



Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

“Estudio en la duda. Acción en la fe”

División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades

Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y
Derechos Humanos

Línea de Investigación
Derechos Humanos

Tesis

Derecho humano a la buena administración pública y los
estándares de actuación en materia de contrataciones de
exploración y extracción de hidrocarburos.

Director

Dr. Alfredo Islas Colín

Codirector

Dr. Jesús Antonio Piña Gutiérrez

Tutora

Dra. Gloria Castillo Osorio

Presenta

Mtro. Julio Alberto Domínguez Vázquez

Villahermosa, Tabasco, septiembre 2021



**UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO**

"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"



**DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES**



Dirección

Of. DACSYH/CP/4359/2021

Villahermosa, Tabasco 28 de septiembre de 2021

Asunto: Modalidad de Tesis

Mtro. Julio Alberto Domínguez Vázquez
Egresado del Doctorado en Métodos de Solución
De Conflictos y Derechos Humanos
Presente

En atención a su solicitud de autorización de modalidad de titulación, me permito comunicarle que con fundamento en el artículo 69 fracción II del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente, se aprueba que pueda titularse mediante la **modalidad de tesis con el trabajo recepcional "Derecho humano a la buena administración pública y los estándares de actuación en materia de contrataciones de exploración y extracción de hidrocarburos"** para obtener el grado de Doctor en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos.

Me despido de usted enviándole un afectuoso saludo.

Atentamente

"ESTUDIO EN LA DUDA ACCIÓN EN LA FE"

DRA. FELIPA SÁNCHEZ PÉREZ
DIRECTORA

D.A.C.S. y H.



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo
Mtro. JERGP/arc

Miembro CUAMEA desde 2018
**Consortio de
Universidades
Mexicanas**
UNA ALIANZA DE CAUSAS POR LA EDUCACIÓN SUPERIOR

www.ujat.mx
www.pnpc-dacsyhujat.com

Facebook: DACSyH División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades UJAT/ twitter@DACSyH_UJAT

PROLONGACIÓN PASEO USUMACINTA S/N
BOULEVARD BICENTENARIO
R/A. GONZÁLEZ 1RA SECCIÓN, CENTRO TABASCO
TEL. (993) 358.15.83 EXT. 0535
CORREO: PNPC.DACSYP@UJAT.MX



**UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO**

"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"



**DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES**



Dirección

Of. DACSYH/CP/4360/2021

Villahermosa, Tabasco 28 de septiembre de 2021

Asunto: Autorización de impresión de tesis

Mtro. Julio Alberto Domínguez Vázquez
Egresado del Doctorado en Métodos de Solución
De Conflictos y Derechos Humanos
Presente

Con fundamento en el artículo 71 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente y en atención a la tesis titulada "**Derecho humano a la buena administración pública y los estándares de actuación en materia de contrataciones de exploración y extracción de hidrocarburos**" para obtener el grado de Doctor en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, la cual ha sido revisada y aprobada por el Director de Tesis el Doctor Alfredo Islas Colín, y la Comisión Revisora, me permito comunicar a usted que se **autoriza la impresión de la misma**, a efectos de que esté en posibilidad de presentar el examen respectivo.

Me despido de usted enviándole un afectuoso saludo.

Atentamente

"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"

DRA. FELIPA SÁNCHEZ PÉREZ
DIRECTORA

D.A.C.S. y H.



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo
Mtro. JERGP/arc

Miembro CUAMEX desde 2008

Consortio de
Universidades
Mexicanas

CONSEJO NACIONAL DE UNIVERSIDADES MEXICANAS

PROLONGACIÓN PASEO USUMACINTA S/N
BOULEVARD BICENTENARIO
R/A. GONZÁLEZ 1RA SECCIÓN, CENTRO TABASCO
TEL. (993) 358.15.83 EXT. 8535
CORREO: PNPC.DACSYH@UJAT.MX

www.ujat.mx

www.pnpc-dacsyhujat.com

Facebook: DACSyH División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades UJAT/ twitter@DACSyH_UJAT

col

Carta de Autorización

El que suscribe, autoriza por medio del presente escrito a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco para que utilice tanto física como digitalmente la tesis de grado denominada "Derecho humano a la buena administración pública y los estándares de actuación en materia de contrataciones de exploración y extracción de hidrocarburos" de la cual soy autor y titular de los Derechos de Autor.

La finalidad de uso por parte de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco de la tesis mencionada, será únicamente para difusión, educación y sin fines de lucro; autorización que se hace de manera enunciativa, más no limitativa para subirla a la Red Abierta de Bibliotecas Digitales (RABID) y a cualquier otra red académica con las que la Universidad tenga relación institucional.

Por lo antes manifestado, libero a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco de cualquier reclamación legal que pudiera ejercer respecto al uso y manipulación de la tesis mencionada y para los fines estipulados en este documento.

Se firma la presente autorización en la ciudad de Villahermosa, Tabasco, el día 29 de septiembre de 2021.

AUTORIZO



Julio Alberto Domínguez Vázquez

Tesista

Carta de Agradecimiento Institucional

Julio Alberto Domínguez Vázquez, en mi carácter de egresado del Doctorado en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos, dejo constancia de la honrosa distinción de haber sido Becario CONACYT, durante los tres años en los que curse mis estudios de posgrado.

Por tales motivos, agradezco al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT), al Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC), y a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT), la oportunidad de lograr mi formación como doctor en el programa de estudios referido.

Agradecimientos Profesionales

Agradezco a mi comité tutorial:

- Dr. Alfredo Islas Colín, por su dirección y guía durante mis estudios de posgrado. Su lucha incansable por los derechos humanos, deja huella en aquellos que nos preciamos de ser sus alumnos.
- Dr. Jesús Antonio Piña Gutiérrez, por ayudarme a aterrizar las ideas dispersas, por su precisión en el lenguaje y acompañamiento metodológico.
- Dra. Gloria Castillo Osorio, por lo fino de su pluma y lo acertado de sus correcciones.

Igualmente agradezco a mis profesores en el posgrado: Dra. Eglá Cornelio Landero, Dr. Jorge Luis Capdepon Ballina, Dr. Freddy Domínguez Nárez, Dra. Guadalupe Vautravers Tosca y Dra. Silvia María Morales Gómez. Por instruirnos en el camino del estudio.

Quiero agradecer a mis amigos de banca en el posgrado, Paola, Jasso, Mariola, Anthony, Juan Carlos, Hiram, Leslie, Claudia, Cecilia y Ricardo. Por sus consejos, orientación y guía durante el curso del doctorado.

Asimismo, quiero hacer patente mis agradecimientos a la academia queretana, especialmente a la Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera, por recibirme en mi estancia académica y orientarme desde la perspectiva del derecho administrativo en la presente investigación. A mis amigos, Diana Olvera, Juan Pablo, Saúl, Magali y Diana B., por hacerme sentir en casa y compartir sus conocimientos conmigo.

Agradecimientos Personales

A mi esposa **Perla**, coheredera de la gracia que da la vida, por hacer realidad aquello de que el amor todo lo puede.

A mi hijo **Julio Eduardo**, profeta del Altísimo, quien a su corta edad, ya me toma de la mano y me enseña. Que sigas creciendo sabiduría, gracia y estatura.

A mi madre **Lucía**, sierva del Señor, por su inimitable ejemplo de disciplina en el estudio y constancia en el amor.

A mi padre **Julio**, hombre de corazón misericordioso, por no quitar sus ojos de mí, y enseñarme que la educación es mi mejor herencia.

A mi hermana **Luz Elena**, mujer virtuosa, por ser el ejemplo vivo de los que no se rinden.

A mis amigos:

Ceci, por enseñarme el camino de la constancia y del trabajo duro.

Ricardo, por encontrar los rostros de los derechos humanos.

Juan Carlos, por las conversaciones sobre política, democracia y familia.

Hiram, por su compañía y consejos para avanzar en el posgrado.

Claudia, por promover la mediación frente a los corazones positivistas.

Leslie, porque si nos dan tres días, nos lucimos.

Dedicatoria

A. M. D. G

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

In memoriam

Esperanza Piñón Sánchez

Porque, ¿quién más?

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Problema de investigación	6
2. Pregunta de investigación	6
3. Supuesto de investigación	6
4. Objetivo general	6
5. Objetivos específicos	7
6. Justificación	7
CAPÍTULO PRIMERO	11
MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN	11
I. ACTUALIDAD DEL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	11
II. ANTECEDENTES DE LA REFORMA ENERGÉTICA EN MÉXICO	14
III. ASPECTOS TEÓRICOS DEL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	19
IV. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS DERECHOS HUMANOS	26
V. ASPECTOS CONCEPTUALES DEL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA REFORMA ENERGÉTICA	36
1. Marco conceptual del derecho humano a la buena administración pública.....	36
2. Marco conceptual de la reforma energética	39
CAPÍTULO SEGUNDO	42
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS: LA AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE LIBERTADES FUNDAMENTALES.	42

I. ANTECEDENTES	44
II. REVISIÓN TEMÁTICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011, LA AMPLIACIÓN DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.....	46
1. Ampliación de libertades fundamentales en el apartado dogmático de la Carta Magna.....	46
2. Ampliación de libertades fundamentales a las personas extranjeras en México.....	48
3. Ampliación de las facultades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.....	49
III. MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL.....	52
1. Principio de universalidad.....	54
2. Principio de Interdependencia	56
3. Principio de progresividad	57
4. Bloque de constitucionalidad	74
CAPÍTULO TERCERO	101
LOS ESTÁNDARES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO PÚBLICO Y PRIVADO. SU RELACIÓN CON EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN.....	101
I. LA BUENA ADMINISTRACIÓN UN ANÁLISIS MULTIDISCIPLINAR	102
1. La buena administración en la Ciencia Administrativa	103
2. La buena administración en la administración pública.....	122
3. La buena administración en el Derecho Administrativo	141
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN ...	144
1. Principios de derecho.....	144
2. Reglas de operación	146
3. Derecho humano.....	147

4. Apofática jurídica del derecho humano a la buena administración pública.....	157
CAPÍTULO CUARTO.....	165
EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU INCORPORACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL.....	165
I. LAS FORMAS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA MATERIALIZACIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN.....	166
1. La actividad formal y los estándares de actuación administrativa en Petróleos Mexicanos y la Comisión Nacional de Hidrocarburos	166
2. La actividad material y la transformación del entorno.....	172
II. LA INCORPORACIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	175
1. Antecedentes de la buena administración en el contexto internacional.....	175
2. Incorporación de la buena administración a través de las instituciones jurídico-administrativas y la justicia administrativa	186
CAPÍTULO QUINTO.....	218
EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS ESTANDARES DE ACTUACIÓN EN PETROLOES MEXICANOS Y LA COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS.....	218
I. LA GOBERNANZA Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS ESTARDARES EN INTERNACIONALES EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	219
1. El concepto de gobernanza.....	219
2. La gobernanza en la reforma energética, su influencia en la CNH y Pemex.....	226
3. La gobernanza y el derecho humano a la buena administración pública.....	231

II. REVISIÓN DE LAS DIRECTRICES OCDE SOBRE EL GOBIERNO CORPORATIVO EN PETROLEOS MEXICANOS	234
1. Los Principios de Gobierno Corporativo OCDE y del G20	234
2. Las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, su aplicación a Petróleos Mexicanos.....	237
3. Los estándares de actuación en Petróleos Mexicanos, la evaluación de las Directrices OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas	242
III. REVISIÓN DE LAS MEJORES PRÁCTICAS OCDE EN LA GOBERNANZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS	266
1. Marco para la Evaluación del Desempeño de los Reguladores Económicos.....	266
2. La Comisión Nacional de Hidrocarburos y su regulación sectorial	272
3. Los estándares de actuación en la Comisión Nacional de Hidrocarburos.....	275
CONCLUSIONES	281
REFERENCIAS	285

Universidad del Estado de México Autónoma de Tabasco.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación consta de cinco capítulos en los que se desarrollan distintos aspectos de las dos categorías de análisis de la presente investigación. La primera categoría es el derecho humano a la buena administración pública, mientras que la segunda es la reforma energética.

En el primer apartado del capítulo primero, se revisa el estado actual del derecho humano a la buena administración pública, se profundiza el desarrollo teórico y académico que la categoría de análisis ha tenido en el transcurso de su estudio doctrinal. Se analiza la perspectiva de los teóricos internacionales especialmente los europeos, para revisar a los estudiosos nacionales y sus esfuerzos por conceptualizar este derecho.

En el segundo apartado del primer capítulo, se estudian los antecedentes que dieron origen a la reforma energética. En este, se analiza la situación que priva en el marco regulatorio actual en materia de hidrocarburos. Se inicia con las reformas constitucionales de 2013 que introdujeron las bases para los constructos legales con los que se diseñaron las leyes secundarias. La reforma energética incluyó modificaciones tanto en materia petrolera como en materia eléctrica. Hasta llegar al diseño de nuevas categorías de empresas estatales, llamadas empresas productivas del Estado, en las que se incluyen Petróleos Mexicanos y Comisión Federal de Electricidad. Este cambio en la naturaleza jurídica de las empresas será crucial para el desarrollo del capítulo V, y se estudia de manera breve en este apartado.

También se analiza la entrada del regulador Comisión Nacional de Hidrocarburos, encargado de la regulación del mercado petrolero nacional, con su respectiva estructura con las orientaciones respectivas sobre gobernanza. La naturaleza jurídica de esta agencia, también tiene un impacto central en el estudio del capítulo final de esta investigación.

Tanto la Comisión Nacional de Hidrocarburos, como Petróleos Mexicanos, son los sujetos de estudio en el desarrollo de la tesis, por ser las encargadas de los

procesos de contratación en materia de hidrocarburos. Su estudio es crucial y se profundiza a lo largo de los capítulos subsecuentes.

En el tercer acápite del capítulo primero, se establece la perspectiva de la Matriz Anglosajona sobre los derechos humanos, principalmente basados en el trabajo de Dworkin. En contraposición al Positivismo Crítico propuesto por Ferrajoli sobre los derechos fundamentales. Este análisis permite establecer un perfil desde el que se construye el derecho humano a la buena administración pública.

En el cuarto acápite, se hace un análisis de la discusión Jellinek-Boutmy sobre el origen de los derechos humanos y el impacto que el debate tuvo en su desarrollo epistemológico. La intención de incluir este apartado, es la de establecer las premisas internacionalistas sobre las constitucionales. Ambas son las caras de la misma moneda, pero en el marco neconstitucional de los derechos humanos, los compromisos internacionales tienen un peso y una relevancia propia en relación con la ruptura del paradigma basado en garantías previo a la reforma en derechos humanos de 2011.

En el acápite final se analizan los conceptos claves que se utilizarán en el resto de la investigación para analizar las dos categorías de análisis, por ello se estudian los conceptos clave de la matriz anglosajona de la filosofía del derecho de Dworkin, y los términos establecidos por las leyes secundarias de la reforma energética.

El capítulo segundo estudia el desarrollo *ius* filosófico de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011. El objetivo central en este apartado es el de determinar los alcances que la reforma referida ha tenido en cuanto a la ampliación del catálogo de libertades fundamentales.

El primer acápite estudia los antecedentes de la reforma de 2011, y perfila el contenido del resto del capítulo en cuanto a los nuevos conceptos incorporados con la ruptura del paradigma garantista que imperaba previo a las modificaciones constitucionales.

En el segundo acápite se hace un estudio de los artículos constitucionales que sufrieron modificaciones. Para ello, se realiza una división epistemológica y temática del contenido constitucional, en el que se aglomeran los numerales reformados, con excepción del artículo primero constitucional que tiene un apartado específico. El análisis temático permite hacer un énfasis en el nuevo enfoque de derechos humanos que impera en la Carta Magna, así como la ampliación en el catálogo de las libertades fundamentales.

El tercer acápite se centra en el artículo primero constitucional. Se estudian los principios de los derechos humanos, y sus alcances en el nuevo contexto de la práctica judicial. Para ello se hace un ejercicio de realismo jurídico en el que se analizan las jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su relación con los tratados internacionales y criterios jurisprudenciales desarrollados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En este apartado se estudian los alcances del desarrollo progresivo y su contenido, en atención al principio así expresado en la constitución y en el artículo 25 de la Convención Americana, la idea detrás de este análisis, es la de revisar la obligación real del Estado de adoptar mejores medidas para la protección de los derechos humanos. Así como los alcances que este principio tiene en materia de los derechos sociales, económicos y culturales.

Para concluir este capítulo, se estudia la incorporación del concepto “bloque de constitucionalidad” en la práctica jurídica nacional. Se analizan, su construcción como categoría de análisis y su implementación jurisprudencial mediante la contradicción de Tesis 293/2011 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El tercer capítulo de la presente investigación tiene el objetivo específico de presentar los argumentos que permiten hacer la construcción epistemológica del derecho humano a la buena administración pública. Para ello, se revisan los estándares de actuación administrativa y su correlación con el derecho propuesto.

En el primer acápite se estudia el concepto de buena administración y la correlación que tiene con las distintas disciplinas sociales enfocadas a la administración. Partiendo de las Ciencias Administrativas que se han desarrollado en el ámbito privado, se sigue por la ciencia de la Administración Pública, para concluir en el constructo que se ha implementado desde las Ciencias Jurídicas en el Derecho Administrativo. Este análisis multidisciplinar permitirá evaluar la constante intención de incorporar estándares en las distintas áreas de la administración.

En el segundo acápite se revisa la naturaleza jurídica de la buena administración. Para ello se estudia la discusión Dworkin-Hart sobre el Derecho. Especialmente el desarrollo filosófico sobre el derecho como conjunto de reglas. La crítica de Dworkin al derecho positivo se vuelve relevante en atención a su exposición sobre los principios y sus alcances. También se estudia el concepto que Dworkin propone para entender a los derechos humanos. Este concepto servirá de base para la construcción del Derecho Humano a la Buena Administración, mismo que se propone en este apartado como el cumplimiento del objetivo.

Para concluir el capítulo se propone la incorporación de la apofática jurídica. Una herramienta para el estudio y comprensión filosófica del derecho. Esta herramienta fue diseñada en las ciencias teológicas para discernir la revelación bíblica sobre la persona de Dios, a través de la composición de negaciones. La apofática se presenta en contraposición de la catafática, que es afirmar argumentos sobre la persona de Dios. En la presente investigación se hacen negaciones sobre un concepto jurídico para llegar a la claridad sobre el término que se propone, y de esta forma evitar confusiones en el uso del lenguaje.

El objetivo del cuarto capítulo, es el de proponer las vías de incorporación del derecho humano a la buena administración pública al sistema jurídico nacional. Para ello, se hace un estudio de los posibles mecanismos por los cuales, se podría implementar el derecho humano mencionado en la praxis judicial, en la administración pública y en el derecho administrativo.

El primer acápite analiza las formas de actividad administrativa. La división clásica del derecho administrativo, considera dos tipos de actividad a saber: la formal y la material. Estas formas de actividad tienen un enfoque especializado en la Comisión Nacional de Hidrocarburos y Petróleos Mexicanos.

En el segundo acápite, se argumentan las posibles vías por las cuales se puede implementar el derecho humano a la buena administración pública, para ellos se recurre al estudio de las instituciones jurídico-administrativas y la justicia administrativa. Esta última, aun con una postura que complica la entrada de los derechos humanos en general, aun conservando el paradigma garantista y formalista del derecho administrativo.

El capítulo final de la presente investigación implica la correlación analítica de nuestras dos variables de estudio. El análisis sobre los estándares de actuación parte de las premisas construidas desde la gobernanza. Para ello, se desarrolla el concepto de gobernanza y su impacto tanto en la reforma energética, como en el derecho humano a la buena administración pública.

En el segundo acápite se estudian las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre el Gobierno Corporativo en Petróleos Mexicanos. De esa forma podrán establecerse los estándares óptimos que la nueva empresa productiva del Estado debe adoptar. Igualmente se definirá si el nuevo marco regulatorio cumple con dichos estándares o se encuentra en incumplimiento, afectando de manera directa la tutela del derecho humano a la buena administración pública.

En el tercer acápite, se hace una revisión de las mejores prácticas establecidas por la OCDE para la gobernanza de los organismos autónomos. El objetivo de este apartado es determinar el cumplimiento los estándares de actuación adecuados en la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

Los cambios que ha sufrido la CNH con motivo del nuevo régimen, implican modificaciones a la estructura normativa, que faciliten la correcta regulación del mercado petrolero, especialmente ante la ruptura del modelo monopólico previo. La verificación de estos estándares, permitirán determinar si se ha vulnerado el derecho humano a la buena administración pública con motivo de la reforma energética.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. Problema de investigación

El Derecho Humano a la Buena Administración es inherente a toda la normativa emanada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo tanto, la legislación secundaria y las propias modificaciones constitucionales deben estar armonizadas a efecto de garantizar el mencionado derecho y evitar antinomias.

La reforma energética y su apertura a nuevas modalidades de contratación en materia de extracción y exploración de hidrocarburos contiene una inadecuada armonización entre los artículos 25, 27 y 28 de la Carta Magna y el parámetro constitucional establecido en el artículo 1o en lo referente a derechos humanos, particularmente la tutela jurídica del derecho humano a la buena administración pública.

2. Pregunta de investigación

¿De qué manera se incluye el derecho humano a la buena administración pública en materia de contrataciones de exploración y extracción de hidrocarburos en México a partir de las reformas constitucionales a los artículos 25, 27 y 28?

3. Supuesto de investigación

El marco normativo en materia de contrataciones de exploración y extracción de hidrocarburos en México vulnera el derecho humano a la buena administración pública por lo que se debe realizar una adecuada armonización a la normativa considerando los estándares de actuación apropiados al sector.

4. Objetivo general

Analizar la correcta incorporación del derecho humano a la buena administración pública en el marco regulatorio en materia de contrataciones de exploración y extracción de hidrocarburos en México derivado de las reformas constitucionales a los artículos 25, 27 y 28.

5. *Objetivos específicos*

1. Revisar el marco teórico y los aspectos conceptuales del derecho humano a la buena administración pública.
2. Determinar los alcances de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos en cuanto a la ampliación del catálogo de libertades fundamentales.
3. Conceptualizar el derecho humano a la buena administración pública.
4. Proponer las vías de incorporación del derecho humano a la buena administración pública al sistema jurídico nacional.
5. Establecer la correlación entre el derecho humano a la buena administración pública y el actuar administrativo del Estado en materia de exploración y extracción de hidrocarburos.

6. *Justificación*

La pertinencia de la presente investigación radica en las modificaciones relativas al marco regulatorio en materia de contrataciones de hidrocarburos desde la perspectiva de derechos humanos. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos cambia el paradigma de las libertades fundamentales. Este nuevo modelo de tutela jurídica elevada a rango constitucional trae consigo una ampliación del elenco de derechos humanos que el Estado mexicano está obligado a proteger.

En dicho marco, cabe la posibilidad de incorporar el derecho humano a la buena administración pública. Esta libertad fundamental es una protección para el ciudadano en cuanto al actuar de la administración pública. Su incorporación resultaría en la adopción de estándares de actuación adecuados para el sector energético y sus modalidades de contratación.

La presente investigación verifica los beneficios o perjuicios de la reforma energética, considerando las libertades básicas de la persona. Hay un énfasis en el estudio del derecho humano a la buena administración pública. Es nuestra consideración que la reforma en materia de derechos humanos debe permear en todas las áreas del derecho. El derecho administrativo dimana de la Constitución,

las consecuencias lógicas serían la incorporación de derechos humanos en el actuar administrativo, no solo en los alcances sustantivos del acto administrativo, sino en los procesos, es ahí donde se incorpora la libertad fundamental propuesta.

Se estudiarán las modificaciones a la estructura legal en materia de contrataciones para el sector hidrocarburos, el tema es relevante en función de que la industria petrolera representa la mayor fuente de ingresos fiscales en el país, además de ser un área estratégica para el Estado mexicano, establecido así en los artículos 25 y 28 de la Constitución. Por lo tanto, es significativa para el desarrollo nacional como parte de la Rectoría del Estado.

La relevancia del estudio también queda acreditada por el interés internacional en la industria petrolera doméstica, sobre todo desde las modificaciones legales para los contratos de exploración y producción de hidrocarburos.

La Universidad de Texas A&M, se refiere en su reporte sobre política energética en los siguientes términos: "México era un ejemplo de libro de texto de una nación rica en hidrocarburos con un potencial subdesarrollado de recursos debido a una política de gestión de recursos restrictiva."¹

Por lo que respecta a la industria del gas asociado y no asociado, cuyo sistema legal de contratación ha sufrido modificaciones con motivo de la reforma energética, el Instituto Johns Hopkins de la Universidad de Baltimore, el Instituto Internacional de Análisis de Sistemas Aplicados de Austria y el Instituto Alemán para la Investigación Económica, se han pronunciado en la siguiente manera:

Recientemente, México lanzó su reforma energética con el objetivo de expandir la producción doméstica mediante la apertura del mercado a

¹ Ruud, Weijermars y Jia Zhai, "Competitiveness of shallow water hydrocarbon development projects in Mexico after 2015 actualization of fiscal reforms: Economic benchmark of new production sharing agreement versus typical U.S. federal lease terms", *Energy Policy*, vol. 96, 2016, p. 542.

inversores privados. El éxito o fracaso de esta reforma impactará en el desarrollo del mercado de gas natural en América del Norte.²

Bajo la administración del presidente Enrique Peña Nieto se publicó el Programa Especial de Ciencia, Tecnología e Innovación 2014-2018 (PECiTY), del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), mismo que no sufrió modificaciones durante la administración del Presidente Andrés Manuel López Obrador.

Este documento establece como línea de acción, la formación de recursos humanos de posgrado a las prioridades del sector y áreas emergentes a nivel nacional, regional y estatal, considerando como objetivo sectorial dentro del programa sectorial energía: Fortalecer la seguridad operativa, actividades de apoyo, conocimiento, capacitación, financiamiento y proveeduría en las distintas industrias energéticas, impulsando y promoviendo la formación de recursos especializados para el sector energético.

Por otro lado, el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024,³ establece en un apartado bastante modesto lo que se refiere a la industria petrolera. Bajo el rubro "Rescate Energético" se observan, en apenas tres párrafos y una oración, las líneas estratégicas del sexenio del presidente Andrés Manuel López Obrador en materia eléctrica y petrolera.

Lo escueto del rubro no es obstáculo para que el discurso político de la administración del presidente López Obrador se enfoque particularmente en el rescate de Pemex. En congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo, se aprecia un enfoque en la industria de la transformación de hidrocarburos. Lo que redundará en una inversión sustancial, tanto para la construcción de una nueva refinería y el mantenimiento y mejora de las existentes.

Por lo que respecta a la nueva refinería ubicada en Dos Bocas, Paraíso, Tabasco, se proyectó una inversión de 8,000 millones de dólares, más un

² Feijoo, Felipe *et al.*, "North American natural gas model: Impact of cross-border trade with Mexico", *Energy*, vol. 112, 2016, p. 1094.

³ Véase: Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

incremento para 2021 de 900 millones de dólares.⁴ Esta inversión es una declaración política alusiva al rumbo de la industria de los hidrocarburos en el país. Por un lado, la intención de crear una industria nacional estatalizada en materia de refinación y por otro, continuar enfocándose en la explotación de los productos fósiles y no renovables.

El tema es vigente en nuestras dos categorías de análisis. Tenemos en primera instancia una reforma en materia de derechos humanos que avanza en el catálogo de libertades fundamentales y protección de los individuos. Y en segunda instancia una reforma energética que sufre cambios de la noche a la mañana, no en materia de energías, sino en materia económica.

⁴ Véase: Solís, Arturo, "Refinería de Dos Bocas costará 900 mdd más: Pemex", *México Forbes*, 14 de octubre de 2020, <https://www.forbes.com.mx/negocios-refineria-dos-bocas-sobrecosto-dolares-pemex/>.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

I. ACTUALIDAD DEL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El derecho humano a la buena administración pública cuenta con diversas perspectivas en cuanto a su desarrollo en el marco de los derechos humanos. A pesar de los beneficios de su inclusión en el catálogo de derechos fundamentales, el sistema jurídico nacional ha sido omiso en su reconocimiento y debida incorporación.

Es nuestra consideración que la falta de reconocimiento se debe particularmente al desconocimiento de los alcances del derecho aludido o incluso de su existencia. La doctrina mexicana se ha pronunciado poco al respecto, aun así los investigadores jurídicos nacionales profundizan los conceptos hasta llegar a definiciones concretas. Conceptos y definiciones que pueden ser incorporados a la práctica judicial y administrativa del Estado mexicano.

La doctrina mexicana ha adoptado el concepto de Buena Administración Pública,⁵ mientras que en el contexto internacional observaremos que impera comúnmente el de Buena Administración,⁶ ambos hacen alusión a lo mismo y para efectos prácticos del desarrollo de la presente tesis se hará uso indistinto de ambos términos.

En el plano internacional, podemos observar que el derecho humano a la buena administración pública, ha sido abordado copiosamente. En contraste, el Sistema Interamericano para la protección de Derechos Humanos tiene incipientes pronunciamientos jurisprudenciales hacia los estándares de actuación por parte del Estado.

⁵ Véase: Sánchez García, Alejandro, "El Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública en el Derecho Constitucional Mexicano", *Reflexiones Jurídicas Contemporáneas*, 2015, pp. 431-35.

⁶ Véase: Rodríguez Arana, Jaime, "La Buena Administración como Principio y como Derecho Fundamental en Europa", *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 6, diciembre de 2013, pp. 22-55.

La preponderancia de la doctrina europea en esta materia es notable, sobre todo por lo contemplado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mismo que será estudiado en su debido momento:

El derecho fundamental a la buena administración, tal y como está redactado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000, trae consigo un replanteamiento del derecho administrativo en su conjunto.⁷

El Derecho Humano a la Buena Administración Pública representa un reto para el derecho administrativo, tanto en la operación de la administración pública, como en las decisiones de la justicia administrativa. Este reto implica reposicionar al ciudadano en el corazón del actuar administrativo, equilibrando la desigualdad de poder entre el Estado y el individuo.

En México existe un avance significativo hacia la incorporación del derecho humano a la buena administración pública en el marco regulatorio. Tal es el caso de la Constitución Política de la Ciudad de México, que en su artículo 60 numeral 1, garantiza el derecho a la buena administración. Posteriormente analizaremos con detenimiento el contenido de dicho artículo.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos parece no reconocer este derecho, ya que de una revisión exhaustiva de los instrumentos internacionales que lo conforman, no se encuentra la nomenclatura respectiva. Esto es, ningún tratado internacional utiliza la expresión “derecho humano a la buena administración pública”. No obstante, argumentaremos en la presente tesis, que la inexistencia de una referencia nominal solo resultaría instrumental para la conformación mencionado derecho.

En el entorno iberoamericano, se ha creado un documento orientador de la doctrina a través del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la

⁷ *Ibidem*, p. 23.

Administración Pública, que en su artículo 25 establece los alcances del Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública.⁸

Como hemos mencionado, este documento solo es orientador de la doctrina y el actuar de la administración pública. No se trata de un documento vinculante, por lo que entra en la categoría de *soft law*.⁹ La relevancia de este documento radica en la influencia que pueden tener en el actuar del funcionario público y del juez administrativo.

Esta tendencia no puede ser ignorada por las ciencias jurídicas. De hecho, existen documentos de la doctrina mexicana que se decantan hacia la existencia y conformación de este derecho. Se podría considerar que el Derecho Humano a la Buena Administración se puede construir a través de la aglomeración de párrafos y principios constitucionales dispersos en distintos artículos de la Carta Magna.

Esta perspectiva es en realidad una visión garantista, que propone la defensa de las prerrogativas de buena administración ante tribunales administrativos o constitucionales, extrayendo aquellos principios para los que ya existen mecanismos de tutela.

En otras palabras, ante la omisión del derecho humano a la buena administración pública el gobernado podría revisar el catálogo de libertades fundamentales existente y acudir a los mecanismos de tutela para tales libertades. Por ejemplo, podría alegar falta de motivación, omisiones al principio de legalidad, falta de acceso al expediente, etc.

En la presente investigación nos apartamos de esta idea. Consideramos que existen suficientes instrumentos internacionales para una construcción justificada

⁸ Véase: Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, artículo 25.

⁹ Por *soft law* entenderemos aquellas normas que describen "la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica". Véase: Alan Matías Feler, "Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas", Lecciones y Ensayos 95 (2015): 281-303.

del derecho humano a la buena administración pública. Profundizaremos esta teoría en el capítulo tercero de la presente tesis.

II. ANTECEDENTES DE LA REFORMA ENERGÉTICA EN MÉXICO

En diciembre de 2013 se inició un proceso de reestructuración en el sector energético a nivel constitucional. Este proceso recibió el nombre de reforma energética y trajo consigo modificaciones relacionadas con la forma de administrar los hidrocarburos en el país. Los cambios son en su mayoría económicos puesto que el enfoque sigue siendo la explotación de los hidrocarburos.

Los objetivos medulares de la reforma han sido el desplazamiento del Estado de su lugar preminente en todas las actividades del sector energético mexicano; la modificación de los derechos de propiedad mediante el régimen de contratos, y los mecanismos para convertir lo público en privado, incluyendo la transformación de Petróleos Mexicanos (Pemex).¹⁰

Los cambios que sufrió la Constitución Política se observan en los artículos 25, 27 y 28. De inicio, se hace una correlación entre el artículo 28 constitucional y el artículo 25 que establece la rectoría de determinadas actividades que son enlistadas en el primer numeral:

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan.¹¹

El artículo 25 hace un claro reenvío al artículo 28, desde aquí podemos observar que los cambios en realidad son relativos a la materia económica. Es de

¹⁰ Vargas Suárez, Rosío, "Reforma energética: De servicio público a modelo de negocios.", *Política y cultura*, núm. 43, México, 2015, p. 125.

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25.

explorado derecho, que el artículo 25 establece la rectoría económica nacional y es el fundamento para el desarrollo en gran medida del derecho económico. El impacto que recibe el artículo 28 es precisamente en materia económica:

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente.¹²

Por ficción de ley nos encontramos con monopolios que no son monopolios, se trata en realidad de áreas estratégicas. Entre las categorías que integran estas áreas podemos encontrar la siguiente línea: “la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución”.¹³ Nuevamente se aprecian expresiones económicas en la reforma que por nomenclatura debería ser energética.

El reenvío al artículo 27 es el trazo final de las modificaciones económicas a la Constitución en materia de contrataciones de hidrocarburos. Este último precepto recibió cambios en su redacción quedando en lo que atañe de la siguiente forma:

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 28.

¹³ *Idem.*

las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.¹⁴

Existe un especial interés en que el Estado establezca las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinar las demás actividades que se podrán realizar.

El régimen administrativo del sector energético también sufre reformas considerables. Como es de esperarse, los cambios a nivel constitucional traen consigo cambios en la legislación secundaria. La aparición de nuevas empresas, órganos autónomos y modalidades de contratación.¹⁵

En ese sentido, podemos apreciar cambios en la estructura de la empresa del Estado mexicano encargada de la exploración y explotación de hidrocarburos, Petróleos Mexicanos. A partir de la entrada en vigor de la legislación secundaria pierde su carácter de empresa paraestatal para convertirse en una empresa productiva del Estado.

En suma, Pemex y CFE perdieron la exclusividad no sólo como monopolios públicos sino también como instrumentos de intervención directa del Estado, pues ahora forman parte de un conjunto más amplio, constituido por las empresas productivas del Estado que competirán entre ellas y contra empresas privadas por obtener partes de mercado.¹⁶

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 27.

¹⁵ Véase: Lázaro Sánchez, Iván y Enma Hernández Domínguez, Estela, "Ronda Uno. La Implementación de la Reforma Energética de México", *Summa Iuris* 5, núm., diciembre de 2017, pp. 231-57.

¹⁶ Rodríguez Padilla, Víctor, "Empresa pública y desarrollo industrial en el nuevo modelo energético ¿Qué papel para Pemex y CFE?" en Oropeza García, Arturo, *Reforma energética y Desarrollo Industrial. Un compromiso inaplazable.*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 166.

Otro cambio importante en el nuevo marco regulatorio es la entrada en vigor de la Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (LORCME), la cual dota de facultades novedosas tanto a la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) como a la Comisión Reguladora de Energía (CRE):

Los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética serán las siguientes dependencias del Poder Ejecutivo Federal:

- I. La Comisión Nacional de Hidrocarburos, y
- II. La Comisión Reguladora de Energía.¹⁷

En el particular caso de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, se observa su desempeño en los nuevos procesos de las Rondas de licitación de contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos¹⁸. A través de estos procesos se aprecia la evolución de su funcionamiento y se pueden evaluar los resultados económicos que trae la reforma. No obstante, es nuestra consideración que debe realizarse una evaluación integral considerando tanto el impacto social, ambiental y de derechos humanos.

La CNH¹⁹ es en teoría un organismo regulador autónomo, esta figura es típica del derecho económico como una subespecialidad del derecho administrativo. Su función es central en las nuevas modalidades de contratación en materia de hidrocarburos, pues se encarga de:

- Regular y supervisar el reconocimiento y la exploración superficial, así como la exploración y la extracción de hidrocarburos, incluyendo su recolección desde los puntos de producción y hasta su integración al sistema de transporte y almacenamiento;
- Licitación y suscribir los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos;

¹⁷ Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, artículo 2o.

¹⁸ Véase: Unidad de Gobierno Digital, *Rondas México*, 8 de octubre de 2020, <https://rondasmexico.gob.mx/>

¹⁹ Para mayor referencia, el capítulo V de esta investigación, se hace el estudio relativo a la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Hidrocarburos

- Administrar, en materia técnica, las asignaciones y contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos, y
- Prestar asesoría técnica a la Secretaría de Energía.²⁰

Consideramos que Petróleos Mexicanos y la Comisión Nacional de Hidrocarburos, son los instrumentos del Estado encargados de la industria de los hidrocarburos. Pemex se convierte en la operadora estatal con mayor preponderancia en la industria extractiva y sus derivados en México. Al tiempo que la CNH se vuelve el regulador del mercado de hidrocarburos encargado de asignar los contratos de exploración y extracción a las operadoras.

En este nuevo mercado, Pemex participa como uno más, sin llevar ningún tipo de ventaja aparente sobre las operadoras particulares. Lo cierto, es que la empresa productiva del Estado inició el nuevo modelo de negocios del sector con una clara ventaja. La Ronda 0 fue una ronda de contratación exclusiva en la que solo participó Petróleos Mexicanos, en ella la empresa solicitó a la Secretaría de Energía reservarse diversas áreas de exploración y campos de explotación.²¹ Estos campos no entraron en el resto de las rondas, lo que le dio una ventaja inicial para competir en el mercado nacional. Aun así, surge la pregunta ¿esta ventaja es suficiente para competir en el mercado de los hidrocarburos?

La curva de aprendizaje en el nuevo modelo de contrataciones trae costos a la empresa productiva del Estado. No se observa un cambio en cuanto al régimen fiscal que facilite las operaciones o si quiera que permita reinvertir. No se tienen claras las nuevas estructuras jerárquicas de la empresa, la entrada de nuevos funcionarios y el mercado global generaron confusión. De ahí que no se tenga claridad con respecto al beneficio del cambio de naturaleza jurídica de Pemex.

Todo parece indicar que el cambio de empresa paraestatal a empresa productiva del Estado, no se debió a la necesidad de una nueva estructura dentro de Pemex. No se pretendía mayor eficiencia, calidad, agilidad o control. En realidad,

²⁰ Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, artículo 38.

²¹ Véase: Secretaría de Energía, *Ronda Cero y migración de contratos de PEMEX*, 17 de diciembre de 2015, <https://www.gob.mx/sener/articulos/ronda-cero-y-migracion-de-contratos-de-pemex>

es posible que el cambio se haya hecho solo para encajar en un nuevo modelo mercado acorde a los cambios constitucionales. Es decir, quitarle el monopolio a Pemex y dejarlo sólo como un operador más. Es nuestra consideración que, si este era el objetivo, no se requería de un cambio en la naturaleza jurídica, bastaba con modificar algunas áreas en la ley reglamentaria.

III. ASPECTOS TEÓRICOS DEL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La presente investigación se fundamenta en la Teoría del derecho de Ronald Dworkin. Las razones por las cuales hemos optado por utilizar las premisas dworkinianas tienen un sentido filosófico y pragmático. Nuestra investigación requiere de la construcción teórica de un derecho humano. Lo novedoso del precepto referido no es el resultado de un ejercicio de creatividad literaria, es novedoso en el plano nacional a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, reforma que en su aspecto más humanista requiere de estándares de actuación en la administración pública, estándares que coloquen al ciudadano en el centro del actuar administrativo.

El derecho humano a la buena administración pública no es una herramienta jurídica construida desde cero. Como mencionamos líneas arriba, se trata de un derecho fundamental que forma parte de tratados internacionales europeos (la carta de Niza). En América se aboga por su implementación en el actuar administrativo mediante doctrina internacional orientadora (Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública). En el foro interno, la Ciudad de México ha incluido en su Constitución el Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública.

Tampoco es un tema nuevo para la doctrina, como se verá en capítulos posteriores, los administrativistas europeos han hecho investigaciones bastante profundas al respecto. En México, los autores han avanzado en sus estudios sobre el derecho humano a la buena administración pública. Gran parte de los estudios

son descriptivos y en su mayoría derivativos de los autores españoles y referenciales a la Carta de Niza.

Un grupo reducido de autores intenta argumentar las formas de implementarlo, algunos proponen construir el derecho a través de principios administrativos en la Constitución y otros intentan hacer exigibles tales principios acudiendo a los mecanismos de tutela constitucional.

Es nuestra consideración que la falta de éxito de este tipo de argumentaciones es que parten de premisas *ius-positivistas* en sus distintas modalidades. Esta visión influenciada por las doctrinas positivistas de Kelsen, Bentham, Austin o Hart,²² exigen la existencia de los derechos en la legislación.

Esta perspectiva positivista ha acompañado la doctrina mexicana desde el siglo XIX²³ y ha permeado en las investigaciones contemporáneas. Por lo que no resulta extraño que la doctrina en materia del derecho humano a la buena administración pública intente argumentar desde los principios administrativos que existen en el Constitución.

Otro factor central en la perspectiva positivista para la construcción del derecho humano a la buena administración es el principio de legalidad. Este principio acompaña el derecho administrativo desde el siglo XVIII e implica el facultamiento previo para la actuación de la autoridad administrativa, así como la sujeción de la actividad estatal a lo establecido por la ley.

El principio de legalidad y la cultura positivista en la práctica jurídica nacional se ve reflejada en la doctrina contemporánea con respecto al derecho administrativo y permea en la construcción de las libertades fundamentales. De acuerdo con la perspectiva positivista, para que un derecho se considere vigente, aplicable y exigible este deberá cumplir dos condiciones:

- Debe ser establecido por una autoridad legítimamente establecida.

²² Schmill Ordóñez, Ulises, "El positivismo jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de México* vol. 53, núm. 240, 2003, p. 138.

²³ Cruz Parceró, Juan Antonio, "Los derechos colectivos en el México del siglo XIX", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 36, 2012, p. 147.

- Debe estar integrado de manera oficial en la legislación vigente y aplicable.

A la fecha de redacción de esta tesis, tales condiciones no se han cumplido, por eso intentar construir el derecho referido a través de la filosofía *i*us-positivista es el camino equivocado, o por lo menos no cumplirá a cabalidad con sus objetivos. De aquí que los investigadores terminen tratando de construir a través de lo que se encuentra en la Constitución.

Las teorías del derecho contemporáneas hacen un esfuerzo por despegarse del positivismo clásico. Si bien es cierto que el positivismo jurídico tuvo aportaciones importantes a la filosofía y dogmática del derecho, el mismo "ha agotado ya su ciclo histórico, al no reconocer al derecho como una práctica social compleja".²⁴

En la actualidad el positivismo jurídico ha sido abandonado por la mayoría de los filósofos del derecho por lo menos en su forma clásica. Una de las modalidades más populares de positivismo es el que Luigi Ferrajoli llama "Positivismo Crítico":

He denominado juspositivismo (sic) crítico a la visión del derecho requerida por el constitucionalismo rígido, ..., que tiende a ignorar la disociación entre validez y vigencia y, por lo mismo, los vicios de legitimidad del derecho vigente. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica y al respeto de la jurisprudencia un papel crítico de frente al derecho vigente dirigido a identificar y remover las antinomias, el vicio de la falta de plenitud le confiere un papel innovativo, dirigido a promover la remoción de las lagunas mediante la introducción de nuevas normas y nuevas técnicas de garantía.²⁵

Esta idea, es una evolución de los autores clásicos positivistas propuesta por Ferrajoli. En su modalidad de positivismo crítico, se reivindica el derecho constituido por reglas que pueden aplicarse por subsunción. Asimismo, se

²⁴ Atienza, Manuel, y Ruiz, Manero, Juan, "Dejemos atrás el positivismo jurídico.", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 27, 2007, p. 07.

²⁵ Luigi Ferrajoli, "Positivismo crítico, derechos y democracia.", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 16, 2002, p. 11.

considera que los valores se asumen, pero no se justifican, rechazando los objetivismos éticos.²⁶

Esta modalidad ha sido rechazada por otros filósofos igualmente prominentes. Atienza y Manero se expresan en los siguientes términos:

El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional, además de por los déficits a los que se ha venido haciendo referencia, por un último rasgo vinculado a ellos: porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema, y no (también) del Derecho como práctica social... El Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al jurista teórico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico ha de contribuir a desarrollar.²⁷

Es nuestra consideración que el positivismo que hasta la fecha ha imperado en la práctica nacional debe ser abandonado, y aceptar teorías más incluyentes que permitan una "dimensión valorativa de las normas jurídicas".²⁸ En la búsqueda de tal premisa, aparecen autores no positivistas: Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Atienza, Ruiz Manero, García Figueroa, Ollero, Pedro Serna, D'Agostino, Francesco Viola, Flores Saldaña, entre otros.²⁹

Toda vez que como hemos expuesto el positivismo resulta insostenible en la nueva realidad constitucional, debemos adoptar criterios no positivistas, es en este sentido en que la tesis que presentamos tiene como marco teórico lo establecido por Ronald Dworkin en sus distintos escritos.

Las teorías de Dworkin han recibido muchos nombres, pero preferimos usar el que el mismo le dio: Teoría liberal del derecho.

²⁶ Vigo, Rodolfo L., "Neoconstitucionalismo. ¿Dos o tres neoconstitucionalismos?", *Ex legibus*, núm. 1, 2014, p. 8.

²⁷ Atienza, Manuel, y Ruiz, Manero, Juan, *op. cit.*, p. 26.

²⁸ *Ibidem*, p. 7.

²⁹ Véase: Vigo Rodolfo, L. *op. cit.*

Con ello lo que pretende es formular una teoría general en la que los grandes debates de teoría jurídica se conciban y canalicen dentro de una determinada filosofía moral y política: el liberalismo igualitario. Dicho más concretamente, ... que la cuestión conceptual sobre la realidad jurídica presupone inevitablemente una cuestión de moralidad política.³⁰

Si bien es cierto, esta conceptualización corresponde a las teorías más contemporáneas de Dworkin, no podemos dejar de lado las teorías tempranas del autor, sobre todo aquellas que critican al positivismo jurídico. Para ello debemos volver a los textos iniciales en contra de las propuestas de quien fuera su profesor H.L.A. Hart. Este diálogo fue publicado a través de diversos artículos académicos. El de mayor estudio: “¿Es el derecho un sistema de normas?”³¹

En este artículo, el autor propone que, en los casos difíciles, los operadores de la ley hacen uso de estándares que no funcionan como reglas, sino como principios o políticas y otro tipo de estándares.³² Para Dworkin, el positivismo es un “modelo de sistema normativo, y su noción central de un criterio fundamental único para probar la validez del derecho nos obliga a pasar por alto las importantes funciones de esas normas extrajurídicas.”³³

En el mismo texto, Dworkin profundiza las diferencias entre reglas y principios. Distinción central en el desarrollo de la presente tesis, pues nos permite hacer una construcción del derecho humano a la buena administración pública desde la idea de los principios y no de las reglas de operación referidas por H.L.A. Hart como parte de su teoría positivista. Abundaremos en este tema en el capítulo tercero de la presente investigación.

