembros para alcanzar la autonomía de sus defensas públicas. Adicional a la independencia funcional de los defensores públicos oficiales, se destaca la importancia de la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria de las defensorías, como parte de los esfuerzos de los Estados miembros para garantizar un servicio público eficiente, efectivo, libre de injerencias y controles de parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional. Además, se insta a los Estados a crear defensas públicas en su ordenamiento jurídico, cuando no cuenten con ella, y a promover la participación de los defensores públicos en el sistema interamericano de derechos humanos.

El 5 de junio de 2014, se aprobó por la Asamblea General la Resolución AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), “*Hacia la autonomía y fortalecimiento de la Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia*”.

En uno de los puntos más salientes de la nueva resolución, la Asamblea General destaca el exitoso trabajo que realizan los Defensores Públicos Interamericanos en la defensa de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, en el marco del Acuerdo de Entendimiento entre la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) y la Secretaría General de la OEA, a través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Acuerdo de Entendimiento suscrito entre la AIDEP y la Corte IDH, para garantizar y potenciar el acceso a la justicia interamericana de las presuntas víctimas que carecen de recursos económicos y sin representación legal en un caso llevado ante la CIDH y la Corte IDH.

Asimismo, se reiteró el exhorto a los Estados miembros para promover la participación de los defensores públicos en el sistema interamericano de derechos humanos para que el derecho a defensa técnica sea ejercido y garantizado desde la primera actuación del procedimiento dirigida en contra de una persona a nivel nacional hasta, cuando proceda, la emisión de la sentencia por parte de la Corte IDH.²⁸

²⁷ Resolución núm. 2714 (XLII-O/12), “Defensa Pública Oficial como Garantía de Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, 4 de junio de 2012, AG/doc.5329/12, párr. 4.

²⁸ Resolución AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), “Hacia la autonomía y fortalecimiento de la Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia”, 5 de junio de 2014.

El 15 de junio de 2016, se adoptó una Resolución que versa sobre distintas cuestiones relativas a la promoción y protección de derechos humanos, entre las que se incluyó a la defensa pública.

El inciso ix) de la parte I “Actividades de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos” de la resolución se denomina “Hacia la defensa pública oficial autónoma como salvaguarda de la libertad e integridad personal”, y destaca especialmente dos cuestiones:

Por un lado, alienta “a los Estados y a las Instituciones de Defensa Pública Oficial, según corresponda, a procurar el absoluto respeto a los Defensores Públicos en el ejercicio de sus funciones libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado”.

Por el otro, resolvió fomentar que

...las Defensorías Públicas desarrollen en el marco de su autonomía (según corresponda) instrumentos destinados a la sistematización y registro de casos de denuncia de tortura y otros tratos inhumanos, crueles y degradantes que puedan funcionar como herramientas para estrategias y políticas de prevención teniendo como objetivo fundamental evitar violaciones de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, reconociendo que los defensores públicos resultan actores fundamentales en la prevención, denuncia y acompañamiento de víctimas de tortura y otros tratos inhumanos, crueles y degradantes. En línea con ello, la Secretaría General a través del Departamento de Derecho Internacional continuará colaborando con la AIDEF en la capacitación a defensores públicos sobre los diferentes aspectos que contribuyen a la mejora del acceso a la justicia.

Asimismo, se destacó la adopción de la *Guía regional para la defensa pública y la protección integral de las personas privadas de libertad*, el *Manual de Monitoreo de Derechos Humanos en los Centros de Privación de Libertad por parte de las Defensorías Públicas. Visitas Generales* y el *Manual de Monitoreo de Derechos Humanos en los Centros de Privación de Libertad por parte de las Defensorías Públicas. Entrevistas Individuales*, el *Manual Regional de buenas prácticas penitenciarias* y el *Manual Regional: las Reglas de Bangkok en clave de Defensa Pública*, elaborados por la AIDEF, de gran relevancia para la defensa de los derechos humanos de las personas privadas de libertad.²⁹

El 21 de junio de 2017, se adoptó la Resolución núm. 2908 (XLVII-O/17),³⁰ sobre distintas cuestiones relativas a la promoción y protección

²⁹ Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), *Promoción y protección de los derechos humanos*, 15 de junio de 2016.

³⁰ Resolución AG/RES 2908 (XLVII-O/17), *Promoción y protección de los derechos humanos*, 20 de junio de 2017.

de derechos humanos, entre las que se incluyó a la defensa pública. El punto vi) de la parte I de la resolución se denomina “La defensa pública oficial autónoma como garantía de acceso a la justicia de grupos vulnerables”, y destaca especialmente distintas cuestiones.

Por un lado, alienta

a los Estados y a las instituciones de defensa pública oficial de las Américas para que desarrollen en su trabajo cotidiano y en el marco de su autonomía, según corresponda, buenas prácticas destinadas a la aplicación de herramientas, incluidas las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* con el objetivo de trabajar para la remoción de los obstáculos existentes para el acceso a la justicia y el goce de sus derechos”, a “procurar el absoluto respeto a las labores de los defensores públicos en el ejercicio de sus funciones, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado, como una medida para garantizar el derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad

y a garantizar “a las mujeres acceso efectivo e igualitario a la justicia, sin discriminación de ninguna naturaleza”.

Por el otro, toma nota de los *Principios y Directrices sobre la Defensa Pública en las Américas*, aprobados por unanimidad por el Comité Jurídico Interamericano a través de la resolución CJI/RES. 226 (LXXXIX-O/16), los que sistematizan y refuerzan conceptos centrales de las resoluciones sobre defensa pública, adoptadas por la Asamblea General, así como solicitar al Departamento de Derecho Internacional que le dé la más amplia difusión.

Por último, el punto II, “Seguimiento de Informes”, de la resolución solicita al Consejo Permanente que, a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, incluya en su plan de trabajo antes del cuadragésimo octavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General, los siguientes temas de esta resolución, con el fin de promover el intercambio de experiencias y buenas prácticas

destinadas a la aplicación integral de las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad que lleva adelante cada institución de la Defensa Pública* de la región, en el primer trimestre del año 2018, con la presencia de los Estados Miembros y sus respectivas instituciones públicas oficiales de asistencia jurídica, de integrantes de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, expertos del sector académico y de la sociedad civil, así como de las organizaciones internacionales.

El 5 de junio de 2018, se adoptó la Resolución 2928,³¹ que versa sobre distintas cuestiones relativas a la promoción y protección de los derechos humanos, entre las que se incluyó a la defensa pública.

El punto iii) de la parte I de la resolución se denomina “Hacia la defensa pública oficial autónoma como salvaguarda de la integridad y libertad personal”.

En otro de sus apartados, la OEA “reconoce a los Estados Miembros que han alcanzado autonomía funcional, financiera, administrativa y/o presupuestaria, garantizando el acceso a la justicia”, y “apoya el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del Hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia”. Se destaca también el aliento de la Asamblea General de la OEA

a los Estados y a las Defensorías Públicas de la región a que presten colaboración con los mecanismos e instrumentos internacionales y regionales existentes de protección de los derechos humanos, como aquellos contra la tortura y de protección de grupos vulnerables, que favorezca el acceso a la justicia de los grupos más desfavorecidos.

Finalmente, el 28 de junio de 2019, la Asamblea General de la OEA, adoptó la Resolución 0794, sobre “Promoción y Protección de Derechos Humanos”. En dicha resolución, entre diversos temas, se resalta la temática de la defensa pública, punto IV, titulado “La defensa pública oficial autónoma como salvaguarda de la integridad personal de todos los seres humanos sin ningún tipo de discriminación”.

Por otro lado, la Asamblea General también exhortó a los Estados Miembros para que, en consonancia con las instituciones de la defensa pública, “establezcan o fortalezcan mecanismos de monitoreo de centros de detención... para prevenir y denunciar tratos crueles, inhumanos y degradantes en los contextos de encierro de toda persona”.

A través de esta resolución, la OEA reafirma a la defensa pública oficial autónoma como garante de la integridad personal de todos los seres humanos sin ningún tipo de discriminación en la región.³²

En conclusión, de dichas resoluciones se puede afirmar que la consolidación de un sistema autónomo de Defensoría Pública que no dependa

³¹ Resolución AG/RES. 2928 (XLVIII-0/18), “Promoción y protección de derechos humanos”, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la OEA, el 5 de junio de 2018.