Dworkin fue profundizando sus postulados hasta llegar a consolidar su teoría general del derecho, una teoría en la que el derecho se encuentra dentro de la

³⁰ Melero de la Torre, Mariano C., *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley.*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012 p. 16.

³¹ Véase: M. Dworkin, Ronald, *La filosofía del derecho*, 2a. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

³² Véase: Ronald M Dworkin, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967, p. 22.

³³ *Ibidem*, p. 17.

moral, particularmente dentro de la moral política. Esta visión propone una teoría integrada y mono sistemática del derecho, en la que se distingue el “positivismo” del “interpretativismo”.³⁴

El Dworkin que leemos en textos más contemporáneos como “Justicia para erizos”, propone la integración de todos sus trabajos en un documento final. En el texto podemos ver la crítica al positivismo en términos distintos a los de “¿Es el derecho un sistema de normas?”. Los términos son distintos, pero las premisas son más sofisticadas.

El autor dejará de utilizar conceptos como “casos difíciles”, “directrices”, “políticas”, “estándares”, etc. pero conservará el aspecto crítico. El positivismo, según lo establecido por el autor, permitiría leyes injustas. Al no haber una correlación entre moral y derecho, la ley solo requiere de una validación por la autoridad establecida y una práctica común.

Podría producirse por ejemplo, el caso de un gobierno autoritario que limite las libertades fundamentales sin motivo justificado mediante la emisión de nuevas leyes, incluso mediante la reforma de la Constitución a su favor. El positivismo no tendría problema en considerar que esta ha sido una decisión democrática y validada por la autoridad establecida, por lo que debe ser considerada derecho.

En contraposición el autor propone el interpretativismo, una postura integradora de la moral y el derecho:

El interpretativismo, por su parte, niega que el derecho y la moral sean sistemas completamente independientes. Sostiene que el derecho incluye no solo las reglas específicas promulgadas de conformidad con las prácticas aceptadas de la comunidad, sino también los principios que aportan a dichas reglas la mejor justificación moral.³⁵

Podemos ver en el texto la prevalencia de la diferencia entre principios y reglas, originadas en los aspectos filosóficos tempranos de Dworkin. Insistimos en

³⁴ Véase: Dworkin, Ronald M., *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

³⁵ *Ibidem*, p. 487.

que el autor no abandonó sus razonamientos postulados al inicio de su obra, sino que se trata de una sofisticación de los conceptos de su teoría general del derecho.

El autor también se pronunció con respecto a la filosofía de los derechos humanos, tema central en la presente investigación. Para Dworkin, los derechos humanos son una actitud que los gobiernos deben tomar, de tratar a los seres humanos con la dignidad que estos merecen. Esta actitud solo puede quedar satisfecha cuando se respetan los principios de igualdad y libertad. De esta perspectiva partimos para la construcción del derecho humano a la buena administración pública, argumentación que se profundiza en el capítulo tercero de este documento.

Como punto final de este apartado mencionaremos la perspectiva de Dworkin sobre la actuación de los jueces. Si bien es cierto que el autor tenía como base el common law, no menos cierto es que su teoría puede ser fácilmente adaptada al sistema romano germano canónico, ya que no se enfoca tanto en los procedimientos judiciales, sino en el impacto que el actuar judicial tiene en la democracia, la política y el derecho.

Dworkin se pregunta si la actuación judicial, particularmente la de la Corte Constitucional es una amenaza a la democracia. Por lo que se formula la siguiente pregunta: “¿Deberían los jueces no electivos tener facultad de negar a la mayoría lo que esta auténticamente quiere y sus representantes, elegidos como es debido, han sancionado?”³⁶

El autor considera que el control de la constitucionalidad permite que los jueces garanticen a los ciudadanos que tengan la información necesaria para evaluar sus convicciones con propiedad, así como protegerlos de un gobierno ávido de perpetuar un mandato de manera ilegítima. También les faculta para derogar leyes que calificadas de tener “cuna mayoritaria”

Dworkin no considera que el control de constitucionalidad sea por sí solo un defecto en la democracia. Para ello hace una evaluación del daño efectivo que las

³⁶ *Ibidem*, p. 480.

decisiones de la Corte Suprema Estadounidense han tenido, concluyendo que, si bien los jueces que la integran han tenido errores en algunas decisiones, el daño reflejado en la democracia, sociedad o la política, no es más significativo que el daño que han producido algunos presidentes corruptos, pero elegidos democráticamente. Por lo tanto, el autor no considera que las Cortes Constitucionales sean un mal necesario, todo depende de las personas designadas para ocupar los cargos correspondientes.

IV. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LOS DERECHOS HUMANOS

En la presente investigación el lector se encontrará con conceptos tales como derechos humanos, libertades fundamentales, derechos fundamentales o derechos subjetivos. Por ello, es importante explicar la perspectiva en el cual se utilizan estos términos, a efecto de evitar confusiones en el análisis del documento.

Hemos establecido que para el desarrollo filosófico de este apartado crítico partimos de las premisas propias de la matriz axiomática anglosajona, en ese sentido, los términos que se emplearán parten de una perspectiva internacional de los derechos humanos y no del derecho constitucional, o del positivismo crítico neoconstitucional y sus términos garantistas³⁷.

Para dar mayor claridad con respecto a la perspectiva internacionalista de los derechos humanos, es importante que se revise de manera sucinta la evolución de los derechos humanos. Para tales fines destacaremos los aspectos que consideramos más importante en la construcción conceptual e histórica de las libertades fundamentales.

³⁷ El garantismo que propone Ferrajoli, cuenta con su propio marco conceptual desarrollado por él mismo. Para el autor, los derechos humanos son un tipo de derecho fundamental. Esta perspectiva se contraponen a la distinción epistemológica del derecho internacional de los derechos humanos. La cual señala que la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales radica en el estatus de reconocimiento. Para que un derecho sea fundamental debe estar reconocido en una Constitución o documento con ese rango dentro de un país. Mientras que un derecho humano debe estar consignado en un instrumento internacional. Desde la visión internacionalista, un derecho humano no puede ser un tipo de derecho fundamental. Véase: Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", *Primera Vista*, 2001, 19-56.

Seguendo a Liborio L. Hierro,³⁸ los derechos humanos hacen su aparición como categoría conceptual y filosófica en el siglo XVII y XVIII, encontrando un sustento sólido en las construcciones teóricas de Francisco Suárez y Hugo Groccio, quienes orientados por las corrientes ius naturalistas diseñan la idea de los derechos subjetivos. Los derechos humanos tienen una evolución trifásica:

1. Fase de declaración formal
2. Fase de positivización
3. Fase de internacionalización

Existe una tendencia que se decanta por determinar una cuarta fase en la que se especializan los derechos por grupos o sujetos, esta fase es llamada la de especialización. No obstante Liborio L. Hierro no la considera en su evolución trifásica por considerar que el proceso de especificación “cruza transversalmente desde su comienzo las tres fases”³⁹ señaladas con anterioridad.

La fase de declaración formal consta de tres modelos distintos agrupados por países y documentos declarativos a saber:

- Inglaterra y el *Bill of Rights* de 1689
- América del Norte y la Declaración de Independencia, especialmente la Declaración de Virginia de 1776
- Francia y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

El *Bill of Rights (An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown)* de 1689 contenía un catálogo de trece derechos que no se entendían como derechos naturales universales. Sus prerrogativas no encontraban su origen en la dignidad del hombre, sino en la tradición del pueblo británico. Adicionalmente, las libertades declaradas se encontraban adscritas exclusivamente al derecho local, con una fuerte inclinación

³⁸ Véase: Hierro, Liborio L., *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

³⁹ Hierro, Liborio L. *op. cit.*, p. 61.

hacia los derechos colectivos por encima de los individuales⁴⁰. Si bien es cierto el contenido del *Bill of Rights* dista de la concepción moderna de derechos humanos desde la perspectiva internacional, es el antecedente primitivo de las subsecuentes declaraciones sobre libertades fundamentales.

Lo relevante en materia de derechos humanos en el *Bill of Rights*, es el carácter declarativo que se dio a un catálogo de libertades, el impulso parlamentario y su reconocimiento soberano. Esta declaración es la precursora de los modelos francés y norteamericano, incluso se alega su influencia en las corrientes de pensamiento que impulsaron la Declaración de Virginia y la Declaración Francesa.

Continuando con nuestra exposición de la primera fase en la evolución de los derechos humanos, es menester señalar la controversia Jellinek-Boutmy sobre el origen de la Declaración Francesa y los derechos subjetivos. Esta controversia académica impactó significativamente el desarrollo epistemológico de los derechos humanos. En ella se enfrentaron las líneas de pensamiento francesa y alemana sobre los derechos subjetivos y las corrientes de pensamiento que impulsaron las Declaraciones de Virginia y Francia.

Por su parte, Georg Jellinek plantea, contrario a Boutmy, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Declaración Francesa) no tiene su origen en las premisas de Rousseau y su Contrato Social, sino que en realidad su pensamiento impulsor son los *Bill of Rights* de la Unión Americana.

Jellinek concuerda en que hay algún tipo de influencia de pensamiento francés (de Rousseau) en la Declaración, pero no encuentra rastros relevantes. Por otro lado, se aprecia una influencia sustancial del pensamiento sajón, importado por Lafayette en los debates de la Declaración Francesa, este último, inspirado por la Declaración de Virginia. Como método Jellinek propone un cuadro comparativo entre los textos de la Declaración Francesa y la Americana, encontrando similitud

⁴⁰ Véase: Davis J. C., "Derechos Humanos y Revolución Inglesa", *Derechos y Libertades*, núm. 12, enero de 2006, p.p. 17-40.

en los textos, la suficiente para afirmar categórico que la fuente principal de la Declaración Francesa es la Declaración de Derechos de Virginia de 1776.⁴¹

Boutmy por su parte, señala que el origen de la Declaración Francesa, no se encuentra en pensadores como Rousseau, Locke, o el *Bill of Rights* ni americano ni británico. Para él, la fuente está en el movimiento de la Ilustrado. El catedrático francés controvierte las conclusiones de Jellinek sobre la participación de Lafayette en los debates, minimizando la influencia de la Declaración de Virginia en sus intervenciones correspondientes en los debates. Critica la metodología de Jellinek en sus comparaciones relativas al contenido de las declaraciones, por considerarlas forzadas y selectivas. Pero la diferencia radical entre la Declaración Francesa y la de Virginia, se encuentra en su objetivo:

- Las declaraciones norteamericanas están diseñadas para reconocer derechos dotándoles de exigibilidad ante las Cortes judiciales. La redacción del texto ha sido puesta de manera ventajosa para los ciudadanos americanos.
- La declaración Francesa habla a los pueblos, y no está diseñada para ser sustento de un procedimiento judicial, su objetivo es sentar las líneas filosóficas que proponen una verdad al mundo.⁴²

La controversia Jellinek-Boutmy beneficia el desarrollo epistemológico de los derechos humanos. La popularidad de la Declaración Francesa y la de Virginia generaron estudios filosóficos sobre los derechos naturales subjetivos, y junto con el *Bill of Rights*, son las precursoras de la conformación de los catálogos de derechos y su incorporación normativa. Imponen límites a los poderes, dotan de seguridad jurídica y ponen en el centro de la discusión la relevancia de los derechos. Indistintamente de su origen ideológico y sus fines, sentaron las bases para los catálogos modernos y dieron paso a la positivación de estas prerrogativas.

⁴¹ Càmpora, Mario, "En los orígenes de los derechos del hombre: La polémica Jellinek-Boutmy", *Contextos*, núm. 6, 2013, p. 134.

⁴² Càmpora Mario, *op. cit.* p.140

La segunda fase en el desarrollo de los derechos humanos consiste en los procesos de positivación. Estos procesos implican una evolución del modelo declarativo, hacia una incorporación del catálogo de derechos mediante procesos legislativos.

En Inglaterra, pionera en el desarrollo de catálogos, se continuó la consignación de derechos mediante procesos legislativos parlamentarios. Para 1807 se prohibió el tráfico de esclavos mediante la *Slave Trade Act*, misma que fue completada mediante la *Slavery Abolition Act* en 1833.⁴³ No obstante, una regulación específica en materia de derechos humanos se dictaminó hasta 1998, fecha en que se aprueba la *Human Rights Act*, con la preocupación de habilitar a los jueces para el cumplimiento de los parámetros en materia de derechos humanos sin rebasar lo establecido en la norma. El tema central radica en el alcance del activismo judicial en contraposición a la soberanía nacional manifestada en el parlamento.⁴⁴

Estados Unidos promulgó su Constitución en 1787 mediante la Convención de Filadelfia, sin incorporar una declaración de derechos. Esta carencia no se debió a una falla en el Constituyente, sino a que las Colonias ya contenían declaraciones propias. Mediante la publicación de "El Federalista", Alexander Hamilton sienta las bases filosóficas que dotan de un carácter normativo a la Constitución, concediendo a la judicatura la facultad para inaplicar normas contrarias a ella. Para 1803 estas bases tuvieron aplicación directa en la sentencia *Marbury vs. Madison*, en donde el Juez Marshall razonó lo siguiente: "Ciertamente todos aquellos que han formulado constituciones escritas, las han contemplado como si fueran la ley fundamental y primordial de la nación...una decisión contraria a la constitución es nula."⁴⁵

Este modelo propició la rigidez constitucional, mediante la incorporación del catálogo de derechos en la norma suprema. A su vez, la Constitución se convierte en el límite para los actos parlamentarios y ejecutivos, incluso judiciales. La norma

⁴³ Hierro, Liborio L., *op. cit.* p. 74.

⁴⁴ Kavanagh, Aileen, "El papel de los jueces en el marco de una carta de derechos: Una teoría de la contención judicial", *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 13, octubre de 2018, p. 82.

⁴⁵ Hierro, Liborio L., *op. cit.* p. 75.

positiviza las declaraciones existentes al tiempo que incorpora un catálogo de derechos de núcleo duro que dirigen el actuar de la nación.

El proceso que siguieron los franceses para la positivación de sus declaraciones implicó la promulgación de su respectiva Constitución. A diferencia de la Norteamericana, la Constitución francesa sí incluyó un catálogo de derechos y limitó el actuar de los jueces a lo establecido en la norma. Esta decisión tenía su razón de ser, en que la judicatura del periodo absolutista había beneficiado a los monarcas en perjuicio del pueblo, de ahí la desconfianza del Constituyente en cuanto al activismo judicial. Se propuso un elenco de derechos constitucionales establecidos exclusivamente por el legislador.⁴⁶

Estos antecedentes de positivación originaron el concepto de derechos fundamentales, entendidos como aquellos derechos subjetivos incorporados en la norma suprema de una nación. Los derechos fundamentales solo son reconocidos para los ciudadanos, o para aquellos extranjeros que así estipule la norma. Por el contrario, los derechos humanos tienen una aplicación universal y no deben estar sujetos a una jurisdicción local.

Antes de pasar a la fase de internacionalización de los derechos humanos, debemos hacer alusión al *ius cogens*, el cual se encuentra reconocido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 53, Islas Colín recoge el contenido del texto de la Convención para definir de manera sintética el concepto de *ius cogens*:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. La cual consiste en aquella norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.⁴⁷

⁴⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁷ Islas Colín, Alfredo, "Derechos humanos en materia laboral en México: *Ius Cogens* Laboral", *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, vol. 4, núm. 2, 2015, p. 6.

El *ius cogens* recoge los axiomas aceptados por el concierto de naciones, estos axiomas tienen prelación sobre las normas convencionales e incluso normas internas, por lo que en caso de presentarse una norma doméstica o internacional contraria al *ius cogens*, esta deberá tenerse por no puesta.

En materia de derechos humanos Islas Colín⁴⁸ propone un listado de prerrogativas de *ius cogens*:

- Prohibición del genocidio
- Inmunidad diplomática
- Proscripción de actos de agresión
- Uso de la fuerza
- Proscripción de la esclavitud
- Igualdad ante la ley
- No discriminación
- Privación abusiva de la libertad
- Prohibición de la tortura
- Autodeterminación de los pueblos
- Principios de Derecho Humanitario

Este listado de derechos no puede ser contrariado por ninguna norma interna o convencional, pues se encuentra en el núcleo de los valores de la comunidad internacional, es lo más cercano a una consignación y adscripción universal. Esta colección de derechos no es un catálogo cerrado, pues existe la posibilidad de que la comunidad internacional adopte nuevos valores, por ello, lo único que puede contravenir el *ius cogens*, es el *ius cogens* superveniente.

Finalmente, la tercera fase del desarrollo de los derechos humanos es el de internacionalización, mediante el cual las declaraciones de derechos iniciaron un proceso de aceptación en la comunidad internacional. En ese sentido las naciones

⁴⁸ *Ibidem*, p. 9.

consignaron catálogos de derechos que ahora conocemos como derechos humanos en su forma moderna.

Posterior a los efectos de la Primera Guerra Mundial, se conformó la Sociedad de Naciones, mediante el Tratado de Versalles. Este es el primer antecedente de internacionalización de derechos humanos. Si bien es cierto el Tratado de Versalles no incluye un catálogo de derechos humanos, sí conforma la creación de la Organización Internacional del Trabajo⁴⁹ (OIT) como un organismo paralelo.

Actualmente la OIT es el organismo de Naciones Unidas encargado de velar por las libertades laborales. Es responsable de la elaboración de distintos instrumentos internacionales con miras a la protección de los derechos humanos de los trabajadores. México ha suscrito 78 de estos documentos,⁵⁰ en ellos se reconocen derechos relacionados con las horas de la jornada laboral, prerrogativas para el trabajo infantil, normas para evitar la discriminación, incluso hay un apartado dedicado a los derechos de las comunidades indígenas.

Siguiendo con el desarrollo de internacionalización, el 26 de junio de 1945 se adopta la Carta de las Naciones Unidas, se trata de un instrumento de derecho internacional de carácter vinculante para aquellos sujetos de la comunidad internacional que la han suscrito. Ha recibido tres enmiendas en los años 1963, 1965 y 1973. Es el documento fundante de la Corte Internacional de Justicia, la institución judicial más importante de la ONU.⁵¹

La ONU continuó con el desarrollo de distintos organismos, esta actividad generó una ampliación de los instrumentos internacionales destinados a la protección de los derechos humanos, hasta conformar lo que hoy conocemos como el Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos. Esta evolución ha generado mecanismos de protección regionales. Los más importantes son: el

⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo, "Historia de la OIT", *Organización Internacional del Trabajo*, 2021, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>.

⁵⁰ Islas Colín, Alfredo, *op. cit.* p. 5.

⁵¹ Véase: Organización de Naciones Unidas, "Carta de las Naciones Unidas", *Naciones Unidas*, 2021, <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

Sistema Europeo, el Interamericano y el Africano. Si bien es cierto existen esfuerzos por conformar las regiones Asiáticas y Árabes, a la fecha estos mecanismos no se encuentran consolidados.

Haremos una breve síntesis sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,⁵² por ser el sistema regional en el que se encuentra inserto México. El 22 de noviembre de 1969 se llevó a cabo la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos en la cual se adoptó la Convención Americana también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica. Este tratado internacional contiene un elenco de derechos humanos que es vinculante para los Estados parte. Asimismo, este Sistema de Protección tiene previstos dos órganos especializados en el cumplimiento de las prerrogativas, estos son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) destinada a la protección de las libertades fundamentales en la región. Es creada por la OEA en 1959 y tiene su sede en Washington.⁵³ Dentro de sus principales funciones destacan las siguientes:

- Investigar las peticiones individuales con alegación de violación a derechos humanos ejecutadas por los Estados Parte.
- Publicar informes derivados de la observación de la situación general de los derechos humanos de los Estados Parte.
- Realizar visitas a los países para verificar el estatus de los derechos humanos.
- Elaborar recomendaciones para adoptar medidas adecuadas para la protección de derechos humanos.
- Presentar casos ante la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y realizar las comparencias respectivas.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*, San José, 2019, p. 1.

⁵³ Organización de los Estados Americanos, "¿Qué es la CIDH?", *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, 2020, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>

- Solicitar la implementación de medidas cautelares a los Estados con el objetivo de prevenir daños irreparables a las personas.⁵⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos inició sus funciones en 1979 con la conformación del Tribunal.⁵⁵ La Asamblea General de la ONU había recomendado aceptar la invitación del Gobierno de Costa Rica para instaurar su sede en ese país, lo que fue aceptado por los Estados Parte. A pesar del establecimiento de la sede, la Corte puede sesionar en cualquier país que forme parte de la Convención Americana.

La Corte opera como una institución judicial autónoma tomando como base los preceptos establecidos en el Pacto de San José, sus competencias son las siguientes: contenciosa, consultiva y de dictar medidas provisionales.⁵⁶ Actualmente 20 estados han reconocido la competencia del Tribunal, siendo México el único país de América del Norte que se ha sometido a su jurisdicción.

Esta tercera fase en la evolución de los derechos humanos se encuentra aún en desarrollo, pero es nuestra consideración que está ya consolidada como la forma contemporánea de entender el derecho internacional de los derechos humanos. Se encuentra aún en desarrollo puesto que constantemente se van reconociendo e incorporando derechos humanos nuevos, o se profundizan los existentes a efecto de darle sustancia a las abstracciones contenidas en los dispositivos internacionales.

En síntesis los derechos humanos se encuentran contenidos en instrumentos internacionales, pero su evolución inicia en la fase declarativa, para continuar con la positivación en la que se crean los derechos fundamentales. La internacionalización que llama al concierto de naciones a declarar los valores protegidos en forma de derechos humanos evita entrar en polémicas sobre el origen

⁵⁴ Organización de los Estados Americanos, "Mandato y Funciones de la CIDH", *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, 2021, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Historia", *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2019, <https://www.corteidh.or.cr/historia.cfm>

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "¿Qué es la Corte IDH?", *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2020, https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm

ideológico de estos axiomas, pero si deja registro de cuáles son estos valores y los organiza en catálogos de derechos humanos, hasta conformar los sistemas de protección contemporáneos. De esa forma transitamos de los derechos fundamentales a los derechos humanos.

V. ASPECTOS CONCEPTUALES DEL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA REFORMA ENERGÉTICA

En la presente investigación contamos con dos categorías de análisis. En primer lugar, el derecho humano a la buena administración pública y en segundo la reforma energética. Para facilitar la comprensión de los conceptos que estudiaremos hemos dividido en dos apartados nuestro marco conceptual a efecto de hacer sencilla su comprensión:

1. Marco conceptual del derecho humano a la buena administración pública.
2. Marco conceptual de la reforma energética.

Para atender el primero, utilizaremos los conceptos de la teoría liberal del derecho de Dworkin, para el desarrollo del segundo marco utilizaremos los conceptos desarrollados por legislación secundaria en materia de hidrocarburos.

1. Marco conceptual del derecho humano a la buena administración pública

A. Principio

Estándar a ser observado, no porque avance o asegure una situación, económica, política, o social considerada deseable, sino porque es un requerimiento de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moral.⁵⁷

⁵⁷ Dworkin, Ronald, *The Model of Rules...*, cit. p. 23.

B. Derecho Humano

Derecho que tienen las personas a ser tratadas como seres humanos cuya dignidad es de importancia fundamental.⁵⁸

C. Democracia

Dworkin distingue distintas concepciones sobre democracia, pero se decanta por una concepción asociativa misma que explica en los siguientes términos:

Sostiene que en una comunidad auténticamente democrática, cada ciudadano participa como un socio igual que los demás, lo cual significa algo más que el mero hecho de que cada uno tenga un voto igual a los otros. Significa que ese ciudadano tiene una voz y un interés iguales en el resultado...Según esta concepción, que yo defiendo, la propia democracia requiere justamente la protección de los derechos individuales a la justicia y la libertad que a veces se suponen amenazados por ella misma.⁵⁹

D. Derecho

Dworkin no hace hincapié en una descripción del derecho, sino en una concepción en la que el derecho se vuelve un concepto interpretativo por sus operadores, pero sobre todo en una rama de la moral política:

Describo una concepción del derecho conforme a la cual este no es un sistema de reglas que rivaliza, y puede estar en conflicto, con la moral, sino que es en sí mismo una rama de esta última.⁶⁰

Posteriormente, Dworkin hace una distinción entre las clases de derechos y deberes políticos, llegando de esta forma a la siguiente clasificación:

- Derechos legislativos: son derechos a que las facultades legisladoras de la comunidad se ejerzan de determinada manera.
- Derechos legales: Son aquellos que las personas tienen la prerrogativa de hacer efectivos a pedido, sin intervención legislativa,

⁵⁸ Dworkin, *Justicia para erizos...*, cit. p. 408.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

en instituciones judicativas que dirigen el poder ejecutivo del alguacil o la policía.

E. Interpretación

Uno de los puntos más controvertidos en Dworkin, es el de la interpretación, el autor considera que las personas comparten conceptos de manera diferente, incluso los políticos. De esta forma surgen los conceptos interpretativos.

Damos por hecho que los conceptos describen valores, pero discrepamos, a veces en gran medida, acerca de cuáles son esos valores y cómo deberían expresarse. Discrepamos porque interpretamos de manera bastante diferente las prácticas que compartimos: sostenemos teorías un tanto distintas sobre cuáles son los valores que mejor justifican lo que aceptamos como rasgos centrales o paradigmáticos de esas prácticas.⁶¹

Para resolver este conflicto interpretativo, el autor propone una defensa de las concepciones de un valor a partir de otros valores:

Por lo tanto, los conceptos políticos deben integrarse unos con otros. No podemos defender una concepción de ninguno de ellos sin mostrar cómo se ajusta y armoniza esta con concepciones convincentes de los otros. Este argumento es un aspecto importante en la argumentación a favor de la unidad de valor...Mi sugerencia es una teoría general basada en los valores. Los intérpretes tienen responsabilidades críticas, y la mejor interpretación de una ley...es la que mejor realiza esas responsabilidades según esa oportunidad.⁶²

Esta perspectiva axiológica interpretativa, ha sido sujeto de diferentes críticas por lo que el autor robustece su defensa en el texto integrador de sus teorías: "Justicia para erizos".

⁶¹ *Ibidem*, p. 21.

⁶² *Ibidem*, p. 22.

F. Moral

El autor considera la moral y otros sectores axiológicos filosóficamente interdependientes, por lo tanto incorporará una teoría de la verdad en el valor. Dworkin considera que existen verdades sobre el valor. Parte de premisas kantianas para establecer, que para respetar adecuadamente nuestra humanidad estamos obligados a respetar la humanidad de otros. El autor pretende conectar la moral con la ética:

Un juicio ético plantea una afirmación sobre lo que la gente debería hacer para vivir bien: a qué debería aspirar y qué debería alcanzar en su vida. Un juicio moral plantea una afirmación sobre cómo debe la gente tratar a otra gente.

2. Marco conceptual de la reforma energética

Para efectos de comprender mejor algunos conceptos a desarrollar, incorporaremos lo establecido en la Ley de Hidrocarburos⁶³ con respecto a los términos técnico-jurídicos que se incluyen en la presente investigación.

A. Área Contractual

La superficie y profundidad determinadas por la Secretaría de Energía, así como las formaciones geológicas contenidas en la proyección vertical en dicha superficie para dicha profundidad, en las que se realiza la Exploración y Extracción de Hidrocarburos a través de la celebración de Contratos para la Exploración y Extracción.

B. Área de Asignación:

La superficie y profundidad determinadas por la Secretaría de Energía, así como las formaciones geológicas contenidas en la proyección vertical en dicha superficie para dicha profundidad, en las que se realiza la Exploración y Extracción de Hidrocarburos a través de una Asignación.

⁶³ Congreso de la Unión, *Ley de Hidrocarburos*, 2014.

C. Contrato para la Exploración y Extracción:

Acto jurídico que suscribe el Estado Mexicano, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, por el que se conviene la Exploración y Extracción de Hidrocarburos en un Área Contractual y por una duración específica.

D. Exploración:

Actividad o conjunto de actividades que se valen de métodos directos, incluyendo la perforación de pozos, encaminadas a la identificación, descubrimiento y evaluación de Hidrocarburos en el Subsuelo, en un área definida.

E. Extracción:

Actividad o conjunto de actividades destinadas a la producción de Hidrocarburos, incluyendo la perforación de pozos de producción, la inyección y la estimulación de yacimientos, la recuperación mejorada, la Recolección, el acondicionamiento y separación de Hidrocarburos, la eliminación de agua y sedimentos, dentro del Área Contractual o de Asignación, así como la construcción, localización, operación, uso, abandono y desmantelamiento de instalaciones para la producción.

F. Hidrocarburos:

Petróleo, Gas Natural, condensados, líquidos del Gas Natural e hidratos de metano.

G. Hidrocarburos en el Subsuelo:

Los recursos totales o cantidades totales de Hidrocarburos con potencial de ser extraídos que se estima existen originalmente en acumulaciones de ocurrencia natural, antes de iniciar su producción, así como aquellas cantidades estimadas en acumulaciones aún por descubrir.

H. Petróleo:

Mezcla de carburos de hidrógeno que existe en fase líquida en los yacimientos y permanece así en condiciones originales de presión y temperatura. Puede incluir pequeñas cantidades de sustancias que no son carburos de hidrógeno.

I. Petrolíferos:

Productos que se obtienen de la refinación del Petróleo o del procesamiento del Gas Natural y que derivan directamente de Hidrocarburos, tales como gasolinas, diésel, querosenos, combustóleo y Gas Licuado de Petróleo, entre otros, distintos de los Petroquímicos.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

CAPÍTULO SEGUNDO

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO Y SU RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS: LA AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE LIBERTADES FUNDAMENTALES.

El presente capítulo se ordena en función del objetivo general de la presente tesis, puesto que el centro del aparato crítico son los Derechos Humanos. Resulta entonces relevante incluir un estudio relacionado con los siguientes puntos:

- a) La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos.
- b) Las modificaciones al artículo 1º constitucional haciendo un especial énfasis en los principios de derechos humanos.
- c) Una revisión al principio de progresividad desde la perspectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los criterios internacionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- d) La instauración del bloque de constitucionalidad nacional, en atención a la relevancia de las normas que se integran a la Carta Magna invariablemente de su fuente.

Por lo que respecta a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, se hace una breve revisión temática del articulado a efecto de determinar el nuevo paradigma de la norma suprema. El reconocimiento de los derechos humanos por parte del pacto federal y su inclusión en el actuar de las autoridades deja a las libertades fundamentales en una posición privilegiada en la Carta Magna.

Se realiza en el desarrollo del acápite correspondiente un estudio sobre los cambios que ha sufrido el constructo legal, así como el nuevo actuar de las autoridades nacionales en atención a los cambios incorporados por el Constituyente permanente. Donde la tutela a los Derechos Humanos deben ser el centro del actuar de toda autoridad, por mandato constitucional.

Posteriormente se estudian las modificaciones al artículo 1º constitucional, con lo que se abre una nueva etapa en el constitucionalismo nacional, pues nuestra Constitución reconoce a los Derechos Humanos como la premisa ineludible de todo el actuar de la República. Se incorporan en este ejercicio los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En nuestro estudio se particulariza el principio de progresividad, por ser éste el que permitiría la integración del derecho humano a la buena administración pública en el actuar de las autoridades nacionales. Por lo tanto, este principio se analiza desde las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación incluyendo las excepciones al principio y las formas en las que el Estado podría aplicar regresividad en la tutela de derechos.

Esta sección del acápite se cierra con el análisis del principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, derivado del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relacionado con el Desarrollo Progresivo. Este artículo hace una remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, por medio de la cual se resguardan los derechos económicos sociales y culturales. Desde donde se argumentará el derecho humano a la buena administración pública.

Para finalizar el capítulo se hace una revisión del bloque de constitucionalidad en el sistema mexicano. El estudio del concepto es pertinente en atención a que el bloque de constitucionalidad permite la incorporación a la norma suprema de los Derechos Humanos contenidos en tratados internacionales, como se acreditará en el desarrollo del presente documento.

Es pertinente revisar la conformación del bloque de constitucionalidad desde su origen en los sistemas jurídicos contemporáneos, por ello se hace una revisión del antecedente histórico de los comienzos del uso del concepto, haciendo una comparación entre el derecho francés y el nacional. Igualmente se analiza el caso colombiano en materia de bloque de constitucionalidad, particularmente los muchos paralelismos que existen entre ese sistema y el mexicano.

Finalmente se revisa la contradicción de tesis 293/2011 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante la que se clarifica el rango constitucional de los Derechos Humanos. Igualmente se revisa la polémica cláusula relacionada con restricciones expresas al ejercicio de los Derechos Humanos en la Constitución, lo que genera la discusión sobre jerarquía normativa.

I. ANTECEDENTES

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación,⁶⁴ el decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Un paquete de reformas constitucionales destinado a ampliar el elenco de derechos humanos protegidos por el Estado mexicano.

El referido decreto modifica de manera directa el contenido de los artículos; 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 del pacto federal, agregando o removiendo párrafos, incluso cambiando palabras, para incorporar un lenguaje jurídicamente acorde a las necesidades de tutela de derechos humanos contempladas por los tratados internacionales y jurisprudencia aplicable.

Algunos autores consideran el decreto como una “inflación” de los derechos humanos,⁶⁵ otros como un “avance”⁶⁶ con áreas de oportunidad, también se ha considerado de una “magnitud inusitada para la comprensión de nuestro sistema jurídico”.⁶⁷ En efecto la magnitud de la reforma es considerable y ha generado cambios sustanciales en el sistema jurídico nacional.

⁶⁴ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁵ Véase: Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria.*, Estudios Jurídicos, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, www.corteidh.or.cr/tablas/r35530.pdf

⁶⁶ Véase: García Castillo, Tonatiuh, "La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos: Una lectura desde el derecho internacional", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 48, núm. 143, agosto de 2015, p. 645-96.

⁶⁷ Astudillo, Cesar, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México D.F., Tirant lo Blanch México, 2014.

La reforma ha generado polémica por su incursión en diversos ámbitos del marco normativo nacional, creándose casi de manera inmediata doctrina especializada, aplicando conceptos novedosos en cuanto a la aplicación e interpretación de la norma, de esa manera podemos observar conceptos como:

- a) Bloque de constitucionalidad.⁶⁸
- b) Parámetro constitucional.⁶⁹
- c) Principio *pro persona*.⁷⁰
- d) Control de convencionalidad.⁷¹
- e) Interpretación conforme.⁷²

Cada uno ha generado su propia doctrina siendo materia de análisis por parte de la jurisprudencia nacional, como de la doctrina. En la presente investigación se analizarán algunos de estos conceptos a efecto de dar claridad al tema y argumentar la existencia del derecho humano a la buena administración pública.

A continuación, se realizará una breve descripción de los cambios introducidos en la Carta Magna, dejando para el final el artículo 1º Constitucional en atención a su preponderancia en la presente investigación.

⁶⁸ Astudillo, Cesar *op. cit*

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, 9 de octubre de 2013, p. 779.

⁷¹ Véase: Ramos Arteaga, Elena, "Reforma constitucional en materia de derechos humanos y el control difuso de la constitucionalidad/convencionalidad. Exposición de un caso práctico", *Juez, Cuadernos de investigación*, vol. 1, 2015, <http://www.tirantonline.com.mx/tolmex/documento/lectura/889995?tolgeo=>.

⁷² Véase: Rodríguez, Marcos del Rosario, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", *Cuestiones constitucionales*, núm. 33, 2015, p. 158-191.

II. REVISIÓN TEMÁTICA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011, LA AMPLIACIÓN DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Este apartado se desarrolla con el objetivo acreditar la ampliación de las libertades fundamentales como resultado de la multicitada reforma constitucional de 2011. Para ello hemos agrupado el contenido de la reforma en tres grandes rubros:

- a) Ampliación de libertades fundamentales en el apartado dogmático de la Carta Magna (artículos 3o, 11, 15, 18 y 29)
- b) Ampliación de libertades fundamentales a las personas extranjeras en México (artículos 33 y 89)
- c) Ampliación de las facultades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (artículos 97, 102 y 105)

Esta clasificación es eminentemente pedagógica y su función es la de facilitar el estudio de la reforma de 2011. Excluimos de esta categorización el artículo primero, pues tendrá un estudio independiente por ser la base del resto de las modificaciones constitucionales. Una vez que se haya demostrado que existe una clara intención de ampliar el catálogo de derechos humanos en la Constitución, podremos extender el estudio hacia el principio de progresividad.

1. Ampliación de libertades fundamentales en el apartado dogmático de la Carta Magna

En el artículo 3º constitucional particularmente en el segundo párrafo, mismo que versa sobre el contenido de la educación impartida por el Estado, se adiciona "...el respeto a los derechos humanos...",⁷³ en alusión a que el contenido de la educación nacional deberá incluir, junto con el amor a la patria y la conciencia de la cooperación internacional, el respeto a los referidos derechos.

Por lo que respecta al artículo 11º constitucional, en lo relativo a la libertad de tránsito, la primera modificación apreciable es la de cambiar la nomenclatura del sujeto pasivo de dicho derecho. Previo al decreto de 10 de junio de 2011, el artículo

⁷³ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero..., *op. cit.*

se refería a “todo hombre”, como resultado de la reforma, el artículo se refiere a “toda persona”.⁷⁴ Igualmente se adiciona un párrafo con la inclusión de asilo político y refugio humanitario, figuras clave en el contexto internacional de los derechos humanos.

En el artículo 15º del Pacto Federal, se encuentra una modificación radical. Previa al multicitado decreto existe la prohibición sobre la celebración de tratados internacionales que vulneren “garantías y derechos”, posterior al decreto, la prohibición recae sobre tratados internacionales que vulneren “los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.”⁷⁵.

El salto es de grandes dimensiones, no sólo se debe respetar el marco de los derechos fundamentales propios del marco interno, sino que debe incorporarse el respeto a Tratados Internacionales que garanticen derechos humanos, en clara ampliación de la protección a los referidos derechos y en cumplimiento del principio “*pacta sunt servanda*”.

Otro aspecto a considerar es el contenido del artículo 18º constitucional que adiciona a los derechos humanos⁷⁶ como base del sistema penitenciario, considerándolos junto con: el trabajo, la capacitación, la salud, la educación y el deporte, como los medios para lograr la reinserción social. El artículo sugiere que dicha base procurará evitar que el sentenciado “vuelva a delinquir”.

El artículo 29º constitucional, al que la tradición dogmática jurídica nacional ha llamado “suspensión de garantías”, recibe un extenso contenido relativo a la protección de derechos humanos. Sin derogar párrafo alguno, el decreto establece que en tratándose de suspensión de garantías por decreto se deberá respetar; “el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Idem*

⁷⁶ *Idem*

libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”⁷⁷

2. Ampliación de libertades fundamentales a las personas extranjeras en México

En el artículo 33 de la Constitución, se observa el cambio del sujeto pasivo, de “extranjero” a “persona extranjera”, posteriormente en el mismo párrafo se les garantizan los “derechos humanos y garantías”⁷⁸ contenidos en el pacto federal. A primera vista parecería que el artículo garantiza exclusivamente derechos fundamentales, al suscribirlos a la Carta Magna. No obstante, en una interpretación armónica y en correlación con el artículo 1º y demás artículos propios del decreto de 10 de junio de 2011, se entiende que la protección incluye tratados internacionales relativos a derechos humanos suscritos por México.

En ese mismo tenor, se observa una ampliación en la tutela de los derechos humanos de las personas extranjeras, pues el Ejecutivo de la Unión contaba, hasta antes de la reforma, con facultades para hacer “abandonar” sin necesidad de juicio previo a cualquier “extranjero”, mientras que ahora se le debe garantizar el derecho a una audiencia regulada por el derecho administrativo.

Por lo que concierne al artículo 89 del Pacto Federal, mismo que otorga facultades al Presidente de la República, se adiciona que el titular del Ejecutivo Federal deberá observar los principios normativos de: el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.⁷⁹ El decreto es enfático en la defensa de los derechos humanos, no sólo la considera en diversos artículos, sino que constriñe de manera directa al Primer Mandatario a una actuación respetuosa de las libertades fundamentales.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

3. Ampliación de las facultades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

En el artículo 97 se observa la derogación del párrafo segundo, limitando las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para averiguar hechos que constituyan una violación grave de alguna garantía individual, lo que aparenta ser un contrasentido con la línea que ha marcado todo el decreto de 10 de junio de 2011.

Se cuestiona de manera inmediata: si la intención del decreto es ampliar la protección de derechos humanos, ¿por qué limitar la actuación del máximo tribunal del país? La respuesta posiblemente se desprenda del artículo 102 que a continuación se analiza.

El artículo 102 sufre modificaciones significativas particularmente en la adición de su último párrafo. En dicho precepto normativo se conceden facultades a la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) para investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos; "...cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal (Ciudad de México) o las legislaturas de las entidades federativas."⁸⁰

Es evidente que la CNDH podía conocer de violaciones graves de derechos humanos, previo a la reforma de 2011, no obstante, la adición está relacionada con las instancias que pueden solicitar la investigación de los hechos que constituyan las violaciones. Parecería que de esta forma se garantiza la tutela de las libertades fundamentales, toda vez que se generan escenarios en donde un poder estadual vigila la observancia de los derechos humanos, por parte de otro.

Por ejemplo, la Cámara de Diputados podría solicitar una investigación por hechos que vulneren derechos humanos perpetrados por el Ejecutivo Federal, quien es el brazo ejecutor del Estado, incluso podría darse el escenario en que un

⁸⁰ *Idem.*

Gobernador de algún Estado miembro de la Federación, igualmente señalara al Ejecutivo Federal y viceversa. El Ejecutivo Federal podría solicitar investigaciones dirigidas a Gobernadores de entidad federativa.

A simple vista se aprecia que la facultad para solicitar investigaciones fuera *contra natura*, es sabido que quien vulnera derechos humanos es el Estado o particulares con la aquiescencia del Estado, por lo que resulta extraño concederle facultades para solicitar investigaciones contra él mismo. Es posible que dicha facultad se convierta en una herramienta en contra de adversarios políticos y se tergiverse la esencia de las modificaciones que es precisamente, la de ampliar la vigilancia de la CNDH en materia de violaciones graves.

Analizado el punto anterior, volveremos a la revisión del artículo 97 con respecto a la limitación de las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para investigar violaciones a derechos humanos, puesto que a la luz del artículo 102 constitucional parecería que se trata de una simple transferencia de facultades.

Esto es, ahora quien se encargará de la revisión de violaciones a derechos humanos será un organismo especializado, y no un tribunal judicial, que si bien debe vigilar la tutela de derechos humanos, no tiene el *expertise* para conducir investigaciones de campo, pues su función es eminentemente interpretativa dados los hechos. Resulta lógico pensar que dichas investigaciones deben ser conducidas por la CNDH.

No obstante, el problema que se aprecia de dicha modificación es el resto del contenido del artículo 102, pues si bien concede facultades a la CNDH, persisten restricciones sustanciales, particularmente la de que sus recomendaciones siguen siendo no vinculantes, esto es, si la CNDH detecta violaciones a derechos humanos, lo único que puede hacer es emitir una enérgica recomendación, pero las autoridades no están obligadas a cumplirlas.

Incluso se ha modificado el lenguaje en la reforma de 2011, incorporándose disposiciones contra las autoridades que reciban una recomendación, por ejemplo, se puede leer del texto incorporado lo siguiente;

Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.⁸¹

Se aprecia en la redacción del precepto normativo una obligación para todo servidor público de “responder” las recomendaciones presentadas por la CNDH u otros organismos de protección de los derechos humanos, pero este “responder” no es ni remotamente lo mismo que “cumplir”, lejos de eso, la norma permite al servidor público excusarse del cumplimiento siempre y cuando este “fundado y motivado” y se haga público.

Por otro lado, el artículo 105 recibe modificaciones por el decreto de 10 de junio de 2011, ampliando la causales de la CNDH para iniciar acciones de inconstitucionalidad, anteriormente la norma permitía iniciar dichas acciones contra leyes que vulneraran los derechos humanos contenidos en la Constitución, derivado de la reforma se introduce el respeto a los derechos humanos contenidos en “tratados internacionales”, nuevamente se observa la intención de ampliar la protección de las libertades fundamentales más allá del pacto federal.

En conclusión, el decreto de 10 de junio de 2011 tiene una marcada tendencia hacia ampliar el catálogo de derechos humanos a tutelar por parte de la Federación, ahora se deberá tener en cuenta el contenido de los Tratados

⁸¹ *Idem.*

Internacionales que protejan libertades fundamentales, no sólo en el marco regulatorio interno.

Consideramos que dicha reforma aún tiene áreas de oportunidad, tal es el caso del fallido intento de fortalecer la observancia de las recomendaciones de la CNDH, el cambio no es sustancial, pues la obligación de rendir cuentas en caso de incumplimiento no hace vinculante la resolución, para estar en condiciones de incumplir solo se le requiere fundar y motivar de manera pública las razones de su inobservancia.

Lo relevante para el presente estudio, se encuentra en la ampliación del catálogo de derechos humanos protegidos, la frase recurrente en el decreto de 2011 es: “Derechos humanos contemplados en la Constitución y los Tratados Internacionales”. La norma interna y lo contemplado por el concierto de naciones referente a la protección de las libertades fundamentales. El culmen de dichas protecciones se encuentra en el artículo 1º constitucional, que a continuación se estudia.

III. MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL

Derivado del decreto de 10 de junio de 2011, el primer párrafo de la Constitución, las primeras líneas de nuestra Carta Magna, las letras que inauguran el Pacto Federal, aluden de manera directa a la protección de los derechos humanos por parte del Estado. Es innegable que el discurso garantista queda supeditado a la tutela de las libertades fundamentales.

De ese modo, previo a la reforma constitucional de 2011, todo “individuo” gozaba de las “garantías”⁸² conferidas por la Constitución, no obstante después del parteaguas de la reforma, se aprecia un cambio considerable en las diversas nomenclaturas, ya no se trata de “individuos” sino de “personas”,⁸³ tampoco se confina la protección a “garantías” también se tutelan los “derechos humanos”,⁸⁴ no solo se remite la protección de la “Constitución” también se incluyen los “Tratados

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem.*

Internacionales”. En pocas palabras, el artículo primero amplía la protección de los derechos humanos.

Armónicamente, la reforma hace un apartado especial referente al carácter interpretativo de las normas relativas a derechos humanos, puesto que toda interpretación deberá hacerse conforme a la Constitución y los tratados internacionales, “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”,⁸⁵ lo que se conoce tanto por la doctrina como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como principio *pro persona*.

El máximo tribunal del país ha referido en su jurisprudencia que la interpretación en tratándose de derechos humanos, deberá hacerse con base en la Constitución Política y en los tratados internacionales, considerando estas últimas como fuente primigenia y “norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano”⁸⁶. Igualmente señala que en caso de que una libertad fundamental se encuentre tutelada por ambas fuentes primigenias, “deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción”⁸⁷.

En torno a dicho artículo se ha generado polémica por lo que respecta a la supremacía constitucional derivada del artículo 133 Constitucional y jurisprudencias relacionadas. La tradición doctrinaria y jurisprudencial ha optado por defender la prevalencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por encima de cualquier tratado, alegando “soberanía nacional”.