³² Resolución AG/RES. 2941 (XLII-0/19), numeral iv, 28 de junio de 2019.

directa ni indirectamente de ninguno de los poderes tradicionales y, en consecuencia, se encuentre libre de toda injerencia, presiones políticas e interferencias indebidas, constituye un imperativo del acceso a la justicia y del derecho a una defensa técnica eficaz, en los términos amplios de las garantías del debido proceso legal consagradas en los instrumentos internacionales, en particular en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

IV. LA ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA EN MÉXICO

En México, la Constitución federal establece la obligación del Estado, en sus tres niveles de gobierno, de establecer un servicio de defensoría pública para toda la población y asegurar las condiciones para asegurar un servicio profesional de carrera para los defensores.³³

No obstante, la configuración institucional de los órganos de defensoría pública a nivel federal y locales no es homogéneo:

TABLA I
 UBICACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE DEFENSORÍA PÚBLICA
 (A AGOSTO DE 2019)

<i>Entidad federativa</i>	<i>Ubicación institucional/naturaleza jurídica</i>			
	Poder Ejecutivo	Poder Judicial	Órgano descentralizado	Órgano constitucional autónomo
Aguascalientes			*	
Baja California	*			
Baja California Sur	*			
Campeche			*	
Chiapas		*		

³³ Artículo 17: ...La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Chihuahua	*			
Ciudad de México				*
Coahuila		*		
Colima	*			
Durango		*		
Guanajuato	*			
Guerrero		*		
Hidalgo	*			
Jalisco	*			
México (Estado de)	*			
Michoacán			*	
Morelos			*	
Nayarit	*			
Nuevo León	*			
Oaxaca			*	
Puebla	*			
Querétaro	*			
Quintana Roo	*			
San Luis Potosí	*			
Sinaloa	*			
Sonora	*			
Tabasco	*			
Tamaulipas	*			
Tlaxcala	*			
Veracruz-Llave	*			
Yucatán		*		
Zacatecas			*	

Como se aprecia, 20 órganos de defensoría pública (de un total de 32, correspondientes a cada una de las entidades federativas), se encuentran en la órbita del Poder Ejecutivo; 5 en la esfera del Poder Judicial; 6 son organismos descentralizados, y por último, únicamente el caso de la Ciudad de México se trata de un órgano constitucional autónomo.

Adicionalmente, cabe destacar que de acuerdo con su ordenamiento interno constitucional y reglamentario, cada órgano tiene distinta competencia para conocer del patrocinio de determinados asuntos, a saber, “orientación, asesoría y representación jurídica”, de acuerdo con la especialización de la materia (tabla II), mismos que definen el grado de intervención diferenciada del defensor público, según se trate de materia penal (defensa en sentido amplio), civil, administrativa o familiar, por ejemplo (asesoría u orientación limitada, y no defensa técnica efectiva en sentido amplio), lo cual no se condice con los estándares internacionales ya abordados.

TABLA II
 NATURALEZA JURÍDICA Y COMPETENCIA
 DE LOS ÓRGANOS DE DEFENSORÍA PÚBLICA LOCALES

Órganos de Defensoría Pública a nivel local				
<i>Entidad</i>	<i>Denominación</i>	<i>Naturaleza jurídica</i>	<i>Fundamento</i>	<i>Competencia esencial</i>
Aguascalientes	Instituto de Asesoría y Defensoría Pública del Estado de Aguascalientes	Organismo público descentralizado del gobierno del estado de Aguascalientes, cuenta con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía de gestión ³⁴	Artículo 58 D, párrafo cinco, CPE-Aguascalientes	Garantizar el acceso del particular a la justicia que imparte el Estado, como derecho humano fundamental y garantía individual contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de la asesoría y defensoría pública gratuita ³⁵
Baja California	Defensoría Pública del Estado de Baja California	Órgano público con autonomía técnica para el cumplimiento de su objeto y fines dependiente del poder ejecutivo del Estado a través de la Secretaría de Gobierno ³⁶ La Ley fijará las atribuciones y deberes inherentes a la Defensoría Pública, así como su organización ³⁷	Artículo 74 CPE-Baja California	La Defensoría Pública proporcionará una defensa técnica de calidad en materia penal, a los imputados que no tengan defensor particular y patrocinará en los asuntos civiles y administrativos a las personas que lo soliciten y acrediten no tener suficientes recursos económicos ³⁸

³⁴ Artículo 1o. de la Ley del Instituto de Asesoría y Defensoría Pública del Estado de Aguascalientes.

³⁵ Artículo 2o. de la Ley del Instituto de Asesoría y Defensoría Pública del Estado de Aguascalientes.

³⁶ Artículo 2o., apartado I, de la Ley Orgánica del Instituto de Defensoría Pública del Estado de Baja California

³⁷ Artículo 75 de la Constitución del Estado Libre y Soberano de Baja California.

³⁸ *Idem.*

Baja California Sur	Dirección Estatal de Defensoría Pública del Estado de Baja California Sur	Órgano administrativo desconcentrado del Poder Ejecutivo, que estará a cargo de la Secretaría General de Gobierno del Estado Libre y Soberano de Baja California Sur ³⁹	Artículo 16, párrafo III. CPE-Baja California Sur	Proporcionar obligatoria y gratuitamente los servicios jurídicos para una defensa adecuada y de calidad, en el procedimiento penal, así como a la sociedad en general en asuntos civiles y familiares ⁴⁰
Campeche	Instituto de Defensoría Pública del Estado de Campeche	Organismo descentralizado de la administración pública del estado de Campeche, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sectorizado a la Secretaría de Gobierno de la propia Administración ⁴¹	Artículo 76 Bis. CPE-Campeche	La Unidad de Defensoría Pública tiene por objeto garantizar el derecho a la debida defensa y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica de los imputados, acusados o sentenciados por un hecho que la ley señale como delito ⁴²
Chiapas	Instituto de la Defensoría Pública del Estado de Chiapas	Órgano del Tribunal Superior de Justicia del Estado, con autonomía técnica y operativa en el desempeño de sus funciones; dependiente presupuestalmente del Consejo de la Judicatura del Estado ⁴³	Artículo 73, CPE-Chiapas	Garantizar el acceso real y equitativo del derecho a la defensa pública adecuada y a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica a la población más desprotegida del Estado ⁴⁴

³⁹ Artículo 70. de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública del Estado de Baja California Sur.

⁴⁰ *Ibidem*, artículo 30.

⁴¹ Artículo 10. de la Ley de Defensoría Pública y Asistencia Jurídica Gratuita del Estado de Campeche.

⁴² *Ibidem*, artículo 30.

⁴³ Artículo 30. de la Ley de la Defensoría Pública del Estado de Chiapas.

⁴⁴ Artículo 73, de la CPE Chiapas.

Chihuahua	Instituto de Defensoría Pública	Institución adscrita al Poder Ejecutivo del Estado que desempeña sus funciones jurídicas y técnicas con independencia, pero sujeta en lo administrativo a la Secretaría General de Gobierno ⁴⁵	Artículo 152 LOPJE-Chihuahua	Coordinar, dirigir, controlar y prestar el servicio de la defensa pública ⁴⁶
Ciudad de México	Instituto de Defensoría Pública de la Ciudad de México	Es un organismo constitucional autónomo especializado e imparcial, tiene personalidad jurídica y patrimonio propio. Contará con autonomía técnica y de gestión ⁴⁷	Artículo 51 de la CP-Ciudad de México	Tiene como finalidad la asistencia profesional de abogadas y abogados públicos que presten servicios gratuitos de defensa de las personas justiciables, con el objeto de regular la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero local, garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el patrocinio legal durante la ejecución penal ⁴⁸

⁴⁵ Artículo 1 de la Ley de la Defensoría Pública del Estado de Chihuahua.

⁴⁶ Artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chihuahua.

⁴⁷ Artículo 51 de la Constitución de la Ciudad de México.

⁴⁸ *Idem*.

Coahuila de Zaragoza	Instituto Estatal de Defensoría Pública de Coahuila de Zaragoza	Es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado, con autonomía técnica, operativa y de gestión en el desempeño de sus funciones ⁴⁹	Artículo 154, fracción 2, numeral 5, CPE-Coahuila de Zaragoza	Garantizar el acceso de los particulares a la justicia en condiciones de igualdad como derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza ⁵⁰
Colima	Instituto de la Defensoría Pública del Estado de Colima	Dependerá de la Consejería Jurídica del Poder Ejecutivo del Estado, y se ejercerá a través del Instituto de Defensoría Pública del Estado de Colima, el cual contará con autonomía técnica y de gestión	Artículos 85 CPELYS-Colima	El Estado garantizará un servicio de defensoría pública profesional, de calidad y gratuito, para toda aquella persona que no se encuentre en condiciones de retribuir los servicios profesionales de un abogado postulante y que requiera orientación, asesoría o representación jurídica en materia penal, así como en las diversas materias del conocimiento de autoridades que tengan a su cargo funciones jurisdiccionales ⁵¹

⁴⁹ Artículo 2o. de la Ley del Instituto Estatal de Defensoría Pública de Coahuila de Zaragoza.

⁵⁰ Artículo 2o. de la Ley del Instituto Estatal de Defensoría Pública de Coahuila de Zaragoza.