El cambio en la redacción del primer precepto constitucional originó de manera inmediata el debate sobre diversas cuestiones, no obstante, para efectos del presente estudio sólo se tomarán las dos más relevantes, la cuestión en torno a la jerarquía normativa nacional y la cuestión alusiva al bloque de constitucionalidad, ambos temas serán analizados en su acápite correspondiente.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ Tesis: 1a./J. 107/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, 9 de octubre de 2013, p. 779.

⁸⁷ *Idem*.

Continuando con la revisión del artículo 1º del Pacto Federal se incluye en el texto lo siguiente;

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.⁸⁸

Este párrafo es importante para el estudio del derecho humano a la buena administración pública, como se verificará en el apartado diseñado para ello. La referencia a "todas las autoridades" implica a toda la administración pública, junto con autoridades judiciales o legislativas. El precepto obliga de esa manera al respeto de los derechos humanos estableciendo diferentes principios mismos que serán analizados a continuación.

1. Principio de universalidad

El principio de universalidad surge⁸⁹ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dicho documento fue adoptado y proclamado por la Asamblea General en su resolución el 10 de diciembre de 1948, desde entonces, dicho principio ha sido adaptado a distintos protocolos y convenciones internacionales.

De acuerdo a datos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se estima que;

Todos los Estados han ratificado al menos uno, y el 80 por ciento de ellos cuatro o más, de los principales tratados de derechos humanos, reflejando así el consentimiento de los Estados para establecer

⁸⁸ Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero..., *op. cit.*

⁸⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "¿Qué son los derechos humanos?", ACNUDH, 2018, <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y confiriéndole al concepto de la universalidad una expresión concreta.⁹⁰

El principio de universalidad ha ido evolucionando, hasta encontrarse inclusive 16 acepciones⁹¹ distintas para el aludido principio, por su parte la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que la universalidad hace alusión a que: "Todas las personas son titulares de todos los derechos humanos".⁹²

Por su parte la SCJN no ha profundizado en el desarrollo de dicho principio, simplemente se ha limitado a dar por sentado el contenido del mismo, invocando el precepto en sus jurisprudencias sin entrar a la interpretación correspondiente, de esa forma se aprecia el siguiente contenido en el Semanario Judicial de la Federación;

Si bien del precepto constitucional referido deriva la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo cierto es que ese compromiso se limita a que se ejerza dentro de la competencia de cada autoridad en particular.⁹³

No obstante, la Tesis Aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito se pronuncia al respecto de los principios derivados de las modificaciones del decreto de 2011, señalando lo siguiente: "i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional

⁹⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "¿Qué son los derechos... *op. cit.*

⁹¹ Véase: Carlos Iván Fuentes, "Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa", *Revista Cejil*, núm 2, año 1, 2006, pp. 69-77.

⁹² Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.*, Ciudad de México, 2017, www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf.

⁹³ Tesis: XXVII.3o. J/25 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, Libro 15, Febrero de 2015, p. 2256.

en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos”.⁹⁴

Concluiremos señalando lo propuesto por Villalba Bernié para determinar dicho principio; “Así la universalidad como principio, abarca a todos los derechos y a los titulares de los derechos humanos que sean inherentes a la condición humana, no pudiendo invocarse diferencias de regímenes políticos, sociales o culturales”.⁹⁵

2. Principio de Interdependencia

El principio de interdependencia refiere que “no hay mejores ni peores derechos, todos actúan interdependientes y relacionados entre sí, los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros, de tal manera que el reconocimiento de un derecho cualquiera, conlleva al ejercicio de los demás, como a que se respeten y protejan la multiplicidad de prerrogativas...”.⁹⁶

Por lo que respecta a la interpretación de la SCJN, sucede lo mismo que con el principio de universalidad, el mismo no ha sido desarrollado por las facultades interpretativas de la Corte, pero su uso es común en el contenido de criterios jurisprudenciales en diversos casos.⁹⁷

Nuevamente recurrimos a la Tesis Aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de

⁹⁴ Tesis: I.4o.A.9 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIX t. 3, abril de 2013, p. 2254.

⁹⁵ Villalba Bernié, Pablo Darío, *La Jurisdicción Supranacional de los Derechos Humanos*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ Tesis: XXVII.3o. J/25 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, Libro 15, Febrero de 2015, p. 2256.

los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente...⁹⁸

3. Principio de progresividad

El análisis correspondiente al principio de progresividad será extenso, en función de que dicho principio es parte importante de la base argumentativa para la configuración del derecho humano a la buena administración pública. En su momento se plantearán las premisas jurídicas para acreditarlo, por ello procedemos a la conceptualización desde diversas aristas.

Desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, el principio de referencia impone al Estado: "el deber de permitir el acceso a los derechos en forma progresiva y procesal, tomando como punto de partida la situación actual del Estado-Parte, que deberá regular en adelante y en forma escalonada, siempre a más, la plena efectividad de los derechos humanos."⁹⁹

En ese mismo sentido se pronuncia Vázquez Duplat;

...hace referencia a una tendencia manifiesta que se observa en la protección de los derechos humanos hacia la expansión de su ámbito de forma continua e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos como a la ampliación y eficacia de los procedimientos a través de los cuales se puede salvaguardar su vigencia...¹⁰⁰

En esta definición se aprecia la premisa propia de la irreversibilidad en los derechos humanos, considerando dos aspectos importantes a saber sobre los cuales recae la progresividad; a) el contenido y número de derechos protegidos y b) la ampliación y eficacia de los procedimientos de salvaguarda de derechos humanos. En otras palabras; aquello que se ha otorgado como derecho humano,

⁹⁸ Tesis: XXVII.3o. J/25 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, Libro 15, Febrero de 2015, p. 2256.

⁹⁹ Villalba Bernié, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁰ Vázquez Duplat, Ana María, "La Progresividad del Artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes: El aporte del Desarrollo de los Derechos Reproductivos en América Latina", *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, vol. 21, núm. 11, 2011, p. 177.

no puede ser arrebatado por el Estado, al contrario se tendrán que ampliar los derechos subjetivos y mejorar los procedimientos que los garantizan.

Este principio tiene un acucioso desarrollo en la doctrina, la jurisprudencia internacional del Sistema Regional Interamericano, así como en la facultad consultiva de la Corte Interamericana y diversos tratados internacionales. El foro local no se queda a la zaga, la SCJN se ha pronunciado al respecto, a continuación, verificaremos brevemente dicho desarrollo.

A. El principio de progresividad en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Para el año 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncia al respecto del principio de progresividad por vía de la jurisprudencia señalando lo siguiente: “Dicho principio, en términos generales, ordena ampliar el alcance y la protección de los derechos humanos en la mayor medida posible hasta lograr su plena efectividad, de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas.”¹⁰¹

Se encuentra en dicho criterio un sentido positivo y uno negativo en cuanto al principio de progresividad. El intérprete de la norma considera que el sentido positivo hace referencia inmediata al deber del Estado mexicano de ampliar el catálogo de derechos humanos, no sólo en cuanto número sino a tutela de los ya existentes. En sentido negativo, se encuentra la obligación de respetar el mínimo de derechos humanos exigidos por las normas contempladas tanto en la Constitución, como en los tratados internacionales, lo que se conoce como “no regresividad”.

Profundizando en la jurisprudencia referida, la SCJN hace una división más específica sobre las condiciones positivas y negativas del principio de progresividad;

a) Sentido positivo:

- a. Para el legislador: “la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos”.

¹⁰¹ Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, t. I, 20 de octubre de 2017, p. 189.

- b. Para el aplicador: “el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos”.
- b) Sentido negativo (prohibición de regresividad):
- a. Para el legislador: la prohibición expresa de “emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos”.
- b. Para el aplicador: la prohibición de “interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente.”¹⁰²

Destacamos el término utilizado por la SCJN, al referirse a los “aplicadores” de la norma, puesto que se verán obligados a interpretar siempre de manera amplia y considerando el catálogo de derechos humanos en extenso, esto permitiría la tutela del derecho humano a la buena administración por parte de los mismos.

Una nueva cuestión se presenta con respecto a si los Tribunales Administrativos se ven en la necesidad de aplicar criterios relativos al Derecho humano a la buena administración. Es sabido que su objetivo no es la tutela de libertades fundamentales, sino la vigilancia de los procedimientos administrativos que legitiman el actuar del Estado mediante actos administrativos. Adelantamos que sí es dable la verificación de dicho derecho, de ahí la importancia del principio de progresividad en la presente investigación. Atenderemos esta cuestión en el segundo capítulo de la presente tesis.

Por lo que respecta al legislador y de acuerdo a la jurisprudencia de la SCJN, el mismo debe evitar limitar los derechos humanos reconocidos previo a la emisión de nuevas normas, no obstante el principio de progresividad tiene sus límites. Esto

¹⁰² *Idem.*

es, el hecho de que el legislador no pueda limitar los derechos existentes no implica que el principio de progresividad sea ilimitado.

Clarificamos con un ejemplo; el Partido Verde Ecologista de México propuso al Congreso de la República el pasado 6 de junio de 2018 una “iniciativa para aplicar la pena de muerte a secuestradores, asesinos, traficantes de drogas y de personas, con el fin de prevenir y erradicar estos delitos en el país”.¹⁰³

En el caso de que el Congreso de la Unión admitiera dicha propuesta, se vulneraría de manera flagrante el artículo 1º constitucional en detrimento del principio de progresividad contenido en su párrafo tercero, toda vez que el artículo 22 del Pacto Federal contiene prohibición expresa de la pena de muerte, garantizando de esta forma el derecho humano a la vida.

Igualmente se vulnera lo pactado por la Federación desde el 30 de mayo de 2007, en el artículo primero del Protocolo a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, que claramente establece: “Los Estados Partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción.”¹⁰⁴

En la propuesta no se ha señalado argumentación referente a las causales de excepción, lejos de eso, solo se pretende vulnerar el principio de progresividad en detrimento del derecho humano a la vida, argumentando “altos índices de violencia” lo que no encuadra en ninguno de los supuestos presentados por la SCJN y que adelante se detallan.

No basta, como lo sugiere el Partido Verde, la modificación del artículo 22 de la Carta Magna o la “salida” de los tratados internacionales que prohíben la pena de muerte, ya que el derecho humano a la vida que restringe la pena de muerte fue acordado antes de 2018, por lo tanto, el legislador se topa con el límite impuesto jurisprudencialmente por la SCJN, y por el artículo 1º párrafo tercero. Legislar a

¹⁰³ Saldaña, Iván E. "Partido Verde presenta iniciativa de pena de muerte", *Excelsior*, 6 de junio de 2018, <https://www.excelsior.com.mx/nacional/partido-verde-presenta-iniciativa-de-pena-de-muerte/1243562>.

¹⁰⁴ *Protocolo a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte*.

favor de la propuesta implica una regresión al parámetro aceptado por México en materia de derechos humanos. Esto es a lo que se refiere la jurisprudencia cuando hace alusión a “actos legislativos que limiten...”¹⁰⁵ derechos humanos.

a. Los límites al principio de progresividad; excepciones.

El principio de progresividad establecido en criterios jurisprudenciales por la SCJN, no es absoluto, existen parámetros para restringir la progresividad e incluso admitir medidas regresivas. Derivado del análisis jurisprudencial proponemos dos categorías de análisis a las que nos referiremos como “excepciones al principio de progresividad”:

- a) Excepción por falta de recursos
- b) Excepción por contraste de derechos humanos

Ambas categorías tienen sus propios lineamientos y criterios argumentativos a efecto de garantizar una actuación apegada a derechos humanos por parte del Estado. Cabe señalar que las excepciones no están concatenadas, esto es, puede aplicarse una u otra según se presente el caso.

a.1. Excepción por falta de recursos

En primera instancia revisaremos la excepción por falta de recursos:

“Las acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y la tutela de un derecho humano sólo pueden justificarse sí”:¹⁰⁶

- a) se acredita la falta de recursos;¹⁰⁷
- b) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito;¹⁰⁸ y,
- c) se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano (y no cualquier

¹⁰⁵ Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 47, t. I, 20 de octubre de 2017, p. 189.

¹⁰⁶ Tesis: 1a./J. 87/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 47, t. I, 20 de octubre de 2017, p. 188.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ Tesis: 1a./J. 85/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 47, t. I, 20 de octubre de 2017, p. 189.

objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente, era mayor.

Esto es, para que las autoridades puedan exceptuarse del cumplimiento del principio de progresividad y superar los límites positivos impuestos por la Constitución, deberá argumentarse desde la perspectiva de los recursos y esfuerzos utilizados para garantizar los derechos humanos, si estos resultaren insuficientes, entonces se puede transgredir el principio y aplicarse regresividad.

Para estar en condiciones de actualizar el supuesto de excepción por falta de recursos en el principio de progresividad, deberán acreditarse los tres lineamientos propuestos por la Corte por parte de las autoridades, quienes evidentemente tienen la carga de la prueba, en el ejercicio de su actuar administrativo, legislativo o judicial.

a.2. Excepción por contraste

La segunda categoría de análisis, misma que hemos denominado excepción por contraste, tiene un origen igualmente jurisprudencial, se basa en los siguientes criterios de determinación:

Para que el Estado pueda disminuir la protección de un derecho humano deberá exceptuarse verificando que:

- a) dicha disminución tenga como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y¹⁰⁹
- b) Que la misma genere un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos.¹¹⁰

Nuevamente para la aplicación de la excepción por contraste, deben acreditarse ambos criterios. Resulta relevante mencionar que la excepción revisa de manera directa la tutela del derecho humano y realiza de manera súbita un

¹⁰⁹ Tesis: 2a./J. 41/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 42, t. I, 12 de mayo de 2017, p. 634.

¹¹⁰ Tesis: 2a./J. 41/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 42, t. I, 12 de mayo de 2017, p. 634.

contraste con la tutela de otro derecho humano, buscando de esta forma generar un equilibrio entre la protección otorgada a ambos.

Podría presentarse la objeción referente a si la aplicación de las excepciones, por falta de recursos y por contraste de derechos, vulnera el principio de interdependencia referido líneas arriba. Puesto que, al limitar derechos en favor de otros, el Estado decide qué derecho humano es más importante que otro de acuerdo a las medidas adoptadas por el mismo. La respuesta es categórica y en sentido negativo, no consideramos que la aplicación de las excepciones vulnere de manera alguna el principio de interdependencia.

La interdependencia en los derechos humanos se refiere a la importancia de todas y cada una de las libertades fundamentales, considerándolas a todas importantes por igual, mientras que la progresividad se refiere a la cantidad y particularmente al grado de tutela en los derechos humanos, sin hacer una prelación ordenada sobre la trascendencia de cada derecho humano.

Es por ello que las excepciones previstas vía jurisprudencial no vulneran el principio de interdependencia. Al aplicar las excepciones referidas, el Estado no decide qué derecho es más importante, sino que determina donde colocar los recursos de manera eficiente, generando grados equilibrados de tutela para diversos derechos humanos sin disminuir la importancia de ninguno.

En México la tutela a los derechos humanos de la mujer es privilegiada, incluso podría considerarse un caso de “inflación de derechos humanos”,¹¹¹ consideramos que el término más apropiado es el de ampliación de catálogo de derechos humanos. En el país se han creado tipos penales específicos para la protección de la mujer, por ejemplo, el Código Penal para el Estado de Tabasco en su artículo 115 bis incorpora la figura de “feminicidio”. Igualmente se han creado leyes federales como es el caso de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y su respectivo reglamento.

¹¹¹ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.* p. 35.

También se han creado instituciones diseñadas para la tutela de los derechos de las mujeres, como es el caso del Instituto Nacional de las Mujeres, cinco secretarías para la mujer en los estados de Chiapas, Coahuila, Guerrero, Michoacán y Zacatecas, 25 institutos estatales,¹¹² como es el caso del Instituto Estatal de la Mujer en Tabasco entre otros.

En materia internacional, en beneficio de las mujeres, se han firmado diversos tratados tales como: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, las Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer o el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.¹¹³

Es claro que el principio de progresividad ha permitido el incremento, no sólo cuantitativo de las libertades fundamentales de las mujeres, sino que se han ampliado los mecanismos de tutela de los derechos humanos para ellas, mediante la creación de organismos especializados para su protección.

Verifiquemos el contraste con el derecho humano a la buena administración pública, cuya nomenclatura, a nivel nacional, solo se encuentra incluida en la Constitución Política de la Ciudad de México, si bien existen elementos para determinar su existencia desde el bloque de constitucionalidad, no menos cierto es que el nombre del precepto no se encuentra en legislación federal.

En el plano internacional, encontramos la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, donde se destaca el derecho humano a la buena administración pública y se desarrolla su contenido, cabe señalar que dicha carta debe ser considerada como “*soft law*”, un concepto que se desarrollará en el segundo capítulo de la presente investigación.

¹¹² Instituto Nacional de las Mujeres, "Vida sin Violencia", *gob.mx*, 2018, <http://www.gob.mx/inmujeres/acciones-y-programas/vida-sin-violencia>.

¹¹³ Instituto Nacional de las Mujeres, *Compilación de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres.*, 4ª. ed., México, Instituto Nacional de las Mujeres, 2008, <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/48390/principalesinstrumentos.pdf>.

El desequilibrio entre la tutela a los derechos humanos de las mujeres y el derecho humano a la buena administración pública es evidente. En este escenario no se trata de determinar qué derecho es mayor o menor, sino referirse al parámetro de tutela de cada derecho, por lo tanto, si en determinado momento, el legislador o el aplicador invocaran la excepción de contraste, habría elementos suficientes para limitar el principio de progresividad, sin vulnerar el principio de interdependencia.

B. El principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Continuando con el estudio del principio de progresividad, nos referimos al articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.¹¹⁴

Como se refiere líneas arriba, los Estados Parte adquieren la obligación, tanto en el foro local como en el internacional, de adoptar medidas para alcanzar la efectividad de los derechos que deriven de los tratados internacionales propios del Sistema Interamericano, particularmente la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Deberán pues emplear los recursos con que cuenten, sea bien que se vean en la necesidad de modificar su legislación interna o cualquier otra forma adecuada.

Cabe destacar que la tutela propuesta por la Convención, no solo se limita a las medidas jurídicas para ampliar la protección de los derechos humanos, sino que se refiere de manera especial a las “providencias” económicas y técnicas, como

¹¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

garantes de la efectividad de las libertades fundamentales, providencias que el Estado tiene obligación de tomar en apego al referido artículo.

La Corte Interamericana no ha profundizado en el principio de progresividad mediante su jurisprudencia, si bien es cierto es un tema recurrente en diversas resoluciones, no menos cierto es que no existe un desarrollo interpretativo del concepto que supere lo contenido en el propio artículo 26 del Pacto de San José. Por lo tanto la Corte se limita a invocar el artículo sin detallar lo que se entiende por el mismo.

Se identifican dos jurisprudencias en las que se localizan interpretaciones al señalado precepto;

- a) Acevedo Buendía y otros vs. Perú
- b) Cinco Pensionistas vs. Perú

Sólo en dos Casos..., la Corte dedica al menos algunos párrafos al artículo 26 de la Convención – aunque en ambos casos desestimó pronunciarse sobre su alegada violación.¹¹⁵

En el caso “Acevedo Buendía y otros vs. Perú”¹¹⁶ la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuso que es exigible la observancia del artículo 26, haciendo una clara negación de que el precepto sea una “mera sugerencia política”, por el contrario el tribunal la considera una “norma imperiosa”. En este punto la Corte identifica dos dimensiones del principio de progresividad:

- a) La observancia de la progresividad; la misma se refiere al esfuerzo máximo de conseguir la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura como mediante la adopción de las providencias necesarias de manera progresiva.

¹¹⁵ Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 659.

¹¹⁶ Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

b) La negación de la regresividad: que en determinado momento contravendría el “espíritu del *corpus juris* de los derechos humanos”, dejando claro que las restricciones legales, no representan regresividad, motivo por el cual se puede argumentar que progresividad y restricciones legales pueden coexistir, sin anularse la una a la otra.

La mencionada jurisprudencia retoma el contenido del artículo 26 de la Convención para explicar que en efecto el principio de progresividad está sujeto a los recursos propios del Estado, siendo su cumplimiento una obligación esencial y no exclusiva:

...el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido...¹¹⁷

Es oportuno hacer mención que el principio de progresividad aplica para Derechos Civiles y Políticos (primera generación), lo que no es óbice para que el criterio se amplíe para la progresividad en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (segunda generación).

El anterior razonamiento de la Corte Interamericana deriva de la cita textual de la Sentencia del caso Airey vs. Irlanda de 1979, resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos;

Porque, si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha

¹¹⁷ *Idem.*

interpretación; no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.¹¹⁸

Más relevante para la ampliación del principio de progresividad hacia los Derechos Humanos de segunda generación, debe ser su inmediata correlación con el principio de interdependencia, motivo por el que no existe prelación o jerarquía alguna entre los Derechos Humanos de primera y segunda generación, es por ello que la Corte Interamericana considera exigible el cumplimiento del artículo 26 de la Convención Americana en ambos casos.

Por lo que respecta al caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, se aprecia el criterio de la Corte para hacer exigible el cumplimiento del artículo 26 de la Convención;

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.

148. Es evidente que esto último es lo que ocurre en el presente caso y por ello la Corte considera procedente desestimar la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el Perú, en el marco de este caso.¹¹⁹

El análisis de la Corte parte de la premisa de que los Derechos Humanos de Segunda Generación, tienen una dimensión tanto "individual como colectiva", y de

¹¹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Airey*, Sentencia de 9 de octubre de 1979, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165157>.

¹¹⁹ Corte IDH, "*Cinco Pensionistas*" vs. *Perú* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

acuerdo a su autonomía considera que la cobertura solo se puede medir en función del total de la población, por ese motivo desestima que dicho precepto haya sido violado por Perú.

Lo que es evidentemente un contrasentido, la Corte inicia su silogismo proponiendo que los Derechos Humanos de Segunda Generación tienen dos dimensiones, pero solo se constriñe a revisar su cumplimiento en la colectiva (conjunto de la población), dejando de lado la individual (cinco pensionistas).

Por lo que respecta a la invocación que la Corte realiza del pronunciamiento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de Segunda Generación, resulta relevante la opinión de Christian Curtis:

La cita que hace la Corte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, referida a la noción de progresividad tampoco capta adecuadamente la doctrina de ese Comité, que -como veremos infra- sostiene que en materia de derechos económicos, sociales y culturales existen obligaciones inmediatas, que la progresividad no significa absoluta discrecionalidad para el Estado, y que los derechos incluidos en el PIDESC pueden ser protegidos por mecanismos jurisdiccionales.¹²⁰

Invariablemente de las críticas a la resolución de la Corte con respecto a desestimar el alegado de violación al artículo 26 de la Convención, se aprecia que el desarrollo progresivo en los Derechos Humanos de Segunda Generación puede ser entendida como “la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general”.¹²¹

Cabe señalar que la exigibilidad del artículo 26 de la Convención resulta relevante para el presente estudio en atención a que el derecho humano a la buena administración pública deriva de la progresividad de los Derechos Humanos de

¹²⁰ Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *op. cit.*, p. 658.

¹²¹ *Idem.*

Segunda Generación dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En otras palabras, mediante la correlación del artículo 26 del Pacto de San José con el marco jurídico constitucional, así como los tratados internacionales que comprenden el derecho humano a la buena administración pública, se puede hacer exigible ante el estado mexicano el cumplimiento de este último precepto.

Para ello recurrimos a una revisión de los casos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha admitido a trámite, invocando el Desarrollo Progresivo, así como la ampliación de la Corte Interamericana hacia los Derechos Humanos económicos, sociales y culturales.

En el año 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el informe No. 25/18, relativo al Caso 12.428: "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesus y sus familiares.". La denuncia se presentó contra Brasil por diversas violaciones a Derechos Humanos, la Comisión encontró responsable al Estado por las siguientes:

...derechos a la vida, a la integridad personal, en relación con el deber de especial protección de la niñez, el derecho al trabajo, a la igualdad y no discriminación, a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 4.1, 5.1, 19, 24, 26, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana...¹²²

En el razonamiento de la Comisión Interamericana relativo a la violación al artículo 26 del Pacto de San José, se aprecia el reconocimiento de que no ha habido un gran desarrollo interpretativo en el sistema interamericano, particularmente en casos contenciosos, no obstante, tanto la Corte como la Comisión, se consideran competentes para conocer de dichos supuestos.¹²³

¹²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesus y sus familiares". *Informe No. 25/18, Caso 12.428*. Admisibilidad y Fondo, Brasil, 2018, párr. 175, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12428FondoEs.pdf>.

¹²³ *Ibidem*, párr. 127.

Reconoce también la Comisión Interamericana la complejidad de interpretar el multicitado artículo 26 de la Convención Americana, no obstante argumenta que la revisión a las violaciones del precepto debe analizarse en dos niveles:

- a) Primer nivel: Consiste en determinar si la violación resulta directamente “de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos”.
- b) Segundo nivel: Determinado el primer nivel, deberá revisarse si el Estado incumplió la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de tal derecho o aquellas obligaciones generales de respetar y de garantizar el mismo.

La Comisión también hace el reenvío al artículo 29 del Pacto de San José, en el cual se establece el principio *pro persona*, en virtud del cual podrá efectuarse una “protección de todos los derechos humanos reconocidos en las Constituciones de los Estados Parte, como en los instrumentos interamericanos o universales de derechos humanos ratificados por los mismos.”¹²⁴

El artículo 29 de la Convención Americana establece la manera correcta de interpretar la propia Convención, el tenor literal del precepto es el siguiente:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados

¹²⁴ *Idem.*

Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.¹²⁵

Se puede apreciar que la postura de la Comisión Interamericana deriva especialmente del inciso b) del citado precepto, permitiendo tanto a la Corte como a la Comisión, hacer efectiva la protección de Derechos Humanos, mediante una ampliación de la tutela correspondiente, tanto en el derecho doméstico como internacional.

Finalmente y para el caso que nos atañe, la Comisión identificó las siguientes obligaciones para los Estados parte de la Convención Americana, en lo relativo al artículo 26, en correlación con el 29, así como el 1.1. y 2 del mismo instrumento:

- a) obligaciones generales de respeto y garantía,
- b) aplicación del principio de no discriminación a los derechos económicos, sociales y culturales,
- c) obligaciones de dar pasos o adoptar medidas para lograr el goce de los derechos incorporados en dicho artículo y
- d) ofrecer recursos idóneos y efectivos para su protección.¹²⁶

También se destaca que, en dicha resolución la Comisión Interamericana hace un reenvío a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, de acuerdo a la correlación exigida en el artículo 26 de la Convención Americana, para atender

¹²⁵ Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos. •

¹²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Empleados de la Fábrica de Fuegos... *op. cit.*, párr. 134.

violaciones a derechos humanos, particularmente el derecho al trabajo consagrado en el artículo 45 de la Carta referida.

Tal razonamiento es importante en el desarrollo de la presente investigación, pues se utilizará un procedimiento análogo para proponer la exigibilidad del derecho humano a la buena administración pública, argumento que se desarrollará a profundidad en el apartado correspondiente. Igualmente se empleará la metodología de la Comisión Interamericana, para la revisión de la tutela del aludido derecho, partiendo del análisis de los dos niveles exigidos por ésta última.

Se considera de interés mencionar que, en el año 2018, se admitieron casos contra México utilizando razonamientos similares, e invocando el precepto normativo del artículo 26 de la Comisión Interamericana en favor del principio de progresividad, a saber los casos: "48 Trabajadores fallecidos en la explosión de la mina Pasta de Conchos"¹²⁷ y "Fernando Tovar Rodríguez".¹²⁸

La Comisión procedió a la revisión de derechos laborales, considerados de Segunda Generación, invocando los preceptos normativos contemplados en los artículos 26 y 29 del Pacto de San José, haciendo la correlación respectiva con la Carta de la Organización de los Estados Americanos, derechos que deben de tener una tutela progresiva y que el Estado mexicano está obligado a proporcionar.

Ante la posible objeción de que los criterios emitidos por la Comisión Interamericana no son de carácter obligatorio y por lo tanto resultan inaplicables para el caso mexicano, se debe señalar que, a pesar de carecer de fuerza ejecutoria, se constituyen como lineamientos guías, además de ser los razonamientos que se utilizan para admitir a trámite los diversos casos ante la Corte Interamericana, casos que posteriormente se resuelven por esta última instancia y

¹²⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "48 trabajadores fallecidos en la explosión de la mina Pasta de Conchos", *Informe No. 12/18*. Admisibilidad. México, 2018, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/MXAD178-10ES.pdf>.

¹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe No. 77/18. Petición 727-09. Fernando Tovar Rodríguez. México.» (2018), <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/MXAD727-09ES.pdf>.

que se vuelven criterio jurisprudencial ejecutable. Igualmente es pertinente mencionar lo señalado por Villalba Bernie, quien sugiere que tales resoluciones:

...tienen una evidente magnitud y portento desde el punto de vista jurídico, social y político, al que deberíamos agregarle el factor axiológico al contener un notorio valor moral...son valiosos aportes jurídicos que complementan e interpretan los derechos contenidos en el Pacto, y que deberían ser evacuados por los Estados, aunque sin el ímpetu de coercitividad como para equiparar la fuerza ejecutiva que tienen las sentencias de la Corte...¹²⁹

Aunado a lo anterior, la intención de incorporar los informes de admisibilidad de la Comisión Interamericana radica en que incorpora los razonamientos utilizados por dicha instancia para efecto de iniciar los casos correspondientes ante la Corte Interamericana, procedimiento que finaliza con la emisión de una sentencia coercitiva en contra de los Estados parte de la Convención Americana.

4. Bloque de constitucionalidad

En el presente estudio se ha decidido incorporar un acápite relacionado con el concepto de bloque de constitucionalidad, su relevancia radica en argumentar la existencia del derecho humano a la buena administración pública, desde las premisas del bloque constitucional.

Existe confusión con respecto al concepto de bloque de constitucionalidad, llegándose incluso a extremos que implicarían perder la supremacía constitucional, moviendo toda la tradición nacional de jerarquía normativa, colocando a los tratados internacionales por encima de nuestra Carta Magna. Lo que resulta un error de interpretación del concepto, por tales motivos se requiere una clarificación adecuada desde la academia.

Se ha considerado estudiar el multicitado concepto desde su origen francés, los aspectos claves de su evolución y su intrínseca relación con las categorías propias al control de convencionalidad de acuerdo a lo establecido por la Corte

¹²⁹ Villalba Bernie, *op. cit.* p. 473.

Interamericana de Derechos Humanos. Señalamos que es común encontrar confusión en los conceptos de bloque constitucional y control de convencionalidad, no obstante, debe hacerse la distinción epistemológica correcta, a efecto de tener mayor claridad en las categorías.

En continuidad se abarcará lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de tesis 293/2011, la cual en sus puntos resolutive incorpora el concepto bloque de constitucionalidad. También incluye dicha sentencia lo respectivo a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que se resolvió con una votación dividida.

A. El concepto de bloque de constitucionalidad

El concepto bloque de constitucionalidad o bloque constitucional es ampliamente discutido por la doctrina, pero se llega a elementos similares. En el presente trabajo, sostendremos la postura de que dicho bloque se refiere a una extensión de la constitución, esto es, aquellas normas que no se encuentran establecidas en la Carta Magna, pero que, se elevan a rango constitucional.

Analizaremos en primer término posturas genéricas del concepto, para luego revisar el bloque constitucional en el caso mexicano, en ese sentido partiremos de las siguientes premisas basados en el autor Cesar Astudillo:¹³⁰

1. El bloque constitucional es un conjunto de derechos caracterizados por su fundamentalidad formando así un único continente;
2. Es un bloque unificado de derechos invariablemente de la fuente que los reconozca;
3. Tales derechos contienen un valor constitucional, sin que se pueda distinguir preeminencia formal, en otras palabras, invariablemente de la fuente de los derechos, se les considera en el mismo rango.

Como se puede apreciar, el concepto doctrinal está enfocado al contenido del bloque, por lo que la discusión teórica versará sobre cuáles son los derechos o

¹³⁰ Véase: Cesar Astudillo, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México D.F., Tirant lo Blanch México, 2014.

normas que integran el bloque constitucional. El Dr. Cesar Astudillo limita la discusión al conjunto de derechos, no obstante habrá casos en los que también se incluyan en el bloque constitucional algunas normas, preámbulos de tratados internacionales o constituciones anteriores, que expliquen el contenido o extensión de derechos, sin contener el derecho de carácter sustantivo.

Luego entonces, la discusión en cuanto al bloque de constitucionalidad se centra en el contenido de dicho continente, de esa manera el autor Marcos Francisco del Rosario Rodríguez,¹³¹ expone que el concepto hace referencia al “conjunto de dispositivos normativos y jurisprudenciales”, incluidos principios y valores, que se elevan hasta el rango de supremacía constitucional, “fungiendo como parámetro de validez para todo acto y norma existente en un sistema jurídico”.

Esta es una definición genérica que trata de abarcar todo aquello que sin estar escrito en la constitución política de Estado que se analice, se eleva a rango constitucional. Lo que implica de manera directa que el contenido del bloque constitucional puede variar de nación en nación, luego entonces, resulta lógico afirmar que el contenido del bloque constitucional mexicano puede variar en relación con el país cuyo bloque se analice.

En resumen, la existencia del bloque constitucional versa sobre la posibilidad de elevar e integrar normas que no forman parte del cuerpo constitucional a la constitución, aunque el listado de tales normas varíe de nación a nación. En caso de implementarlo, cada país determinará el contenido de su bloque, de acuerdo a su historia constitucional y a las necesidades propias para mejor proveer derechos a sus gobernados.

Cabe señalar que la instauración del bloque constitucional no está limitado a la propia constitución como en el caso mexicano. Puede suceder que el origen del mismo no provenga forzosamente de la Carta Magna, por ejemplo, en el caso

¹³¹ Véase: Rodríguez, Marcos Francisco del Rosario, "El debate en torno al bloque de constitucionalidad o de Derechos Humanos como parámetro de validez y prevalencia de las restricciones constitucionales.", *Ex legibus*, núm. 1, 2014, <http://www.tirantonline.com.mx/tolmex/documento/show/1049828>.

francés el bloque queda establecido en una decisión del Consejo Constitucional, tema que se abordará en el siguiente apartado.

Por ejemplo, en el caso de España, el origen del bloque de constitucionalidad deriva de una decisión del Tribunal Constitucional de 1982, mediante el cual se establece el contenido de aquellas normas que sin estar en la constitución se elevan a dicho rango siendo estas:

- La constitución de 1987,
- Los Estatutos de Autonomía y
- Demás normas que definen las competencias entre el Estado y las Autonomías.¹³²

El caso nacional se parece al argentino o al colombiano, en donde el origen del bloque se encuentra en la propia Constitución, que sin utilizar el término, incorpora los principios por los cuales ciertas normas que no forman parte de la norma suprema, son elevadas al mismo rango, desarrollando el concepto “bloque constitucional” en la doctrina y jurisprudencia.¹³³

El artículo 1º constitucional establece lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...¹³⁴

Se puede concluir del anterior artículo que el bloque constitucional se conforma por todo lo contenido en la Carta Magna y por los derechos humanos contenidos en tratados internacionales. No se refiere exclusivamente a convenciones o declaraciones diseñadas con un enfoque en derechos humanos, sino también en tratados que sin ser exclusivos de la materia, contengan derechos.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Véase: Morales Morales, Alejandra Virginia *et al.*, "La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México", *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. 14, núm. 27, 2011, p. 140

¹³⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1o.

Se hace la aclaración de que no se refiere a cualquier tratado internacional, sino a los derechos humanos contenidos en ellos, esto implica que habrá casos en que el articulado de la norma internacional incluya algún derecho humano, y que el resto de la norma no contenga ninguno, en ese supuesto, solamente el derecho humano es elevado a rango constitucional, aunque el resto del tratado no lo sea.

Adelantamos que la reforma a la Carta Magna de 2011 no incluyó un cambio en la jerarquía normativa, la supremacía constitucional permanece intacta, puesto que por ficción de ley los derechos humanos contemplados en tratados internacionales se integran a la constitución, de ahí que se emplee la frase, “se elevan” a rango constitucional, sin que por ello los tratados se encuentren en el mismo nivel, el tema de la jerarquía normativa se profundizará en el análisis de la contradicción de tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cabe señalar que derivado del análisis de derecho comparado podemos proponer las siguientes vías por las cuales se implementa o da origen a un bloque constitucional, que como ya hemos referido puede variar:

- a) Vía constitucional: Esta vía se refiere a la implementación del bloque constitucional por disposición expresa en el texto de la Carta Magna del país respectivo. Esto es, se requiere que la constitución haga un reenvío a normas extra-constitucionales a los cuales se eleva al rango constitucional. Resulta evidente que la vía constitucional deriva de la actividad legislativa del Congreso o Parlamento de que se trate. Como hemos dicho con anterioridad, en el caso mexicano, el texto de nuestra norma suprema hace el reenvío a derechos humanos contenidos en tratados internacionales, así como los contenidos de manera formal en la constitución, ampliando entonces el continente de derechos humanos protegidos.
- b) Vía jurisprudencial: Entendiendo a la jurisprudencia como el resultado de la actividad jurisdiccional de tribunales constitucionales o cuasi constitucionales. En este supuesto se requiere que el tribunal constitucional del Estado respectivo, eleve a rango constitucional

normas que no se encuentran de manera formal en la constitución, ya sea que lo digan expresamente, o que mediante la resolución analicen la norma dándole prioridad sobre cualquier norma secundaria, haciéndolos de esta forma en norma suprema. En el caso español es evidente que el desarrollo del concepto se originó en doctrina, pero fue instaurado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de aquel país, encontrando una evolución y desarrollo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

- c) Vía híbrida: Esta vía implica elevar a rango constitucional normas que no se encuentran inscritas en el texto de la constitución por las primeras dos vías, esto es, que la constitución haga el reenvío respectivo a normas no escritas en la Carta Magna y que a su vez el resultado de la actividad jurisdiccional de los tribunales constitucionales eleve a rango constitucional normas que no se encuentran en el texto de la constitución. Cabe señalar que no se identifica alguna prelación u orden por medio de la cual se instaure el bloque, en otras palabras, no es necesario que primero sea la constitución y después el tribunal o viceversa, basta con que alguno instaure el bloque. Consideramos que este es el caso francés, pues en el origen fue el Consejo Constitucional (tribunal constitucional francés), quien instauró el bloque constitucional mediante la decisión 71-44 DC y posteriormente el congreso mediante una ley constitucional emitida por el parlamento francés, introdujo la Carta del Medio Ambiente de 2004.

Una aclaración importante con respecto a las vías de instauración del bloque, es que no se requiere que el texto de la constitución o de la jurisprudencia emitida por tribunales constitucionales diga literalmente “bloque de constitucionalidad” o similares, basta con que eleve formalmente una norma no escrita en la Carta Magna a ese rango.

Un apunte final al concepto del bloque de constitucionalidad para el caso mexicano, versará sobre la posibilidad de que una vez firmado un tratado internacional que contenga derechos humanos el mismo pasa a ser constitución, lo que genera la siguiente duda; ¿Qué sucede con esa norma en caso de que el país denuncie ese tratado? ¿Sigue siendo constitución?

Es nuestra opinión, que en el supuesto de que México denunciara un tratado internacional que contenga derechos humanos, el mismo dejaría de ser parte de la constitución en el momento en que se haga efectiva la denuncia, puesto que el artículo 1º de nuestra Carta Magna, refiere; “derechos humanos...en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”.

La razón es sencilla, en atención a que si México ya no es parte del tratado, el reenvío a tratados internacionales deja de ser efectivo. No obstante, la objeción¹³⁵ a esta propuesta es bastante seria y debe ser analizada; si se admite que basta la denuncia de un tratado internacional que contenga derechos humanos para que deje de ser constitución, se vulnera el principio de progresividad, permitiendo en automático la regresividad en la tutela de derechos humanos.

Esto es, una vez constitucionalizado un derecho humano contenido en norma internacional, no puede retirarse de la constitución en automático, pues se vulneran los principios contenidos en el artículo 1º de nuestra Carta Magna, particularmente el principio de progresividad, por tales motivos la denuncia no bastaría para que el país dejare de tutelar ese derecho.

Lo cierto es que estamos parcialmente de acuerdo con la objeción, efectivamente se vulneraría el derecho de progresividad, pero debe distinguirse que el hecho de que sea virtualmente imposible denunciar un tratado internacional que garantice derechos humanos, no implica que en caso de actualizarse el supuesto, el mismo siga siendo parte de nuestra Carta Magna. Primero deberá acreditarse la

¹³⁵ Rey Cantor, Ernesto, "El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, núm. 4, noviembre de 2006, p. 306.

invalidez de la denuncia para posteriormente volver a incluir estos derechos en la Carta Magna.

B. El origen francés del bloque de constitucionalidad

A continuación se revisará el fenómeno del que surge la doctrina del bloque de constitucionalidad, atribuido a Francia, el bloque surge por una decisión del Consejo Constitucional, mediante el cual analiza normas que no se encuentran contenidas en el texto de la Constitución vigente, elevándolas *ipso facto* a rango constitucional.

Fue el 16 de julio de 1971, cuando el Consejo Constitucional francés, emitió la decisión número 71-44 DC, mediante la cual resolvió la modificación a la ley del 1º de julio de 1901 relativa al contrato de asociación¹³⁶. En dicha resolución el Consejo reconoce que es probablemente una de “las primeras ocasiones – si no la primera – en que el consejo tiene ante sí la posibilidad de apreciar la constitucionalidad de una ley ordinaria...”,¹³⁷ ampliando sus facultades a cuestiones de fondo y no exclusivamente a cuestiones relacionadas con las competencias de los poderes públicos.

Esta resolución permite la llegada de un “nuevo modelo de justicia constitucional en Francia”.¹³⁸ Otros autores se refieren a la referida decisión como un “evento cuasi revolucionario”,¹³⁹ puesto que se considera que el Consejo que se había establecido constitucionalmente para proteger al gobierno contra eventuales usurpaciones del Parlamento, se había convertido en “protector de los derechos del ciudadano”.¹⁴⁰

¹³⁶ Consejo Constitucional, *Decisión No 71-44 DC*, trad. propia, 16 de julio 1971, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971-saisine-par-president-du-senat>.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Dávila S., Carlos Mario, "Los cambios constitucionales de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. Un análisis desde el punto de vista de la Teoría de la Revolución Jurídica", *Vniversitas*, núm. 126, 2013, p. 126.

¹³⁹ François Luchaire, "La décision du 16 juillet 1971", trad. propia, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 7, núm. 1991, 1993, p. 77.

¹⁴⁰ *Idem*.

Ante tales perspectivas se debe mencionar el antecedente respecto al origen de Consejo Constitucional. El tribunal constitucional francés fue instaurado mediante la Constitución de la 5ª República Francesa, promulgada en 1958. Su origen primigenio era el de convertirse en un “árbitro competencial”¹⁴¹ entre los poderes de la República. No obstante, mediante la decisión número 71-44 DC, el Consejo se establece como guardián de los “derechos de los particulares” introduciéndose al análisis del fondo en cuestiones constitucionales.

En la multicitada decisión 71-44 DC, el Consejo Constitucional estableció el bloque constitucional francés, aunque sin llamarle por su nombre, como ya se ha comentado no se requiere que utilice dicha nomenclatura. Si bien es cierto, el concepto del bloque se origina mediante esta decisión, la vía jurisdiccional no es la única que conforma el continente de derechos. Mediante ley constitucional del 28 de febrero de 2005, el Parlamento francés incluyó en preámbulo de su constitución a la Carta del Medio Ambiente de 2004,¹⁴² aumentando el continente de derechos agregando los de tercera generación.

Como se mencionó con anterioridad, la vía que origina el bloque constitucional francés es híbrida, pues incluye en primera instancia la vía jurisprudencial, mediante la decisión 71-44 DC del Consejo Constitucional y la ley constitucional de 28 de febrero de 2005, actualizando así la vía constitucional, pues derivado de la actividad legislativa del Parlamento se amplía el bloque.

Para revisar el contenido del bloque de constitucionalidad francés, es necesario delimitar los alcances de la decisión del Consejo Constitucional francés, a continuación listamos las normas que por ese motivo se consideran constitucionales:¹⁴³

¹⁴¹ Roberto Gustavo Mancilla Castro, "El bloque de la constitucionalidad local del Estado de Nuevo León y sus consecuencias en materia electoral y municipal", *Estudios de Derecho Constitucional Local*, de Manuel González Oropeza y David Cienfuegos Salgado, México, Laguna, 2011, p. 178, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3032/1.pdf>

¹⁴² Ospina Mejía, Laura, "Breve aproximación al 'bloque de constitucionalidad' en Francia", *Elementos de juicio: revista de temas constitucionales*, núm. 2, 2006, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10252/9336>.

¹⁴³ Véase: Conseil constitutionnel, *La Constitution*, 2019, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution>.

1. El contenido de la Constitución de 1958: es evidente que el contenido de la Carta Magna se considere parte del bloque por ser la norma vigente, incluido su preámbulo.
2. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de octubre de 1789: Norma considerada de suma importancia para el pueblo francés y que contiene la “ideología liberal de los revolucionarios”.¹⁴⁴
3. Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946: Señalando que solo se considera parte del bloque el preámbulo del documento, dejando sin efectos el resto del contenido de dicha carta magna.
4. Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República: En ocasiones estos se malinterpretaron, incluso al llegar al grado de ser “vagos y que se habían extraído sin apoyo del texto, de una manera discrecional -léase arbitraria-...”.¹⁴⁵ El autor Louis Favoreau explica que en realidad se trata de “elementos marginales”¹⁴⁶ del bloque. Es importante referir que los principios fundamentales no son sinónimo de principios generales de derecho o axiomas de derecho, a continuación referimos la lista de principios reconocidos por la ley y que sí forman parte del bloque:¹⁴⁷
 - a. Libertad de asociación
 - b. Libertad de enseñanza
 - c. Independencia de la jurisdicción administrativa
 - d. Derechos de defensa (en materia penal)
 - e. Libertades universitarias
 - f. Competencia exclusiva de la jurisdicción en materia de anulación de actos de la autoridad pública
 - g. Autoridad judicial guardián de la propiedad privada

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ Favoreau, Louis, "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, p. 52.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 53.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 62.

Es interesante analizar que los principios no se encuentran explícitamente contenidos en la decisión 71-44 DC, lo que en realidad existe es una “remisión simultánea”,¹⁴⁸ de modo que la decisión del Consejo Constitucional reenvía al bloque el preámbulo de la constitución de 1946, la que a su vez remite a los principios fundamentales.

Por otra parte, el contenido del bloque se amplía también por disposición del parlamento francés, al proponer una ley constitucional mediante la cual se incluye en el preámbulo de la constitución de 1958, la Carta del Medio Ambiente de 2004. “Su finalidad es la prevención y reparación de los daños al medio ambiente, así como la conservación de éste para las generaciones presente y futuras.”

Hemos empleado el término “ley constitucional”, mismo que merece ser definido, a efecto de entender mejor la vía híbrida con la que se origina el bloque de constitucionalidad francés: “Una ley constitucional es una ley de revisión de la Constitución que modifica, abroga o complementa sus disposiciones.”¹⁴⁹

En Francia existe el procedimiento de revisión de la Constitución y el proyecto de reforma se llama “ley constitucional”, de acuerdo al artículo 89 de la Carta Magna francesa, la también llamada revisión constitucional puede iniciar a solicitud del Presidente de la República:

Artículo 89. La iniciativa de revisión de la Constitución corresponde concurrentemente al Presidente de la República a proposición del Primer ministro y a los miembros del Parlamento.¹⁵⁰

Es nuestra consideración que una ley constitucional, es el equivalente a una reforma constitucional en México, podemos hacer el símil de la inclusión de la Carta del Medio Ambiente de 2004, con la reforma constitucional de junio de 2011, mediante la que se incorpora el bloque constitucional en el sistema jurídico mexicano.

¹⁴⁸ Ospina Mejía, Laura, *op. cit.* p. 192.

¹⁴⁹ Actu-Environnement, "Définition de Loi constitutionnelle", 2019, https://www.actu-environnement.com/ae/dictionnaire_environnement/definition/loi-constitutionnelle.php4.

¹⁵⁰ Constitución de 1958, artículo 89. Trad. propia.

Presentamos el siguiente cuadro comparativo entre los bloques de constitucionalidad correspondientes a México y Francia:

Normas que integran el bloque de constitucionalidad	
Francia	México
<ol style="list-style-type: none"> 1. Texto integral de la Constitución de 1958 2. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de octubre de 1789. 3. Preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946 4. Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República 5. Carta del Medio Ambiente de 2004 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Texto integral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2. Derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Tabla 1. Cuadro comparativo bloque de constitucionalidad Francia – México
Elaboración propia

Podemos apreciar que las premisas son similares, el bloque de constitucionalidad implica la ampliación del continente de derechos como si a la letra constitucional se insertasen, no obstante, el contenido puede variar. Señalamos que el bloque constitucional mexicano deriva de una reforma constitucional en materia de derechos humanos. Genera una mayor protección en esa materia, por lo tanto la integración de normas internacionales versa sobre aquellos que contengan estos derechos.

El bloque francés no deriva de una reforma constitucional en materia de derechos humanos, sino de necesidades distintas a las mexicanas, por lo tanto no coinciden en contenido. Si bien es cierto que coinciden en la protección de derechos humanos, hay ciertos derechos que no entran en esa categoría. Pongamos de ejemplo las libertades universitarias, las cuales no entran en la categoría de derechos humanos y tienen un desarrollo típico del entorno jurídico francés, esto es; tales libertades se encuentran perfectamente definidas por Francia, pudiendo variar de nación en nación.

En conclusión, el origen francés del concepto de bloque de constitucionalidad no está relacionado con el contenido, ni con una discusión de jerarquía normativa entre tratados internacionales y Carta Magna, sino que se enfoca en ampliar el

continente de derechos, humanos o no, para la comunidad francesa. Lo indiscutible es que el concepto se adopta para el caso mexicano no en cuanto al contenido, sino en cuanto al principio de elevar a rango constitucional normas no escritas en el texto de nuestra norma suprema.

C. Breve análisis del Bloque de Constitucionalidad en Colombia

El nacimiento del bloque de constitucionalidad en Colombia deriva de la “necesidad de interpretar el texto constitucional, proteger y salvaguardar los derechos fundamentales, sociales, económicos y políticos”,¹⁵¹ por parte de la Corte Constitucional, misma que nace con la Constitución Colombiana de 1991.

De acuerdo a la clasificación de las vías por las cuales se implementa el bloque de constitucionalidad, debemos comentar que el análisis realizado al caso colombiano, indica que la vía es jurisprudencial. En otras palabras, el bloque de constitucionalidad colombiano fue instaurado por la Corte Constitucional en el ejercicio de sus actividades jurisdiccionales.

Si bien es cierto, la Constitución de Colombia es el documento supremo que hace remisiones a tratados, no es clara en cuanto a jerarquías o rango constitucional, al quedar el texto sujeto de interpretación, la Corte Constitucional se ve en la necesidad de clarificar el punto.

A continuación, analizaremos las resoluciones de mayor importancia emitidas por el tribunal constitucional, iniciando por la C-225/95 emitida por la Corte Constitucional Colombiana el 18 de mayo de 1995,¹⁵² mediante la que se pone a juicio la preeminencia del artículo 4 de su constitución en contraposición a otras disposiciones tales como el 93 y 214 numeral 2 de la misma norma, puesto que la redacción de la Constitución no aclara cuál debe imperar.

El artículo 4 establece lo siguiente:

¹⁵¹ Suelt-Cock, Vanessa, "El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia", *Universitas*, núm. 133, 2016, p. 324.

¹⁵² Corte Constitucional, *Sentencia C-225/95*, 18 de mayo de 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>.

Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.¹⁵³

La Constitución mexicana establece preceptos similares en el artículo 1º constitucional y el 133, este último integra la expresión “Ley suprema”, mientras que el documento colombiano refiere “norma de normas”. En otras palabras, el artículo 4º de la Carta Magna colombiana establece la supremacía constitucional. Hasta este punto queda claro qué disposición está por encima de todas las demás. No obstante el artículo 93 genera polémica al establecer lo siguiente:

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.¹⁵⁴

En el primer párrafo se aprecia la intención de la Constitución de establecer una “prevalencia” en el orden interno de dos tipos de normas internacionales: a) tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, y b) los que prohíben la limitación de los derechos humanos en los estados de excepción.

Esta segunda parte del texto constitucional es la que inicia la polémica, parecería incongruente que el artículo 4 hablara de que la Constitución colombiana es “norma de normas” al tiempo que el numeral 93 del mismo documento refiere que los derechos humanos de tratados internacionales están por encima de las restricciones propias de la misma “norma de normas”.

Otro punto discutible en el mismo ordenamiento, es el principio de interpretación conforme (cuyo paralelismo encontramos en la Constitución mexicana en el artículo 1º). Los derechos humanos contemplados en la Carta

¹⁵³ Constitución Política de Colombia, artículo 4o.

¹⁵⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 93.

Magna colombiana deberán interpretarse de conformidad con los “tratados internacionales sobre derechos humanos”. Con esta redacción se generan las siguientes preguntas, ¿está la Carta Magna colombiana sujeta a lo establecido en los tratados internacionales? ¿Tiene mayor jerarquía el contenido de derechos humanos de los tratados internacionales que la Constitución Política de Colombia?

Por otro lado, el artículo 214 del mismo ordenamiento refiere lo siguiente:

Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

...

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos...¹⁵⁵

De acuerdo al artículo referido, el derecho internacional humanitario también escapa de los Estados de Excepción establecidos por Colombia, nuevamente la propia Constitución antepone el derecho internacional particularmente el humanitario por encima de sus restricciones.

Con motivo de la firma de aprobación del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin carácter Internacional (Protocolo II),¹⁵⁶ hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977, el 16 de diciembre de 1994, se inicia la discusión en la Corte Constitucional con respecto a cuestiones jerárquicas, puesto que el protocolo implica también humanitario internacional y derechos humanos contemplados en

¹⁵⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 94.

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-225/95, 18 de mayo de 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>.

tratados internacionales (artículo 214 numeral 2 de la Constitución Política de Colombia y 93 del mismo ordenamiento respectivamente).

Lo que derivó en la conceptualización del bloque de constitucionalidad para el caso colombiano, expresándose en los siguientes términos:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.¹⁵⁷

El ejercicio de la Corte Constitucional es determinante al establecer que la composición del bloque deriva de “normas y principios” que, sin estar incluidos de manera formal en texto de la Carta Magna, se elevan a rango constitucional al ser “utilizados como parámetros de control”. Destacamos igualmente la virtual “integración a la Constitución” de estas disposiciones por cualquier vía y mandato del texto de la “norma de normas”.

El desarrollo del concepto de bloque de constitucionalidad continuó siendo analizado por el máximo tribunal colombiano, mediante la Sentencia C-578/95 emitida el 4 de diciembre de 1995 la Corte Constitucional, en la que se establece lo siguiente:

Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma

¹⁵⁷ *Ibidem*.

que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior.¹⁵⁸

Una vez armonizado el contenido de los artículos 4, 93 y 214 numeral 2, la Corte Constitucional determina que las violaciones a las normas del bloque constitucional son equivalentes a vulnerar el “Estatuto Superior”, dejando claro a las autoridades de la República de Colombia el rango de los Derechos Humanos invariablemente de su fuente.

El caso colombiano es relevante, pues tiene diversos paralelismos con el caso nacional, aunado a que ambos países pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La diferencia entre los países analizados es la vía de instauración (el caso mexicano se instaura vía constitucional mientras que el colombiano vía jurisprudencial).

Para Colombia, la remisión a derechos humanos en contenidos tratados se encuentra en la Carta Magna al igual que en el caso mexicano, ambos han sido objeto de interpretación derivado de la duda en la jerarquía normativa y supremacía constitucional, ambos casos son específicos al diferenciar tratados de derechos humanos y tratados que contengan derechos humanos, siendo estos últimos los que prevalecen, abriendo la posibilidad a tratados como los de la Organización Internacional del Trabajo en cuanto a Derechos Humanos laborales.

Paralelismo entre los bloques de constitucionalidad		
Concepto	México	Colombia
Sistema de protección de Derechos Humanos	Sistema Interamericano de Derechos Humanos	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
Vía de instauración del bloque de constitucionalidad	Vía constitucional: Artículo 1º constitucional	Vía jurisprudencial: Sentencia C-225-95
Supremacía constitucional	Artículo 1º constitucional en correlación con el 133.	Artículo 4º constitucional
Rango Constitucional	Normas no escritas en la Carta Magna se elevan a rango constitucional	Normas no escritas en la Carta Magna se elevan a rango constitucional

¹⁵⁸ Corte Constitucional, *Sentencia C-578/95*, 4 de diciembre de 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>.

Contenido del bloque	a) El texto integral de la Carta Magna b) Derechos humanos contemplados en tratados internacionales	a) El texto integral de la Carta Magna b) Derechos humanos contemplados en tratados internacionales c) Derecho Humanitario
----------------------	--	--

Tabla 2. Cuadro comparativo bloque de constitucionalidad México - Colombia
Elaboración propia.

D. La contradicción de tesis 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Bloque de Constitucionalidad mexicano

Resulta importante para el desarrollo de la tesis en comento, la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 (CT 293/2011), mediante la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece los lineamientos correspondientes a la jerarquía normativa y la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La decisión resultó polémica por la redacción final de la misma, en la que se presentan posibles ambigüedades. Desde nuestra perspectiva tal ambigüedad puede ser fácilmente superada por un análisis integral del texto constitucional, así como invocando los votos razonados de los distintos ministros involucrados en la votación, a continuación, presentamos el texto de la resolución en ambos temas:

1. Las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá atender a lo que indica la norma constitucional.¹⁵⁹
2. La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para las y los jueces mexicanos, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a la persona.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Contradicción de Tesis 293/2011. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 96.

¹⁶⁰ *Idem*.

Revisaremos la primera parte de la CT 293/2011, destacando el contenido relacionado con el bloque de constitucionalidad, tema central del presente acápite. Por ello, no nos detendremos en la evaluación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos limitaremos a aceptar su contenido dejando las discusiones teóricas al respecto para futuros trabajos.

Retomando el tema central del acápite, la Suprema Corte inicia estableciendo que en el caso de los derechos humanos no se requiere hacer distinciones entre su fuente. Esto concuerda con el concepto de bloque de constitucionalidad, puesto que se trata de elevar a rango constitucional normas que formalmente no tienen ese rango, no obstante, por disposición de ley, ahora gozan de esa categoría.

Debe evitarse una discusión dicotómica, haciendo distinciones innecesarias con respecto a si el derecho humano es de fuente constitucional o convencional. Ambos tienen el mismo rango y no existe entre ellos una relación jerárquica, en todo caso la relación es constitucional, respetando la supremacía de la Carta Magna.

La jurisprudencia evidentemente presupone una discusión con respecto a la jerarquía de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, pero esta discusión resulta distinta de la jerarquía entre tratados internacionales y Constitución. Esta discusión se resuelve respetando la tradición jurídica nacional, en la que la máxima norma sigue siendo el Pacto Federal dejando a los tratados internacionales por debajo de la Carta Magna.

La respuesta se entiende partiendo de la premisa de que el bloque eleva a rango constitucional normas fuera del texto de la Carta Magna, por lo que los derechos humanos contenidos en tratados son ahora Constitución. Esto es, se elevan a rango constitucional, por lo que al ser parte del texto de nuestra norma suprema, dejan de considerarse tratados internacionales, en ese sentido se entiende el texto de la C.T. 293/2011 cuando refiere: "Las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos...".

No obstante, en el anterior avance en materia de derechos humanos se observa un aparente contrasentido. En el primer tema la Suprema Corte añade lo siguiente: “entendiendo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá atender a lo que indica la norma constitucional.”¹⁶¹

Esto parece indicar que invariablemente de la fuente, las restricciones constitucionales serían superiores a cualquier derecho humano contenido en un tratado internacional, de hecho, el único voto disidente en el tema, realizado por el Ministro José Ramón Cossío Díaz:

Mi segundo punto de disenso frente a la resolución finalmente aprobada por la mayoría del Tribunal tiene que ver con la aplicación real del criterio de jerarquía para relacionar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de que en la propia resolución se indique expresamente que este criterio no resulta aplicable. Si el párrafo segundo del artículo 1º dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional.¹⁶²

El Ministro Cossío establece en su voto que el criterio adoptado por el pleno, implica *per se* la aplicación de un criterio jerárquico para determinar la prevalencia de las restricciones constitucionales sobre los derechos humanos. De acuerdo a su criterio, nos encontramos en un caso argumentativo de principio de contradicción, una falla en la lógica de la jurisprudencia. Puesto que en primer lugar se establece la inexistencia de relación jerárquica entre los derechos humanos invariablemente su fuente, pero después se indica la superioridad de la jerarquía constitucional en las restricciones.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011.

Junto con el Ministro Cossío, algunos autores se muestran reacios a aceptar la redacción del primer tema de la CT 293/2011, incluso es común encontrar aparentes discrepancias entre la resolución de la contradicción de tesis y el principio *pro homine*:

Con lo anterior, es evidente que la interpretación de la Suprema Corte que ordena privilegiar las restricciones constitucionales por encima de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales es contraria y vulnera el principio *pro homine*, ya que no atiende a la protección más amplia, sino a un criterio de jerarquía constitucional, actualmente superado a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶³

Sin duda la preocupación inmediata es la posible vulneración al principio *pro persona*, puesto que se ordena privilegiar las restricciones constitucionales sobre derechos humanos, aparentemente se trata de la implementación de un criterio de prevalencia jerárquica, contrario a lo que la CT 293/2011, remite en sus primeras palabras con respecto a la inexistencia de relación jerárquica.

En un sentido similar encontramos la siguiente afirmación:

La palabra prevalecer por sí misma refiere a dar un valor de mayor importancia al texto constitucional que al contenido de un tratado internacional, se vuelve una regla en apariencia *a priori* de la manera cómo se entenderán y resolverán las restricciones dentro de la Norma Fundamental, aún cuando la misma jurisprudencia reconoce al mismo tiempo la conformación del parámetro de regularidad, por lo tanto es pertinente preguntarse también si en el reenvío normativo hacia otros órdenes utilizando la interpretación conforme y el *principio pro persona* quedarán desplazados o derrotados los derechos humanos ante una restricción expresa dentro de la Carta Máxima.¹⁶⁴

¹⁶³ Báez Corona, José Francisco, "Jurisprudencia de contrarreforma (CT: 293/2011)", *Diké*, núm. 15 2014, p.179.

¹⁶⁴ Prado López, Ángel Fernando, "Algunas aproximaciones teóricas en la dinámica de las restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos humanos dentro del bloque constitucional en México", *Ciencia Jurídica*, núm. 8, 2015 p. 106.

Es nuestra consideración que no se trata de una discusión con respecto a la jerarquía normativa, y que dicha discusión no se encuentra por encima del principio *pro persona*, puesto que dicho principio se encuentra incluido en el texto constitucional en el artículo 1º de manera expresa y por lo tanto es insorteable.

Distingamos la restricción al ejercicio de un derecho humano y la restricción a un derecho humano. Es bien sabido que ningún derecho humano es ilimitado, por lo tanto tiene sus respectivas restricciones, el artículo 1º.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales...cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.¹⁶⁵

La Carta Magna es clara en cuanto a la restricción al ejercicio de los derechos humanos, de acuerdo a las condiciones propias de la Constitución Política, recordemos que el bloque de constitucionalidad hace texto constitucional cualquier tratado internacional que contenga derechos humanos, por lo que las restricciones tendrán forzosamente que apearse al mismo Pacto Federal.

La interpretación jurisprudencial no puede apartarse del texto constitucional. Aunado a lo anterior las restricciones en un régimen democrático son naturales e inevitables, en ese sentido se pronuncia el voto concurrente del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena quien expresa lo siguiente:

... las restricciones expresas de naturaleza constitucional al ejercicio de los derechos humanos pueden tener dos causas posibles en un régimen democrático: a) ser el resultado de un ejercicio de ponderación propio del Constituyente de los mismos derechos humanos (las obligaciones generadas por dichos derechos suelen entrar en conflicto) y b) ser el resultado de un ejercicio democrático de ponderación entre determinados derechos y otros

¹⁶⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1o.

bienes constitucionalmente protegidos, como el régimen democrático, federalismo, división de poderes, etcétera.¹⁶⁶

El Ministro Ortiz Mena hace la distinción arriba mencionada y señala que la restricción es al ejercicio de un derecho humano, señalando que las restricciones derivan de un ejercicio de ponderación, proponiendo dos categorías adicionales, a) conflicto entre derechos humanos o b) ponderación entre derechos humanos y bienes constitucionales. Por lo que la interpretación del texto no es lejana a la tradición constitucional.

Por su parte la Ministra Olga Sanchez Cordero se pronunció en su voto concurrente, señalando que no se trata de una discusión jerárquica, sino que las restricciones no son otras que las del artículo 29 Constitucional o los límites propios de cada derecho:

Partiendo de la premisa de que, inicialmente la Constitución establece el goce de los derechos humanos reconocidos en la misma constitución y los tratados internacionales, y del principio *pro persona*, considero que la restricción o suspensión de los mismos, no implica una subordinación de los derechos fundamentales de fuente internacional, o que lleve a supeditarlos; sino más bien implica una remisión al artículo 29 de la propia Constitución General de la República, que refiere –principalmente– a supuestos excepcionales, siendo una norma de emergencia o estado de excepción, cuyo fin es la preservación misma del Estado; y no el de establecer un parámetro limitativo de los Derechos Humanos de modo general a los topes que establezca la propia constitución; pues parto esencialmente del establecimiento expreso del principio *pro persona*, y su efecto útil, tanto en su manifestación en el artículo 1° de la Constitución, como de su origen en diversos tratados internacionales.¹⁶⁷

Es nuestra consideración que no se trata de una discusión sobre jerarquía, sino que las restricciones al ejercicio de los derechos humanos son propias de los

¹⁶⁶ Engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011.

¹⁶⁷ *Idem*.

sistemas democráticos, aunado a que no cualquier texto en la Carta Magna, debe ser considerado como una restricción, deberá estudiarse caso por caso siempre a la luz del principio *pro homine*.

Diversos detractores al contenido de la Contradicción de Tesis 293/2011 centran su atención en las restricciones que establece al ejercicio de Derechos Humanos, al considerar que tales restricciones derogan *de facto* la mayor protección de éstos últimos, dejando de lado el principio *pro homine* que impera en todo el contenido normativo de la Carta Magna. Otro principio que se omite es el de progresividad, analizado líneas arriba.

El principio de progresividad haría prácticamente inválido cualquier intento de restringir Derechos Humanos o el ejercicio de los mismos, se tendrían que cumplir diversos supuestos para poder aplicar la regresividad, por lo que este candado constitucional impediría el abuso en las restricciones constitucionales.

Finalmente, nos parece pertinente revisar el contenido del razonamiento del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien fue el ponente en este criterio. El Ministro se refirió a la reforma constitucional de 2011 en los términos más elogiosos, al grado de consolidar un “nuevo paradigma constitucional” por lo que resulta lógico pensar que la decisión de la Corte no podría quedarse a la zaga, es por eso que el Ministro se pronunció en su introducción de la siguiente forma; “No es exagerado decir que se trata de una decisión histórica en muchos sentidos”.¹⁶⁸

El Ministro Zaldívar centra la discusión en una dicotomía analizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; derivado de la reforma constitucional de 2011, se debería interpretar dos supuestos; o los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales tenían rango constitucional, o seguirían siendo “derechos humanos de segunda categoría” con una tutela degradada.

El Ministro ponente describe en el engrose de la contradicción¹⁶⁹ de tesis que esta decisión implicó un consenso en la redacción de su contenido, puesto que se

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

enfrentaron distintas ideologías y criterios, lo que no podría ser pretexto para caer en un caso clásico de parálisis por análisis “mucho menos cuando el órgano colegiado del que se trata es un tribunal constitucional.”

En el multicitado engrose, el Ministro ponente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace un extenso análisis sobre las funciones de un juez constitucional, entre las que destacan la protección de la democracia en lugar de la revisión de los errores en el ejercicio de jueces de rango inferior, el llegar al consenso invariablemente de las perspectivas personales del derecho, entre otros temas de interés, que por cuestiones de delimitación en el tema que nos atañe, no sería metodológicamente correcto abordar.

El Ministro Zaldívar llega a tres conclusiones derivadas del consenso entre los jueces de la Suprema Corte:

- a) El catálogo de derechos humanos con rango constitucional se amplía, por lo que aquellos que estén reconocidos en tratados internacionales “son constitución”¹⁷⁰.
- b) El bloque de constitucionalidad es el “parámetro de control”¹⁷¹ de todas las normas y actos dentro del orden jurídico nacional, si alguno de estos contraría dicho parámetro, deben ser considerados inconstitucionales.
- c) Se extiende la protección de los Derechos Humanos, al instaurar la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Interamericana.

Para concluir su análisis, en el voto concurrente de la citada Contradicción de Tesis, el Ministro del Poder Revisor, discute la cláusula relativa a las restricciones expresa al ejercicio de los derechos humanos, llegando a las siguientes conclusiones:

- a) Los alcances de la cláusula se precisará caso por caso, en atención a la variabilidad de la técnica legislativa para la instauración de las

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ *Idem.*

restricciones y al discernimiento apropiado con respecto a si la disposición normativa es verdaderamente una restricción expresa.

- b) Se deberá atender de manera armónica lo existente en el texto de la Carta Magna, lo que incluye el artículo 1º constitucional con toda la fuerza de los principios relacionados a derechos humanos, particularmente el *pro persona*.
- c) Las restricciones operan históricamente como “reglas especiales o excepciones”, lo que forzosamente implica que la regla general es todo el contenido del derecho humano.

Coincidimos con los votos concurrentes en diversos sentidos, particularmente consideramos un argumento sólido, el hecho de que las restricciones deben de ponderarse a la luz del principio *pro persona*, un principio del que las autoridades no pueden escapar en el ejercicio de sus funciones, ni tampoco el Poder Legislativo.

Es nuestra opinión que el Ministro Zaldivar omitió reforzar su argumento con el principio de progresividad, también contemplado en el artículo 1º del Pacto Federal, por virtud del cual, resulta sumamente complicado establecer restricciones al ejercicio de los derechos humanos. La Contradicción de Tesis 293/2011, no es una carta abierta al autoritarismo, tanto como un reconocimiento democrático de soberanía nacional, en el que se admite a nuestra Carta Magna como norma Suprema.

Resulta igualmente importante el argumento en función de que no toda norma debe ser considerada como restrictiva del ejercicio de Derechos Humanos, sino casos específicos y excepcionales, tales como los contemplados en el artículo 29 de la Constitución, que en su momento acompañó los razonamientos de la Ministra Olga Sanchez Cordero.

Consideramos que la Contradicción de Tesis 193/2011 es una decisión importante, que confirma la importancia de los Derechos Humanos y de su rango constitucional, estableciendo así el bloque de constitucionalidad, ampliando el catálogo de Derechos Humanos a tutelar por parte del Estado Mexicano, poniendo

como regla general el contenido de las libertades fundamentales y reconociendo sus excepciones.

Por otro lado, aun en el supuesto de que las restricciones constitucionales sean sumamente invasivas de las libertades fundamentales, las mismas no podrían hacer totalmente nugatorios los derechos humanos, pues aún tendría que superar la barrera del *ius cogens*, a continuación, un breve listado de los derechos tutelados de acuerdo al Dr. Islas Colín:¹⁷²

- 1) la prohibición del genocidio,
- 2) el principio de inviolabilidad de los diplomáticos y de sus locales,
- 3) la prohibición de los actos de agresión, o el uso o amenaza de la fuerza,
- 4) la prohibición de la esclavitud,
- 5) el principio de igualdad ante la ley,
- 6) la prohibición de la discriminación,
- 7) la privación abusiva de la libertad,
- 8) la prohibición de la tortura,
- 9) el derecho a la autodeterminación de los pueblos y
- 10) los principios del Derecho Internacional Humanitario.

Finalmente se reafirma que la discusión no versa sobre jerarquía normativa, en la que los Derechos Humanos reconocidos en tratados internacionales son de inferior categoría con respecto de los contenidos en la Constitución. Esto es, no importa la fuente del Derecho Humano en cuestión, puesto que invariablemente serán considerados parte de la Carta Magna, por lo tanto aquellos que provengan de tratados internacionales o de la Constitución se encuentran sujetos a las restricciones del Pacto Federal.

¹⁷² Islas Colín, Alfredo, "Normas Imperativas de Derecho Laboral de los Derechos Humanos", *Perfiles de las Ciencias Sociales*, año 3, núm. 5, 2015, p. 19, <http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/2551/1/-988-840-A.pdf>.

CAPÍTULO TERCERO

LOS ESTÁNDARES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO PÚBLICO Y PRIVADO. SU RELACIÓN CON EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN.

En el siguiente capítulo se hará un análisis el derecho humano a la buena administración pública desde diferentes perspectivas, lo anterior para estar en posibilidades de conceptualizar de manera precisa a qué se refiere dicho término los alcances, límites y particularmente cuál es su naturaleza jurídica.

En el segundo acápite se iniciará haciendo una descripción de los antecedentes de la buena administración desde diferentes ciencias autónomas, lo que hemos denominado “enfoque multidisciplinar”. De ese modo se hará la revisión de la buena administración dentro de las ciencias administrativas, la administración pública y del derecho administrativo.

La confusión de dicho concepto y su uso indistinto en cada una de estas ciencias genera confusiones que requieren el discernimiento apropiado, evitando de ese modo anfibologías en la argumentación. Para ello haremos una evaluación de lo que significa en cada una de las ciencias, distinguiéndola de manera apropiada de las ciencias jurídicas.

Por lo que respecta a la segunda sección del acápite referido, se hará un análisis de la naturaleza jurídica de la buena administración. Se realizará una descripción acuciosa de la buena administración entendida como un principio general del derecho, como reglas de operación y un derecho humano. Para ello haremos una revisión de la clásica discusión Dworkin-Hart con respecto a los modelos jurídicos basados en reglas y principios.

Posteriormente se realiza una argumentación con respecto a los motivos por los cuales el sistema nacional debe considerar a la buena administración como un derecho humano autónomo, no solo desde un enfoque *ius* filosófico, sino

incorporando las premisas esenciales ius positivistas que exigen la exigencia del derecho aludido en un catálogo internacional.

Se finaliza la sección con un ejercicio apofático mediante el que se describe lo que no es la buena administración. Haciendo las debidas justificaciones de la incorporación de una herramienta propia de la teología en las ciencias jurídicas.

I. LA BUENA ADMINISTRACIÓN UN ANÁLISIS MULTIDISCIPLINAR

Iniciaremos el presente apartado, con una breve revisión del concepto de “Administración”:

Partamos de que la administración es un conjunto de conocimientos ordenados y sistematizados para explicar el comportamiento y actuación de las organizaciones, entendidas estas últimas como: Unidades sociales deliberadamente construidas o reconstruidas para alcanzar fines específicos.¹⁷³

El estudio de su evolución no es materia para el presente análisis, no obstante, debemos señalar el enfoque específico que la anterior definición hace sobre las organizaciones, esto es, la administración existe en función de la existencia de organizaciones. Es lógico concluir que en donde haya unidades sociales hay administración.

Nuevamente encontramos la relación entre organización y administración, agregando en esta ocasión la necesidad de una operación eficiente. Esto es, se requiere incorporar al actuar de las organizaciones elementos que permitan una operatividad eficiente. En otras palabras, que la organización logre hacer más con menos recursos.

La finalidad de dicha eficiencia puede variar de acuerdo al tipo de organización, por ejemplo, las empresas privadas necesitan gastar menos y

¹⁷³ Torres Hernández, Zacarías, *Teoría general de la administración*, México, Editorial patria, 2014, p. 10.

producir más, de ese modo podrán adquirir mayor rentabilidad de los recursos invertidos, esto es mayores ganancias. Por otro lado, las empresas públicas requieren gastar menos y ser más eficientes en el servicio público que prestan, de este modo se podrán garantizar los derechos a una mayor cantidad de población, derechos tales como: salud, vivienda, agua, electricidad, esparcimiento, entre otros.

La Administración es una ciencia que se incorpora en diversas ramas, podemos encontrarla tanto en la Administración de Negocios (Administración Privada), la Ciencia Política (Administración Pública), el Derecho y en toda rama donde se requiera el uso de organizaciones.

En ese sentido podemos afirmar que la administración se va especializando de acuerdo al sector en donde se requiera su aplicación, de esa forma irá desarrollando principios, valores y estándares de actuación de acuerdo a la naturaleza de las organizaciones (públicas o privadas).

1. La buena administración en la Ciencia Administrativa

En este apartado se revisará a la administración privada, tema central de la Ciencia Administrativa, la cual ha desarrollado una teoría general, misma que ha evolucionado y ha sido materia de diversos estudios:

Las teorías, las escuelas o los enfoques administrativos diversos hacen énfasis en el trabajo, en conjuntos humanos, en hombre y recursos, en contingencias, en entornos internos y externos, en el conocimiento o en cualquier otro factor. La administración estudia esa amplia gama de factores, precisamente para que la organización trabaje con las condiciones de aprovechar mejor todos sus recursos, de ahí la planeación, organización, integración, dirección y control.¹⁷⁴

Son diversos los temas que abarca la Ciencia Administrativa, su especialización ha ido variando en el tiempo, estudia desde la colocación de recursos, hasta las relaciones interpersonales de la organización, de la unidad

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 39.

social. La finalidad es aprovechar los recursos, por lo que revisa procedimientos desde la planeación de las actividades hasta la ejecución y control de las mismas.

Su evolución ha sido tal, que se han buscado enfoques holísticos para la administración de las organizaciones, de modo que se estudia el porqué de las organizaciones, fines, motivos, misión y visión de las mismas, de modo que sea sencillo alinear los esfuerzos dentro de la empresa y crear sinergias:

Las funciones y principios administrativos se consideran el resultado de la mixtura de diversas ciencias, las cuales conforman la teoría general de la administración, las ciencias administrativas han evolucionado al grado de determinar las siguientes funciones:

- Administración de las operaciones
- Administración financiera
- Administración de la comercialización
- Administración de la seguridad
- Administración de los registros
- Y las propiamente dichas funciones administrativas

Cada una de estas ramas, ha tenido su propio desarrollo y evolución dentro de la Ciencia Administrativa, al grado que las universidades han tenido que especializar a profesionistas con los perfiles correspondientes, de ese modo tendremos especialistas en administración financiera o en estrategia de operaciones, de comercialización o recursos humanos (aunque preferimos el término “capital humano”).

Resulta complejo y extenso abarcar todas las ramas que se han desarrollado dentro de la Administración. Por tales motivos nos enfocaremos en encontrar los elementos propios de la buena administración dentro de la ciencia referida, en ese sentido, se localizará en el desarrollo de la Teoría General de la Administración, lo

que se considera estándar de actuación de la organización, estándar que garantiza la operación óptima de las empresas.

Acompañaremos brevemente la evolución de la Teoría General de la Administración, tomando en consideración las siguientes fases:

1. Escuela tradicional, Frederick Wilson Taylor y la Ciencia Administrativa
2. Teoría clásica de la administración o proceso administrativo, Henri Fayol.
3. Época de los “gurús”, los distintos enfoques de la administración.

Cabe señalar que durante el desarrollo de la Ciencia Administrativa han existido distintos tipos de enfoques para las organizaciones administrativas, algunos pueden ser implementados mediante distintas estrategias, otros quedarán en el rango de las teorías, incluso algunas organizaciones implementan de manera simultánea prácticas y estrategias a efecto de colocarse mejor en el mercado.

Un elemento central en la discusión de las ciencias administrativas es el concepto de calidad, discusión que se aprecia particularmente en las fases contemporáneas. Las propuestas se enfocan en entregar el mayor valor a los clientes mediante controles estrictos de calidad. Generando entonces estándares de actuación, lo que transportado al mundo jurídico llamaríamos buena administración.

A. Escuela tradicional, Frederick Wilson Taylor y la Ciencia Administrativa.

Como hemos señalado con anterioridad, no se pretende en esta investigación agotar la evolución histórica relacionada con esta fase de las ciencias administrativas, no obstante, es relevante señalar, que la escuela tradicional fue la primera en proponer métodos, valores y principios para el mejor desarrollo de las organizaciones.

Tomaremos entonces el punto central relacionado con el estándar de actuación por parte en las organizaciones en la búsqueda de mejorar y optimizar sus procesos internos, de modo tal que se acredite la intención de generar los

principios de una buena administración. Dicha escuela enuncia 13 fines clásicos en la administración científica.

Dentro de tales fines, el que más interesa a la presente investigación es el tercero, el cual establece lo siguiente:

3. Ganar usando técnicas productivas y administrativas para evitar desperdicios; tener mayores ingresos por la energía material y humana para compartir mediante salarios y utilidades equitativos y más elevados con los trabajadores...¹⁷⁵

Estas técnicas productivas y administrativas son las que de manera primitiva dentro de la ciencia de referencia, permitirían establecer un estándar de actuación de las organizaciones que podría ser calificado de "bueno". El mismo principio establece como resultado del uso de tales técnicas, la obtención de mayores ingresos, mediante la optimización de los procesos internos y externos de la empresa.

Finalmente, el principio establece una cláusula de justicia social, al proponer que los ingresos generados por una buena administración deban repercutir en una mejora salarial, así como en un mayor reparto de utilidades para los trabajadores. Circunstancia que beneficia a la empresa, al generar un vínculo empresa-trabajador (lealtad), así como un incentivo directo en la productividad de los empleados, lo que también debe ser considerado como una práctica derivada de un estándar de actuación organizacional.

B. Teoría clásica de la administración o proceso administrativo, Henri Fayol.

Continuando con la evolución de las ciencias administrativas, se debe destacar el trabajo de Henri Fayol, fundador de la teoría clásica de la administración, también conocido como el proceso administrativo. El desarrollo de esta teoría implicó mayores avances en cuanto a metodología, y desarrollo de los conocimientos en la administración.

¹⁷⁵ George, C.S. y Álvarez, L., *Historia del pensamiento administrativo*, 2a. ed., México, Pearson Educación, 2005, p. 86.

Henri Fayol, determina 6 funciones básicas en la administración, a continuación se enlistan:

- Técnicos
- Comerciales
- Financieros
- Contables
- De seguridad
- Administrativos¹⁷⁶

Fayol especializa el conocimiento y sistematiza las áreas de *expertise*, desarrollando así una mayor comprensión de los procesos administrativos, y la de la creación de sinergias dentro de la organización mediante una coordinación adecuada de estas áreas. La administración avanza de ser un grupo de fines hacia un sistema de operaciones organizacionales coordinadas.

Por lo tanto, si cada una de las operaciones requiere de una capacidad especial, y cada capacidad requiere un conjunto de cualidades y conocimientos, nos encontramos ante la super especialización de las áreas para una mejor administración para la empresa. De modo que las personas se capacitan para aportar su conjunto de cualidades dentro de la organización, generando entonces personal especializado en las distintas áreas.

La función administrativa es la más humana de todas, lo que obliga a la empresa a generar mejores relaciones entre el personal interno, así como la correcta identificación de las capacidades y cualidades de cada uno de sus empleados, para colocarlos en la posición en donde puedan desempeñarse mejor y ser más productivos.

Es nuestra consideración que la administración pública sería más eficiente si tuviera procedimientos claros y objetivos de reclutamiento de personal, situación que debería ser obligatoria en empresas productivas del estado, particularmente en

¹⁷⁶ Chartered Management Institute, *Henri Fayol Planning, Organisation, Command, Coordination, Control Thinker*, Chartered Management Institute, 2014, p. 2.

los cargos de direcciones generales. Se requiere en tales puestos, de personal con experiencia y conocimientos técnicos que permitan una mayor productividad y un mejor liderazgo. Es común encontrar en estas empresas, personal que no tiene el perfil adecuado para las plazas relevantes, lo que es un error de acuerdo a los principios propuestos por la teoría de Fayol.

Finalmente, la Teoría Clásica ha diseñado un modelo en el cual coexisten 14 principios y 5 elementos en el manejo empresarial. Teoría General de la Administración, encuentra en estos principios un estándar de actuación para las empresas, en otras palabras, una buena administración. No obstante, esta teoría ha sido duramente criticada por los autores presentando objeciones relacionadas con el carácter de los principios, incluso se han expresado en términos que denigran su carácter hasta el grado de reducirlos a “proverbios”:

La mayoría de las proposiciones que hoy conforman el cuerpo de la teoría administrativa, comparten, desafortunadamente, el defecto de ser proverbios. Prácticamente para cada principio se puede encontrar uno contrario igualmente plausible y aceptable. Aunque los dos principios conducirán exactamente a recomendaciones organizacionales opuestas, no existe nada en la teoría que indique cual es el propio para aplicar.¹⁷⁷

Cabe señalar que los principios jamás fueron presentados como aplicables a todas y cada una de las situaciones que se pueden generar en una organización, lejos de ello, la teoría sugiere que los principios obedecen las siguientes reglas:¹⁷⁸

- Son flexibles y susceptibles de adaptarse a todas las necesidades
- Se trata de saber utilizarlos
- Es un arte difícil que exige inteligencia, experiencia, decisión y mesura, esta última es una de las cualidades principales del administrador.

¹⁷⁷ Herbert A., Simon, "The proverbs of administration", trad. propia, *Democracy, bureaucracy, and the study of administration*, Routledge, 2018, p. 53.

¹⁷⁸ Torres Hernández, *Teoría general...*, cit, p. 104.

Por lo tanto, tales principios nunca han pretendido ser limitativos, simplemente son los que han ayudado a mejorar la actuación de las distintas empresas en diferentes escenarios. La flexibilidad de los mismos permite emplearlos en la medida que funcionen, por lo tanto el número de principios puede ser ilimitado, tanto como la creatividad humana. Los principios deben ajustarse a los modelos de negocio, modelos que derivan de la innovación tanto tecnológica como administrativa.

Un ejemplo sencillo es el negocio de las cucharas, una sencilla revisión nos permitirá advertir que no se venen cucharas de la misma forma que se hacía en los años 50, o 60, ni si quiera que en los 90. Las nuevas plataformas digitales han permitido nuevos canales de distribución, la ingeniería ha permitido el uso de nuevos materiales en la elaboración del producto, los tamaños de las cucharas varían de acuerdo a las distintas necesidades de los usuarios, lo que genera un rediseño en la ingeniería de costos. Es en medio de esta vorágine de cambios en la que se deben adaptar los principios administrativos, por lo tanto es lógico que incluso se lleguen a generar nuevos principios, como se refirió líneas arriba, no hay más límites que los propios de la innovación.

Con la presentación de estos principios en nuestra investigación, se acredita la existencia de un estándar de actuación de las organizaciones, una búsqueda constante por la mejora de los procesos internos y externos de la empresa, lo que en el universo jurídico se denomina buena administración.

C. Época de los “gurús”, los distintos enfoques de la administración.

Cerraremos este apartado con el estudio de algunos autores relevantes en la evolución de las ciencias administrativas, estos autores propusieron distintos modelos para la incorporación de estándares de actuación organizacionales, se desarrollaron distintos temas de relevancia: entrega de valor al cliente, la planeación estratégica, la administración estratégica, el liderazgo y la calidad en todos los aspectos de la empresa.

Desde 1970 hasta finales de la década de 1990 surgió un grupo de pensadores conocido, no siempre de manera halagüena, como los “gurús”.

Tal nomenclatura se refiere a los escritores populares e influyentes, ...diseminaron ampliamente ideas acerca de la administración y se convirtieron, al menos por un tiempo, en nombres de uso común en los círculos administrativos.¹⁷⁹

Estos autores recibieron fuertes críticas puesto que basaron sus investigaciones en algunos casos en particular, pero con poco contenido científico o académico. Extrapolando algunos casos de éxito en norma genérica para cualquier caso que se les presentara. Algunos de estos gurús fortalecieron sus argumentos mediante investigaciones apropiadas y la implementación de sus teorías y técnicas en algunas organizaciones adeptas a sus ideas.

Esta fase del desarrollo de la administración tiene una evolución dispersa, pues al tiempo que un autor proponía algo, otro gurú presentaba sus ideas, por lo tanto, la cronología carece de periodos puntuales de término y conclusión. Lo cierto es que se tiene registro de los más influyentes y sus propuestas para estandarizar el actuar de las empresas.

Iniciaremos estudiando la gestión de la calidad, la que tuvo tres momentos relevantes:¹⁸⁰

- Control de la calidad (1910-1950)
- Aseguramiento de la calidad (1950-1980)
- Calidad Total (traslapa con 1980-hasta finales del siglo XX)

Dos de los autores más importantes en la fase de los gurús, cuyas ideas influyen aún hoy, fueron Deming y Juran, aún no se tienen datos acerca de la extensión exacta de la influencia de ambos autores.¹⁸¹

Estos autores se centraron en el desarrollo del concepto de calidad, aunque tomaron caminos ligeramente distintos en el desarrollo del mismo:

¹⁷⁹ Witzel, Morgen y Cruz Martínez, Carlos Alberto, *Historia del pensamiento administrativo*, México, Editorial patria, 2014, p. 358

¹⁸⁰ Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 344.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 366.

...Juran afirmó que la “calidad” debía definirse como “adecuación para el uso”. No importa qué tan bien diseñado y altamente elaborado sea el producto, si el cliente no recibe lo que espera, entonces el producto no es de calidad. Esto no significa lujo, solo que el producto cumpla con las necesidades del cliente.¹⁸²

Para J.M. Juran la calidad no depende exclusivamente de la percepción que el cliente tenga del producto al momento de recibirlo, no obstante, cubrir las expectativas del mismo es un factor a considerar para calificar a un producto de tener buena calidad. Para llegar a una entrega, que cumpla con lo que el cliente espera, la organización deba operar de manera ágil y óptima, ofreciendo lo mejor de acuerdo a su mercado meta. La empresa debe conocer a su cliente, lo que le implica un esfuerzo de inteligencia y mercadotecnia, una vez adquirido este conocimiento, debe ajustar sus procesos hasta lograr entregar lo que el cliente requiere.

Por tales motivos no podemos reducir la calidad exclusivamente a la percepción del cliente, pues muchas veces los clientes no son especialistas en el área donde la empresa se desarrolla. Es por ello que aún después de haber cubierto la necesidad del cliente, nos podemos encontrar con clientes insatisfechos. Poner la calidad de un producto en la subjetividad del cliente, puede traer conflictos, puesto que cada cliente tendrá expectativas distintas, generando problemas en el escalamiento del producto, impactando a final de cuentas en los gastos de operación. Se prefiere un ejercicio de innovación en el desarrollo de productos para llegar a un espectro más amplio, pero insistimos en que no se debe poner en la subjetividad del cliente, sino en el cumplimiento de sus necesidades.

Juran desarrolló una Trilogía en las que se resumen las tres funciones principales de la gestión de la calidad:¹⁸³

I.Planeación de la Calidad

¹⁸² *Ibidem*, p. 367.

¹⁸³ Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 480-481.

El Plan de acción involucra el desarrollo de productos, sistemas y procesos necesarios para conocer y superar las expectativas de los clientes. Los siguientes son los pasos requeridos:

1. Identificar al cliente
2. Descubrir las necesidades del cliente
3. Desarrollar los sistemas y procesos que permitan a la organización producir esas características.
4. Desplegar los planes en operaciones.

II. Control de la Calidad

1. Definir las materias u objetos por controlar
2. Establecer los estándares de desempeño y las unidades de medida
3. Evaluar el desempeño actual de la calidad
4. Comparar el desempeño con las metas
5. Actuar para eliminar la diferencia entre desempeño y metas.

III. Mejora de la calidad

1. Desarrollar las condiciones necesarias para realizar mejoras anuales de calidad.
2. Identificar las áreas específicas con necesidades de mejora e implementar proyectos de mejora.
3. Establecer un equipo de proyecto con la responsabilidad de que los proyectos de mejora se cumplan.
4. Proveer a los equipos con los recursos necesarios para estar en aptitud de diagnosticar problemas, determinar sus causas y establecer controles que preserven los logros.

La mejora no solo es incremental, sino incluye lo que Juran llama *break-through process*, que es la actividad analítica (basada en datos mensurables) que rompe con prácticas ineficientes y posibilita niveles de calidad de actividades y productos sin precedentes.

La actividad analítica señalada al final de la anterior cita, rompe cualquier vestigio de subjetividad, pues al tener a la mano datos mensurables, los criterios para evaluar la calidad se vuelven objetivos y por lo tanto, permite mejores prácticas, cambios en procesos y como la fase final indica una mejora en la calidad de productos y servicios.

Otro autor clave en el desarrollo de la gestión de calidad fue W.E. Deming, pensador clave en el desarrollo del aseguramiento de la calidad:

Para Deming, la calidad también era más que solo un conjunto de técnicas de control de calidad y estandarización. La calidad tendría que volverse un modo de pensar, adoptado por toda la compañía.¹⁸⁴

Deming considera que todos los miembros de la empresa deben cambiar su modo de pensar, esto es, culturizarse en el sentido de adoptar la calidad en toda la jerarquía de la organización, generando una calidad integral, en todas las fases, desde la planeación, hasta la entrega del producto y retroalimentación por parte del cliente.

Es responsabilidad de la administración elaborar un sistema de calidad que pudiera funcionar y luego asegurar que todo el personal se comprometería a hacerlo funcionar.¹⁸⁵

De acuerdo a Deming, los responsables de integrar un sistema de calidad funcional y de implementarlo, son los administradores de la empresa. Podemos apreciar no solo la estandarización del actuar de la administración, sino la culturización de los trabajadores, la vanguardia en la integración es competencia primordial de la gerencia, pero responsabilidad de todos los miembros.

¹⁸⁴ Witzel y Cruz Martínez, *Historia del pensamiento administrativo...*, cit., p. 367.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 368.

Los 14 puntos de Deming para la Calidad Total tienen un énfasis fuerte en el cambio de la organización. El rol de la gerencia al guiar el proceso de cambio es de dominante importancia.¹⁸⁶

Deming resumió sus puntos de vista en sus famosos Catorce Puntos:

1. Crear constancia de propósito.
2. Adoptar una nueva filosofía de liderazgo y propósito.
3. Terminar con la dependencia en la inspección para lograr la calidad; construir calidad en el producto, en primer lugar.
4. Terminar la práctica de premiar a la empresa sobre la base del precio; considerar el costo total de la buena y la mala calidad.
5. Acometer mejora continua de la producción y el servicio.
6. Instituir la capacitación en el trabajo.
7. Instituir el liderazgo.
8. Desterrar el miedo; capacitar a todos para trabajar de manera efectiva en la empresa.
9. Romper las barreras entre los departamentos.
10. Eliminar slogans, exhortaciones y objetivos.
11. Eliminar estándares de trabajo, cuotas administración por objetivos y administración por números, y reemplazarlos con liderazgo.
12. Remover las barreras que eliminan en los trabajadores el orgullo en su trabajo, tanto en el nivel del taller como en la administración.
13. Instituir un riguroso programa de educación y auto mejora.
14. Poner a trabajar a todos en la empresa para lograr la transformación.¹⁸⁷

En los puntos citados, se puede apreciar como la capacitación se vuelve un tema central en la empresa, lo que es consistente con su premisa de que todos deben adoptar el pensamiento de calidad, la vía para incorporar dicho pensamiento

¹⁸⁶ Editorial Quality and Reliability Engineering International, "Giants of Quality—W. Edwards Deming", trad. propia, *Quality and Reliability Engineering International*, vol. 28, núm. 3, 2012, p. 247.