⁵¹ Artículo 85 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima

Durango	Instituto de Defensoría Pública	Órgano con independencia técnica y operativa del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Durango ⁵¹	Artículo 128 CP-Durango ⁵²	Tiene por objeto garantizar el acceso a la debida defensa, la protección del interés del menor infractor; así como el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en asuntos del orden civil, familiar, fiscal y administrativa ⁵³
Guanajuato	Defensoría Pública del Estado de Guanajuato	La institución de la Defensoría Pública estará a cargo de la Secretaría de Gobierno, por conducto del director general, quien coordinará y supervisará su funcionamiento, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley, el Reglamento, el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobierno y demás ordenamientos legales aplicables ⁵⁴	Artículo 7o, párrafo 5, CPE-Guanajuato	La Defensoría Pública es una institución de orden público y de interés social, que tiene por objeto: I. Proporcionar obligatoria y gratuitamente servicios jurídicos de defensa en materia penal, en el procedimiento, así como en la solución anticipada de conflictos, cuando así lo disponga la ley, a las personas que la soliciten o, a quienes les haya sido designada por el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal de la causa;... III. Proporcionar orientación y asesoría jurídica en materia penal a toda persona que lo solicite; y IV. Informar y explicar a las personas inculpadas o sentenciadas las garantías que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, consignan a su favor.

⁵¹ Artículo 128 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango.

⁵² *Idem*.

⁵³ Artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Durango.

⁵⁴ Artículo 6o. de la Ley de Defensoría Pública Penal del Estado de Guanajuato.

Guerrero	Instituto de la Defensoría Pública del Estado de Guerrero	Órgano con autonomía técnica adscrito y dependiente del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Guerrero ⁵⁶	Artículo 164 CPE-Guerrero	Procurar el derecho a una defensa y asesoría integral, ininterrumpida, oportuna y especializada ante los órganos jurisdiccionales del Estado ⁵⁷
Hidalgo	Instituto de Defensoría Pública del Estado de Hidalgo	Órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobierno del Poder Ejecutivo del Estado, dotado de autonomía técnica y jurídica ⁵⁸	Artículo 9o. CPE-Hidalgo	Tiene por objeto garantizar la orientación, asesoría y representación jurídica en el fuero común, a personas de escasos recursos económicos, o que no cuenten con abogado en materia penal, para la adecuada defensa y protección de sus derechos humanos ⁵⁹
Jalisco	Procuraduría Social del Estado de Jalisco	Es una dependencia del Poder Ejecutivo del Estado ⁶⁰	Artículo 54 CPE-Jalisco	La defensa de los intereses sociales y familiares, así como la institución de la defensoría de oficio en los ramos penal y familiar ⁶¹

⁵⁶ Artículo 106 Bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Guerrero.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Artículo 3o. de la Ley Orgánica del Instituto de Defensoría Pública del Estado de Hidalgo.

⁵⁹ *Ibidem*, artículo 4o.

⁶⁰ Artículo 2o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría Social.

⁶¹ Artículo 54 de la Constitución Política del Estado de Jalisco.

México (Estado de)	Instituto de Defensoría Pública del Estado de México	Órgano desconcentrado de la Secretaría de Justicia y Derechos Humanos con autonomía técnica y operativa ⁶²	Artículo 3o. Ley de Defensoría Pública -Estado de México	Tiene por objeto operar, coordinar, dirigir y controlar la Defensoría Pública del Estado de México, consistente en proporcionar orientación jurídica y defensa en materia penal, así como patrocinio civil, familiar, mercantil, de amparo y de justicia para adolescentes en cualquier etapa del procedimiento legal aplicable, a las personas que lo soliciten, en los términos que señala esta ley ⁶³
Michoacán de Ocampo	Instituto de Defensoría Pública del Estado de Michoacán de Ocampo.	Órgano público descentralizado con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía técnica y de gestión para el cumplimiento de su objeto y fines. ⁶⁴ Es un organismo con autonomía técnica y de gestión, dependiente del Poder Ejecutivo del Estado a través de la Secretaría de Gobierno ⁶⁵	Artículo 103 CPE-Michoacán de Ocampo	Proporcionará la defensa necesaria en materia penal a los procesados que no tengan defensor particular y patrocinará en los asuntos civiles y administrativos a las personas que lo soliciten y acrediten no tener suficientes recursos económicos ⁶⁶

⁶² Artículo 3 de la Ley de Defensoría Pública del Estado de México

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Artículo 7o. de la Ley Orgánica del Instituto de Defensoría Pública del Estado de Michoacán de Ocampo.

⁶⁵ Artículo 1o. de la Ley Orgánica del Instituto de Defensoría Pública del Estado de Michoacán de Ocampo.

⁶⁶ *Idem.*

Morelos	Instituto de Defensoría Pública del Estado de Morelos	Organismo Público Descentralizado de la Administración Pública Paraestatal, sectorizado a la Secretaría de Gobierno, contando con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica, de gestión y presupuestal ⁶⁷	Artículo 106 CPE-Morelos	Tiene como fin garantizar a las personas el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en los términos que la misma establece; así como regular la prestación de servicios de asesoría en asuntos concernientes al ramo civil, ante los órganos jurisdiccionales competentes ⁶⁸
Nayarit	Instituto de Defensoría Pública y Asistencia Jurídica del Estado de Nayarit	Órgano desconcentrado de la Secretaría General de Gobierno, con autonomía técnica y de gestión ⁶⁹	Artículo 102 CPE-Nayarit	Tiene por objeto regular la prestación de los servicios de defensoría pública y asistencia jurídica en asuntos del fuero común en el Estado de Nayarit, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materias penal y de justicia para adolescentes, así como el acceso a la orientación, asesoría y representación jurídica ante los tribunales en los términos que la misma establece ⁷⁰

⁶⁷ Artículo 8o. de la Ley de la Defensoría Pública del Estado de Morelos.

⁶⁸ *Ibidem*, artículo 1o., párrafo segundo.

⁶⁹ Artículo 4o. de la Ley de Defensoría Pública y Asistencia Jurídica para el Estado de Nayarit.

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 1o.

Nuevo León	Instituto de Defensoría Pública de Nuevo León	El Instituto con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía financiera, técnica, operativa y de gestión, dependiente del Poder Ejecutivo del Estado ⁷¹	Artículo 16, de la CPE-Nuevo León	Regular la organización, funcionamiento, competencia y administración del sistema de defensa pública del Estado de Nuevo León ⁷²
Oaxaca	Defensoría Pública del Estado de Oaxaca	Organismo público descentralizado del Poder Ejecutivo del Estado, sectorizado a la Consejería Jurídica del Gobierno del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio ⁷³	Artículo 11 CPE-Oaxaca	Coordinar, dirigir y vigilar los servicios jurídicos de asesoría, patrocinio y defensa técnica adecuada y gratuita ⁷⁴
Puebla	Instituto de Defensoría Pública de Puebla	Órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobierno del Poder Ejecutivo del Estado, dotado de asesoría, gestión, representación, patrocinio o defensa ⁷⁵	Artículo 34 LOAPE-Puebla	Tiene por objeto garantizar al usuario el acceso a la asistencia jurídica en asuntos del fuero común, en los términos que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en los respectivos tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, así como las demás leyes aplicables ⁷⁶

⁷¹ Artículo 3o. de la Ley De Defensoría Pública para el Estado de Nuevo León.

⁷² Artículo 1o. de la Ley De Defensoría Pública para el Estado de Nuevo León.

⁷³ Artículo 4o. de la Ley de la Defensoría Pública del Estado de Oaxaca.

⁷⁴ *Ibidem*, artículo 5o.

⁷⁵ Ley del servicio de la Defensoría Pública del Estado de Puebla.

⁷⁶ *Idem*.

<p>Querétaro</p>	<p>Instituto de la Defensoría Penal Pública del Estado de Querétaro</p>	<p>La Defensoría Penal Pública del Estado de Querétaro, cuenta con autonomía técnica y de gestión, misma que estará bajo el cargo de la Secretaría de Gobierno del Poder Ejecutivo del Estado⁷⁷</p>	<p>Artículo 2 CP-Querétaro</p>	<p>Organismo público, con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, mediante el que el Estado garantizará el respeto a los derechos humanos; promoverá su defensa y proveerá las condiciones necesarias para el cabal ejercicio de los mismos⁷⁸</p>
<p>Quintana Roo</p>	<p>Instituto de la Defensoría Pública del Estado de Quintana Roo</p>	<p>Dependiente del Poder Judicial del Estado de Quintana Roo, el cual contará con independencia técnica, de gestión y operativa en el ejercicio de sus funciones, el cual tendrá su sede en la capital del Estado</p>	<p>Artículo 2o. LIDPE-Quintana Roo</p>	<p>Tiene por objeto coordinar, dirigir, controlar y prestar el servicio de la defensa pública de acuerdo con las disposiciones de esta ley, su reglamento, lineamientos y bases de funcionamiento y estructura orgánica, que serán establecidas por la reglamentación que emita el propio órgano, con aprobación del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado⁷⁹</p>

⁷⁷ Artículo 1. Ley del Instituto de la Defensoría Penal pública Del estado de Querétaro.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ Ley del Instituto de Defensoría Pública del Estado de Quintana Roo.