¹⁸⁷ *Idem*.

es sin duda el empoderamiento del empleado mediante una adecuada instrucción, así como una culturización efectiva.

Palabras como liderazgo, trabajo en equipo, sinergias, compromiso, parecen ser territorio común en las ciencias administrativas, por lo que podría considerarse que en realidad Deming, solo está sistematizando los principios de la teoría general de la administración. No obstante, sus aportaciones fueron relevantes y significativas, así como su implementación en las organizaciones privadas.

A pesar del aparente efecto que el método de gerenciamiento de Deming ha tenido en la práctica gerencial en todo el mundo, hay muy poca investigación empírica que sostenga su efectividad más allá de evidencia anecdótica.

Esto es en parte porque no se ha presentado una teoría que describa, explique y prediga el impacto del método de gerenciamiento de Deming, que guíe el progreso de la investigación empírica; tampoco su contribución teórica ni su base teórica se ha articulado.¹⁸⁸

Resulta evidente que el método de Deming ha sido influyente, no obstante no se ha apreciado su efectividad. Esta investigación no pretende descalificar las teorías del multicitado autor, lo que se pretende es demostrar cuáles han sido las propuestas para mejorar el actuar de las organizaciones.

Continuando con las aportaciones de los gurús, revisaremos las aportaciones relacionadas con la planeación estratégica:

Característico y particular de la escuela de planeación fue el profesor de la *Harvard Business School*, Keneth Andrews, cuyo *The Concept of Corporate Strategy* se convirtió en un libro de texto estándar. Andrews describía la estrategia corporativa como “el patrón de decisiones en una empresa que determina y revela sus objetivos, propósitos o metas...”

¹⁸⁸ C. Anderson, John y Rungtusanatham Manus, "A theory of quality management underlying the Deming management method.", trad. propia, *Academy of Management Review*, vol.19, núm 3, julio de 1994, p. 173.

Kenichi Ohmae otro autor reconocido en materia de planeación estratégica, pensaba que la estrategia era un arte y no una ciencia “un proceso de pensamiento que es básicamente creativo e intuitivo más que racional...”¹⁸⁹

Derivado del trabajo de estos autores, la escuela americana sentó las bases para el desarrollo de la administración estratégica. Compilando un grupo de decisiones que permitiría a la empresa posicionarse en el mercado con diferenciadores en sus productos y servicios.

Estas opciones estratégicas funcionan en torno a una competencia contra otros operadores del mercado, por lo tanto, se desarrollan distintas técnicas para ganar la preferencia de los clientes y así lograr posicionarse como la mejor opción para los usuarios.

La administración estratégica sirve para:

- Al llevarla a cabo de manera efectiva, lograremos que las empresas se desarrollen como un proceso de mejora continua.
- Básicamente la administración estratégica es un proceso ampliamente utilizado para planear, organizar, ejecutar y controlar el desarrollo y consolidación de las organizaciones
- Es la manera de ubicar el presente y futuro, con fortalezas y oportunidades de actuar sobre éstas.
- Es la ciencia, técnica y arte que nos ayuda a actuar con efectividad para lograr el éxito en las organizaciones.
- Integrar y desarrollar con eficiencia y eficacia los recursos de la empresa.
- Ejercer un liderazgo estratégico y lograr una ventaja competitiva sostenible.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Witzel y Cruz Martínez, *Historia del pensamiento administrativo...*, cit., p. 378 y 380.

¹⁹⁰ Luna González, Alfredo Cipriano, *Administración estratégica*, México, Editorial Patria, 2014, p. 75.

Sin duda alguna, la administración estratégica eleva los niveles en cuanto a estándar de actuación se trata. Incorpora elementos de calidad total, de estrategia de operaciones, inteligencia de mercado, colocación adecuada de recursos, manejo correcto de capital humano, ingeniería de costos, entre otros temas centrales, el punto de todo es incorporar las mejores prácticas en todos los procesos administrativos, teniendo un conocimiento pleno al interior de la organización, como externo en términos de mercado, industria y cliente.

Un término recurrente en la administración estratégica es la ventaja competitiva, siendo el gurú del tema Michael Porter, profesor investigador en la Universidad de Negocios de Harvard, retomaremos los puntos centrales de sus aportaciones, partiendo del modelo de “cinco fuerzas”:

El modelo de las “cinco fuerzas” establecía las fuerzas que modelaban la competencia dentro de una industria dada del mercado; el riesgo de una nueva entrada de otros competidores, el grado de competencia entre competidores establecidos, el poder de negociación de los compradores, el poder negociación de los proveedores y la amenaza de productos sustitutos que pudieran hacer los productos propios obsoletos. Porter ofrecería opciones estratégicas genéricas, dependiendo de si la empresa deseaba centrarse en productos particulares y encontrar nichos de mercado, o bien apelar a los mercados masivos.¹⁹¹

El modelo de Porter propone analizar todas las áreas de la industria en la que se desarrolle la organización, un estudio tanto interno como externo de la empresa, tomando en consideración principios tanto administrativos como económicos. Porter no deja nada fuera del análisis de competitividad de la empresa, para este gurú todo cuenta, incluso su posicionamiento geográfico:

Existen tres elementos cruciales en las aportaciones de Michael Porter, particularmente en su definición de competitividad:

¹⁹¹ Witzel y Cruz Martínez, *Historia del pensamiento administrativo...*, cit. p. 383

- Competitividad: se refiere a la productividad que una empresa puede tener en determinado lugar (localización).

Esta definición tiene a su vez dos elementos a analizar:

- Productividad: Creación de prosperidad derivado de la actividad económica que crea valor mediante la entrega de productos y servicios por encima del costo de producción.
- Localización: Porter hace un énfasis en la localización geográfica como un elemento determinante para la productividad de la empresa; una noción que comparte otros conceptos y teorías interesadas en las fuentes de diferencia entre los países.¹⁹²

Como se aprecia de las propuestas de Porter la localización es sumamente importante, incluso un elemento determinante de la competitividad de una empresa. En ese sentido podemos considerar que Petróleos Mexicanos en el estado de Tabasco, tiene una localización privilegiada, no obstante, la localización no es todo, la productividad también juega un papel importante tratándose de competitividad. Consideramos que este es el motivo de los muchos problemas a que se enfrenta la empresa, los procesos internos no se han alineado de manera correcta para poder hacer frente a las nuevas operadoras, análisis que se profundizará en próximos capítulos.

Es nuestra consideración que la aportación más relevante de Michael Porter, recae en el desarrollo del concepto de “cadena de valor”. El gurú no presenta un trabajo totalmente original, no obstante la perspectiva con la que analiza la cadena de valor resulta clarificadora y sencilla de incorporar a las organizaciones.

Otra importante aportación fue el concepto de cadena de valor, trabajo ciertamente derivativo de otros autores, no obstante la perspectiva de Porter permitió identificar “cómo cada etapa del proceso de producción, desde el proveedor al distribuidor suma valor de alguna manera, o debería sumar, para

¹⁹² M. Ketels, Christian H., "Michael Porter's Competitiveness Framework—Recent Learnings and New Research Priorities.", *Journal of Industry, Competition & Trade*, vol. 6, núm. 2, junio de 2006, pp. 116 y 117.

el usuario final. Cómo las empresas se posicionan dentro y controlan la cadena de valor es un determinante clave del éxito estratégico”.

La cadena de valor, de acuerdo a lo propuesto por Porter, es inclusiva en cuanto a los distintos participantes en la producción de un producto o servicio, cada uno de los aspectos y fases del proceso debe aportar algo que permita diferenciar al producto, algo que el usuario final perciba como ventaja sobre otros productos, lo que llamaríamos valor.

El tema resulta complejo pues incorpora muchas áreas de la administración, no obstante, se complica aún más cuando se trata de la producción de *commodities*, donde la diferenciación es prácticamente nula. ¿Cómo podemos mejorar un producto como el petróleo o la electricidad? ¿Cómo podemos entregar valor en un producto genérico como el trigo o el maíz?

Pongamos de ejemplo un servicio de cafetería: cualquier usuario puede llegar al punto de venta y encontrarse con un ambiente agradable, con iluminación que motive a la permanencia y a lectura o la charla con otro usuario, los distintos tipos de bebida que se ofrecen permitirán al usuario experimentar distintos sabores, la comodidad de los asientos, la altura de la mesa, la limpieza del lugar, la atención de los baristas, prácticamente todo abona para diferenciar una cafetería de otra y poder ofrecer una ventaja al cliente.

Pensemos ahora en la venta de barriles de petróleo (*commoditie*), los elementos diferenciadores son muy escasos, por lo tanto, dependiendo el tipo de industria se requerirá determinado tipo de petróleo, el cual puede ser proveído por cualquier empresa productora. Por lo tanto, entregar valor al usuario final resulta complejo, ganará quien pueda suplir la oferta necesaria en el mejor tiempo y con mejores condiciones de entrega, siempre y cuando cumpla con la calidad requerida. Lo cual es sumamente sencillo de igualar si se mejoran los procesos internos de las empresas.

Cerraremos esta fase de los “gurús” con el tema del liderazgo o gerenciamiento, tema que incluso se ha vuelto lugar común para libros de

autoayuda y superación personal. Las habilidades gerenciales se han estudiado con todo rigor metodológico e igualmente se han propuesto ideas absurdas al respecto. Es común encontrar autores con poca base científica, referenciando experiencias personales, inundando redes sociales con videos y frases motivadores pero carentes de datos serios al respecto.

Estudiaremos en este espacio a los autores de mayor seriedad y credibilidad constatada por su rigor metodológico en las investigaciones que llevaron a cabo. Los que con toda claridad han encontrado la diferencia entre administración y liderazgo, funciones distintas y que merecen tratamientos especializados.

Varios de los gurús,..., en especial Peter Druker y Tom Peters, hicieron énfasis en el hecho de que sin liderazgo las organizaciones tenían poca esperanza de lograr su propósito primario.

Bennis fue de los primeros en distinguir entre administrador y líder, resumiendo su perspectiva en la siguiente frase “el administrador hace las cosas bien; el líder hace lo correcto”. Por lo tanto, el administrador es un funcionario encargado de “hacer que las cosas se realicen, administrar y controlar” mientras que líder debe tener “visión y mirar al horizonte”.

Mientras el líder es un visionario, el administrador se encarga de ejecutar los procesos, el líder propone metas mientras que el administrador debe centrar sus esfuerzos en alcanzarlas.

Para John Kotter el papel del líder es crear cambio, motivar e inspirar a la gente, establecer la dirección que la organización debe tomar y, luego, asegurarse de que sus miembros están listos para emprender el viaje. Los administradores, por otro lado, están ahí para planear, dirigir y controlar.¹⁹³

La terminología empleada parece tomada de un libro de autoayuda, “inspirar a la gente”, no obstante resulta complicado ver a la compañía *Apple* sin las inspiradoras presentaciones de Steve Jobs, o a la empresa *Amazon* sin la carismática personalidad de Jeff Bezos.

¹⁹³ Ibid..., *cit.* p. 390.

En contraste, Kotter se refiere a un grupo de personas que deben aplicar las herramientas de la administración, “planear”, “dirigir” “controlar”, términos fríos, técnicos, poco inspiradores. Pensemos en el caso de la mexicana Mayra González, cuya carrera la ha llevado a ocupar el cargo de Directora General de Ventas Globales de *Nissan Motor*, la compañía automovilística japonesa. Egresada del programa de liderazgo corporativo de Harvard y del Programa de negocios del IPADE *Business School*, su *expertise* en administración la ha llevado a ser “la mujer más importante en la industria automotriz del país”.¹⁹⁴

Si bien es cierto, el liderazgo es crucial en el desarrollo de las empresas, no son el único factor;

La importancia de la personalidad y el comportamiento (en la gerencia) resultan de poco impacto en nuestro análisis del porqué fallan las compañías. Lo hacen principalmente porque (o incluso sus gerentes) descansan en sus laureles, se vuelven confiadas o arrogantes, faltos de coraje y algunas veces de creatividad para cambiar, siendo incapaces de liberarse de formas de pensar heredadas.¹⁹⁵

No se requiere exclusivamente de líderes “soñadores”, “inspiradores” o “revolucionarios”, se necesita también las habilidades y conocimientos técnicos propios de la administración. La distinción entre liderazgo y administración son necesarias, existen líderes que además son administradores, en el supuesto de que el líder carezca de tales habilidades debe rodearse de administradores, en conclusión ambas funciones son necesarias en las organizaciones.

Buen gerenciamiento significa reconocer los retos, tomando en cuenta los intangibles, proponiendo metas ambiciosas, convenciendo a los empleados de lo que se está haciendo y dándoles un sentido de seguridad y promoviendo dinámicas positivas.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Redacción El Financiero, "Mayra González, de vender autos en una agencia, a ser la jefa global de Ventas de Nissan", *El Financiero*, 27 de julio de 2019, <https://elfinanciero.com.mx/empresas/perfil-mayra-gonzalez-la-primera-mujer-mexicana-ceo-de-nissan>.

¹⁹⁵ Schwenker Burkhard y Müller-Dofel Mario, *On good management*, trad. propia, Wiesbaden, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2013, p. 120.

¹⁹⁶ *Idem*.

Como se ha podido observar en este apartado, la buena administración en las ciencias administrativas se traduce en estándares de actuación de las organizaciones privadas. Una breve y sencilla revisión de la evolución histórica de la administración permite constatar la intención de mejorar los procesos, metas, sistemas, interacciones humanas, hacia el interior y exterior de la empresa, con el fin de optimizar el uso de los recursos con que se cuenta en busca de mayores rendimientos.

De esta parte del estudio podemos destacar los siguientes puntos: a) principios generales de administración de acuerdo a su respectiva teoría, b) calidad total, c) administración estratégica, d) competitividad, e) posicionamiento, f) cadena de valor, g) liderazgo y h) administración.

2. *La buena administración en la administración pública*

Iniciaremos este apartado, distinguiendo el objetivo de la administración pública, para así distinguirla de la administración privada, distinción necesaria para poder entrar al estudio del concepto de buena administración en esta ciencia. Cabe señalar que el estándar de actuación de la administración variará de acuerdo al tipo de organización en que se pretenda implementar, por tales motivos resulta necesario clarificar los conceptos.

Hay dos vertientes en cuanto a lo que se debe comprender por “administración pública”:

- a. La administración pública comprendida como una profesión.
- b. La administración pública entendida como la actividad del gobierno.

En cuanto a profesión, la administración pública ha desarrollado valores y estándares éticos. Pero en cuanto a actividad no tiene valores. Simplemente refleja las normas culturales, pensamientos y poderes reales de su sociedad. Es simplemente el gobierno haciendo lo que sea que el gobierno haga en cualquier contexto político y social en que exista.¹⁹⁷

¹⁹⁷ M. Shafritz, Jay *et al.*, *Introducing public administration*, trad. propia, Routledge, 2016, p.7.

Como se puede apreciar de la cita, la administración pública en cuanto a profesión contiene en conjunto de valores y estándares de naturaleza deontológica, por otro lado, la administración pública en cuanto a actividad gubernamental carece de estos últimos, limitándose así a la actividad gubernamental evitando cualquier tipo de evaluación moral.

Lo anterior no implica que la actividad gubernamental se ejecute sin ningún tipo de norma, pues para que el gobierno pueda actuar, se requiere del estricto cumplimiento del principio de legalidad, principio básico del derecho administrativo y sin el cual los gobernados se verían presos de la arbitrariedad del actuar estatal. “Toda vez que la administración pública es lo que el Estado hace, es creado y delimitado por un instrumento de la ley.”¹⁹⁸

La intuición de que la administración pública se relaciona íntimamente con el actuar gubernamental, no es novedosa, de hecho, ha sido parte del desarrollo de dicha disciplina, tal y como lo refleja la doctrina francesa, Bonnin ya expresaba en sus trabajos tales premisas:

Para hacerse una idea clara de la administración es necesario considerarla, al mismo tiempo, en su naturaleza y en su objeto. Se verá que, por su naturaleza, la administración deriva del gobierno, o más bien, que no es sino el gobierno considerado en su acción parcial y pormenorizada, y que su objeto es la aplicación de las leyes del Estado a las materias generales y comunes de todos.¹⁹⁹

El objetivo de la administración pública es distinto de la privada, tales objetivos marcan la desviación entre ambas disciplinas, aunque no implica necesariamente que sean paralelas. Existen ciertamente puntos de coincidencia entre ambas ramas, generando híbridos prácticos en el actuar de la administración pública y privada.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 11.

¹⁹⁹ Bonnin, Charles-Jean, *Principios de administración pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 170.

El objetivo de la administración pública es la utilización más eficiente de los recursos puestos a disposición de funcionarios y de empleados. Estos recursos no sólo incluyen las actuales asignaciones y equipo material en forma de edificios públicos, maquinaria, carreteras y canales, sino también los recursos humanos encarnados en los cientos de miles de hombres y mujeres que trabajan para el Estado. En todos sentidos, una buena administración intenta eliminar todo despilfarro, conservar material y energía y el logro más rápido y completo de los propósitos públicos congruentes con la economía y el bienestar de los trabajadores.²⁰⁰

Nótese en la anterior descripción el cambio de lenguaje, aparecen en el objetivo elementos públicos, si bien es cierto se trata de optimizar recursos, ahora no se habla de “miembros de la organización” o “áreas”, sino de “funcionarios” y de “empleados”. Se refiere el texto a: “edificios públicos”, “Estado”, “propósitos públicos”, “economía” y “bienestar”.

Una inferencia lógica e inmediata, debe hacerse hacia los recursos, los cuales deben considerarse “públicos”. No se trata de una pertenencia del funcionario, como si el funcionario fuera un particular más. Se trata de recursos de todos los gobernados, los cuales se le confían a un funcionario público para que los administre de la manera más eficiente, investido de las facultades que la ley le otorga, en cumplimiento de los objetivos de su cargo, los cuales están comúnmente contemplados en las leyes respectivas.

Este carácter “público” hace la gran diferencia entre administración pública y privada, pues mientras la administración privada tiene toda flexibilidad para el manejo y colocación de sus recursos, la administración pública se encuentra restringida por la ley. Esta restricción no implica necesariamente parálisis en el actuar del gobernado, simplemente se trata de lineamientos que permiten el control de los recursos para el bien común, generando cierto costo de oportunidad, pero permitiendo una gestión adecuada.

²⁰⁰ M. Shafritz, Jay y C. Hyde, Albert, *Clásicos de la administración pública*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración pública, A.C, 1999, p. 128.

Otro elemento importante a desarrollar en el estudio de la administración pública es la clasificación que deriva del sujeto que otorga los servicios:

La administración pública es directa e indirecta.

Directa: Cuando es el empleado de gobierno quien provee los servicios al público

Indirecta: Cuando el gobierno le paga a contratistas privados para proveer los bienes o servicios a los ciudadanos.²⁰¹

Esta clasificación resulta útil para analizar lo relativo a *farmouts* en materia de contrataciones de hidrocarburos, así como para el estudio de las asignaciones ejecutadas Comisión Nacional de Hidrocarburos, mediante las que se permite la participación de operadoras privadas en materias de exploración y extracción de hidrocarburos.

Las modalidades de contratación establecidas en la Ley de Hidrocarburos, determinan el carácter directo o indirecto que permite categorizar el tipo de administración pública de que se trate. Cabe señalar que para efectos de derecho administrativo existe otro tipo de clasificación en la prestación de los servicios, revisión que se hará en el apartado correspondiente.

Lo que nos lleva a realizar la siguiente distinción, la disciplina de la administración pública se desarrolla en el entorno de la Ciencia Política, la relación es inmediata: administración pública y política son cercanas, siendo la primera una función de la segunda, pero no todo el espectro de lo que abarca. En otras palabras, hay más en la política que solo administración pública.

La Administración Pública es una ciencia que se va consolidando firmemente pero que siempre estará estrechamente ligada con la Ciencia Política, y en términos de expresión normal se hablará siempre de la relación existente entre la política y la administración, aceptando la mayoría de autores que la política es la ciencia que se refiere a toda la actividad estatal

²⁰¹ Shafritz *et al.*, *Introducing public...*, cit., p. 7.

con sentido deontológico, en tanto que, la Administración Pública se refiere solamente a una parte de la actividad estatal enmarcada fundamentalmente en la prestación de los servicios públicos.²⁰²

Administración pública resulta equivalente al actuar gubernamental, con un particular énfasis en la prestación de servicios, no obstante, la Ciencia Jurídica encontrará una clasificación más específica. Mientras que la Ciencia Política se centra en los servicios, el Derecho Administrativo reconoce dos actividades adicionales: la función de policía y la función de fomento.

Es comúnmente aceptado que la Administración Pública se lleva a cabo mediante las actividades que tienen el siguiente contenido: a) Mantener el orden público; b) Satisfacer las necesidades de la población y c) Conducir el desarrollo económico y social, partiendo siempre de la base jurídica de que el acto administrativo se realiza bajo un orden jurídico.²⁰³

Pongamos especial atención a la parte final de la anterior cita, en donde se explica que para efectos de que conduzca las actividades propias de la administración pública, se deberá partir siempre de una base jurídica. Por lo tanto, es lógico establecer que corresponde a los juristas proporcionar un fundamento legal que permita a la administración pública funcionar de manera correcta.

Tanto la administración pública como el derecho, deben correlacionarse de manera que el cuerpo normativo haga posible la obtención de los fines para los que esta puesta la administración, el derecho está para delimitar las funciones del administrador pero debe facultarlo para actuar eficientemente.

Al igual que sucede con la administración privada, la administración pública busca constantemente mejorar, optimizar, eficientizar sus procesos y recursos, a efecto de otorgar mejores servicios a la población. Los fines por los que se mejora son distintos, el objetivo de la administración privada es el de obtener mayor rentabilidad, mientras que el de la pública es el bien común, el orden público.

²⁰² Galindo Camacho, Miguel, *Teoría de la administración pública*, Editorial Porrúa, 2000, p. 7.

²⁰³ *Ibidem*, p. 7.

Invariably de los motivos que lleven a la mejoría, se han adoptado criterios similares para la obtención de mejores resultados.

En la administración pública existe también un estándar de actuación, el cual tiende a la optimización de los procesos de las organizaciones públicas, desde la década de los sesenta, se propuso renovar la administración teniendo en cuenta dos indicadores principales; a) economía y b) eficiencia:

La razón de ser de la administración pública casi siempre es una administración mejor (más eficiente o económica). La nueva añade la igualdad social a los objetivos y la razón de ser clásicos. La administración pública convencional o clásica intenta responder a una de estas preguntas: 1) ¿cómo podemos ofrecer más o mejores servicios con los recursos disponibles (eficiencia)? o 2) ¿cómo podemos mantener nuestro nivel de servicios mientras gastamos menos dinero (economía)? La nueva administración²⁰⁴ pública añade esta pregunta: ¿aumenta este servicio la igualdad social?²⁰⁵

La administración pública ha adoptado diversos sistemas para alcanzar estas metas, por lo que es común encontrar expresiones tales como: *new public management*, gobernanza, Sistema ISO, gobierno corporativo y otros relacionados. Estos sistemas buscan optimizar el funcionamiento de la administración pública, lo que se traduce en mejores servicios para el gobernado.

Mediante la revisión de los sistemas más importantes podremos acreditar que la buena administración también existe dentro de la administración pública. En la búsqueda de un mejor desempeño de la actividad estatal, nos encontraremos con la instauración de un estándar de actuación adecuado.

Estudiaremos para tales efectos la administración estratégica, la calidad y el liderazgo dentro de la administración pública. Se observará la alineación de estas

²⁰⁴ Esta cita hace alusión a la nueva administración, en el sentido renovar la administración pública, debe evitar confundirse con el "*new public management*" o "nueva administración pública", términos que implican un sistema complejo de practicas para la administración pública.

²⁰⁵ Shafritz y Hyde, *Clásicos de la administración...* cit, p. 647.

herramientas de la administración privada a los objetivos de la administración pública, así como su implementación para la obtención de nuevos y mejores resultados en el servicio público. Los temas *new public management* y gobernanza, se verán en un apartado posterior dada su relevancia en la presente investigación.

A. Administración estratégica en la administración pública

En el apartado anterior se revisó qué es la administración estratégica, no obstante este tema debe ser abordado para determinar si existe un estándar de actuación que busque optimizar el funcionamiento del Estado.

La Administración Estratégica es la aplicación moderna de este arte (estrategia) a los negocios contemporáneos y la administración pública. Es la selección consciente de políticas, el desarrollo de capacidades y la interpretación del ambiente por parte de los administradores para enfocar los esfuerzos organizacionales hacia el logro de objetivos presentes.²⁰⁶

Nótese que los esfuerzos deben alienarse para la obtención de los objetivos presentes, no solo a la rentabilidad. Resulta lógico pensar que la Secretaría del Bienestar del actual gobierno federal, no está interesada en obtener ingresos por su actividad de fomento en la entrega de apoyos económicos a la población, pero no podemos decir lo mismo de Petróleos Mexicanos, interesada en la obtención de mayores rentas de acuerdo a su línea de negocios, sea exploración, extracción, refinación, o de acuerdo a los sectores en que se desempeña *upstream*, *midstream* o *downstream*.

Como se comentó líneas arriba, se aprecia que el elemento más importante en la administración es la competitividad, no obstante el enfoque que se aprecia dentro de la administración pública está más relacionado con la eficiencia.

Esta pregunta crítica debe ser siempre preguntada: ¿Esta organización es eficiente de acuerdo a estándares industriales? Para los administradores del sector público, el reto de maximizar la eficiencia operativa es crítica debido a que las organizaciones públicas pueden perder

²⁰⁶ Shafritz et al., *Introducing public...*, cit. p. 364.

su credibilidad o incluso su derecho a existir si los administradores no pueden operarlas de una manera que acredite estándares de competencia aceptables.²⁰⁷

La aseveración de que la existencia de la organización pública dependa de sus resultados es una realidad que se aprecia particularmente en empresas paraestatales y empresas productivas del Estado. Existen muchas maneras de dismantelar tales empresas, la más común es la privatización especialmente en contexto de políticas liberales y neoliberales. No obstante, pueden existir casos de cierre total de dependencias por malos resultados o por una evaluación negativa por parte del gobierno en turno.

Un ejemplo claro de una empresa del estado que perdió su “derecho de existir” es el Fideicomiso ProMéxico. La decisión del actual Presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, fue la de extinguir el citado fideicomiso, pues consideró:

Que la Ley Federal de las Entidades Paraestatales establece como causas de extinción de una Entidad Paraestatal creada por el Ejecutivo Federal, que deje de cumplir sus fines u objeto o su funcionamiento ya no resulte conveniente desde el punto de vista de la economía nacional o del interés público;

Que dada la situación financiera del Fideicomiso Público ProMéxico, la Secretaría de Economía, en su carácter de coordinadora de sector, consideró que se actualizaba la causal de extinción consistente en que el Fideicomiso Público ya no resulta conveniente desde el punto de vista de la economía nacional ni del interés público, prevista en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, por lo que propuso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la desincorporación por extinción de la entidad paraestatal;²⁰⁸

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 371.

²⁰⁸ Decreto por el que se autoriza la desincorporación mediante extinción del Fideicomiso Público considerado Entidad Paraestatal denominado ProMéxico.

Para tales efectos, emitió el Decreto correspondiente, que en su artículo primero refiere:

ARTÍCULO PRIMERO.- Se autoriza la realización de los actos conducentes para la desincorporación del Fideicomiso Público considerado Entidad Paraestatal denominado ProMéxico, en adelante ProMéxico, mediante la extinción del mismo.²⁰⁹

De esta forma, el fideicomiso que otrora contara con una red global de 46 oficinas dispersas en 31 países,²¹⁰ desaparece de la Administración Pública Federal, por considerarse inconveniente a la economía nacional.

Por otro lado, la privatización es una herramienta recurrente para deshacerse de empresas del estado. En México se inició un periodo que recurrió a dicho sistema particularmente en los sexenios priistas de Miguel de la Madrid, Carlos Salinas de Gortari y Ernesto Zedillo Ponce de León, siendo el segundo de ellos quien recurrió con mayor frecuencia a dicho método.²¹¹

En tales períodos se realizó la privatización de: la industria siderúrgica, banca nacional, industria azucarera, los fertilizantes, ferrocarriles, aeropuertos, líneas aéreas y el caso más sonado criticado, la industria de telefonía, particularmente la empresa Teléfonos de México.²¹²

Cabe señalar que la privatización implica que las empresas del estado sufren un cambio en su naturaleza jurídica, de modo que su génesis y administración son ahora normadas por el derecho privado. La idea es que la empresa siga funcionando, pero ya no bajo el control del estado ni de fondos públicos, sino de los particulares o entes privados, que a través de sus propios recursos adquieren los activos de dichas organizaciones para seguir operando. El control financiero,

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ ProMéxico, *Oficinas de representación de ProMéxico en el exterior (OREX)*, 27 de enero de 2016, <https://www.gob.mx/promexico/acciones-y-programas/oficinas-de-representacion-de-promexico-en-el-exterior-orex>.

²¹¹ A mayor abundamiento, véase: Emilio Sacristán Roy, "Las privatizaciones en México", *Economía UNAM* 3, 2006, p. 54-64.

²¹² *Idem.*

estratégico, de recursos humanos y todas las operaciones tanto internas como externas, también pasan a la administración de los particulares.

No es un simple cambio de nombre, es la adquisición los activos de una empresa del estado por parte de los particulares para seguir operando en el sector industrial. Para tales fines, una persona física o jurídica ya existente puede hacer la compra de los activos, o se puede crear una nueva persona jurídica que continúe la operación, la regla es que el control empresarial y financiero esté en manos de particulares.

Como se ha comentado líneas arriba, uno de los elementos centrales de la administración estratégica, es la competitividad. Para una organización del Estado aplica la misma premisa. El hecho de que no se compita por ganar partido en el mercado, no implica que el Estado esté exento de medir su desempeño en función de los operadores privados o internacionales.

Pongamos de ejemplo el sector salud, un hospital del estado no está obligado a mejorar su rentabilidad como lo estaría uno privado, no obstante, sí está obligado a ser eficiente y prestar servicios de calidad que atiendan la demanda de los clientes finales, en este caso los pacientes y familiares de los pacientes. En ese sentido debe comparar sus prácticas con las empresas privadas. Nuevamente aclaramos que no hace dicha comparación con el objetivo de mejorar su rentabilidad, ya que los hospitales públicos deben prestar sus servicios de manera gratuita, pero si debe mejorar la eficiencia de su servicio.

Para ello debe diseñar herramientas adecuadas para medir su estándar de actuación. Confirmando que sus operaciones cumplan con dicho estándar para garantizar un servicio adecuado.

Por otra parte, hay ciertas organizaciones estatales que deben mejorar con el objetivo de obtener mayor rentabilidad. Pemex es una empresa que compite con distintos operadores de la industria petrolera, por tales motivos debe posicionarse

con respecto de otras empresas tanto públicas como privadas.²¹³ Las operaciones de Petróleos Mexicanos no solo a nivel local, también tiene que participar en el mercado del petróleo a nivel internacional mediante la venta de barriles.

Finalmente, la administración estratégica permite el análisis de la operación de las organizaciones y su comparación con otras competidoras, lo que facilita mantenerse actualizado en cuanto a las tecnologías desarrolladas por otros sectores. La innovación se vuelve parte importante en el desarrollo económico del estado, tanto para la prestación de servicios como para la creación y aplicación de políticas públicas.

El avance de la ciencia y de la tecnología permiten satisfacer los anhelos de los gobernados, que exigen que las autoridades administrativas trabajen eficaz y eficientemente en el marco de la ley, aprovechando en todo momento, de la mejor manera posible los recursos humanos, materiales y financieros que tiene el gobierno, para el cumplimiento de las finalidades que históricamente el hombre le encomienda, a efecto de que las contribuciones que paga sean adecuadamente utilizadas.²¹⁴

B. Calidad en la administración pública

Los conceptos de calidad se desarrollaron en la "era de los gurús" de la administración ya antes mencionada. La aplicación de esos conceptos en la administración pública es relativamente nueva, y con ello se acredita la existencia de un estándar de actuación para los funcionarios públicos.

Los trabajos de la OCDE son los que tratan de manera explícita y concreta el tema, por eso su modelo de "orientación al cliente" es un punto ideal para iniciar la exploración de la trayectoria de la calidad en la administración pública. Encontramos la primera fuente en el informe de 1987, "La administración al servicio del público como cliente", el cual señala

²¹³ Véase: Lázaro Sánchez, Iván, "Taxonomía de los Contratos para el Upstream en la Industria de los Hidrocarburos de México", en *Aportes sobre la configuración del derecho energético en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 207.

²¹⁴ Galindo Camacho, *Teoría de la administración pública...* cit. p.150.

claramente que allí se analiza la "calidad" de la interacción entre los miembros de la sociedad y la administración, pues la calidad de esa relación es un factor determinante de la eficacia de la política, razón por la cual esa relación debe mejorarse.²¹⁵

Uno de los sistemas más empleados para cumplir con dicho estándar fue la implementación del modelo de "Calidad Total"²¹⁶, enfocada en la mejora continua de los procesos internos de la organización del estado, con el firme objetivo de obtener mejores resultados.

Según los autores, "los mismos principios de administración de la calidad total de la industria privada están creando una revolución silenciosa en el sector público [...] Para mejorar la calidad, aumentar la productividad y reducir el desperdicio cada vez más administradores del gobierno -desde Little Rock hasta Washington- están recurriendo a la ACT (Administración de la Calidad Total)".²¹⁷

La administración pública se nutre de las teorías de la administración privada, no obstante debe hacer un esfuerzo por reorientar los fines de tales teorías. La intención es crear un parámetro adecuado para el adecuado desempeño de la organización del estado. Para tales efectos, debe considerar los fines de la administración pública, no puede adoptar en automático las teóricas privadas pues no tienen las mismas metas y su implementación sería complicada y no entregaría los resultados esperados.

Finalmente, no se debe pasar por alto que desde los planteamientos científicos elaborados por los investigadores del campo de la administración pública, se ha planteado que la ciencia de la administración debe ofrecer criterios y parámetros sobre cómo se administra; o bien, sobre lo que es

²¹⁵ Mónica Diana Vicher-García, "Utilidad o futilidad: calidad e ISOs en la administración pública", *Convergencia*, núm. 19, 2012, p. 209.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 211.

²¹⁷ Shafritz y Hyde, *Clásicos de la administración pública...*cit. p. 1074.

necesario en la función operativa para cumplir con la tarea de ofrecer a la ciudadanía bienes y servicios.

Pareciera que lo conveniente es buscar estos parámetros a partir de la propia naturaleza de los fines a que sirve la administración pública, aunque resulte mucho más complejo y conlleve mayor tiempo, pues es la única solución que puede contener elementos sólidos de mejoramiento a largo plazo y no sólo de experimentación a corto plazo.²¹⁸

El sistema de calidad total dentro de la administración pública incluye cuatro principios generales:

El TQM (Calidad Total) tiene cuatro principios generales que fueron propuestos para aplicarlos a todas las organizaciones, estos son: la comprensión y satisfacción de los requerimientos de los clientes, la noción de que todos los que forman parte de una organización son responsables de la calidad; que a todas las personas dentro de la organización se les debe tratar como clientes, y que la prosecución de la calidad es un proceso que nunca termina.²¹⁹

Satisfacer los requerimientos del cliente, implica cubrir las necesidades del usuario de los servicios del Estado. Esto es, el ciudadano debe tener cubiertas todas sus necesidades de acuerdo al tipo de servicio que el Estado esté concediendo. No basta conceder un servicio incompleto, o atender determinadas áreas de un sector, el Estado debería tender hacia la atención integral de las necesidades de la población. Para estar en dichas posibilidades, se debe hacer una evaluación completa de lo que la población verdaderamente requiere.

No se trata de intuir la necesidad del ciudadano, o de suponer cuales políticas públicas funcionan o no. Se debe hacer un análisis completo de la necesidad del usuario de los servicios públicos para estar en condiciones de poder atender de manera completa la demanda del ciudadano.

²¹⁸ Vicher-García, *op. cit.* p. 226.

²¹⁹ *Idem.*

El sistema de Calidad Total implica que todos los miembros de la organización del estado deben comprometerse con los estándares de calidad, habituarse a los conceptos de calidad y estandarizarlos en todos los procesos de la organización. Una meta constante es la mejora, en todas las actividades, tanto las actividades núcleo como las actividades de soporte.

Aunado a lo anterior, los miembros de la organización del estado deben tener una relación adecuada al grado de que dentro de dicha organización se les considere como clientes. Esto es, clientes internos. Las áreas soporte deben considerar a las áreas núcleo como clientes, y mejorar sus sistemas de provisión de recursos para cubrir las necesidades internas. A su vez, las áreas núcleo deben tener la información necesaria en tiempo y forma para facilitar el actuar de las áreas soporte.

En el caso del sector salud, implicaría que el Estado debe conocer las necesidades médicas de su población. ¿Cuál es la enfermedad más recurrente en sus gobernados? ¿Con qué frecuencia son atendidos los casos de esa enfermedad? ¿Cuáles son las medidas de prevención para la misma? El Estado debe estar bien informado, para estar en posibilidades de cubrir las necesidades.

Asimismo, implica que el ciudadano tenga acceso a su consulta, diagnóstico, tratamiento y seguimiento médico atendido de manera eficiente. Para tales fines, todos los miembros del sector salud: médicos, enfermeros, nutriólogos, psicólogos, intendentes, administrativos, directores, secretarios de salud, el titular del ejecutivo federal y local, deben estandarizar los conceptos de calidad en los procesos de la organización.

Finalmente se debe hacer una evaluación acertada de los servicios otorgados, y revisar las áreas de oportunidad que la organización del estado puede atender.

La administración de la calidad total, dirigida a mejorar la productividad del sector público o privado, es una de las reformulaciones más recientes de la teoría administrativa. Es una estrategia de mejoramiento, basada en la

teoría, que permite a los administradores públicos aumentar la capacidad de cooperación en toda su agencia, sensibilizarse ante las necesidades de los clientes y la mejora del proceso.²²⁰

C. Liderazgo en la administración pública y el servicio profesional de carrera

El liderazgo en la administración pública es un tema sumamente discutido, sobre todo en aquellos puestos que son ocupados por elección popular o por designación del Poder Ejecutivo. El riesgo consiste en que el líder seleccionado puede no ser especialista en el área que se le asigna. Muchos de los líderes seleccionados, no son administradores, diferencia señalada por la ciencia de la administración pública.

Debemos distinguir entre el liderazgo y la administración. Las dos funciones son roles que se superponen sustancialmente. La administración incluye poder (usualmente autoridad formal) otorgado al ocupante de un puesto por una autoridad superior en la organización. Con el poder de la administración viene la responsabilidad y rendición de cuentas por el uso de los recursos de la organización. En contraste el liderazgo no puede otorgarse a una persona por una autoridad superior. Los administradores efectivos deben convertirse en líderes, y muchos líderes deben convertirse en administradores, pero los dos tipos de roles y funciones difieren.²²¹

El tema debe ser atendido particularmente en empresas productivas del estado. Lo ideal es que los directores de dichos organismos sean especialistas con experiencia en el sector. No obstante, es común encontrar funcionarios públicos ajenos a estas empresas tomando las decisiones más importantes de la misma. Lo que puede generar resistencia al cambio, pues se incorpora a la actividad de la empresa un desconocido, que no tiene experiencia ni servicio profesional de carrera, ni si quiera los conocimientos técnicos para el cargo.

Estos líderes tienen que aprender a administrar sobre la marcha, ya que a diferencia de las empresas privadas, no se pueden allegar de otro que se encargue

²²⁰ Shafritz y Hyde, *Clásicos de la administración pública...*p.1073

²²¹ Shafritz et al., *Introducing public administration...cit.* p. 395. Trad. propia.

del gerenciamiento, ellos mismos son quienes deben liderar y administrar. Un desempeño pobre o incluso ilegal, trae consigo sanciones administrativas, pues trabajan con recursos públicos., tema que no preocupa a la administración privada.

Nuestro país ha incorporado el Sistema Profesional de Carrera mediante la promulgación de la ley correspondiente en el año 2003 bajo la administración del Presidente Vicente Fox Quesada. En general, esta nueva ley contó con el apoyo del Congreso de la Unión en sus dos Cámaras.²²² Un franco pronunciamiento a favor de la profesionalización de la administración pública con miras a tener mejores resultados por parte de los funcionarios que integran la burocracia nacional.

Este esfuerzo por desarrollar las capacidades de los funcionarios públicos inició con modelos pilotos en la Secretaría de Relaciones Exteriores²²³ y se fue ampliando a otros sectores de la administración hasta lograr la promulgación de la ley citada líneas arriba. La federación mantiene el mayor número de servidores públicos, quienes se encargan de implementar las políticas públicas emanadas del Poder Ejecutivo, de ahí la preocupación de un marco normativo enfocado en otorgar garantías e incentivos a dichos funcionarios.

La ley del Servicio Profesional de Carrera de la Administración Pública Federal esta diseñada para garantizar al servidor público "igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública".²²⁴ Es un sistema que en teoría premia los méritos del servidor público a efecto de impulsar su desarrollo a favor de la sociedad mexicana.

Para ello se crea un sistema de incentivos y derechos que, por disposición de ley, se otorgan a los servidores públicos: remuneraciones apropiadas, beneficios y estímulos, capacitación y actualización, evaluaciones justas, medios de defensa, etc.

²²² Rosales Ávalos, Eliseo, "Ley del Servicio Profesional de Carreara en la Administración Pública Federal / Análisis e impactos.", *Servicio Civil de Carrera*, 2004, p. 62.

²²³ Véase: Martínez Puón, Rafael, "Cinco mitos sobre el servicio profesional de carrera en México", *Convergencia*, núm. 48, diciembre de 2008, p. 204.

²²⁴ Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, artículo 2o.

Ese mecanismo instaurado en la administración pública intenta desarrollar de manera focalizada las especialidades de los servidores públicos, de modo que permanezcan en una línea burocrática el suficiente tiempo como para volverse expertos y recibir premios con base en sus resultados o “méritos” como lo especifica la norma. En teoría, al tener servidores altamente capacitados en su sector, la burocracia nacional no debería verse afectada ante la alternancia en el poder, pues los cargos públicos se otorgan exclusivamente a aquellos que tienen los méritos para ocuparlos y no mediante una imposición basada en la influencia que los nuevos mandos puedan tener.

En un país que se encuentra desarrollando su democracia como el nuestro, es lógico que se implementen este tipo de mecanismos para garantizar el funcionamiento de la administración pública cada seis años, además de reducir el tiempo de la curva de aprendizaje de manera significativa.

A pesar de este esfuerzo loable, el servicio profesional de carrera tal y como está descrito en la norma, tiene un alcance limitado. Este mecanismo encuentra su frontera en aquellos cargos que además de ser públicos, se vuelven políticos. México sigue siendo un país presidencialista, en donde al titular del Ejecutivo tiene facultades para nombrar Secretarios de Estado, Directores Generales en empresas productivas del estado, comisionados de órganos reguladores, y por un mecanismo que ha sido catalogado de autoritario,²²⁵ jueces de la Suprema Corte de Justicia.

Un caso emblemático ocurrió en 2017 en la administración del presidente Enrique Peña Nieto, quien nombró como Titular de la Secretaría de Relaciones a Luis Videgaray Caso. En esa ocasión en el discurso de toma de protesta, el recién nombrado Canciller se expresó en los siguientes términos:

No soy diplomático, nunca he tenido más allá de los encargos propios de la Secretaría de Hacienda en la representación de nuestro país. Ustedes han

²²⁵ Véase: Domínguez Nárez, Freddy, "Hiperpresidencialismo en México: Modus Operandi", en *Políticas y Constitucionalismo* I y II, Domínguez Nárez, Freddy y García, Jean-René, núm. 4-5, diciembre de 2015, pp.545-98.

dedicado su vida entera a ello. Se los digo de corazón y con humildad: vengo a aprender de ustedes...²²⁶

Como referimos líneas arriba, los pioneros en implementar un servicio profesional de carrera fueron los miembros del Cuerpo Diplomático de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Esta Secretaría es de las más importantes en la Federación por ser la que representa al país en el concierto de naciones. Por ello, el reconocimiento de no ser “diplomático” y de “venir a aprender”, se tornó en su momento, en duras críticas que pusieron en duda la legitimidad política del Canciller Videgaray.

Este tipo de problemas en el liderazgo son comunes en todas las administraciones. No obstante, el sistema político nacional privilegia la gobernabilidad del Presidente, por encima de la operación burocrática de la administración paraestatal y centralizada. Al otorgar estas facultades al Titular del Ejecutivo, se le concede el beneficio de nombrar a sus aliados en estos cargos, aunque esto conlleve ineficiencias operativas. Se anteponen los principios democráticos, por encima de los méritos de los servidores públicos.

El riesgo bloquear los cargos públicos y políticos exclusivamente para aquellos que han cursado por el servicio profesional de carrera, es el de generar cotos de poder en la administración pública. Especialmente en aquellos casos de alternancia en el poder, en donde los intereses políticos de los funcionarios no concuerden con los del Titular del Poder Ejecutivo, esto, lejos de generar un costo en la operatividad, puede generar parálisis en la administración pública.

Por su parte, el modelo administrativo profesional permite un mayor control de las mayorías, y por ello, limita sus excesos. Las políticas y programas extremistas en lo social y económico tienen un más difícil anclaje en una sociedad con una administración pública profesionalizada. El modelo de una administración profesional se conecta con una idea de estabilidad

²²⁶ Moreno, Teresa, "Vengo a aprender: Luis Videgaray", *El Universal*, 4 de enero de 2017.

democrática. Se puede afirmar que las ventajas del modelo profesional son superiores en un régimen democrático consolidado.²²⁷

En México, la democracia avanza, no obstante, seguimos siendo un país presidencialista. En teoría, democracia y presidencialismo no deberían encontrarse en polos opuestos, la realidad es que nuestro sistema ha auspiciado estructuras autoritarias protegidas por la norma, lo que deja espacios y vacíos legales en los que el régimen en turno puede operar. En esta dicotomía, el Constituyente se decantó a favor de los valores democráticos, al permitirle al Presidente nombrar distintos cargos públicos, en otras palabras, hacerse de un equipo de trabajo que concuerde con su proyecto de nación.

El Servicio Profesional de Carrera es una respuesta viable al problema de una burocracia impuesta por favoritismos, además de incentivar a los funcionarios a especializarse en sus áreas, lo que genera expertos en favor de la sociedad. Pero el sistema impuesto en México aún es joven (18 años), y se encuentra sujeto a revisión y reorientaciones. Es un buen estándar de actuación, y como tal, debe medirse de acuerdo a los indicadores correspondientes, a efecto de verificar su nivel de incidencia en la sociedad.

D. Correspondencia ciencia-especialidad

Hemos encontrado en nuestro estudio, que es común confundir el ámbito de estudio que abarcan tanto la administración privada, la administración pública y el derecho administrativo, confusión que se agrava particularmente entre estas dos últimas. No obstante, para estar en posibilidades de continuar con nuestro estudio, se requiere distinguir cada una a efecto de ser precisos.

Es pertinente clasificar las correspondencias de las especialidades con las ciencias que hemos estudiado, al tiempo que se adelanta una que se estudiará en el siguiente apartado, de este modo tenemos las siguientes especialidades:

1. Administración Privada
2. Administración Pública

²²⁷ Martínez Puón, Rafael, *op. cit.*, p. 208.