San Luis Potosí	Instituto de la Defensoría Pública	Se crea el Instituto Federal de Defensoría Pública como órgano del Poder Ejecutivo del Estado con autonomía técnica y de gestión de la Constitución Política del Estado Soberano de San Luis Potosí ⁸⁰	Artículo 18 de la Constitución Política de San Luis Potosí ⁸¹	Procurar el derecho a la adecuada defensa, representación y asesoramiento de sus derechos ante las autoridades estatales en toda controversia jurisdiccional ⁸²
Sinaloa	Instituto de la Defensoría Pública del Estado de Sinaloa	Organismo descentrado de la Secretaría General de Gobierno del Estado de Sinaloa, que tendrá su sede en la Ciudad de Culiacán, y se regirá por lo dispuesto en esta Ley, su Reglamento, la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado, y demás Ordenamientos legales aplicables ⁸³	Artículo 78 CPE-Sinaloa	Garantizar de manera gratuita a los imputados el derecho a una defensa adecuada y de calidad en materia penal y de justicia para adolescentes, así como el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en materia civil, familiar y administrativa, a través de Defensores Públicos y de Asesores Jurídicos, en los términos que señale la Ley ⁸⁴

⁸⁰ Artículo 18 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí.
⁸¹ Artículo 18 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí.
⁸² Artículo 18 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí.
⁸³ Artículo 25 de la Ley de la Defensoría Pública del Estado de Sinaloa.
⁸⁴ Artículo 78 de la Constitución Política del Estado de Sinaloa.

<p>Sonora</p>	<p>Defensoría de Oficio</p>	<p>La Defensoría es una Dirección General del Poder Ejecutivo del Estado, dependiente de la Consejería Jurídica del Gobierno del Estado⁸⁵</p>	<p>Artículo 106 CPE-Sonora</p>	<p>Su misión será defender a los reos en asuntos penales y patrocinar a quienes lo soliciten, en materia civil y administrativa, en los casos establecidos por la Ley Orgánica correspondiente⁸⁶</p>
<p>Tabasco</p>	<p>Instituto de la Defensoría Pública del Estado de Tabasco</p>	<p>Órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobierno, denominado Instituto de la Defensoría Pública del Estado de Tabasco, que gozará de independencia técnica y operativa⁸⁷</p>	<p>Artículo 52 CPE-Tabasco</p>	<p>El servicio de Defensoría Pública en asuntos correspondientes al fuero común del estado de Tabasco tiene por objeto garantizar a las personas una defensa técnica de calidad en asuntos del orden penal; así como para brindar orientación y asesoría jurídica o representación legal, en las materias, casos y términos que la misma ley establece⁸⁸</p>

⁸⁵ Ley de la Defensoría Pública del Estado de Sonora, artículo 4o.

⁸⁶ Constitución Política Del Estado Libre y soberano de Sonora, artículo 106.

⁸⁷ Artículo 4o. de la Ley de Servicios de Defensoría Pública del Estado de Tabasco.

⁸⁸ *Ibidem*, artículo 1o.

Tamaulipas	Instituto de Defensoría Pública del Estado de Tamaulipas	Órgano desconcentrado de la Secretaría General de Gobierno del Poder Ejecutivo del Estado, dotado de autonomía técnica y operativa ⁸⁹	Artículo 127 CPE-Tamaulipas	Tiene por objeto garantizar el derecho a la defensa penal pública, asegurar el acceso a la justicia en asuntos civiles, familiares, mercantiles y el juicio de amparo y regular la prestación del servicio de defensoría pública en el Estado de Tamaulipas ⁹⁰
Tlaxcala	Instituto de Defensoría Pública y Asistencia Jurídica Social del Estado de Tlaxcala	Institución de orden público e interés social que garantizará el acceso equitativo a los servicios de asistencia jurídica social, dependiente del Poder Ejecutivo del Estado de Tlaxcala ⁹¹	Artículo 17, párrafo séptimo y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 77 CPE-Tlaxcala	Proporcionar obligatoria y gratuitamente asesoría técnica legal y defensa penal a los imputados, acusados y sentenciados, cuando carezcan de abogado ⁹²

⁸⁹ Artículo 3o. de la Ley de la Defensoría Pública para el Estado de Tamaulipas.

⁹⁰ Artículo 1o. de la Ley de la Defensoría Pública para el Estado de Tamaulipas.

⁹¹ Artículo 1o. de la Ley Orgánica de la Defensoría Pública y Asistencia Jurídica Social del Estado de Tlaxcala.

⁹² *Idem*.