3. Derecho Administrativo

Cada una se desarrolla en una ciencia específica a saber:

- a. Ciencia Administrativa
- b. Ciencia Política
- c. Ciencia Jurídica

A continuación, colocamos la correspondencia entre ellas:

Ciencia	Especialidad correspondiente
Ciencia Administrativa	Administración Privada
Ciencia Política	Administración Pública
Ciencia Jurídica	Derecho Administrativo

Tabla 3. Correspondencia ciencia-especialidad.
Elaboración propia.

Esta sencilla distinción entre las correspondencias ciencia-especialidad, permite hacer una correcta delimitación del tema a estudiar. Nuestra categoría de análisis “buena administración pública”, pertenece al Derecho Administrativo, puesto que la Administración Privada y la Pública cuentan con sus propias categorías.

Como hemos estudiado en el apartado que antecede, en la Ciencia Administrativa existe un estándar de actuación que se puede considerar como “buena administración”, mismo que optimiza el uso de los recursos de las organizaciones privadas. Mientras que en la Ciencia Política, también existe un estándar de actuación para la mejora de las organizaciones públicas.

3. La buena administración en el Derecho Administrativo

Este apartado presenta el estándar de actuación de la administración pública que llamamos buena administración pública, en acápites posteriores se explicará tanto su naturaleza jurídica, como su incorporación en el ordenamiento jurídico. Será el espacio oportuno de explicar a profundidad su concepto.

De esa forma podemos establecer que uno de los retos del derecho administrativo, es regular de manera oportuna la evolución de la administración

pública, adecuar su normativa a efecto de otorgar a los funcionarios públicos la posibilidad de actuar de manera eficiente sin vulnerar el Estado de derecho. Facilitar la operación de las entidades estatales, permitiéndole ser competitiva y flexible.

En cualquier caso, el reto del Derecho Administrativo consiste en encontrar instrumentos jurídicos que coadyuven a la consecución ... de esta buena administración.²²⁸

En este reto, el Derecho Administrativo ha diseñado una herramienta que permita estandarizar el actuar de la administración pública desde el orden jurídico con el objetivo de reposicionar al gobernado frente al Estado. Concediendo al ciudadano protecciones especiales frente al desequilibrio de poder a que se enfrenta ante la burocracia gubernamental.

La relación jurídico-administrativa no queda caracterizada ya por las "situaciones subjetivas" activas y pasivas de los administrados, frente a los privilegios y prerrogativas de la Administración. Ahora, los ciudadanos ocupan el lugar central del Derecho administrativo, pues su situación jurídica parte del reconocimiento de derechos humanos, incluyendo el derecho a la buena Administración.²²⁹

Este estándar no puede ser optativo para la administración pública, como si se tratase de una función discrecional, sino que debe ser elevada a rango de derecho dentro de los ordenamientos jurídicos, con fundamentos sólidos desde el principio de legalidad, arraigado en la judicatura y robustecido por la práctica constante del actuar de la organización del estado.

...la buena administración emergería como un factor coadyuvante, un derecho «instrumental», que se concibe en función de otros derechos

²²⁸ Juli Ponce Solé, "En recuerdo de Joan Prats: Gestión pública, derecho a una buena administración y gobernanza", *Gobernanza, instituciones y desarrollo: homenaje a Joan Prats*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 394.

²²⁹ José Ignacio Hernández G., "Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde la Carta iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 6, 2015, p. 35.

subjetivos ubicados en el procedimiento administrativo y ordenados bajo el objetivo de la buena administración a modo de «subderechos» a los que suministra una base ordenada, lógica e interpretativa (de carácter técnico-formal) para su aplicación; un derecho instrumental cuya mayor operatividad es, aparte de este valor unificador y potenciador de otros derechos, coadyuvar a la defensa de los mismos mediante garantías específicas de naturaleza extrajudicial.

En México existe un cambio sustancial en las relaciones entre el gobierno y los gobernados a partir de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. El ciudadano mexicano es más consciente de sus derechos y garantías y las hace valer de manera pública en los foros que tiene a la mano; sea bien la academia, los medios de comunicación o los tribunales jurisdiccionales.

El reclamo por el uso adecuado de los recursos que genera el pago de impuestos obliga a la administración pública a adoptar nuevas medidas para eficientizar sus procesos. Mejorar los servicios públicos que prestan las empresas estatales es tema recurrente en los foros de participación ciudadana, ante tales situaciones el Derecho Administrativo debe proporcionar a los funcionarios públicos de normativa actualizada y flexible que permita el cumplimiento de las metas.

En las sociedades democráticas, la ciudadanía cada vez tolera menos la mala administración negligente, que conlleva gastos públicos ineficientes e ineficaces, y la mala administración dolosa, que supone utilizar las potestades (en la contratación, en el urbanismo, etc.) para el beneficio privado, bien sea de la autoridad pública misma que la ejerce, bien sea de un tercero. Todo ello en detrimento de derechos sociales y económicos básicos para la ciudadanía.²³⁰

²³⁰ Juli Ponce Solé, "El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción.", *El control de la Actividad Estatal*, núm. 1, 2016, p. 224.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

En el presente apartado, iniciaremos los estudios correspondientes a la naturaleza jurídica de la buena administración, anticipamos que durante esta sección recurriremos constantemente a los postulados de Ronald Dworkin en relación a la filosofía del derecho y los derechos humanos.

Para tales fines, hemos diseñado acápites que permitan el estudio de la buena administración desde diferentes ángulos, de esa manera podremos revisar la naturaleza de nuestra categoría de análisis cuestionando si nos encontramos ante un principio de derecho, una regla de operación o un derecho humano, tales ángulos partirán de las definiciones que Dworkin ha realizado al respecto de tales conceptos.

Finalmente haremos un ejercicio de apofatismo mismo que hemos denominado “apofática jurídica”, incorporando una herramienta metodológica desarrollada en las ciencias teológicas aplicándola al estudio del derecho, en la sección correspondiente se darán las razones para el uso de dicha herramienta, así como una breve explicación del concepto.

1. Principios de derecho

Estudiaremos la buena administración en cuanto a principio de derecho, como punto de partida tomaremos la definición que Ronald Dworkin establece al respecto:

“Llamo ‘principio’ a un estándar a ser observado, no porque avance o asegure una situación, económica, política, o social considerada deseable, sino porque es un requerimiento de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moral.”²³¹

Esta definición se estableció en el marco de la crítica que R. Dworkin hace sobre las posturas positivistas del derecho, particularmente la de H.L.A. Hart. Este último, estableció sus posiciones en su documento base *The concept of Law*, en

²³¹ Ronald M Dworkin, "The Model of Rules", trad. propia, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967, p. 23, <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3>.

cual refiere que el Derecho es un sistema conformado por la unión de reglas primarias y secundarias.²³²

En ese sentido las reglas primarias son aquellas que confieren derechos y deberes. Por lo que respecta a las secundarias existen tres tipos: las que permiten el cambio de las reglas primarias, las que otorgan poderes y potestades, y las que facultan a las autoridades para aplicarlas.

La crítica de Dworkin, enfatiza el uso que los operadores jurídicos deben dar a ciertos estándares²³³ que no son reglas como las concibió Hart (ni primarias, ni secundarias): "...particularmente en aquellos casos difíciles, cuando nuestros problemas con esos conceptos parecen más agudos, se hacen uso de estándares que no funcionan como reglas pero que operan de manera distinta como principios, políticas y otros tipos de estándares".²³⁴

Es nuestra postura que la buena administración es un principio imperante en la administración pública y el derecho administrativo. La buena administración es un estándar de actuación estatal que permite ofertar a la sociedad una administración óptima de los recursos²³⁵ que esta última ha puesto a su disposición. Lo que retribuye de manera directa en mejores atenciones, mejores servicios públicos e indefectiblemente en una mejor calidad de vida para la población.

Parte de nuestro postulado se basa en que los principios tal y como los entiende Dworkin, son estándares observables para efectos de justicia y equidad. En este caso observables por el Estado, para garantizar al ciudadano justicia y equidad. Es una inferencia lógica que para alcanzar tales fines, el Estado requiera de un vehículo que le permita a su administración pública operar orientada a tales fines. Este vehículo debe ser otorgado por el derecho administrativo, ya que este

²³² Véase: González Covarrubias y Aspe de la Rosa, "El debate 'Hart-Dworkin': Una introducción a la discusión", *Revista de la facultad de derecho de México*, vol. 65, núm 263, 2015, p. 37, <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2015.263.59626>.

²³³ Algunas traducciones se utilizan la expresión "norma" en lugar de "estándar". Cfr. Dworkin, Ronald M, *La filosofía del derecho*, segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

²³⁴ Dworkin, "The Model of Rules", *op. cit.* p. 22.

²³⁵ Cuando nos referimos a "recursos" debe entenderse una acepción amplia del concepto, no solo los financieros, sino todos los medios con que el Estado cuenta para llevar a cabo sus fines.

último es el andamiaje legal que permite operar a los funcionarios. Este vehículo recibe el nombre de buena administración y es un principio.

Los pronunciamientos de Robert Alexy también son relevantes en esta discusión, este autor considera que:

“Los principios jurídicos consisten, dentro de las especies normativas, en una especie de normas jurídicas en virtud de las cuales se establecen deberes de optimización aplicables no de manera absoluta, sino de forma gradual según las posibilidades normativas y fácticas.”²³⁶

Consideramos esta teoría es compatible con la de Dworkin en cuanto a principios se refiere, aunque distintas en algunos aspectos (discusión que requiere su propia investigación). Nos parece que amplía en ciertos sentidos el concepto de principio e introduce la optimización gradual de acuerdo a las posibilidades normativas y fácticas.

Tal concepto de principio es igualmente compatible con el derecho humano al desarrollo progresivo tratado en el segundo capítulo de este documento. Consideramos que la buena administración debe ser progresiva en cuanto a su implementación. Es un estándar que se puede y debe optimizar conforme el Estado se vuelve más eficiente. Mayores protecciones, mayores garantías, mejores servicios públicos, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas estatales.

2. Reglas de operación

Las reglas desde la discusión Dworkin-Hart, pueden ser entendidas como normas cuyas premisas son absolutas o no lo son, esto es, o se cumplen o no se cumplen. Como ya hemos mencionado Hart propone que existen dos tipos de reglas las primarias y secundarias, mismas que ya han sido referenciadas.

No consideramos que la buena administración sea una regla, o que sea un conjunto de reglas de operación. Nuestra principal objeción se basa en la naturaleza del derecho administrativo, puesto que el mismo es sectorial. En otras palabras, el

²³⁶ Ruiz Canizales, Raúl, *et al.*, "El discurso principalista en el procedimiento administrativo", en *El discurso de los procedimientos Administrativos*, Argumentos 448, México, Fontamara, 2018, p. 22.

derecho administrativo debe adecuarse al sector que este regulando. Asimismo la administración pública debe ser sectorial.

Continuando con esta línea de ideas, no podemos aplicar el mismo conjunto de reglas a todos los sectores, mucho menos en los sectores productivos que el Estado administra. No puede operar de igual manera el sector salud que el sector energético. O la hacienda pública que competencia económica. Esto no implica que no pueda haber reglas de operación dentro de los sectores. Es evidente que puede y debe haber reglas, pero estas deben variar de acuerdo al sector donde operan.

En ese sentido, debemos dejar claro que las reglas de operación sectorial son distintas del principio de buena administración. Esta distinción no significa necesariamente exclusión entre ellos, sino que en algunos casos son complementarios y en otros entrarán en colisión, sobre todo, en aquellas reglas puestas a la ligera que afecten de manera directa los derechos de los ciudadanos.

La buena administración debe orientar las reglas de operación, así como el actuar del funcionario público al cual no le bastará apegarse a las reglas, sino que además debe actuar de manera óptima, en muchos casos, a pesar de las reglas. El resultado de la aplicación de las reglas no siempre será buena administración, aunque siempre será operación de algún tipo (óptima, pésima o algún punto intermedio). Estos son los "casos difíciles"²³⁷ del funcionario público.

3. *Derecho humano*

Siguiendo nuestro marco referencial, tomaremos la definición que Dworkin hace sobre lo que es un derecho humano, que consiste en el derecho que tienen las personas a ser tratadas como seres humanos cuya dignidad es de importancia fundamental²³⁸.

Este concepto puede tener sus objeciones (las cuales serán analizadas en investigaciones futuras), no obstante, es nuestra consideración que el mismo se

²³⁷ En alusión a la discusión Hart-Dworkin veáse: Dworkin, "The Model of Rules", *op. cit.*

²³⁸ Ronald M. Dworkin, *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 409.

sostiene y es un excelente punto de partida para desarrollar nuestra teoría sobre la buena administración desde la perspectiva de los derechos humanos.

Es importante señalar que el concepto de dignidad que Dworkin propone se funda en dos principios éticos, el primero es el autorrespeto y el segundo es la autenticidad. Estos principios de la dignidad tienen injerencias prácticas en las libertades fundamentales.

El principio de autorrespeto implica que: “Cada persona debe tomar en serio su propia vida: debe aceptar que es un asunto de importancia que su vida sea una ejecución exitosa y no una oportunidad desperdiciada.”²³⁹ En ese sentido, si cada persona tiene tal consideración, entenderá que la vida de terceros es igualmente valiosa que la suya. Esto da como resultado el derecho fundamental de igualdad.

El principio de autenticidad considera que: “Cada individuo tiene la responsabilidad personal especial de identificar lo que representa un éxito en su vida; tiene la responsabilidad personal de crear esa vida por medio de un relato o un estilo coherentes que él mismo avale.”²⁴⁰ Esta premisa da como resultado el derecho fundamental de libertad.

Habiendo hecho las consideraciones previas, iniciamos el desarrollo de nuestra teoría. Es nuestra postura que existe el derecho humano a la buena administración y que el mismo no es una mera abstracción filosófica, es para todos los efectos prácticos y legales una libertad fundamental.

Todas las personas dentro de la jurisdicción de un Estado tienen el derecho de que la administración pública opere de tal forma que les trate como lo que son, seres humanos. Este derecho debe reivindicar al ciudadano frente al aparato estatal reconociéndole su dignidad humana. Esto es, reposicionar al ciudadano como centro y prioridad de las actividades estatales.

En cuanto a principio, la buena administración es inherente al actuar del Estado para efectos de garantizar la mejor administración de los recursos públicos.

²³⁹ *Ibidem*, p. 254.

²⁴⁰ *Idem*.

En cuanto a derecho humano, es inherente a la persona en función de su dignidad humana, lo que implica forzosamente que el Estado otorgue un trato igualitario y le permita el ejercicio de sus libertades.

El Estado debe de adoptar medidas más eficientes (desarrollo progresivo) para garantizar y proteger la dignidad humana en todos los ámbitos de la administración pública. Lo que vuelve al derecho humano a la buena administración pública en un derecho autónomo, aunque interdependiente de otros derechos asociados por sector.

Como negamos previamente, no se trata de una mera abstracción filosófica, consideramos que la buena administración tiene efectos legales, y podemos encontrar su debido fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe señalar que México, ha fallado en reconocer de manera explícita este derecho dentro de su marco normativo interno. El único caso reportado a la fecha del reconocimiento del derecho humano a la buena administración se encuentra en la Constitución Política de la Ciudad de México en su artículo 7 inciso A (en capítulos posteriores se analizará su contenido).

Aunado a lo anterior, el Poder Judicial tampoco ha reconocido este derecho humano, exceptuando el caso de la Ciudad de México que diseña un tribunal especializado para esta materia, a saber, el artículo 40 numeral 2 inciso V, cuyo tenor literal es el siguiente:

Tribunal de Justicia Administrativa:

...

2. El Tribunal tendrá a su cargo:

...

V. Recibir y resolver los recursos que interpongan las y los ciudadanos por incumplimiento de los principios y medidas del debido proceso relativos al derecho a la buena administración, bajo las reservas de ley que hayan sido

establecidas; para tal efecto, el Tribunal contará con una sala especializada en dirimir las controversias en materia de derecho a la buena administración;²⁴¹

Salvo esta excepción, tampoco los tribunales especializados en materia administrativa, ni federales ni locales, han incorporado este derecho a sus procesos de impartición de justicia. De hecho, los tribunales de justicia administrativa, por regla general autoimpuesta, no hacen revisión de violaciones a derechos humanos de ningún tipo, aunque existan disposiciones que así lo ordenen. Encontramos muy pocos casos en los cuales se entra al estudio de derechos humanos conculcados.

Los tribunales especializados en materia administrativa se centran en el actuar del funcionario público y su apego irrestricto a la ley con la cual funda su actuar, pero no hace revisión de la existencia de violación a derechos humanos, como señalamos, por regla general autoimpuesta. No existe a la fecha una disposición que impida a los tribunales de justicia administrativa la revisión de derechos humanos dentro de sus procesos. Aunque sí encontramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación les concede una especie de *bypass*²⁴² jurídico para no entrar a la revisión de derechos humanos mediante la siguiente jurisprudencia:

Control difuso. Su ejercicio en el juicio contencioso administrativo.

...

Ahora bien, en el juicio contencioso administrativo, la competencia específica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es en materia de legalidad y, por razón de su función jurisdiccional, este tribunal puede ejercer control difuso; sin embargo, si el actor formula conceptos de nulidad expresos, solicitando al tribunal administrativo el ejercicio del control difuso respecto de determinada norma, de existir coincidencia entre lo expresado en el concepto de nulidad y el criterio del tribunal, éste puede inaplicar la

²⁴¹ Constitución Política de la Ciudad de México, artículo 40, numeral 2, inciso V.

²⁴² Usamos el anglicismo para referirnos a un *baipás*, considerándole una desviación para evitar una interrupción u obstáculo.

disposición respectiva, expresando las razones jurídicas de su decisión, pero si considera que la norma no tiene méritos para ser inaplicada, bastará con que mencione que no advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesario que desarrolle una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido, dando respuesta a los argumentos del actor, pues además de que el control difuso no forma parte de su litis natural...²⁴³

En otras palabras, el máximo tribunal del país considera que los tribunales especializados en materia administrativa deben estar enfocados exclusivamente a legalidad y para ellos el control difuso de derechos humanos sería contranatural. Con respecto a esto último, la revisión de derechos humanos es desde 2011 natural a todas las autoridades, incluidas las jurisdiccionales por disposición expresa de la Constitución Política²⁴⁴, sin hacer distinción si las mismas son especializadas en alguna materia, todas deben “proteger y garantizar” derechos humanos.

Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto asegurando que todos los órganos del Estado, incluidos los jueces están obligados a ejercer el control de convencionalidad:²⁴⁵

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas

²⁴³ Tesis: 2a./J. 16/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, Pág. 984.

²⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1o, párrafo 3.

²⁴⁵ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 193.

competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Partiendo de estas dos disposiciones podemos llegar a la conclusión de que la protección de derechos humanos corresponde a todos los órganos del Estado, y que hay un énfasis particular en los jueces dentro de sus respectivas competencias. Esto es, tanto la Constitución Política, como la jurisprudencia del sistema de protección de derechos humanos interamericano, consideran propio de la judicatura, y por lo tanto natural a los jueces el estudio de posibles violaciones a derechos humanos.

El argumento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación esta errado en cuanto a la naturaleza de la revisión de los derechos humanos, la justicia administrativa no escapa de los preceptos constitucionales, ni de los criterios internacionales, que por cierto son superiores a la jurisprudencia nacional.

Igualmente resulta alarmante que el juzgador tenga carta abierta para simplemente argumentar que “no advirtió violación a derechos humanos” para huir de su responsabilidad constitucional. Esto es, para la Suprema Corte de Justicia basta que el juzgador administrativo diga que “no lo vio”, para considerar que efectivamente “no lo hay”.

Además, exige al juzgador de ser exhaustivo en su sentencia, pues como “no lo vio” tampoco tiene que explicar “lo que no vio”. Resolver casos de esta forma faculta al juzgador administrativo para ser omiso en la revisión de derechos humanos, mediante una falacia *ad verecundiam*²⁴⁶, un error clásico en la técnica argumentativa.

²⁴⁶ Nos referimos a la falacia de autoridad, también conocida como “sabiduría de los ancestros” “el argumento chino” o “magister dixit” (el maestro lo dijo), mediante esta falacia se valida un argumento en función de quién lo dijo, o sea, el respeto a la autoridad. Véase: Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Derecho, Trotta, 2013, p. 161.

El argumento relativo a que el juzgador especializado solo podría revisar el acto administrativo, o sea el cumplimiento a cabalidad de la norma administrativa por parte del funcionario público al momento de actuar, también se cae si consideramos que comúnmente el acto administrativo recae sobre personas. En muchos casos personas humanas, por ejemplo, un crédito fiscal mal calculado recae sobre un ciudadano que paga impuestos, o una inhabilitación sobre un funcionario público que operaba bajo el principio de legalidad. En estos casos es ineludible el respeto de derechos humanos.

Esta dinámica de impartición de justicia cumplía con lo que de ella se esperaba por lo menos hasta 2011, fecha en que los derechos humanos se vuelven norma suprema de manera explícita. Hoy por hoy, este sistema de administración de justicia no se encuentra en armonía con las disposiciones constitucionales, ni con la tendencia del resto de los tribunales que imparten justicia en el país puesto que todos se han decantado por la tutela de los derechos humanos.

Una nota final a esta resolución es la fecha de las mismas, mientras que la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la sentencia Gelman vs. Uruguay son de 2011, la jurisprudencia de la Suprema Corte es de 2014. Esto es, en el año en que el máximo tribunal del país emitió su jurisprudencia, las obligaciones de respeto a derechos humanos por parte de la judicatura ya eran vinculantes y superiores a la resolución de la Corte.

Continuando en esta línea de ideas, hemos establecido que el poder legislativo ha sido omiso en reconocer el derecho humano a la buena administración en la normatividad interna, el poder judicial tampoco ha incorporado este derecho en sus resoluciones, además de que en materia administrativa se podría incluso eximir de la revisión de cualquier tipo de derecho humano, surge entonces la pregunta: ¿Qué podemos esperar del poder ejecutivo?

La respuesta es evidente, si los que hacen leyes no obligan, y los que vigilan su cumplimiento no revisan, el poder ejecutivo no se da por aludido y evita la carga que conlleva el respeto y protección del derecho humano a la buena administración

pública. En conclusión, México ha sido omiso en el respeto al derecho humano a la buena administración pública.

Líneas arriba establecimos vía filosófica que el derecho humano a la buena administración pública existe, pero aun debemos atender la objeción de quien se escuda en el positivismo jurídico para desacreditar su existencia. Lo atenderemos de la siguiente forma:

- a) México contempla en su Constitución Política en el artículo 1º, la existencia del bloque de constitucionalidad.
- b) México es un Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos los derechos humanos contemplados en dicho documento son vinculantes para el Estado mexicano.
- c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos hace un reenvío en su artículo 26 (Desarrollo progresivo) a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, ampliando el catálogo de derechos humanos a lo contenido en la Carta referida.
- d) La Carta de la Organización de los Estados Americanos establece en su artículo 45 lo siguiente:

Artículo 45

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

...

- e) El funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en

armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad²⁴⁷;

Este artículo concretiza lo abstracto del principio de buena administración mediante la aplicación de los principios que garanticen el funcionamiento de los sistemas de administración pública, y es a lo que en esta tesis denominamos, derecho humano a la buena administración pública.

- e) México firmó la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, en su artículo 25 establece lo siguiente:

Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.²⁴⁸

Cabe señalar que esta Carta no es un documento vinculante, aunque sí es orientador del actuar del Estado mexicano, se le considera *soft law*, es entonces un marco referencial que hace posible una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública.²⁴⁹ De este documento solo rescatamos el nombre de “derecho fundamental a la buena administración pública”, pues basta lo contenido en la Carta de la OEA para establecer la base normativa.

Igualmente se debe atender la objeción con respecto a su exigibilidad, esto es, en el supuesto de que el derecho humano a la buena administración pública exista, cuál sería el mecanismo para exigir su cumplimiento. Es nuestra consideración que la vía para exigir el cumplimiento de dicho derecho es la misma que cualquier otro derecho humano:

²⁴⁷ Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 45, inciso e).

²⁴⁸ Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, artículo 25.

²⁴⁹ Véase: preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

- a) Para el fuero interno sería el juicio de amparo, o incluso solicitar su tutela mediante el control difuso correspondiente.
- b) Para el fuero internacional, sería la misma vía por la que se exige el cumplimiento de los derechos humanos en el sistema interamericano, o sea, el procedimiento contencioso que parte de la Convención Americana.
- c) Finalmente, la Constitución Política incluye dos artículos por los cuales se puede revisar el actuar de la administración pública, el 109 y 113. En el primero se atiende lo relacionado con la responsabilidad del Estado por actividad administrativa irregular, mientras que el último establece el Sistema Nacional Anticorrupción.

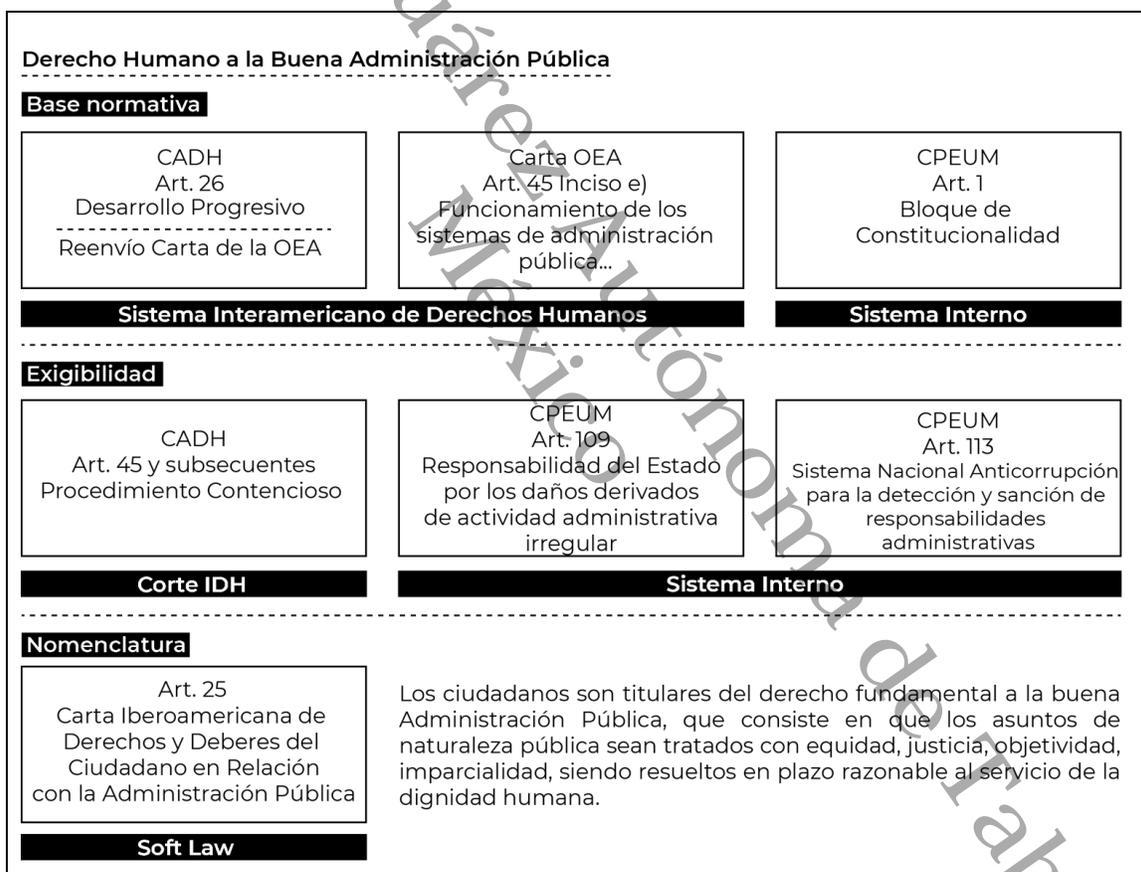


Figura 1. Derecho humano a la buena administración pública, base normativa, exigibilidad y nomenclatura. Elaboración propia.

Es nuestra consideración que existe el derecho humano a la buena administración pública desde la perspectiva filosófica y desde la perspectiva netamente nomofiláctica. Para ello hemos presentado tanto los argumentos

establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como los argumentos filosóficos para considerar la autonomía y existencia de este derecho.

Para concluir el acápite correspondiente presentamos nuestro concepto de derecho humano a la buena administración pública, con base en las perspectivas filosóficas y jurídicas:

Derecho humano a la buena administración pública: Es el derecho que tienen todas las personas de que la actividad de la administración pública se ejecute de acuerdo a un estándar de actuación eficiente conforme al sector donde se realicen tales actividades.

Este derecho está sujeto al contenido del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos correspondiente al desarrollo progresivo, lo que implica que el estándar de actuación del Estado deberá optimizarse constantemente de acuerdo a sus propios recursos, jurídicos y fácticos. Se trata de un derecho autónomo que se relaciona con distintos derechos públicos en atención al principio de interdependencia.

Los titulares de este derecho son las personas humanas, que en derecho administrativo denominamos ciudadanos. Mientras que el sujeto obligado es el Estado, mediante la adecuación de sus estándares de actuación. La administración pública recae en el ciudadano, la buena administración reposiciona al ciudadano como el centro de la actividad estatal, dotándole de prerrogativas para equilibrar su posición frente al aparato burocrático.

4. Apofática jurídica del derecho humano a la buena administración pública

En este acápite incorporamos una herramienta propia de la teología para utilizarla en el desarrollo de nuestro concepto de buena administración pública. Cabe señalar que la utilizamos haciendo los debidos ajustes para su uso correcto en las ciencias jurídicas, a continuación, se expone brevemente el concepto de teología apofática, para explicar el uso correcto de dicha herramienta en nuestro campo de estudio.

..por “teología apofática” se entiende aquella vía teológica que procede por medio de negaciones, negándose progresivamente a referir a Dios los atributos sacados del mundo sensible e inteligible, a fin de acercarse a Dios –que está más allá de todas las cosas creadas y de todos los conocimientos relativos a ellas–, trascendiendo todo conocimiento y todo concepto.²⁵⁰

Esta herramienta teológica implica acercarse a lo que se puede decir de Dios mediante negaciones, no obstante, comparte el mismo problema filosófico de cualquier aspecto de la teología: es imposible definir a Dios propiamente pues cualquier concepción humana está limitada por las capacidades cognitivas del hombre, o sea, el creado no puede definir a su creador. La teología vale para ponerse de acuerdo con respecto a lo que se sabe de Dios, pero no vale para definirlo.

..por “teología apofática” se entiende aquella vía teológica que procede por medio de negaciones, negándose progresivamente a referir a Dios los atributos sacados del mundo sensible e inteligible, a fin de acercarse a Dios –que está más allá de todas las cosas creadas y de todos los conocimientos relativos a ellas–, trascendiendo todo conocimiento y todo concepto.²⁵¹

El derecho no sufre de estas mismas dolencias, puesto que muchos de los conceptos propios de su ciencia son definidos mediante ejercicios cognitivos. En todo caso no nos enfrentamos a un misterio insondable, aunque sí a opiniones diversas, perspectivas, subjetividades y relativismos que nublan la claridad de la ciencia jurídica.

Incorporamos de la teología apofática el ejercicio de negar determinados argumentos o premisas a fin de encontrar claridad en el objeto de estudio. De ese modo, por apofática jurídica entenderemos el ejercicio de acercarnos a los conceptos jurídicos mediante negaciones.

²⁵⁰ Martínez M. D., "Wittgenstein y el apofatismo", *Theologica Xaveriana*, núm. 151, 2004, p. 521.

²⁵¹ Moya Bedoya J., "A propósito de la teología apofática. Algunos apuntamientos semánticos.", *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. 55, núm. 143, 2017, p. 150.

Existe la fuerte objeción con respecto a que el término apofática, no es un termino aceptado por la lengua española, mediante su publicación en el diccionario de la Real Academia Española. Ante dicha ausencia, se podría pensar que el término no vale como concepto e incluso debería pensarse en un tecnicismo que si estuviera aceptado por la mencionada Academia a efecto de que tenga validez.

Consideramos que dicha objeción en realidad no tiene cabida en la discusión sobre el lenguaje. El hecho de que la Real Academia Española no haya incorporado el término en su diccionario no hace inválido el uso del tecnicismo, mucho menos el uso conceptual de la herramienta apofática para el desarrollo de las ciencias jurídicas.

Tal exigencia, nace de un entendimiento erróneo de las funciones de la Real Academia Española y de la lingüística. Dicha institución no está constituida para dar validez a los vocablos o términos, ni el idioma español se rige por aquellas palabras validadas o no por la Academia. Lejos de eso, uno de los principios básicos del lenguaje es que el signo lingüístico es arbitrario. Esta arbitrariedad no significa que el lenguaje dependa de la libre elección del hablante, sino que es inmotivado, arbitrario con relación al significado. Todo medio de expresión se apoya en la convención, en el hábito colectivo. En ese sentido, el lenguaje no se encuentra sujeto a la validación de institución expertas en el lenguaje²⁵².

Por otro lado, la Real Academia Española no se encarga de dar validez al lenguaje, sino de recogerlo, esto es, incorporar al catálogo aquellos vocablos de uso convencionalmente aceptado para la conservación del idioma español. Veamos los estatutos de la notable institución:

Artículo I

La Academia es una institución con personalidad jurídica propia que tiene como misión principal velar porque los cambios que experimente la lengua española en su constante adaptación a las necesidades de sus hablantes no

²⁵² Véase: de Saussure, Ferdinand, *Curso de Lingüística General*, Vigésimocuarta, Buenos Aires: Losada, 2010, p. 94.

quiebren la esencial unidad que mantiene en todo el ámbito hispánico. Debe cuidar igualmente de que esta evolución conserve el genio propio de la lengua, tal como este ha ido consolidándose con el correr de los siglos, así como de establecer y difundir los criterios de propiedad y corrección, y de contribuir a su esplendor.²⁵³

Como se aprecia de estatuto, la misión principal de la Academia es velar los cambios que sufre el español no quiebren la unidad del idioma. A esta misión se adicionan dos mandatos: que la evolución del idioma conserve un genio propio de la lengua y que difunda los criterios de propiedad y corrección para de esta forma contribuir al esplendor del español.

Esta misión no incluye la de dar validez al idioma español, sino la de dar seguimiento a su evolución y mantener su coherencia. En todo caso, recoger el uso de los vocablos, así como las normas propias para el uso del lenguaje con el objetivo de no quebrar el idioma. Por lo tanto, la objeción relacionada con la aceptación de la Real Academia para el uso del término *apofática* queda superada, pues la misma institución admite que no está para validar los conceptos, sino para dar seguimiento.

Este argumento debería ser suficiente para superar la objeción planteada, no obstante, el artículo II de los Estatutos de la Real Academia Española establece lo siguiente: “Dado el complejo crecimiento de los vocabularios científicos y técnicos, la Academia registrará en sus inventarios léxicos los tecnicismos de uso general, previa consulta a las academias competentes si lo juzga preciso.”²⁵⁴

La Real Academia no se especializa en registrar vocablos técnicos, sino tecnicismos de uso general, toda vez que la *apofática* es un tecnicismo de uso específico (que no general) propio de la ciencia teológica, no está sujeta al registro por la Real Academia Española, motivo por el cual queda superado la objeción con respecto al término.

²⁵³ Real Academia Española, *Estatutos y Reglamento de la Real Academia Española*, Madrid, 2014, p.9, https://www.rae.es/sites/default/files/Estatutos_y_reglamento_nuevo.pdf.

²⁵⁴ *Ibid.*

Una vez que hemos acreditado el uso del término apofática solo basta incorporarlo al uso de las ciencias jurídicas. Es nuestra consideración que esta práctica no es nueva en el derecho, de hecho, la hermenéutica y la exegesis, tienen su origen en la teología, y posteriormente fueron incorporadas a las ciencias jurídicas para los métodos de interpretación de la norma. La propuesta es, incorporar una herramienta de la teología que nos parece útil en el desarrollo del derecho.

Por ello procederemos a presentar negaciones, tomando como objeto de estudio la buena administración pública:

A. La buena administración pública no es una construcción gramatical referente al verbo administrar.

Como lo hemos establecido, no se trata de un adverbio que modifica el verbo administrar. Tampoco se trata de un calificativo al que se llega construyendo una oración, dando como resultado la “buena administración”. Por ejemplo, en la Quinta Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se publicó una tesis asilada que propone lo siguiente:

Autorización y aprobación administrativas.

La autorización administrativa es el acto mediante el cual el ente público remueve los obstáculos que existen para el ejercicio de un derecho ya preexistentes en el patrimonio del solicitante, en laudo que la aprobación es el acto por el cual se permite que otro acto ya emanado produzca efectos jurídicos, y aunque la autorización es análoga a la aprobación, hay diferencia en cuanto al orden de la sucesión temporal. En el primer supuesto la autoridad ejercita el control para determinar si el acto está de acuerdo con el derecho vigente; y en el segundo si es conveniente, oportuno o en general corresponde a una *buena administración*. la aprobación contiene la declaración de que el acto a que se ha concedido la autorización es de *buena administración* y es indicativa de la voluntad del órgano de control para que adquiera los efectos a que está destinado; entraña la declaración de la

legitimidad y de la de la conveniencia del acto administrativo y produce efectos desde la fecha del acto o del contrato.²⁵⁵

Como se aprecia en el texto, se ha llegado a construir gramaticalmente la frase “buena administración”, pero no hace alusión ni al principio jurídico comentado líneas arriba, ni tampoco al derecho humano, simplemente se trata de una calificación que el juzgador hace con respecto de determinada práctica jurídica que resulte conveniente para la administración pública.

Por otro lado, para referirnos a una buena administración en cuanto a principio o derecho humano, el juzgador tendría que revisar si la práctica correspondiente se realiza de acuerdo a un estándar de actuación por parte del funcionario público. Revisado dicho estándar y garantizado que el mismo sea el óptimo en atención a sus posibilidades jurídicas y fácticas, nos encontraremos frente a un caso de buena administración.

B. La buena administración pública no es una evaluación moral con respecto al actuar de funcionario público.

No se trata de una evaluación del comportamiento moral del funcionario público. La palabra “buena” utilizada para referirnos a administración, evoca inmediatamente a la duda filosófica de lo que es bueno y malo, así como a la discusión filosófica de para quién es bueno o malo algo.

Tal apreciación podría incurrir en debates subjetivos y discusiones apreciativas sobre distintos puntos de vista entre lo que se considera bueno o malo, pero sobre todo en relación a quién califica de bueno o malo el comportamiento. Si otorgamos al juzgador tales facultades, inmediatamente podemos vernos presos de decisiones arbitrarias, pues su moral estaría por encima de un estándar de actuación. Mucho menos podríamos darle la facultad de determinar lo bueno y lo malo al funcionario público, puesto que el acto administrativo estaría sujeto al arbitrio de quién actúa y de sus consideraciones de lo bueno o malo.

²⁵⁵ Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXIX p. 245

Establecer valores universales es una tarea igualmente complicada, la buena administración no intenta establecer lo que es bueno y malo al actuar del funcionario. Lo que establece, son estándares óptimos y objetivos de actuación, que se pueden revisar desde la obtención de resultados y el respeto a los derechos de terceros.

Este estándar de actuación coloca al ciudadano en una posición de equilibrio con relación al Estado, dotándole de facultades y derechos exigibles, obteniendo de esa manera un trato que corresponda a su dignidad, tomando como premisas la igualdad y la libertad. Asimismo, la buena administración debe imperar en todos los sectores donde el Estado participe, en el caso mexicano debe incluir a las empresas productivas del estado.

C. La buena administración pública no es una evaluación ética relativa al actuar del funcionario público.

Para efectos del presente acápite tomaremos en consideración lo establecido en el Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal que en su artículo cuarto propone la siguiente definición:

ARTÍCULO 4. Además de las definiciones previstas en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, para efectos del Código de Ética, se entenderá por:

...

VIII. Ética pública: Disciplina basada en normas de conducta que se fundamentan en el deber público y que busca en toda decisión y acción, la prevalencia del bienestar de la sociedad en coordinación con los objetivos del Estado mexicano, de los entes públicos y de la responsabilidad de la persona ante éstos;²⁵⁶

²⁵⁶ Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal, artículo 4o, fracción, VIII.

Hemos seleccionado esta definición, pues la misma es vinculante para las empresas productivas del estado, así como a toda la Administración Pública Federal²⁵⁷, lo que resulta pertinente para efectos de la presente investigación.

Mas allá de la discusión relacionada con la certeza de la definición propuesta en el Código de Ética, nos centraremos en distinguirla de la buena administración. Como hemos referido, no se trata de una evaluación sobre la ética del funcionario público, en todo caso los responsables de hacer la revisión sobre el apego a la ética pública, será el órgano de gobierno encargado de tal revisión, o sea, la Secretaría de la Función Pública.

La Función Pública tendrá que revisar que la conducta del funcionario se base en el deber público en su toma de decisiones, evaluación que dista de la revisión relacionada con buena administración, pues si bien tienen objetivos similares tales como el bien común, no tienen como punto de partida el mismo fundamento.

Para la ética el punto de partida será el interior del funcionario, lo que moverá su voluntad hacia una toma de decisiones orientada al bien común, esto es el “deber ser” de la función pública. Por otro lado, la buena administración tiene como punto de partida el sector en que opera, y desde ahí propondrá un estándar de actuación eficiente en que se administren mejor los recursos de acuerdo a sus posibilidades jurídicas y fácticas, en otras palabras, se trata de una fuente externa al funcionario público, quien deberá apegarse a dicho estándar.

²⁵⁷ *Idem*, artículo 2o.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU INCORPORACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

En este capítulo estudiaremos las vías de incorporación de la buena administración en el sistema jurídico nacional, partiendo del estudio y análisis de las formas de actuación de la actividad administrativa.

Se revisará la materialización de la buena administración en el derecho administrativo. Profundizamos en el actuar de la administración pública al amparo de las normas especializadas de la materia, retomando la construcción jurídica del derecho humano a la buena administración pública y su trascendencia en las actividades tanto formales como materiales del Estado.

En el tercer acápite se realiza un análisis de la actuación de la administración pública y su relación inmediata con el principio de legalidad, la discrecionalidad y fin de la norma. Instituciones jurídicas diseñadas para dotar de facultades al funcionario, el cual deberá incorporar el estándar de actuación planteado por la buena administración dependiendo del sector en que se desempeñe.

La motivación adecuada de las actuaciones de la administración pública se encuentra sujeta al estándar de buena administración, por lo tanto en la sección correspondiente, se revisará si es una vía de incorporación de dicho estándar, al amparo del principio de progresividad de los derechos humanos.

Un tema central en el presente estudio es la justicia administrativa nacional y el análisis de derechos humanos en la resolución de los casos propios de su competencia. La naturaleza del juicio administrativo pareciera estar alejada de la revisión de vulneración de derechos humanos, limitando dicha revisión a la competencia de los Juzgados de Distrito, o Tribunales Colegiados. En la sección correspondiente, se expondrán las razones por las cuales se considera que la actuación de los tribunales administrativos son la vía idónea para la incorporación de la buena administración.

I. LAS FORMAS DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA MATERIALIZACIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

1. La actividad formal y los estándares de actuación administrativa en Petróleos Mexicanos y la Comisión Nacional de Hidrocarburos

De las distintas acepciones de la palabra “administración” deriva la clasificación conceptual clásica relacionada con las siguientes nociones²⁵⁸:

- a) Administración en sentido formal
- b) Administración en sentido material

Cabe señalar que estas nociones han sido adoptadas por distintos autores por lo que la consideramos un buen punto de partida para esta sección del capítulo. La administración vista desde el sentido formal tiene una evidente necesidad de un estándar de actuación eficiente en su desarrollo.

La administración en su sentido formal puede ser entendida como: “la actividad desarrollada por la organización administrativa, con independencia de que sea o no materialmente administrativa.”²⁵⁹

²⁵⁸ Véase: Hartmut Maurer, *Derecho Administrativo Alemán*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 2.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 3.

La doctrina alemana considera que la administración en su sentido formal es todo aquello que realizan los órganos administrativos del poder público.²⁶⁰ Si consideramos la división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sólo el Poder Ejecutivo está facultado para realizar actos formalmente administrativos.

En el caso mexicano, esto implica que todas las secretarías de estado y sus dependencias ejecutan formalmente actos administrativos, por la simple razón de su origen. En la presente investigación nos enfocaremos en el estudio de la naturaleza jurídica de los Órganos Reguladores Concentrados en Materia Energética y de las empresas productivas del Estado en materia de hidrocarburos (particularmente Pemex), por ser estas las que participan en los procesos de contratación en materia de hidrocarburos.

Surge entonces la pregunta: ¿Los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética realizan actos formalmente administrativos?

Para que un órgano regulador realice actos formalmente administrativos, deberá formar parte del poder ejecutivo. Por lo que se tiene que atender la naturaleza jurídica de los mismos para determinar esta última cuestión.

Por disposición de ley podemos concluir que tales órganos forman parte del poder ejecutivo. La ley reglamentaria del párrafo octavo del artículo 28 de la nuestra Carta Magna así lo ha determinado, particularmente en su artículo 2, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 2.- Los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética serán las siguientes dependencias del Poder Ejecutivo Federal:

- I. La Comisión Nacional de Hidrocarburos, y
- II. La Comisión Reguladora de Energía.²⁶¹

²⁶⁰ Jorge Fernández Ruiz, *Derecho administrativo*, Panorama del derecho mexicano, México D.F., McGraw-Hill, 1997, p. 126.

²⁶¹ Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, artículo 2o.

Le ley de la materia considera que tanto la Comisión Nacional de Hidrocarburos, como la Comisión Reguladora de Energía, son dependencias del poder ejecutivo federal, por tales motivos los actos que realicen serán formalmente administrativos. En la presente investigación nos centraremos en la Comisión Nacional de Hidrocarburos, por ser la encargada de los contratos de hidrocarburos.

La Comisión Nacional de Hidrocarburos es considerada una dependencia del gobierno federal al tiempo que la norma le concede autonomía técnica, operativa y de gestión,²⁶² lo que pone en duda si es verdaderamente una dependencia pues puede tomar decisiones de manera independiente sin sujetarse al principio de jerarquía.

El uso de la palabra “dependencia” es de una imprecisión técnica de lenguaje. Los órganos reguladores no deben considerarse una dependencia como si se tratara de cualquier otra secretaría sectorizada. La doctrina española utiliza el término “ente administrativo de supervisión”²⁶³, lo que nos parece más preciso para definir a los órganos reguladores, pues se trata de entes administrativos que forman parte del gobierno, que no dependen del mismo para la toma de decisiones operativas y que supervisan o regulan determinado comportamiento en un sector económico determinado.

El caso mexicano crea una figura *sui generis* al considerar que los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética son dependencias, equiparándolas prácticamente a una Secretaría de Estado subordinada a la Administración Pública Centralizada.²⁶⁴ Es un error de diseño en la naturaleza jurídica del órgano regulador, puesto que la independencia del Poder Ejecutivo evita injerencias de tipo político, favoreciendo decisiones técnicas que permitan un desarrollo óptimo del sector económico que regulan.

²⁶² *Ibidem*, artículo 3o.

²⁶³ Véase: Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 95.

²⁶⁴ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículo 2o.

En ese orden de ideas, la buena administración debe imperar en cuanto a estándar de actuación en el actuar formal de la administración pública y de manera muy particular en la Comisión Nacional de Hidrocarburos, precisamente por atender un sector económico preponderante en el país. Los actos administrativos como la asignación de contratos a operadoras petroleras, debe contar con un estándar de actuación que permita un desempeño óptimo en el sector sin perjudicar los derechos de terceros.

La discusión se complica cuando nos referimos a la naturaleza jurídica de las empresas productivas del Estado, particularmente el caso de Petróleos Mexicanos, empresa importante en el sector energético relacionado con hidrocarburos en el país. De la revisión de la ley no puede llegarse a una conclusión definitiva con respecto a la naturaleza de dichas empresas, puesto que la normatividad es omisa o en algunos casos obscura.

La relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación emitida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha considerado desde 2015 y por cuatro años consecutivos que las empresas productivas del Estado son empresas paraestatales,²⁶⁵ y por lo tanto se les podría considerar como un organismo descentralizado.

No obstante, la ley de Petróleos Mexicanos no le otorga tal condición, de hecho, solo se refiere a dicho organismo como una empresa productiva del Estado,²⁶⁶ sin determinar si la misma es centralizada, desconcentrada o paraestatal. Por su parte la Ley Federal de Entidades Paraestatales excluye a las empresas productivas del Estado de la observancia de lo contenido en ella misma.

La doctrina tampoco tiene clara la naturaleza jurídica de las empresas productivas del Estado, consecuencia lógica de la obscuridad y contradicciones encontradas en la norma: “Con todo lo anterior, lo único que queda claro es que no

²⁶⁵ Véase: Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal.

²⁶⁶ Véase: Ley de Petróleos Mexicanos, artículo 2o.

sabemos a ciencia cierta si las Empresas Productivas de Estado son o no parte del sector paraestatal..."²⁶⁷

Si bien es cierto que no tenemos clara la naturaleza de las empresas productivas del Estado, sí tenemos claro que las mismas son propiedad del Estado. Esta característica debe bastar para considerarlas parte del gobierno, de modo que los actos administrativos que realicen Petróleos Mexicanos y sus empresas subsidiarias deben considerarse formalmente administrativos, y por lo tanto deben apegarse a un estándar de actuación.

La estructura organizacional de Petróleos Mexicanos para efectos de exploración y extracción de hidrocarburos deben apegarse a un estándar óptimo de actuación. La ley de la materia refiere tales condiciones:

Artículo 11.- Petróleos Mexicanos contará con la organización y estructura corporativa que mejor convenga para la realización de su objeto, conforme lo determine su Consejo de Administración en términos de esta Ley.

La organización y estructura referidas deberán atender a la optimización de los recursos humanos, financieros y materiales; la simplificación de procesos; la eficiencia y la transparencia y la adopción de las mejores prácticas corporativas y empresariales a nivel nacional e internacional, asegurando su autonomía técnica y de gestión.²⁶⁸

Del segundo párrafo del artículo citado, se desprende la obligación de que la estructura de Petróleos Mexicanos se apegue a un estándar de actuación eficiente en todas sus áreas. Las palabras: optimización, simplificación, eficiencia, mejores prácticas, indican la existencia de un estándar de actuación que debe incorporarse a la empresa.

Finalmente, no solo la estructura de la empresa debe diseñarse con un estándar de actuación óptimo, sino que existe un mandato constitucional para que

²⁶⁷ Nettel Barrera Alina del Carmen, *et al.*, "Empresas productivas de Estado y la Globalización: el caso de Petróleos Mexicanos", en *Derecho Administrativo y Administración Pública: entre lo sustantivo y lo adjetivo*, Monografías, Tirant lo Blanch, 2017, p. 128.

²⁶⁸ Ley de Petróleos Mexicanos, artículo 11.

las operaciones de la misma empresa, que ya deberá contar con una estructura que permite un funcionamiento óptimo, también se apege a la buena administración:

Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

...

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, *así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos*, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren *las empresas productivas del Estado*, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su *eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas*, y determinará las demás actividades que podrán realizar...²⁶⁹

²⁶⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25, párrafos I y V. El resaltado es propio.

2. La actividad material y la transformación del entorno

A continuación procederemos al estudio del criterio material, también llamado objetivo o sustancial.²⁷⁰ Entendemos entonces que la administración en sentido material es aquella actividad estatal que tiene por objeto los asuntos administrativos,²⁷¹ por lo que todos los órganos del poder público, ya sean administrativos, judiciales o legislativos producen actos administrativos.²⁷²

Todas las autoridades están obligadas a actuar de acuerdo a un estándar óptimo en cualquier acto que tenga naturaleza administrativa, por ejemplo, en el caso de que el Poder Legislativo decida realizar una compra de computadoras, se verá en la necesidad de recurrir a un procedimiento administrativo.

Esta compra transformará el entorno en donde se desarrollan las actividades del Congreso de la Unión, por este motivo debe apegarse al principio de buena administración pues realiza un acto materialmente administrativo.

La doctrina alemana ha establecido rasgos característicos que determinan el actuar material de la administración pública.²⁷³

- a) La actividad administrativa es actividad de conformación social, debe ocuparse de los asuntos concernientes a la colectividad y a los individuos en dicha colectividad.
- b) La actividad administrativa ha de orientarse por el interés público, considerando que dichos intereses no son inmutables, sino que son cambiantes, particularmente en los Estados pluralistas.
- c) La actividad administrativa es de conformación activa hacia el futuro. Por lo tanto la actividad no se agota con la ejecución de la ley sino que incluye funciones no fijadas por la norma. Por lo tanto debe actuar por iniciativa propia y según su criterio, dentro de los límites jurídicos existentes y las directrices gubernamentales.

²⁷⁰ Véase: Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.* p.126.

²⁷¹ Maurer, Hartmut, *op.cit.* p.2.

²⁷² Fernández Ruiz, Jorge, *op cit.* p. 126.

²⁷³ Maurer, Hartmur, *op. cit.* p. 5.

- d) La actividad administrativa comporta la adopción de medidas concretas destinadas a la regulación de casos individuales y a la materialización de determinados proyectos.

La actividad material en sentido estricto, se refiere particularmente a los servicios públicos. Que pueden variar desde alumbrado público, alcantarillado, recolección de basura, hasta hemodiálisis a pacientes con problemas renales.

Un ámbito donde claramente es esencial el desarrollo de una buena administración y la consecución de una calidad aceptable de la actividad administrativa es la de los servicios públicos *strictu sensu*, es decir, la actividad material o técnica prestada a los ciudadanos.²⁷⁴

En el caso de las entidades estatales destinadas a la recolección de basura es sencillo determinar el servicio público al que se dedican, que fácilmente podemos definir como servicios sanitarios. Pero en el caso de empresas productivas del Estado, o en el caso de órganos autónomos como la Comisión Nacional de Hidrocarburos, resulta complejo determinar el servicio público, puesto que a primera vista no redunda estrictamente en un sector de la población.

Por ejemplo, la extracción de petróleo en un pozo ubicado en la región sur del país, no redunda necesariamente en un beneficio particular para la población circunvecina. De hecho, esa población recibirá de manera directa modificaciones no deseadas a su entorno, además de riesgos ambientales. Seguramente habrá una modificación material del entorno, y no se verá de manera directa un beneficio a la población.

No obstante, la extracción en ese pozo sí es de interés público, ya sea que lo explote Petróleos Mexicanos o que la Comisión Nacional de Hidrocarburos lo asigne a una operadora petrolera distinta de la empresa productiva del Estado. El interés público deriva de que la extracción del hidrocarburo generará una renta petrolera, que beneficiará las finanzas del Estado. Esos recursos sirven para brindar servicios públicos a la población. Por lo tanto, esa actividad deberá estar apegada

²⁷⁴ Ponce Solé, "En recuerdo de Joan Prats: Gestión pública...", *cit.*, p.393.

al principio de buena administración, desde la asignación que haga la Comisión Nacional de Hidrocarburos, hasta las actividades realizadas por las operadoras.

Por el contrario, si se carece de un estándar de actuación en la asignación del contrato petrolero, la Comisión Nacional de Hidrocarburos corre el riesgo de asignar un área estratégica a una operadora con poca experiencia, sin el equipo y personal necesarios, sin las capacidades técnicas y económicas suficientes, lo que resultará en una transformación del entorno que no trae beneficio alguno, ni para la población circunvecina, ni para el Estado.

Asimismo, si Petróleos Mexicanos no opera bajo el principio de buena administración, la extracción del pozo puede generar riesgos ambientales considerables, modificando de manera nociva el entorno en donde se desarrollen las actividades de extracción petrolera, así como pérdidas económicas considerables.

Por ejemplo, en 2013 en la comunidad indígena de Oxiacaque, municipio de Nacajuca en Tabasco, se generó el incendio del pozo petrolero Terra 123, incendio que tardó en ser controlado aproximadamente 2 meses.²⁷⁵ Se estimaron pérdidas aproximadas de 8.5 millones de pesos diarios, de acuerdo a lo reportado por el director de Pemex Exploración y Producción:

...se dañó equipo de perforación con un valor de 7 millones de pesos y a diario se dejan de extraer 110 mil dólares de crudo y gas. También se quema hidrocarburo por un valor de 550 mil dólares diarios.²⁷⁶

El actuar administrativo material del Estado, tiene forzosamente un impacto en la transformación del entorno, esta transformación debe ser para mejorar la

²⁷⁵ Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, *Realiza Profepa inspección preliminar en Pozo Terra 123 en Tabasco*, 24 de diciembre de 2013, https://www.profepa.gob.mx/innovaportal/v/5681/1/mx.wap/realiza_profepa_inspeccion_preliminar_en_pozo_terra_123_en_tabasco.html.

²⁷⁶ Xicotencatl, Fabiola, "Pierde Pemex 8.5 mdp al día por incendio de Pozo Terra 123 en Tabasco", *Excelsior*, 30 de octubre de 2013, sección Nacional, <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2013/10/30/926206>.

calidad de vida de la población, para la satisfacción de necesidades públicas de acuerdo con el interés público:

La función administrativa, como todas las funciones públicas tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, que son las necesidades de carácter general, suma de muchas necesidades individuales, en las que podemos identificar o escindir nuestra propia necesidad.²⁷⁷

II. LA INCORPORACIÓN DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. *Antecedentes de la buena administración en el contexto internacional*

En este acápite estudiaremos la buena administración desde un enfoque internacional, iniciaremos revisando el desarrollo que la buena administración ha tenido en Europa, en donde se encuentra elevado a rango de derecho fundamental.

El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea signada en Niza, el 7 de diciembre de 2000 establece lo siguiente:²⁷⁸

Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

²⁷⁷ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime *et al.*, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, México, Espress, 2014, p. 507.

²⁷⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 41.

— la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Como se desprende de la Carta de Niza de 2000, el derecho a una buena administración es un núcleo²⁷⁹ de principios que exigen a la administración pública actuar de acuerdo a un estándar óptimo. Lo anterior deriva de que el artículo 41 del documento señalado exige imparcialidad, equidad, el menor tiempo posible en la resolución de los asuntos, garantías de audiencia, principio contradicción, transparencia (misma que se robustece al permitir dirigirse a las instituciones en cualquiera de las lenguas del tratado), motivación en las decisiones y reparación del daño.

Las instituciones comunitarias europeas deben resolver los asuntos públicos objetivamente, por lo tanto, no hay espacio para subjetividades, inequidad, ni se puede ser lento,²⁸⁰ por el contrario existe una exigencia relacionada con la justicia en la resolución de los asuntos administrativos formales o materiales. Lo que de manera directa reposiciona al ciudadano frente al aparato estatal.

La entrada en el catálogo de derechos del derecho a la buena administración constituye un reforzamiento de la posición del ciudadano y sus derechos

²⁷⁹ Bousta, Rhita, "Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, p. 25.

²⁸⁰ Véase: Rodríguez-Aruana Jaime, "La Buena Administración como Principio y como Derecho Fundamental en Europa", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, 2013, p. 40.

tratando de colocar a la ciudadanía como verdadero protagonista del proceso de construcción europea.²⁸¹

Con respecto a la inclusión de este derecho fundamental al catálogo contemplado en la Carta de Niza de 2000, debemos remontarnos al año 1955, cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero resolvió el asunto *Industrie Siderurgiche Associate (ISA)* contra Alta Autoridad de la CECA²⁸². En dicha sentencia el Tribunal usó por primera vez la terminología buena administración, incorporando a su vez el principio de motivación. El apartado 6 de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Luxemburgo establece lo siguiente:

La parte demandante observa una falta a las reglas de buena administración y, por lo tanto, un indicio de probabilidad para establecer la desviación de poderes, en el hecho de que la Alta Autoridad, en la motivación de las decisiones impugnadas, omitió pronunciarse sobre las opiniones divergentes emitidas en el seno de los organismos consultivos. La Corte no comparte esta opinión. En términos del artículo 15 del tratado, la Alta Autoridad está obligada a “motivar” sus decisiones y de “referir” las opiniones necesariamente recogidas.²⁸³

Este es el principio de las discusiones jurisprudenciales en el Tribunal Europeo en torno a la buena administración, no solo en cuanto al uso de la nomenclatura correspondiente, sino en cuanto a los principios que comprende el derecho fundamental tal como se encuentra contemplado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En esta sentencia se aprecia la

²⁸¹ Hermida del Llano, Cristina "La configuración del derecho a una buena administración como nuevo derecho frente al poder", *Pensamiento Constitucional*, vol. 16, núm. 16, 2012, p. 163.

²⁸² Beatriz Tomás Mallén, *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 243.

²⁸³ *Associazione Industrie Siderurgiche Associate (I.S.A.)* contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero., Caso núm. 4- 54., trad. propia, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de febrero de 1955, p. 196.. Cabe señalar que la traducción se hace de la sentencia publicada en idioma francés. No obstante, las traducciones disponibles en italiano, inglés y alemán utilizan términos similares para referirse a la buena administración. La sentencia en italiano establece el término “sana administración”, la versión alemana dirá “administración adecuada”, finalmente la versión inglesa coincidirá con la francesa al decir “buena administración”. Independiente de las traducciones, esta sentencia se considera el inicio del largo camino que recorrió el derecho fundamental a la buena administración para llegar al catálogo de la Carta de Niza de 2000.

discusión sobre la debida motivación en el actuar de las autoridades administrativas, que posteriormente se incluirá en la redacción del tercer apartado, del segundo numeral del artículo 41 de la mencionada Carta.

La jurisprudencia comunitaria ha ido conformando los criterios para la construcción del derecho fundamental a la buena administración.²⁸⁴ El 10 de mayo de 1960 se dictaron tres sentencias que iniciaron a construir el criterio de resolución dentro de un plazo razonable, a saber: *Barbara Erzbergbau AG y otros* (asuntos acumulados s 3-58 a 18-58, 25-58 y 26-58), República Federal de Alemania (asunto 19-58), *Compagnie des hauts fourneaux et Fonderies de Givors* (asuntos acumulados 27-58, 28-58 y 29-58), todos contra Alta Autoridad de CECA.²⁸⁵

Con respecto al principio al derecho de reparación por responsabilidad de los funcionarios y agentes comunitarios, el Tribunal de Luxemburgo emitió la sentencia *Meroni e Co y otros* contra Alta Autoridad de la CECA (asuntos acumulados 14, 16, 17, 20, 24, 26 y 27-60, y 1-61). Esta responsabilidad es exigible ante los errores de la administración pública, incluso si estos errores fueron corregidos, pero causaron daños y perjuicios al funcionario.²⁸⁶

Esta evolución puede seguirse en las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, en 1976 se resolvió el caso *Franco Giuffrida* contra Consejo de las Comunidades Europeas (105-75),²⁸⁷ en donde se establecieron las bases para tratar los asuntos de la ciudadanía europea de manera imparcial y equitativa.

El estándar de actuación que denominamos buena administración tuvo un desarrollo jurisprudencial, por lo que podemos establecer que este derecho fundamental tiene un desarrollo apegado al realismo jurídico. Es el contraste entre mala y buena administración pública lo que lleva al Tribunal de Luxemburgo a

²⁸⁴ Véase: Rodríguez-Arana, Jaime, *op.cit.* p. 41.

²⁸⁵ Tomás Mallén, Beatriz, *op.cit.* p. 244.

²⁸⁶ *Idem.*

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 246.

establecer las bases y los principios que conforman el artículo 41 de la Carta de Niza de 2000.

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental. ¿Por qué se proclama como derecho fundamental por la Unión Europea? Por una gran razón que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos...²⁸⁸

La comunidad europea considera que para conformarse como un grupo de países democráticos se requiere de una buena administración, en donde el centro del actuar de todo el aparato estatal sea el ciudadano, en contraposición a sistemas totalitarios o autoritarios, en donde los altos funcionarios hacen uso de la maquinaria del Estado para su propio beneficio, dejando de lado el interés público.

El sistema interamericano ha carecido de esta discusión jurisprudencial, no obstante, la Organización de los Estados Americanos ha considerado mediante documentos vinculantes la necesidad de aplicar los principios y mecanismos que garanticen el funcionamiento de los sistemas de administración pública,²⁸⁹ lo que consideramos en el presente trabajo como la versión americana del derecho humano a la buena administración pública.

En ese sentido la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) fue aprobada en 1948 en Bogotá, en la República de Colombia, durante los trabajos de la Novena Conferencia Internacional Americana. Este documento sufrió reformas en 1967 mediante los trabajos de la Tercera Conferencia interamericana Extraordinaria de Buenos Aires, posteriormente en 1985, se adicionó el Protocolo de Cartagena de Indias durante el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.²⁹⁰

²⁸⁸ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", *AFDUC*, núm. 16, 15 de julio de 2012, p. 261.

²⁸⁹ Véase: Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 45 inciso e).

²⁹⁰ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de

Finalmente la evolución del documento, llevó en 1992 a incorporar el Protocolo de Washington el cual introduce modificaciones esenciales para los derechos económicos, sociales y culturales. El documento explicita que la OEA tiene el propósito de promover mediante “la acción cooperativa, el desarrollo económico, social y cultural de los Estados miembros y ayudar a erradicar la pobreza extrema en el hemisferio”²⁹¹. Un año después mediante el protocolo de Managua de 1993, cuya vigencia inicia en 1996, se establece el Concejo para el Desarrollo Integral.²⁹²

La Carta de la OEA otorga a la democracia representativa un lugar central en el desarrollo de los países americanos, a la vez que considera que la solidaridad americana tiene el sentido de consolidar el Continente. Se establece en el documento la intención de mejorar la independencia, la igualdad y el derecho. El anhelo de “convivir en paz”, la justicia, la seguridad y el orden moral son objetivos preponderantes para el contenido del documento.²⁹³

Al igual que la Carta de Niza, la Carta de la OEA tiene dentro de sus objetivos el desarrollo de la democracia, para ello incorporan un catálogo de derechos humanos que permitan a la ciudadanía continental estar protegida en contra de abusos autoritarios por los Estados signantes del documento. Si bien es cierto, que el sistema europeo y el interamericano tienen diferencias en cuanto al aspecto comunitario, los objetivos son similares. Reconocer un catálogo de derechos indispensable para que las personas puedan desarrollarse libremente, se vuelve una condición elemental para contrarrestar la amenaza latente de un Estado que pronto puede volverse autoritario o peor aún, totalitario.

La Carta de Niza establece en su artículo 41 el derecho fundamental a la buena administración, mientras que el artículo 45 de la Carta de la OEA, establece que para que el “hombre alcance su plena realización y aspiraciones”²⁹⁴ se requiere

Derechos Humanos, 2017, p. 1,
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentosbasicos2017.pdf>.

²⁹¹ *Idem*.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ Véase: Carta de la Organización de los Estados Americanos, preámbulo.

²⁹⁴ *Ibidem*, artículo 45.

que los estados dedican su máximo esfuerzo para aplicar los “principios y mecanismos”²⁹⁵ que permitan el “funcionamiento de los sistemas de administración pública”.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el máximo tribunal en materia de derechos humanos en el continente americano ha tenido oportunidad de atender lo respectivo al artículo 45 de la Carta de la OEA. En el caso *González Lluy y otros vs. Ecuador* resuelto en 2015, la Corte se apoyó en el mencionado artículo para establecer la obligación del Estado de “dedicar sus máximos esfuerzos para el desarrollo de una política eficiente de seguridad social”.²⁹⁶

En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana volvió a incorporar el artículo 45 de la Carta de la OEA para fundar sus razonamientos, estableciendo “que [la persona] solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones mediante la aplicación de principios y mecanismos’, entre ellos el: ‘h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social’.”²⁹⁷

Cabe señalar que la aplicación del artículo 45 de la Carta de la OEA en los casos señalados, deriva del reenvío que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace en su capítulo III titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 26 sobre el Desarrollo Progresivo, documento que ya hemos analizado en el segundo capítulo de la presente investigación.

En ese sentido la Corte Interamericana identifica las siguientes obligaciones para los Estados parte:²⁹⁸

- a) La adopción de medidas generales de manera progresiva: Esto implica que los Estados parte están obligados a avanzar los más “expedita y

²⁹⁵ *Ibidem*, artículo 45.

²⁹⁶ Corte IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 172.

²⁹⁷ Corte IDH. Caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 106.

²⁹⁸ *Ibidem*, párr. 105.

eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs”.²⁹⁹ Esta obligación contiene el principio de no regresividad. Durante el transcurso de la implementación de estas obligaciones, las mismas no deben quedar privadas de contenido específico. Tampoco se puede aplazar de manera indefinida la adopción de las medidas correspondientes.

- b) La adopción de medidas de carácter inmediato: Implica incorporar “medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho”.³⁰⁰ Estas medidas serán “adecuadas, deliberadas y concretas”.³⁰¹

El derecho humano a la buena administración pública puede argumentarse desde el reenvío que el artículo 26 que la Convención Americana hace a la Carta de la OEA, en cuyo artículo 45 se encuentra la obligación de aplicar los principios y mecanismos para lograr el correcto funcionamiento de los sistemas de administración pública.

Por este hecho, podemos considerar que el derecho humano a la buena administración pública pertenece a los derechos económicos, sociales y culturales, es por lo tanto un derecho de segunda generación, incluido en el catálogo de derechos humanos del Sistema Interamericano. No obstante, su inclusión, el mismo ha carecido del suficiente desarrollo jurisprudencial, puesto que la Corte Interamericana, ha usado el artículo 45 de la Carta de la OEA de manera periférica, para apoyar sus resoluciones. Sin entrar al análisis del desarrollo y alcances del artículo en comento.

El último documento a revisar en este apartado es la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en Caracas el 10 de octubre de 2013 y

²⁹⁹ *Idem.*

³⁰⁰ *Idem.*

³⁰¹ *Ibid.*

adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en la Ciudad de Panamá, los días 18 y 17 de octubre de 2013.³⁰²

Como hemos mencionado en acápites previos, el documento es orientador del actuar estatal y fija la tendencia de la legislación para la protección de los derechos humanos de la persona. Este documento considera que:

La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable.³⁰³

Desde su preámbulo, la Carta referida va perfilando a la buena administración pública como un núcleo o conjunto de criterios, lo que la Carta de Niza considera principios. Este catálogo de criterios se amplía en la redacción del artículo 25 de la Carta Iberoamericana de Panamá del CLAD hacia ciertos derechos específicos, o en términos de derecho administrativo, derechos públicos asociados. A continuación, los enlistamos de manera resumida:

- Artículo 25: El derecho fundamental a la buena administración consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad dentro de un plazo razonable. Reenvío a los artículos subsecuentes de la Carta Iberoamericana de Panamá del CLAD.
- Artículo 26: Motivación en la actuación administrativa.
- Artículo 27: Tutela administrativa efectiva, lo que implica que durante los procedimientos administrativos la Administración se sujetará a la ley. Principio de legalidad.

³⁰² Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, preámbulo.

³⁰³ Ibid.

- Artículo 28: Resolución administrativa de acuerdo al ordenamiento jurídico, equitativa y justo dentro de un plazo razonable. Principio de contradicción. Derecho a recursos efectivos.
- Artículo 29: Presentar por escrito o de manera oral las peticiones a la administración de acuerdo a la legislación correspondiente.
- Artículo 30: No presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, en caso de que los documentos obren en otro país, el ciudadano podrá abstenerse de presentarlos.
- Artículo 31: Garantía de audiencia previa toma de decisiones desfavorables.
- Artículo 32: Participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés.
- Artículo 33: Servicios públicos y de interés general de calidad.
- Artículo 34: Uso de las TICS para conocer y opinar sobre la calidad de los servicios públicos, así como de responsabilidad administrativa.
- Artículo 35: Formular alegaciones dentro del marco del procedimiento administrativo.
- Artículo 36: Presentar quejas y reclamaciones ante la Administración Pública.
- Artículo 37: Transparencia en las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos.
- Artículo 38: Acceso a la información y transparencia, derecho a la intimidad.
- Artículo 39: Copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública.
- Artículo 40: Derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general.
- Artículo 41: Trato cortés y cordial.
- Artículo 42: Derecho a conocer al responsable de quien lleve a cabo sus trámites en el procedimiento administrativo.
- Artículo 43: Conocer el *status* de sus asuntos.

- Artículo 44: Debida notificación por escrito y dentro de los plazos y términos establecidos.
- Artículo 45: Derecho de asociación o participación en instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.
- Artículo 46: Exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública.³⁰⁴

La Carta Iberoamericana de Panamá del CLAD, es un catálogo de derechos y principios que garantizan un estándar de actuación óptimo en los procesos de la administración pública. Muchos de estos derechos son independientes, otros tantos son especificidades propias del proceso administrativo.

Cabe señalar que México cuenta con muchos de estos derechos incorporados dentro de sus leyes respectivas, algunos están dentro de la Constitución Política, otros en leyes secundarias, como la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. Con esto queremos señalar que el derecho humano a la buena administración se encuentra disperso en el ordenamiento jurídico nacional. Salvo contadas excepciones la normativa mexicana ya integra los derechos mencionados en el catálogo anterior.

La legislación nacional ha fallado en colocar la nomenclatura correspondiente al concepto de buena administración. Integrar en un solo concepto, el núcleo de derechos públicos asociados que ya se encuentran dentro de las distintas normas que rigen el orden jurídico nacional. Todo esto para garantizar en un derecho independiente, el estándar de actuación óptimo de la administración pública.

La integración de este derecho permitirá cambiar el discurso sobre el derecho administrativo en el país, reposicionando al ciudadano mexicano frente al aparato estatal y su extensa burocracia, privilegiando los derechos humanos de la población en atención a la dignidad de quienes deben ser protegidos ante el actuar de la administración pública.

³⁰⁴ *Ibidem*. Este resumen es tomado de los artículos 25 al 46 del citado documento.

2. Incorporación de la buena administración a través de las instituciones jurídico-administrativas y la justicia administrativa

Como hemos comentado líneas arriba, el derecho humano a la buena administración no ha sido reconocido como tal dentro del ordenamiento jurídico mexicano, exceptuando el caso de la Ciudad de México que ha tenido a bien incorporarlo en su constitución.

No obstante, en la práctica se puede apreciar que muchos de los principios que integran la buena administración ya se encuentran incorporados de manera dispersa en la legislación nacional y en su Carta Magna. Acumular estos principios en un solo concepto y reconocerle como derecho autónomo, permitirá crear las garantías necesarias para su tutela.

Para tales efectos, identificaremos en dónde se encuentran estos principios con el objetivo de unificar la referida dispersión y poder tener un enfoque de la buena administración que concluya en el reconocimiento de este derecho. Haremos esta identificación desde dos aspectos a) el procedimiento administrativo llevado a cabo por las instituciones jurídico-administrativas y b) la justicia administrativa impartida por los jueces especializados.

Es nuestra consideración que tanto los jueces administrativos como los funcionarios públicos encargados de la administración pública, están obligados al respeto del derecho humano a la administración pública, por virtud de la Carta de la OEA en su artículo 45 inciso e), reforzado por la doctrina internacional conformada por la Carta Iberoamericana de Panamá del CLAD.

Estudiaremos la incorporación de la buena administración desde tres puntos de partida:

- a) Principio de legalidad
- b) Discrecionalidad y fin de la norma
- c) Motivación y progresividad

Consideramos que en estas tres vertientes se encuentra la incorporación del derecho humano a la buena administración en la justicia administrativa y el actuar

administrativo. Aun con la omisión que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace al no reconocer a la buena administración como derecho autónomo dentro de su texto, sí podemos apreciar el reenvío que la Carta Magna realiza a través de su bloque de constitucionalidad analizado en el capítulo segundo de la presente investigación.

Aunado a lo anterior, el Pacto Federal sí exige en su texto que las autoridades administrativas y los jueces se apeguen al principio de legalidad, así como motivar y fundar sus decisiones. Por su parte la legislación federal y la jurisprudencia establecen distintos parámetros para el uso de la discrecionalidad, tanto de la judicatura como de los funcionarios.

En este apartado, se profundizarán los elementos conformadores de la buena administración, desde la perspectiva nacional y los criterios internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Si bien es cierto, la doctrina ha tenido un desarrollo sustancial en materia de principio de legalidad, motivación y discrecionalidad, daremos mayor peso a la norma puesta y los criterios jurisprudenciales, con el propósito de atender las objeciones *iuspositivistas* más radicales.

A. Principio de legalidad

El principio de legalidad es un concepto común en el derecho administrativo y moneda corriente en la actuación de la administración pública. Este principio forma parte del derecho humano a la buena administración pública, a efecto de garantizar un actuar apegado a la ley. Sus orígenes son propios del derecho administrativo aunque el Sistema Interamericano le otorga un enfoque eminentemente penal³⁰⁵.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 9 lo siguiente:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

³⁰⁵ Véase: Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *op. cit.* p. 257.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

De la anterior lectura se puede realizar una remisión inmediata al derecho penal. De esta redacción se desprenden inmediatamente los principios de máxima taxatividad legal, irretroactividad de la norma, prohibición de analogía y reserva de ley³⁰⁶. El hecho de que la Convención Americana tenga una tendencia hacia la materia penal, no implica una exclusión de la aplicación de este principio en el actuar de la administración pública o de la justicia administrativa.

En el caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, la Corte Interamericana revisó el despido masivo de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, los cuales habían realizado protestas contra el gobierno de Panamá en reclamo de derechos laborales, los empleados despedidos hicieron uso de distintos recursos administrativos con resultados negativos. En la sentencia dictada se encuentra el siguiente pronunciamiento:

106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita...³⁰⁷

³⁰⁶ Véase: Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *op. cit.* p. 256.

³⁰⁷ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72 párr. 106.

En el caso referido la Corte se cuestiona si es posible aplicar el principio de legalidad en un área distinta de la penal, particularmente en el proceso sancionador administrativo, llegando a la conclusión de que efectivamente es posible hacer tal inferencia pues se trata de una facultad punitiva del Estado, indistintamente de la materia. Considera la Corte Interamericana que el principio de legalidad opera igualmente en materia administrativa.

El texto analizado es específico, se trata de un análisis del procedimiento sancionador en materia administrativa, por lo que la Corte aún no establece que el principio de legalidad opere en el actuar administrativo formal o material. O sea, no ha quedado claro si el principio de legalidad opera en cuestiones relacionadas con licitaciones públicas, adquisiciones, asignaciones de contrato, servicios públicos, etc.

La respuesta se encuentra en la misma sentencia, cuando la Corte establece lo siguiente:

107. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de *todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias*, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.³⁰⁸

Este texto se puede seccionar en dos partes:

Parte 1: “En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias...” El principio de legalidad e irretroactividad rige el actuar de cualquier órgano estatal, dentro de sus respectivas competencias. Entonces, queda superada la idea de que el precepto contenido en el artículo 9º de la Convención Americana solo aplica en materia penal, ya que todo órgano del Estado

³⁰⁸ *Ibidem*, párr. 107. Las cursivas son propias.

debe actuar apegado a principio de legalidad. Nos parece una aplicación expansiva del principio a todos los poderes estatales: ejecutivo, legislativo y judicial.

Por lo tanto, el principio de legalidad opera tanto en materia penal, como administrativa, en materia ambiental como en energética, en materia de impartición de justicia como en ejecución de la norma.

Parte 2: "...particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión." El principio de legalidad opera de manera especialísima en los casos en que el Estado aplica sus facultades punitivas. La Corte considera que la represión estatal es una función dotada de gravedad por ser una represión de las personas bajo su jurisdicción.

La Corte Interamericana no restringe el principio de legalidad a las sanciones penales, sino que extiende su aplicación a cualquier represión que el estado se vea en necesidad de realizar. Por lo tanto, un despido masivo debe operar conforme al principio, pero también el cobro de un crédito fiscal, el cálculo de una multa o recargo en servicios públicos, una sanción en materia ambiental, la clausura de un restaurante por cuestiones sanitarias, etc.

En resumen, la primera parte del párrafo 107 de la sentencia Baena Ricardo y Otro vs. Panamá, obliga a una aplicación expansiva del principio de legalidad hacia cualquier actividad estatal, mientras que la segunda parte enfatiza el apego al principio en cualquier actividad represiva del Estado.

La conclusión de la Corte Interamericana es contundente en la aplicación del principio en materia administrativa:

115. De lo expuesto se deduce claramente, a criterio del Tribunal, que los actos del Estado que derivaron en la destitución de los trabajadores supuestas víctimas del presente caso se hicieron en contravención del

principio de legalidad por el que se debe regir la actuación de la administración pública.³⁰⁹

En este último párrafo, la Corte establece de manera explícita que el principio de legalidad “debe regir la actuación de la administración pública”. Queda claro que tanto en la actividad formal y material, como en la justicia administrativa debe imperar el principio.

En el caso Mohamed vs. Argentina, la Corte Interamericana retoma lo establecido en el caso Baena Rodríguez y otros vs. Panamá:

130. El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. *Dicho principio preside la actuación de todos los órganos del Estado*, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo.³¹⁰

Por su parte, la Constitución Política hace referencia al principio de legalidad en distintos artículos, de modo que el término aparece en 19³¹¹ ocasiones a lo largo de la Carta Magna. para efectos de tener mayor claridad en el uso contextual del término presentamos la siguiente síntesis:

1. La primera vez que el término aparece en el texto constitucional es en su artículo 6º, apartado A, fracción VIII. El precepto normativo establece que la Federación debe contar con un organismo autónomo para garantizar el derecho humano de acceso a la información pública y protección de datos personales. De ese modo se crea el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, el cual

³⁰⁹ Ibidem, párr. 115.

³¹⁰ Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, párr. 130.

³¹¹ En término “legalidad” aparece en 21 ocasiones, no obstante, para efectos del listado presentado líneas arriba, se han descontado 2 menciones por encontrarse en artículos transitorios, lo que deja un total de 19 referencias en el texto constitucional.

- funcionará en estricto apego a los principios de “certeza, *legalidad*, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad.”³¹²
2. El artículo 21 constitucional establece que el actuar de las instituciones de seguridad pública se regirán por los “principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos...”³¹³
 3. En materia de suspensión de garantías el artículo 29 establece un listado de derechos que no pueden ni restringirse ni suspenderse mediante el decreto correspondiente, entre ellos el principio de legalidad. En párrafos subsecuentes, el término aparece por segunda vez, estableciendo que la restricción y suspensión de derechos debe hacerse apegado al principio referido.
 4. Posteriormente en el artículo 41, fracción V, apartado A, se establece como uno de los principios rectores del Instituto Nacional Electoral, al de legalidad. Posteriormente en la fracción VI del mismo precepto, se establecen mecanismos de impugnación para los actos y resoluciones electorales a efecto de garantizar la constitucionalidad y legalidad de las mismas.
 5. El artículo 79 referente a la función de fiscalización de la Auditoría Superior de la Federación, establece que ésta tendrá que ejercerse conforme al principio de legalidad.
 6. En el artículo 102, apartado A, encontramos que el desarrollo de la carrera profesional de los servidores públicos de la Fiscalía General de la República se regirá por los principios de “legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos.”³¹⁴
 7. En el artículo 109 sobre la responsabilidad de los servidores públicos y particulares frente al Estado, se establecen sanciones

³¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 6o.

³¹³ *Ibidem*, artículo 21, párrafo 9.

³¹⁴ *Ibidem*, artículo 102, apartado A, párrafo 6o.

administrativas para los servidores públicos cuando se afecten la legalidad, honradez, imparcialidad y eficiencia inherente al desempeño de sus cargos.

8. El artículo 115 fracción II, se hace referencia a las bases de la administración pública municipal y sus procedimientos administrativos, los cuales se sujetarán al principio de legalidad.
9. En el artículo 116 fracción II, se establecen las bases para la función de fiscalización que los Estados que integran la federación deben ejercer, este ejercicio se apegará a los principios de legalidad, imparcialidad y confiabilidad. En la fracción IV, inciso b) del mismo precepto se instauran las garantías que deben imperar en la materia electoral de los Estados, refiriendo que la función electoral tendrá como principios rectores los de “certeza, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad y objetividad”³¹⁵. En el inciso I) de la misma fracción se prevé que el sistema de medios de impugnación para actos y resoluciones electorales se sujeten al principio de legalidad. Finalmente, la fracción IX refiere que la procuración de justicia de los Estados se realice con base en los principios de autonomía, eficiencia, imparcialidad, legalidad, objetividad, profesionalismo, responsabilidad y respeto a los derechos humanos.
10. El artículo 122, fracción II, manda que la función de fiscalización de la Ciudad de México se desarrolle conforme a los principios de legalidad, imparcialidad y confiabilidad. Asimismo, la fracción X requiere que la función de procuración de justicia de la Ciudad de México se realice apegada al principio de legalidad.
11. En el apartado A del artículo 123 fracción XX, establece que las resoluciones y sentencias en materia laboral deberán apearse a los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia. Este mismo principio debe regir en la actuación de los

³¹⁵ *Ibidem*, artículo 116, fracción IV, inciso b).

Centros de Conciliación locales especializados en materia laboral, de acuerdo al segundo párrafo de la misma fracción. Finalmente en la fracción XX, se establece que el organismo descentralizado denominado Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, debe regirse por el principio de legalidad.

Como se aprecia, el término principio de legalidad es aplicado por la Constitución sin explicar de qué se trata, tarea que ha sido atendida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en distintas ocasiones, así como por la doctrina a efecto de traer claridad al desarrollo del concepto y su correcta aplicación. La redacción de los textos sugiere que la Carta Magna aplica la teoría de la vinculación positiva, mediante la cual "la voluntad del gobierno no puede ir más allá de la cobertura expresa del ordenamiento legal".³¹⁶

Es de explorado derecho que los artículos 14 y 16 hacen referencia directa al principio de legalidad, sin necesidad de que en su contenido exista la nomenclatura textual. El artículo 14 hace referencia explícita a la materia penal, mientras que el 16 es ligeramente más laxo al respecto. Tanto la jurisprudencia como la doctrina han identificado el concepto aplicándolo en los estudios de casos y sus respectivas resoluciones.

Por ejemplo, en 2014 la Suprema Corte de Justicia de la Nación por vía de la Primera Sala se pronunció en los siguientes términos:

El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra el derecho fundamental de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino

³¹⁶ García Andrade, Xavier Codina, "El ámbito de aplicación del principio de legalidad: un debate latente y no resuelto.", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, septiembre de 2012, p. 229.

que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley.³¹⁷

De acuerdo al criterio mencionado el contenido del artículo 14 constitucional es extensivo tanto al juzgador como al legislador, puesto que el primero debe aplicar la norma tal cual se encuentra escrita, mientras que el segundo está en obligación de evitar el uso de términos ambiguos o que impidan una clara descripción del tipo penal, y una exacta aplicación de la sanción.

Por lo que respecta al artículo 16 constitucional, los Tribunales Colegiados de circuito han hecho alusión a la aplicación del principio de legalidad en materia administrativa. Para la judicatura el principio implica que las autoridades solo pueden hacer aquello que se encuentran facultadas por virtud de ley, categorizando al principio como una garantía del derecho humano de seguridad jurídica.

De hecho, han encontrado que el principio de legalidad contenido en el artículo en comento tiene una doble aplicación en tratándose de actos administrativos:³¹⁸

1. En primer lugar, el principio de legalidad contenido en el artículo 16 de la Carta Magna impone un régimen de facultades expresas para ejecutar actos administrativos. Todo acto fuera de este régimen que se realice por una autoridad administrativa se considera arbitrario. La doctrina llama a esto interdicción de la arbitrariedad. La ejecución de

³¹⁷ Tesis 1a./J. 54/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 131.

³¹⁸ Tesis IV.2o.A.51 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, p. 2239.

actos administrativos arbitrarios vulnera el principio de legalidad y por lo tanto el derecho humano de seguridad jurídica, dotando al ciudadano la posibilidad de cuestionar el acto arbitrario.

2. La otra cara de la moneda es que el principio de legalidad genera *ipso facto* la presunción de legalidad, por virtud del cual se considera que los actos administrativos ejecutados por las autoridades se encuentran apegados a la ley. Por lo tanto, no basta que el administrado considere que el acto carece de fundamentación y motivación para ser estimado como no obligatorio ni vinculante. Se requiere que el gobernado recurra a los órganos de control especializados en materia administrativa, en donde deberá hacer valer la ausencia de fundamentación y motivación, dando oportunidad a la autoridad ejecutora de mostrar su apego al principio de legalidad en sus actos administrativos, a esto se le llama control jurisdiccional. La presunción de legalidad permite que la administración pública opere de manera fluida, de lo contrario se vería una constante lucha en tribunales justificando cada acto administrativo que ejecuta impidiendo una operación adecuada. Dando lugar paradójicamente a una falta de seguridad jurídica, pues los administrados pueden desacatar cada instrucción que reciban argumentado apreciaciones subjetivas de violación al principio de legalidad. El control jurisdiccional se constituye como una garantía de verificación en materia de seguridad jurídica. Es importante señalar la postura de Ponce Solé al respecto: “Finalmente, el control judicial contencioso administrativo, pese a sus limitaciones, puede representar un importante papel en el control de los supuestos de mala administración por seguimiento de un procedimiento administrativo defectos, con anulación de las decisiones adoptadas.”³¹⁹

³¹⁹ Ponce Solé, Juli, *En recuerdo de Joan Prats: Gestión pública, derecho a una buena administración... cit.* p. 397.

Como se aprecia, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra la tendencia de aplicar el principio de legalidad a cuestiones administrativas, si bien es cierto que el artículo 14 y el 16 tienen una aplicación penal, no menos cierto es, que el resto de las menciones del principio se aplican a cuestiones administrativas y electorales. Además de que el artículo 16 tiene un desarrollo jurisprudencial y doctrinal que le separa de las cuestiones penales para aplicarlo en cuestiones de índole administrativa.

De ese modo podemos encontrar que el principio de legalidad desde la Constitución debe imperar en los actos administrativos de las siguientes entidades y actos administrativos:

- Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos
- Instituciones de seguridad pública
- Decreto presidencial de suspensión de garantías
- Instituto Nacional Electoral
- Auditoría Superior de la Federación y su función fiscalizadora
- Sanciones administrativas para servidores públicos y particulares frente al Estado
- Administración Pública municipal
- Órganos Fiscalizadores de los Estados de la Federación y su función
- Sistema electoral de los Estados de la Federación, incluidos los medios de impugnación.
- Procuración de Justicia y función fiscalizadora de la Ciudad de México
- Justicia laboral federal y local
- Centros de conciliación laborales, federales y locales
- Justicia especializada en materia administrativa mediante el control jurisdiccional.

Es común encontrar en la Constitución que el principio de legalidad, viene de la mano de otros principios: Máxima publicidad, honradez, certeza, independencia, transparencia, confiabilidad, profesionalismo, eficiencia, eficacia, objetividad, Imparcialidad, respeto a los derechos humanos.

Estos principios son autónomos pero interdependientes, en otras palabras, cada uno cuenta con la suficiente autonomía como para que cada uno sea exigido por su propia cuenta, pero se encuentran interconectados, es común que al vulnerar uno, se viole algún otro, precisamente en virtud de la interconexión referida.

Llaman la atención que uno de los principios ligados al de legalidad sea el de eficiencia, este principio alude a la eficiencia operativa que se debe alcanzar precisamente mediante un estándar de actuación, propio del derecho humano a la buena administración. La Constitución exige que diversas operaciones administrativas se cumplan teniendo como base este principio.

En otras ocasiones la Constitución hará alusión al principio de eficacia. Mismo que aparece en forma de principio constitucional en tres ocasiones:

- Como principio rector del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).
- Como principio rector de los Centros de Conciliación locales especializados.
- Como principio rector del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

Es nuestra opinión que la Constitución invoca el principio de eficacia como si se tratara de una sinonimia con el principio de eficiencia. De hecho, el INAI, tiene que hacer la distinción en su Visión al establecer lo siguiente:

Visión

Ser una Institución Nacional *eficaz y eficiente* en la consolidación de una cultura de transparencia, rendición de cuentas y debido tratamiento de datos personales, reconocida por garantizar el cumplimiento y promover el ejercicio de los derechos de acceso a la información y protección de datos personales como base para la participación democrática y un gobierno abierto.³²⁰

³²⁰ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, "Misión Visión y Objetivos", *Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y*

Esta distinción es necesaria puesto que la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública no exige la eficiencia como principio rector, y da una definición escueta del principio de eficacia:

Artículo 8. Los Organismos garantes del derecho de acceso a la información deberán regir su funcionamiento de acuerdo a los siguientes principios:

II. Eficacia: Obligación de los Organismos garantes para tutelar, de manera *efectiva*, el derecho de acceso a la información;³²¹

Cabe señalar que lo “efectivo” es el adjetivo calificativo de “eficaz”, o sea, lo “que tiene eficacia”³²². Por lo tanto, el legislador utiliza un sinónimo en su definición, rompiendo de esta forma la regla de lógica jurídica que establece que lo definido no debe entrar en la definición, sin duda un error de técnica legislativa que el INAI tratará de subsanar mediante la redacción de su Visión citada líneas arriba.

Consideramos que la Constitución exige un estándar de actuación apegado al principio de legalidad, estándar que deberá estar dotado de otros principios más, entre los que están incluidos los de eficacia y eficiencia, destinados todos al desarrollo óptimo de las actividades de la administración pública. Desde esta perspectiva, la Carta Magna incluye en su articulado la buena administración, como hemos dicho de manera dispersa en todo el texto.

El principio de legalidad es parte de la buena administración, sin este principio el actuar del Estado podría incurrir inmediatamente en abusos y arbitrariedades, aplastando al ciudadano con todo el peso de la burocracia estatal. La buena administración como ya hemos dicho, está para reposicionar al administrado frente al aparato estatal, generando equilibrios y contrapesos en la administración pública.

Protección de Datos Personales, accedido 17 de abril de 2020, <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/misionViosionObjetivos.aspx>. Las cursivas son propias.

³²¹ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo 8o.

³²² Real Academia Española, "Eficacia", *Diccionario de la lengua española*, 17 de abril de 2020, <https://dle.rae.es>.

Como hemos referido líneas arriba, el principio de legalidad legitima el actuar del Estado, dotándole de una cobertura legal, así como de la presunción de legalidad señalada líneas arriba:

La postura clásica, mayoritaria en España mantenida por Eduardo García de Enterría, es la de la vinculación positiva de la Administración a la Ley. Según ésta, el principio de legalidad opera en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima.³²³

Como podemos apreciar, la doctrina remite constantemente a los conceptos, legalidad, legal y ley. Lo que ha generado que algunos autores inicien un debate relacionado con el concepto del principio, se habla incluso de una especie de evolución hacia el principio de juridicidad, el cual abarcaría el apego a todo el contenido del derecho administrativo y no solo de la ley.

Con la aplicación del principio de juridicidad implica someter los actos, decisiones o resoluciones de la administración pública al derecho. No como lo aplica el principio de legalidad al estricto apego a la norma del ordenamiento jurídico. Resulta este último muy limitado y restrictivo, sometida la actuación de los órganos a la norma jurídica; mientras que la juridicidad amplía el ámbito de aplicación a los principios que inspiran al derecho administrativo.³²⁴

Tales debates resultan un ejercicio en futilidad. El principio de legalidad ya abarca los principios del derecho administrativo, y desde la reforma constitucional de 2011 al artículo 1º constitucional, los derechos humanos. La administración pública está sujeta a todo el bloque constitucional, por lo tanto, debe operar de acuerdo a lo que el derecho administrativo le permite en pleno respeto de los derechos inherentes a las personas por su dignidad humana.