Veracruz-Llave	Instituto Veracruzano de la Defensoría Pública	Órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobierno ⁹³	Artículo 40. CPE-Veracruz Llave	Facilitará el acceso a la justicia y a una defensa adecuada, será gratuito y se prestará a petición de las personas cuyas condiciones socioeconómicas no les permitan cubrir los honorarios de un abogado ⁹⁴
Yucatán	Instituto de Defensoría Pública del Estado de Yucatán	Órgano administrativo desconcentrado de la Consejería Jurídica. En el desempeño de sus funciones gozará de autonomía técnica y de gestión ⁹⁵	Artículo 63 CPE-Yucatán	Fungir como el órgano experto en defensa penal pública y en asesoramiento jurídico, así como promover la celebración de convenios de coordinación y colaboración, respectivamente, con órganos, dependencias, entidades o instituciones públicas y privadas, ya sean locales, nacionales o internacionales, para el cumplimiento de su objeto, particularmente con las dedicadas a la protección de los derechos humanos ⁹⁶
Zacatecas	Instituto de la Defensoría Pública del Estado de Zacatecas	Será un organismo público descentralizado de la administración pública estatal, con personalidad jurídica y patrimonio propios; tendrá autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones	Artículo 50. LIDPE-Zacatecas ⁹⁷	Tendrá por objeto dirigir, operar, coordinar y controlar el servicio de defensoría pública en el estado de Zacatecas

⁹³ Artículo 60. de la Ley de Defensoría Pública del Estado de Veracruz de Ignacio de La Llave.

⁹⁴ *Ibidem*, artículo 2o.

⁹⁵ Artículo 10 de la Ley del Instituto de la Defensa Pública de Yucatán.

⁹⁶ Ley del Instituto de la Defensa Pública de Yucatán.

⁹⁷ Ley del Instituto de la Defensa Pública de Zacatecas.

V. CONCLUSIONES

La autonomía de las instituciones de Defensoría Pública constituye una condición necesaria derivada de interpretación evolutiva distintos órganos intérpretes de los instrumentos internacionales han realizado sobre la eficacia del derecho de defensa, especialmente en el sistema interamericano de derechos humanos.

De esta forma, la defensa sustantiva, real y eficaz que asegure un acceso a la justicia en la más amplia de sus acepciones sólo puede conseguirse si su ejercicio se encuentra libre de injerencias indebidas de los poderes del Estado, particularmente del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial.

Por este motivo, la obligación de los Estados del ámbito americano exige la adopción de un sistema que garantice el derecho a una defensa técnica eficaz, en donde la autonomía constitucional de los órganos de Defensoría Pública se garantice al más alto nivel dentro de la estructura normativa y diseño institucional posible para tal propósito.

En este escenario, la obligación estatal consiste en garantizar una actuación libre y autónoma de los defensores públicos oficiales requiere de la organización de los órganos de defensa pública conforme a dicho parámetro, particularmente para garantizar el patrocinio efectivo para aquellas personas que, en especial situación de vulnerabilidad social, carecen de los medios económicos para sufragar un letrado particular o, simplemente desconfían de la institución de la defensa pública por su dependencia funcional y carencia de libre actuación, todo lo cual tiene implicaciones directas en la calidad de la defensa técnica proporcionada y puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado por falta de garantía de dicho derecho.

Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 3 de abril de 2020 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. de C. V., Municipio Libre 175-A, Portales, Benito Juárez, 03300 Ciudad de México, tel. 55 5601 0796. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 200 grs. para los forros. Consta de 760 ejemplares (impresión *offset*).

Los trabajos de investigación que componen el presente volumen resultan de mucha actualidad y son un buen punto de partida para todos aquellos estudiosos del derecho constitucional, de la ciencia política y del derecho administrativo, que buscan dilucidar sobre la situación actual de los órganos constitucionales autónomos.

El libro se divide en cinco partes, en las cuales se abordan los temas relativos a los conceptos utilizados en las Constituciones para referirse a los órganos constitucionales autónomos; a las funciones que realizan; a su compatibilidad o no con el principio de la división de poderes; a los motivos (políticos, técnicos o jurídicos) para su creación y, finalmente, a las actividades que realizan actualmente los poderes ejecutivos, y que en el futuro pueden ser susceptibles de ser realizadas por un órgano constitucional autónomo.

Los autores que participan en este libro han puesto el acento en aspectos muy importantes de los que, a partir de sus puntos de vista, surgirán criterios importantes para la creación y evaluación de los órganos constitucionales autónomos en nuestro país.

www.juridicas.unam.mx