³²³ García Andrade, Xavier Codina, *op. cit.* p. 228.

³²⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime et al., *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración...*, cit. p. 539.

García de Enterría se pronuncia en los siguientes términos:

El ordenamiento jurídico es una unidad y opera como tal, como ya hemos intentado precisar, sin perjuicio de que su constitución interna obedezca a un cuidadoso sistema de relaciones y de límites entre diversas fuentes que lo nutren... Por ello hablaremos del principio de legalidad de la Administración haciendo general el concepto de legalidad, no referido a un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero, a lo que Hauriou llamaba “el bloque de legalidad”.³²⁵

Por otro lado, el principio de legalidad mal aplicado, puede convertirse rápidamente en una camisa de fuerza que impida al funcionario una actuación óptima, generando inmediatamente casos de mala administración:

... la vocación deontológica del derecho también tiene una ventaja indudable desde el punto de vista de la responsabilidad anudada a la conducta de la Administración, y es que hace quebrar la ecuación del principio de legalidad, de modo que un incumplimiento del deber de buena administración no tiene por qué entrañar necesariamente ilegalidad, ni viceversas. No en vano, se ha dicho con agudeza que la “buena administración” encierra en el fondo la idea de superar, sin abandonar, el principio de legalidad como punto de partida y fin de la legitimación de las Administraciones Públicas.

En los muchos casos en que el ordenamiento jurídico es arcaico, o despegado a la realidad, apearse al principio de legalidad implica de manera directa mala administración, paradoja que tendrá que ser solventada por el administrador, ponderando sus posibilidades y aplicando los criterios de buena administración, otorgando la máxima protección al ciudadano.

También existen casos en que la disposición jurídica contraviene otros derechos. En esta investigación sostenemos que la reforma energética y su conjunto de leyes, vulnera de manera directa distintos derechos humanos, el

³²⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 18a. ed., Madrid, España, Civitas, 2017, p. 479.

administrador público, no podría simplemente invocar que actúa de acuerdo al principio de legalidad, si es evidente que el resultado de su actuar es mala administración.

Por tales motivos no basta que se esgriman argumentos utilizando el principio de legalidad de manera aislada, sin entender el principio en el marco de la buena administración. El derecho humano a la buena administración pública da sentido al principio de legalidad al ponderar y otorgar distintos derechos, por lo tanto, la necesidad de reconocer la autonomía del referido derecho, se vuelve una necesidad imperante en el marco normativo nacional.

La aplicación de los criterios de buena administración es necesaria en el actuar de administrador público. Sirve para orientar la mano del legislador quien debe apegarse a la realidad al momento de identificar las necesidades legislativas, indistintamente de las cuestiones políticas en que se ve inmerso.

B. Discrecionalidad y finalidad de la norma

García de Eneurría propone la siguiente definición para el concepto de discrecionalidad:

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos, no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.³²⁶

Por su parte, la doctrina alemana establece que “existe discrecionalidad cuando la administración, ante la realización de un supuesto de hecho legal, puede elegir entre distintos modos de actuar”.³²⁷ En otras palabras, la norma, en lugar de dictar una consecuencia, autoriza al funcionario a determinar él mismo la consecuencia jurídica proveyéndole de posibilidades de actuación.

Las facultades discrecionales deben estar apegadas a la finalidad de la norma. En el supuesto de que la autoridad administrativa tome una decisión

³²⁶ *Ibidem*, p. 505.

³²⁷ Maurer, Hartmut, *op. cit.* p. 132.

aparentemente invocando discrecionalidad, pero completamente alejada de la finalidad de la norma de origen, se incurre inmediatamente en un caso de arbitrariedad, que debe ser sancionado por la jurisdicción especializada.

La doctrina francesa encontró como técnica de control en la actividad discrecional de la administración pública, lo que se denomina control de los elementos reglados. De ese modo, el Consejo de Estado francés, en la segunda mitad del siglo XIX, determinó que: “Toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente.”³²⁸

Este fin, es uno de los elementos reglados que debe ser revisado por la judicatura al momento de estudiar casos de discrecionalidad. Las facultades administrativas no son absolutas, tampoco se puede redirigir a cualquier fin, y sea ideológico o político. Los fines deben estar correcta y concretamente definidos en la norma, a efecto de evitar la vulneración del principio de legalidad.

... a pesar de las innumerables reglas y otros mecanismos destinados a controlar los errores administrativos, tanto la discrecionalidad como la información incompleta son una parte inevitable de la acción administrativa. Aunque la discrecionalidad administrativa puede conducir en ocasiones a equivocaciones, también es la base del compromiso personal de los administradores para una ejecución concienzuda de sus tareas. En otras palabras, permite que el administrador y el usuario den forma a la regla general de la circunstancia específica.³²⁹

Bajo estas consideraciones, podemos afirmar que el derecho administrativo considera que la discrecionalidad es una especie de mal necesario, es inevitable al igual que la desinformación en la toma de decisiones. Es nuestra consideración que el Estado debe optimizar sus mecanismos para la toma de decisiones, facilitando la información intergubernamental, estableciendo claridad en los elementos reglados, particularmente los fines de la norma. Este es precisamente el espectro de

³²⁸ Véase: García de Enterría y Fernández, *op. cit.* p. 513.

³²⁹ Harmon, Michael M. y T. Mayer, Richard, *Teoría de la organización para la administración pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 68.

actuación de la buena administración, este derecho sirve para garantizar una toma de decisiones óptima.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de estudiar casos en los cuales se ha pronunciado al respecto de la discrecionalidad de las autoridades estatales. La Corte considera que la discrecionalidad no es contraria con el marco jurídico de tutela de derechos humanos.

Sobre el particular, la Corte considera que los problemas de indeterminación no generan, per se, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca.³³⁰

La Corte establece que el espacio que la norma deja para la discrecionalidad, no es una violación a la Convención Americana, siempre y cuando los elementos reglados tengan suficiente claridad para otorgar la protección adecuada, evitando a toda costa las arbitrariedades estatales.

El Sistema Interamericano va delimitando vía jurisprudencial las características propias del elemento reglado, mediante la aplicación de un “test de previsibilidad” que implica constatar que la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que pueda ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que pueda ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas y evitar abusos³³¹.

Otro acercamiento a los criterios relacionados con discrecionalidad, es el citado caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, en el cual se establece que uno de

³³⁰ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 202.

³³¹ Véase: Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 205.

los límites de la discrecionalidad para autoridades administrativas debe ser el respeto a los derechos humanos:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.³³²

La Corte amplía los criterios de discrecionalidad a todas las autoridades estatales, estableciendo que indistintamente de las decisiones que los funcionarios puedan tomar, no podrán rebasar el catálogo de derechos humanos a que están obligados.

El respeto a los derechos humanos es parte del estándar de actuación de buena administración. No solo se trata de la eficacia en el desarrollo de las actividades, esto es enfocarse en la obtención de los resultados. También se debe operar de manera óptima mediante una correcta administración de los recursos y en respeto de los derechos de las partes involucradas, o sea de eficiencia. En materia de administración pública, el fin no justifica los medios.

La Corte lleva este criterio hasta las últimas consecuencias. Al considerar que todas las autoridades están obligadas al respeto de derechos humanos, inclusive en el dictado de sus políticas públicas³³³. La discrecionalidad debe estar debidamente reglada, evitando ambigüedad o laxitud en sus criterios de conformación, evitando de ese modo arbitrariedades.

³³² Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 126.

³³³ Véase: Corte IDH. Caso Vélez Looor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97.

Un criterio jurisprudencial importante en materia de nombramientos de funcionarios es el establecido en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, en el cual la Corte analiza los parámetros para el nombramiento de los jueces del Poder Judicial venezolano:

Finalmente, cuando los Estados establezcan procedimientos para el nombramiento de sus jueces, debe tenerse en cuenta que no cualquier procedimiento satisface las condiciones que exige la Convención para la implementación adecuada de un verdadero régimen independiente. Si no se respetan parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, resultaría posible diseñar un régimen que permita un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, en virtud de lo cual las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas.³³⁴

Traemos a colación este criterio, porque el procedimiento de selección de personal judicial es un acto materialmente administrativo. Pero de mayor interés resulta el procedimiento para nombrar Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual ha sido catalogado de autoritario³³⁵. Este procedimiento podría otorgar un alto grado de discrecionalidad presidencial en la designación de Ministros, permitiendo un régimen de arbitrariedad que pone en riesgo la idoneidad de los funcionarios escogidos, pero, sobre todo, la autonomía e independencia del máximo tribunal de justicia en el país.

Si interpolamos este criterio, encontraremos que el mecanismo de selección de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es prácticamente idéntico al de selección de los comisionados de organismos autónomos especializados. Tales son los casos de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y de la Comisión Reguladora de Energía. Las leyes respectivas otorgan un alto grado de discrecionalidad al Presidente de la República para los nombramientos correspondientes, poniendo en riesgo la autonomía de los órganos reguladores y la

³³⁴ Corte IDH. Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

³³⁵ Véase: Domínguez Náñez, Freddy, *Suprema Corte dentro y fuera de la Constitución*, México, Jurídica & Law Press, 2011, p. 48.

idoneidad de los funcionarios. Permitiendo un régimen autoritario que parte desde la designación del Comisionado, hasta la actuación de los órganos reguladores.

En ese sentido, la laxitud en materia de discrecionalidad debe ser evitada, de hecho, debemos tener claridad en la reglamentación de las facultades de los funcionarios públicos, a efecto de garantizar un correcto desempeño en la toma de decisiones, garantizando la buena administración.

La discrecionalidad a nivel nacional ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, pero es ésta última la que ha delimitado los alcances del concepto. Mediante la interpretación constitucional, la jurisprudencia ha ido esbozando las formas correctas de aplicar las facultades discrecionales.

En la Novena Época se resolvió el Congreso de la Unión está facultado para determinar estímulos fiscales haciendo una interpretación de los artículos 25, 26 y 28 constitucionales. Artículos que facultan al Congreso para organizar y conducir el desarrollo nacional entre las que destaca la regulación económica. La Primera Sala considera que el Congreso de la Unión tiene facultades discrecionales para determinar los señalados estímulos, no obstante, la facultad no es ilimitada y se encuentra constreñida por el contenido del artículo 31 constitucional en su fracción IV, por virtud del cual deben ser proporcionales y equitativos:

...Lo anterior no es obstáculo para verificar si el ejercicio de esa atribución se revela en concreto como expresión de un uso distorsionado de la discrecionalidad, resultando arbitraria y, por tanto, de desviación y exceso de poder en el ejercicio de sus facultades constitucionales.³³⁶

En tal resolución apreciamos que el fin de la norma está íntimamente ligada a la discrecionalidad, puesto que uno de los fines de los artículos 25, 26 y 28 son los de regular la economía, el Congreso de la Unión cuenta con facultades discrecionales para determinar los modelos impositivos, puesto que la Carta Magna no enumera un listado limitativo. El elemento reglado se encuentra en el artículo 31

³³⁶ Tesis 1a./J. 105/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXXIV, septiembre de 2011, p. 374.

fracción V, delimitando el alcance de la facultad discrecional, dejando claro que a pesar de ello, existe el mecanismo de control jurisdiccional constitucional en caso de arbitrariedades.

Siguiendo criterios parecidos la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunció al respecto de la discrecionalidad legislativa para determinar impuestos, siempre y cuando estén apegados a los lineamientos establecidos en el artículo 31, fracción IV de la Carta Magna, relativos a equidad y proporcionalidad. La política fiscal puede orientarse a la recaudación desde distintas fuentes las cuales pueden ser seleccionadas por el Congreso.

Impuestos. Existe discrecionalidad legislativa para determinar su objeto, siempre y cuando sean proporcionales y equitativos.

En cuanto a la elección del objeto de los impuestos, existe discrecionalidad absoluta a favor del legislador para decidir, desde un punto de vista político, cuáles son los supuestos de hecho o de derecho que, de realizarse, determinan la causación de un impuesto, eligiendo discrecionalmente las fuentes de riqueza con que se ha de cubrir el monto de las contribuciones. Esto es lo que se conoce como política fiscal, la cual corresponde al Congreso, ya sea el federal o el local respectivo. En este sentido, la condición y única limitante constitucional al legislador, consiste en que las contribuciones sean proporcionales y equitativas y no lleguen a ser exorbitantes y ruinosas según lo dispone el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal. Por tanto, el Estado, al establecer las contribuciones, grava la riqueza de los particulares, la que conforme a la técnica fiscal puede manifestarse a través de la obtención de ingresos, la propiedad de un patrimonio o capital, o la realización de gastos o erogaciones destinados a adquirir bienes o servicios.³³⁷

³³⁷ Tesis I.4o.A. J/103 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro III, t. 5, diciembre de 2011, p. 3587.

El principio de interdicción de arbitrariedad y fin de la norma se encuentran implícitos en el siguiente criterio:

...por estar de por medio el irreductible derecho humano a la salud del derechohabiente, la *discrecionalidad* en la prescripción de incapacidades y medicamentos a ella, no puede convertirse en una arbitrariedad libre de control de constitucionalidad.³³⁸

Es evidente que el derecho humano a la salud deja cierto margen de acción a las autoridades estatales. Los médicos estatales deben tener libertad para poder prescribir medicamentos e incapacidades de acuerdo a sus propios criterios. Una ley que establezca qué medicamento debe dar en cada caso resultaría una camisa de fuerza para que los especialistas de salud puedan dar los tratamientos óptimos, puesto que los pacientes son distintos y responden de maneras distintas a las diversas opciones terapéuticas.

No obstante, el fin de la norma es claro, se debe garantizar el derecho a la salud, para ello la discrecionalidad del médico no puede convertirse inmediatamente en arbitrariedad. El médico tiene el deber de prescribir el tratamiento adecuado orientado siempre al bienestar de su paciente, incluso si ese tratamiento es la suspensión de sus actividades. El Estado no puede justificarse en sus facultades discrecionales para ser omisa en las prescripciones correspondientes, de lo contrario vulnera el artículo 4o constitucional relativo al derecho humano a la salud. Finalmente, las facultades discrecionales señaladas están sujetas al control constitucional correspondiente.

En el Derecho Administrativo se ha decantado por poner atención al acto administrativo, presentando indiferencia con respecto a las facultades discrecionales por las cuales se llegó a la decisión. La discrecionalidad en apego al fin de la norma, así como al resto de los elementos reglados, es el espacio central para el desarrollo de la buena administración.

³³⁸ Tesis IV.2o.A.23 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, t. 4, octubre de 2012, p. 2467. Las cursivas son propias.

Como hemos argumentado, los paradigmas dominantes en el Derecho Administrativo clásico han declarado la indiferencia del núcleo discrecional para éste y se han concentrado tradicionalmente en la decisión final adoptada (el acto administrativo, sobre todo) más que sobre el modo de ejercicio de la potestad discrecional administrativa (esto es, el procedimiento administrativo: existe consenso al respecto, por todos).³³⁹

Tanto los funcionarios, como la judicatura especializada en materia administrativa están en oportunidad de implementar en su toma de decisiones la buena administración, establecer un estándar óptimo para el ejercicio de la discrecionalidad, teniendo como norte orientador el fin de la norma y el apego irrestricto a derechos humanos. Estas dos vertientes, el aspecto operativo óptimo y la tutela a los derechos humanos, deben prevalecer en el ejercicio de la discrecionalidad a efecto de evitar a toda costa la arbitrariedad.

C. Motivación y progresividad

La motivación puede ser entendida como la justificación razonada que acredita la existencia de antecedentes fácticos que permiten colegir la procedencia del actuar de las autoridades.³⁴⁰ Es un elemento importante y necesario en la actuación administrativa, especialmente en el uso de las facultades discrecionales, Sirve como principio de autocontrol, asegurando que las decisiones sean ponderadas desde los hechos y el derecho.³⁴¹

La motivación en los actos administrativos facilita la revisión de los organismos jurisdiccionales especializados, concediendo al administrado la posibilidad de presentarse ante los tribunales competentes para cuestionar la legalidad de los actos de la autoridad.³⁴² El Sistema Interamericano por vía jurisprudencial considera que la omisión en la motivación tiene un impacto directo en el ejercicio de los derechos a la defensa, puesto que dificulta el estudio de los

³³⁹ Ponce Solé, Juli, *El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI...cit.* p. 227.

³⁴⁰ Véase: Lugo Saucedo, Paloma et al., *Vademécum de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

³⁴¹ Véase: Maurer, Hartmut, *op. cit.* p. 248.

³⁴² *Idem.*

argumentos y evidencias que acreditan los supuestos jurídicos en los que la autoridad se basa para tomar sus decisiones.³⁴³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la motivación de las actuaciones de los órganos estatales se erige como una de las debidas garantías³⁴⁴ en el respeto a los derechos humanos y la interdicción de la arbitrariedad. Múltiples sentencias así lo han establecido, particularmente las derivadas de la revisión del artículo 8.1 de la Convención Americana cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, *con las debidas garantías* y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.³⁴⁵

Comúnmente las sentencias de la Corte están orientadas a el actuar jurisdiccional, lo que deriva directamente de la redacción del artículo 8.1 de la Convención Americana, pero al igual que el principio de legalidad contenido en el artículo 9 del mismo documento no es limitativa al actuar judicial, sino que se extiende al resto de los órganos estatales.

...el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La

³⁴³ Véase: Corte IDH. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331, párr. 157.

³⁴⁴ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 78.

³⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.1. Las cursivas son propias.

motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.³⁴⁶

Para la Corte Interamericana la justificación debe ser exteriorizada y razonada, como lo referimos líneas arriba, la motivación facilita la revisión judicial incluso de los jueces internacionales especializados en derechos humanos. Las conclusiones de las autoridades son motivo de control jurisdiccional y por lo tanto deben atenderse las razones por las cuales los órganos internos han actuado de determinada forma.

En materia de judicatura especializada en materia administrativa, la Corte ha tenido oportunidad de revisar un caso en contra de Venezuela, pronunciándose en los siguientes términos:

...El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.³⁴⁷

La Corte hace alusión a una sociedad democrática, en la cual esta proscrita la arbitrariedad y el estado de indefensión, para ello los ciudadanos se encuentran protegidos por el deber de motivar las resoluciones que se emitan por parte de los órganos del Estado, dotando de legitimidad y credibilidad a su actuar.

En el caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, la Corte extendió el alcance de los obligados a motivar sus resoluciones, considerando que no sólo se trata de las resoluciones judiciales, sino también de ciertos actos administrativos:

En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y

³⁴⁶ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107.

³⁴⁷ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77.

normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.³⁴⁸

La Corte Interamericana sostiene que en todos los actos administrativos en que se puedan ver vulnerados derechos humanos, se debe realizar una correcta motivación, so pena de calificar tales actos como arbitrarios. Las sanciones disciplinarias exigen una motivación aun mayor que la de cualquier acto administrativo, se requiere precisar aquello que constituye una falta, y que llevó a concluir que las conductas reprochadas son efectivamente sancionables³⁴⁹.

En el marco jurídico nacional, nuestra Carta Magna establece en su artículo 16 lo siguiente:

Nadie puede ser molestado, en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.³⁵⁰

La Constitución es categórica al afirmar que toda autoridad competente debe fundar y motivar la causa legal de su proceder. En el Sistema Interamericano, la jurisprudencia en ocasiones utiliza los términos “fundar” y “motivar” como sinónimos, sobre todo en las resoluciones más antiguas. Conforme fue evolucionando y sofisticando sus resoluciones, se llegó a una especie de diferencia conceptual aun obscura. No obstante, en el sistema interno la diferencia está puesta de origen.

El artículo 16 establece desde su redacción, que fundar y motivar son elementos distintos en el actuar estatal, lo que permea a todos los Poderes de la Unión. La materia administrativa no es la excepción, todas las entidades

³⁴⁸ Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

³⁴⁹ Véase: Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 184.

³⁵⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 6o, párr. 1o.

pertenecientes al Poder Ejecutivo están en obligación de que los actos administrativos que se generen sean motivados debidamente.

La jurisprudencia nacional se ha referido a tales diferencias considerando que la motivación y fundamentación deberán ser reales, ciertos e investidos de la fuerza legal suficiente para provocar el acto de autoridad, a resumidas cuentas la diferencia es la siguiente:³⁵¹

- a) Fundar: que se expresen las razones de derecho.
- b) Motivar: que se expresen los motivos de hecho.

Los Tribunales Colegiados han sido precisos al determinar la diferencia entre la falta y la indebida fundamentación y motivación. Estas precisiones se requieren pues tienen injerencia en la praxis judicial. De ese modo:

...la falta de fundamentación y motivación significa la carencia o ausencia de tales requisitos, mientras que la indebida o incorrecta fundamentación y motivación entraña la presencia de ambos requisitos constitucionales, pero con un desajuste entre la aplicación de normas y los razonamientos formulados por la autoridad con el caso concreto.³⁵²

El análisis de la Suprema Corte ha llevado a delimitar la debida motivación exigible al Poder Legislativo, el Pleno ha tratado el tema con sumo cuidado a efecto de evitar invasión de esferas, llegando a las siguientes conclusiones:³⁵³

- a) Existen dos tipos de motivación legislativa a saber: reforzada y ordinaria.
- b) La motivación reforzada, atiende a ciertos actos o normas que pueden afectar algún derecho fundamental o bien jurídico tutelado por la Constitución, por lo que el legislador deberá presentar los razonamientos para su actuar atendiendo fines legítimos.

³⁵¹ Véase: Tesis 1a./J. 139/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época t. XXII, diciembre de 2005, p. 162.

³⁵² No. Tesis I.3o.C. J/47, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1964.

³⁵³ Tesis P./J. 120/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1255.

- a. En caso de encontrar alguna “categoría sospechosa” en el actuar legislativo, que ponga en riesgo derechos fundamentales o un bien jurídico tutelado por la Carta Magna, procede la revisión constitucional respectiva, por lo que la motivación reforzada se hace de vital importancia en estos casos.
- b. Los requisitos para motivación reforzada son los siguientes:
 - i. Existencia de antecedentes fácticos que permitan colegir la procedencia del actuar legislativo.
 - ii. La justificación sustantiva, expresa, objetiva, razonable de los motivos que el legislador usó para emitir el acto.
- c) La motivación ordinaria se da cuando el acto no requiere pasar por una ponderación específica de las circunstancias concretas por no poner en riesgo derechos fundamentales o bienes jurídicamente tutelados por la Constitución.
 - a. Esta motivación es laxa en atención al respeto debido a las esferas de poder, de modo que no se vulnere la libertad política del legislador por el Poder Judicial, se da en aspectos de economía, organización de la administración y aquellos casos en que no se vulnere derechos fundamentales.

Como hemos apreciado, la Constitución ya exige que las actuaciones de la autoridad estén debidamente motivadas, un elemento propio de la buena administración:

La buena Administración debe ser una Administración motivada... A su vez, la Administración motivada es una exigencia del sistema democrático, en tanto la Administración está llamada a procurar el consenso con los ciudadanos, para lo cual es indispensable expresar, objetiva y racionalmente, cuáles son los motivos de sus decisiones.³⁵⁴

En el segundo capítulo, sentamos las bases del desarrollo progresivo, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 26, así como

³⁵⁴ Hernández, G., José Ignacio, *op. cit.* p. 39.

el principio de progresividad contemplado en el artículo 1o de la Constitución, por virtud del cual, el Estado debe ir avanzando en la tutela de los derechos humanos, por lo que igualmente deberá ir evolucionando en cuanto a lo que se considera intereses generales que motivan el actuar administrativo.

La buena administración exige superar una visión restrictiva de los que se ha considerado tradicionalmente "intereses generales" para abarcar los intereses de los ciudadanos en el quehacer administrativo.³⁵⁵

Este es el espacio para incorporar el derecho humano a la buena administración, mediante la evaluación de las razones fácticas que motivan los actos del Estado en función del ciudadano. Reposicionar al ciudadano en las funciones estatales y la justicia administrativa, de modo que tanto el funcionario, como el juez, operen con un estándar óptimo, que resuelva de manera efectiva y en apego irrestricto a los derechos humanos.

El Poder Legislativo no escapa de las premisas referidas, tanto en los casos de motivación reforzada como ordinaria. Debe ponerse especial atención en la forma ordinaria de motivar. Si bien la Suprema Corte considera que está en obligación de respetar la libertad política del Congreso, también lo fuerza a motivar, aunque tenga menos control sobre esos asuntos. Para el Derecho Administrativo, se trata de un espacio esencial para la aplicación del estándar de buena administración, toda vez que los asuntos que se motivan de manera ordinaria son los relacionados con materia económica y organización administrativa.

El Poder Legislativo está en oportunidad de emplear la buena administración en sus actos, que si bien no son actos formalmente administrativos, sí son considerados función estatal. Sobre todo se encuentran en la posibilidad de renovar el derecho administrativo, mediante la orientación de sus actuaciones hacia el ciudadano, siendo este último el centro de todo el actuar del Estado.

³⁵⁵ Ruíz Canizales, Raúl *et. al.*, "El discurso principalista en el procedimiento..." *cit.* p. 60.

García de Enterría vislumbró este cambio en el derecho administrativo, particularmente en el proceso contencioso:

Al centrar el Derecho administrativo en el ciudadano, el proceso contencioso administrativo pasa a ser un cauce de tutela judicial efectiva de los derechos del ciudadano frente a la Administración. Tal cambio, paulatinamente formado en las últimas décadas del pasado siglo, permitió el surgimiento de lo que Eduardo García de Enterría denominó una nueva justicia administrativa. Es decir, una justicia centrada en la defensa efectiva de los derechos del ciudadano frente a la Administración, y por ello, una justicia esencialmente subjetiva, no limitada al acto administrativo. Tal cambio, principalmente, derivó como consecuencia del efecto expansivo del derecho a la tutela judicial efectiva. Un cambio cuyo punto de arranque es, precisamente, la centralidad de los derechos humanos, o como lo denominó García de Enterría, “el destacamiento resuelto de los derechos fundamentales”.³⁵⁶

³⁵⁶ Hernández G., José Ignacio, *op. cit.* p. 43.

CAPÍTULO QUINTO

EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS ESTÁNDARES DE ACTUACIÓN EN PETROLOES MEXICANOS Y LA COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS.

Este es el capítulo final de la presente disertación de grado. En él se realiza el análisis relativo al derecho humano a la buena administración pública correlacionándolo con las contrataciones de extracción y exploración de hidrocarburos. En este apartado se integra la construcción conceptual que hemos hecho en los capítulos anteriores con el objetivo de contrastar la realidad en la que operan los sujetos responsables de la administración de los contratos del sector: la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y Petróleos Mexicanos (PEMEX).

Se verifica si la CNH y PEMEX operan bajo estándares de actuación adecuados al sector en el que se desempeñan, para ello, hemos seleccionado los estándares establecidos por la gobernanza, tema que se discutirá en el primer acápite.

En primer lugar, se explicará el concepto de gobernanza, su diferenciación con gobernabilidad, y su trascendencia en el derecho internacional. El concepto de gobernanza es amplio y en muchos casos confundido, especialmente por las traducciones poco técnicas de las que ha sido objeto, ello no significa que el concepto carezca de contenido sustantivo o de impacto como modelo de gestión administrativa.

Haremos un especial énfasis en el modelo propuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre la gobernanza, y sus implicaciones en los dos grandes áreas objeto de estudio en esta investigación: las empresas públicas y los organismos autónomos.

La OCDE ha desarrollado una serie de principios y estándares encaminados a optimizar la administración de empresas y organismos autónomos. El carácter internacional de los estándares hace sencilla la comparación en el desempeño de

empresas homologas de otros países. Aunado a la aceptación que tienen en la administración pública de distintos sujetos de la comunidad internacional.

En el segundo acápite, se hará una revisión de los estándares de actuación en Petróleos Mexicanos desde la perspectiva de las directrices OCDE sobre gobierno corporativo. Se explicará su trascendencia y se verificará si PEMEX se encuentra en cumplimiento de dichos estándares.

El tercer acápite aborda el tema sobre las mejores prácticas OCDE en la gobernanza en los organismos autónomos. Finalmente se hará el contraste respectivo entre los parámetros establecidos y aceptados a nivel internacional, y la actuación de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

De esta forma concluiremos la presente investigación, mediante el análisis de los estándares de actuación administrativos que dirigen el actuar de los sujetos de la administración pública encargados de la contratación en materia de hidrocarburos. En la medida en que PEMEX y la CNH cumplan con los estándares, podremos determinar si existe una vulneración al derecho humano a la buena administración pública con motivo de la reforma energética.

I. LA GOBERNANZA Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS ESTARDARES EN INTERNACIONALES EN LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. *El concepto de gobernanza*

Iniciaremos la discusión con un ejercicio de definición, mediante el cual se establezca qué debemos entender por gobernanza:

...gobernanza es el proceso de gobierno o de dirección de la sociedad mediante el cual una sociedad se dirige, gobierna y gestiona a sí misma. En esencia y en la práctica, es el proceso por el cual el gobierno, las empresas privadas, las organizaciones de la sociedad (civiles, religiosas, sociales) y los ciudadanos interactúan con el propósito de definir, acordar y decidir sus objetivos de interés general y de valor común, así como las formas de

organización, los recursos y las actividades que se consideran necesarias y conducentes para logara los objetivos deseados y decididos.³⁵⁷

Esta es una definición eminente teórica, pero orientadora. Uno de los temas centrales en la gobernanza es la integración de distintos actores sociales en la dirección de la sociedad misma. El gobierno no es más un ente directivo en control de todo lo que ocurre en determinada sociedad. Por otro lado, se trata de un actor social más en capacidad de coordinarse con otros actores privados, a efecto de poder solventar las necesidades de la población.

Ese es el motivo, por el que el concepto especifica que la sociedad, es quien se dirige a sí misma. El resto de los actores sociales en sus distintos sectores, son coadyuvantes de la actividad gubernamental. Esto no implica que el gobierno como parte de Estado deba perder su *imperium*, o que deba dejar a los actores sociales, solos en la atención de las necesidades de la población.

Lejos de eso, se trata de hacer sinergias con otros actores de incidencia social, con el objetivo de entregar mejores resultados y optimizar los procesos de la administración pública. Esta idea implica que el gobierno por sí solo, no puede atender todas y cada una de las necesidades de la población, para ello requiere la ayuda de organizaciones privadas y distintos actores.

Esta postura fue novedosa y surge a través de la distinción entre gobernabilidad, gobernanza/gobernación y gobierno. El punto de partida es la década de los 70s, especialmente con el reporte de la Comisión Trilateral titulado “La Crisis de la Democracia”.³⁵⁸ En dicho escrito, se aprecia el uso conceptual del vocablo gobernabilidad (distinto de gobernanza), en clara alusión a la habilidad de los gobiernos de dar dirección a las economías, sociedad y comunidades políticas en las que gobiernan, y de hacerlo efectivamente.³⁵⁹

³⁵⁷ Aguilar Villanueva, *Gobernanza y gestión pública*.

³⁵⁸ Véase: Michael Crozier, Samuel P. Huntington, y Juji Watanuki, *The crisis of democracy* (United States of America: New York University Press, 1975. Trad. propia.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 188. Trad. propia.

“La Crisis de la Democracia” es un texto que deviene de la crisis originada por la segunda guerra mundial, y una de sus mayores aportaciones, es la identificación de distintos factores que dificultan la gobernabilidad en la democracia. Se visualiza la posibilidad de que el gobierno por sí solo, no sea suficiente para cubrir los requerimientos de la sociedad. Esto es, se distingue al gobierno de los gobernantes, y se plantea que el problema no solo radica en el funcionario y sus habilidades, sino que la institución misma de gobierno es insuficiente para solventar las demandas sociales.

El incremento de los actores políticos y los grupos facticos de poder en los países democráticos generan una sobrecarga directa en el gobierno. Los colectivos más numerosos, generan presión en los funcionarios con cargos de elección popular, con la expectativa de una respuesta favorable originada por los valores democráticos. Inicia de esta forma una expansión de la actividad del gobierno para solventar estas demandas, no por la fortaleza e incremento de sus capacidades, sino por la debilidad de rechazar las demandas de los votantes. El gobierno puede generar desgobierno, ante la incapacidad de solventar todas y cada una de las nuevas demandas.

El concepto gobernabilidad continuo con su desarrollo hasta hacerse más específico, a pesar de ello, el camino no fue sencillo, especialmente por el uso indiscriminado que tuvieron los organismos internacionales al usar los conceptos gobernabilidad y gobernanza de manera indistinta. Por ello, es pertinente distinguir estos conceptos.

Es nuestra consideración que una de las distinciones más precisas es la realizada por Joan Oriol Prats, quien argumenta que gobernabilidad y gobernanza no son términos excluyentes, sino complementarios. La gobernanza se refiere a los “procesos de interacción entre actores estratégicos”, estos patrones tienen su fundamento en las instituciones formales e informales que limitan el actuar de los actores políticos, la gobernanza es “interacción forjada por las reglas del juego”, por

su parte la gobernabilidad es la capacidad de un sistema sociopolítico para autogobernarse en el contexto de otros sistemas de los que forma parte.³⁶⁰

La gobernabilidad deriva del alineamiento de las necesidades y las capacidades del sistema sociopolítico, este alineamiento ocurre a través de las instituciones. El grado de gobernabilidad depende de la calidad de las capacidades conferidas por las reglas del juego. En resumen, la gobernabilidad es la capacidad conferida por la gobernanza.³⁶¹

Gobernabilidad	Gobernanza
Torres de Melo: "Son las capacidades de los actores sociales"	Torres de Melo: "Son las reglas del juego dentro de un sistema social".
Prats: "La capacidad de crear y llevar a cabo un gobierno. Se analiza desde una dimensión analítica y normativa"	Prats: "Consiste en las interacciones resultantes por la aplicación de las reglas de juego"

Tabla 4. Gobernabilidad y Gobernanza³⁶²

Una vez que hemos distinguido gobernabilidad de gobernanza, nos centraremos en el desarrollo de este último concepto desde la perspectiva de dos organismos internacionales: El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Estos organismos redimensionan la gobernanza, de modo que se propicia la creación de reglas de juego novedosas y estándares de actuación para distintos componentes del gobierno. La gobernanza tendrá desde estas perspectivas, expresiones en las empresas públicas, en la transparencia, en los marcos regulatorios y en los órganos autónomos, a través de diversos mecanismos, principios y directrices.

³⁶⁰ Joan Oriol Prats, "El concepto y el análisis de la gobernabilidad", *Revista Instituciones y Desarrollo* vol. 14-15, 2003, pp. 243-245.

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² Andrea Acuña *et al.*, "Gobernabilidad y gobernanza: revisión conceptual y su vinculación con el ámbito organizacional.", *Administración y Diversidad. Nuevos espacios para la Docencia*, Argentina, 2016.

El PNUD ha otorgado a la gobernanza tres dimensiones, estas dimensiones derivan de la siguiente definición:

Gobernanza es el ejercicio de la autoridad económica, política y administrativa para gestionar los asuntos de un país en todos los niveles. Comprende mecanismos, procesos e instituciones mediante los cuales los ciudadanos y grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos, cumplen sus obligaciones y median sus diferencias.³⁶³

En el término expuesto encontramos el ejercicio de distintitas autoridades en tres ámbitos centrales: política, economía y administración. Esta autoridad no es aplicada de manera arbitraria por los funcionarios en el poder, sino que se desarrolla en un marco institucional y en consonancia con los intereses ciudadanos. Es una de las razones por las cuales el PNUD añade el calificativo democrático a la gobernanza, en una clara ampliación de los alcances de la “buena gobernanza / buen gobierno”.

La búsqueda de una gobernanza sistémica y democrática, implicará la integración de los procesos y estructuras sociales para guiar las relaciones sociales y económicas con intención de proteger la cultura, creencias y valores de la sociedad, en donde se garanticen las libertades fundamentales. Este modelo de gobernanza desarrollado por PNUD implica desarrollar subtipos de gobernanza:

- Gobernanza económica: proceso de toma de decisiones que afectan de manera directa o indirecta la economía de un país o su relación con otras economías. Revisa aspectos de igualdad, pobreza calidad de vida, etc.
- Gobernanza política: proceso de toma de decisiones e implementación de políticas del Estado legítimamente instituido. Promueve la división de poderes y permite la participación ciudadana en los procesos de elección de los funcionarios.

³⁶³ Democratic Governance Group, *Democratic Governance Reader*, New York, United Nations Development Programme, 2009, p. 20. Trad. propia.

- Gobernanza administrativa: es el sistema de implementación de la política pública mediante un sector público eficiente, independiente, que rinda cuentas y que sea transparente.³⁶⁴

Esta triple dimensión de la gobernanza implica la estandarización en el actuar del poder público. En la gobernanza administrativa, la política pública debe implementarse de forma eficiente, en el entendido que la política pública ha sido diseñada de acuerdo con los intereses ciudadanos mediante los procesos e instituciones establecidos por la sociedad.

Si trasladamos estas ideas a la reforma energética, nos encontramos con la relevancia de la gobernanza. La reforma energética es en el sentido más amplio una política pública. El replanteamiento de la Comisión Nacional de Hidrocarburos como un órgano autónomo regulador, y de Pemex como una empresa productiva del estado, requiere un estándar que permita eficiencia, transparencia, independencia y rendición de cuentas, lo que PNUD determina como gobernanza administrativa.

Aunado lo anterior, sostenemos que la reforma energética, es en realidad una reforma política, económica y administrativa. El nombre fue colocado con fines de propaganda política, más que de precisión técnica. Los cambios que sufren los entes públicos son, en todo caso, de naturaleza jurídica. Un verdadero cambio en la política pública en materia energética implicaría cambiar los procesos de aprovechamiento de energías limpias y renovables, en lugar de facilitar y promover la explotación de los hidrocarburos.

La reforma energética es sumamente compatible con la gobernanza en cuanto a los criterios para la toma de decisiones. De esta forma la gobernanza se torna útil para determinar los mejores estándares para eficiente desde la implementación, hasta el actuar y gestión de la CNH y Pemex.

³⁶⁴ Véase: Management Development and Governance Division, *Reconceptualising Governance*, New York, United Nations Development Programme, 1997, p. 10.

Por su parte, la OCDE ha desarrollado la gobernanza al grado de sectorizarla en distintas áreas de la administración pública. De ese modo, podemos ver la aplicación de distintos principios de gobernanza en temas de transparencia, rendición de cuentas, organismos autónomos, empresas estatales entre otras. En cada sector, se precisan principios y directrices con el fin de coadyubar a construir “gobiernos más transparentes y accesibles”.³⁶⁵

En ese sentido, la OCDE ha definido la gobernanza de la siguiente manera:

Gobernanza se refiere a los acuerdos formales e informales en que se determinan las decisiones públicas y como se llevan acabo dichas acciones, con la perspectiva de mantener los valores constitucionales de un país al momento de enfrentarse a problemas y ambientes. Los principales elementos de la buena gobernanza se refieren a la rendición de cuentas, transparencia, eficiencia, efectividad, expansividad y estado de derecho.³⁶⁶

La definición concuerda con las anteriores establecidas por PNUD y por Aguilar Villanueva citadas líneas arriba. La definición de OCDE incluye elementos adicionales específicos como: estado de derecho y valores constitucionales, lo propio de las democracias. La gobernanza que propone la OCDE implica procesos institucionales con rendición de cuentas, eficiencia y efectividad.

Esta visión de la gobernanza permea en distintas áreas del gobierno y constantemente se hacen estudios dirigidos a países miembros. Como resultado se ha desarrollado el Programa Regional de la OCDE para América Latina y el Caribe, destinado a sus autoridades políticas.

Desde estos estudios, analizaremos el avance de la CNH y Pemex en materia de estándares de actuación administrativa. Específicamente las directrices para el

³⁶⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Fortaleciendo las instituciones y la gobernanza en ALC, Gobernanza*, 2019, <https://www.oecd.org/latin-america/programa-regional/gobernanza/>. Trad. propia.

³⁶⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, "Public Governance", *Policy Framework for Investment*, 2016, <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/>.

gobierno corporativo de las empresas públicas y las mejores prácticas para los reguladores económicos ambos desarrollados por la OCDE.

2. *La gobernanza en la reforma energética, su influencia en la CNH y Pemex*

La reforma energética en materia de hidrocarburos tiene una fuerte inspiración en las premisas de la gobernanza. En el corazón de la reestructuración normativa, se pueden apreciar criterios destinados a la optimización del sector en distintas áreas. Igualmente se observa una clara intención de mejorar la eficiencia operativa de las que en su momento fueran empresas paraestatales.

Uno de los aspectos que más preocupa a los impulsores de la nueva agenda legislativa es el mercado de los hidrocarburos. Con la intención de proponer reglas claras, se inicia un proceso para habilitar a la Comisión Nacional de Hidrocarburos dotándole de las facultades necesarias para regular el mercado. Previa a la reforma energética, la CNH solo estaba facultada para emitir lineamientos técnicos para la industria petrolera, pero no contaba con las potestades necesarias para normar las actividades económicas del sector hidrocarburos.

Como hemos señalado en la introducción, los sujetos centrales en la reforma energética son Pemex y la CNH. Pemex como la operadora con mayor preeminencia en el sector y la CNH como el órgano regulador del mercado. En ambos casos se aprecia el interés del legislador de establecer estándares adecuados para el mejor funcionamiento tanto de la industria como del mercado. Cabe señalar que no basta la incorporación en la ley de un discurso relacionado con la gobernanza, se requiere la implementación adecuada de los estándares. En materia de administración, el voluntarismo no es suficiente.

Por lo que respecta a la gobernanza podemos determinar las dimensiones que configuran las expectativas del sector hidrocarburos a raíz de las reformas en el marco regulatorio respectivo, estas dimensiones serán presentadas en un cuadro comparativo, para contrastar la perspectiva del modelo de gobierno clásico y el nuevo modelo que adopta la gobernanza:

Dimensión	Modelo de gobierno clásico	Gobernanza
Objetivos de Eficiencia	Sujeto a niveles objetivos basados en política, no en economía	Objetivos económicos
Competitividad internacional	No se requiere, objetivos políticos y sociales	Es requerida y debe ser orientada por las mejores prácticas del sector
Seguridad energética	Se encuentra garantizada por el Estado	Se garantiza mediante el mercado
Distribución de recursos	Centralizados	Dispersados entre los operadores de la industria
Intereses	Son delimitados por la política y la Constitución	Son delimitados por la regulación sectorial
Toma de decisiones	Centralizada	Descentralizada
Transparencia	No es relevante, se limita a lo establecido en la norma	Es relevante
Marco normativo	Determinada por la soberanía	Soberanía limitada, con control de mercado y compromisos internacionales

Tabla 5. Comparación de los modelos de gobierno clásico y gobernanza.³⁶⁷

Por lo que respecta a la CNH, el análisis comparativo de las iniciativas presentadas por el Poder Ejecutivo y el Partido Acción Nacional de la reforma energética se pronuncia en los siguientes términos:

Se fortalece a la Comisión Nacional de Hidrocarburos, elevándola a rango constitucional y señalando como características para ésta que:

- Será un organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio;
- Se establece que tendrá por objeto regular la exploración y extracción de hidrocarburos provenientes de formaciones geológicas, cualquiera que fuere su estado físico (sólido, líquido o gaseoso), y
- Al pasar a este rango dejará de ser un órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía.³⁶⁸

³⁶⁷ Ibarra-Yúnez, Alejandro, *La Reforma energética, el Cambio de Gobernanza en el Sector Hidrocarburos e Implicaciones para el TLCAN en su 21 Aniversario*, México, Colegio de México, 2016, p. 13. El autor propone un número mayor de dimensiones, pero hemos seleccionado sólo aquellas que son relevantes para el presente estudio.

³⁶⁸ Gamboa Montejano, Claudia y Valdés Robledo, Sandra, *Reformas constitucionales en materia energética, análisis comparativo de las iniciativas presentadas por el Ejecutivo y el PAN*, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis, LXII Legislatura, Cámara de Diputados, 2013, p. 53. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-49-13.pdf>.

Se aprecia la voluntad parlamentaria decantada en dotar de nuevas facultades a la CNH, además de elevarla a rango constitucional. Esta intención se vio cumplida en la reforma final al incorporar a la CNH en el artículo 28 de la Carta Magna:

El Poder Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley.³⁶⁹

Con la redacción del artículo 28 constitucional, se cumple la voluntad del legislador de elevar a rango constitucional a la CNH. Este cambio implica que la Comisión deja de ser un órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, para convertirse en un órgano regulador. La nueva naturaleza adquirida por disposición de ley incluye una ampliación en las funciones de la CNH. Ahora es la encargada de normar las actividades económicas en el mercado de los hidrocarburos.

La gobernanza permea en los órganos reguladores pues se requiere una estandarización adecuada para regular de manera eficiente el mercado. Aunado a lo anterior la CNH propicia sinergias entre empresas públicas y privadas para la optimización técnica, industrial y económica del sector *upstream* de los hidrocarburos. Actualmente existen distintas áreas contractuales asignadas a operadores particulares, o a Pemex. Incluso existen participaciones conjuntas como las que se presentan en las áreas contractuales Trión, Cárdenas-Mora y Ogarrio, en los que Pemex opera los pozos en coordinación con las empresas privadas BHP Billiton Petróleo Operaciones de México, S. de R.L. de C.V., Petrolera Cárdenas Mora, S.A.P.I. de C.V. y Deutsche Erdoel México, S. de R.L. respectivamente.³⁷⁰

La OCDE realizó diversos estudios en torno a los órganos reguladores creados con la reforma energética. Como resultado, pronunció una serie de recomendaciones para mejorar el funcionamiento de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos

³⁶⁹ Véase: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 28.

³⁷⁰ Comisión Nacional de Hidrocarburos, "Administración de Contratos", *Contratos*, 2019, <https://rondasmexico.gob.mx/esp/contratos/>

(ASEA), la Comisión Reguladora de Energía (CRE) y la Comisión Nacional de Hidrocarburos.³⁷¹

La nueva estructura de Petróleos Mexicanos como empresa productiva del Estado, tiene una fuerte influencia de los principios de gobernanza. La nueva Ley de Petróleos Mexicanos incorpora un régimen de gobierno corporativo en su artículo 3o.³⁷² y el Título Segundo (del artículo 11 al 47) del dispositivo legal está dedicado a la conformación del Gobierno Corporativo en la institución. El Gobierno Corporativo de Pemex debe estar orientado a la optimización de todos sus recursos, la mejora regulatoria, transparencia y mejores prácticas.

En líneas anteriores hemos establecido que la naturaleza de Pemex es incierta, se trata de una naturaleza administrativa *sui generis*, que se encuentra a medio camino entre el gobierno clásico y el gobierno corporativo. Se ha señalado que tiene una “gobernanza híbrida”,³⁷³ se trata de una empresa con un antecedente paraestatal que conserva vicios del viejo esquema, entre ellos el de la opacidad en el manejo de sus finanzas y fuertes lazos con la SCHP.

La dirección y administración de Pemex estarán a cargo de su Consejo de Administración y de un Director General.³⁷⁴ En este sentido, es importante destacar que los funcionarios del Consejo Administrativo son en su totalidad seleccionados por el Titular el Ejecutivo de la siguiente forma:

Tipo de Consejero	Número de funcionarios	Designa
Secretarios de Estado: Hacienda y Crédito Público, y Energía	2	Ejecutivo Federal
Del Gobierno Federal	3	Ejecutivo Federal
Independientes	5	Ejecutivo Federal

Tabla 6. Relación Consejeros-Designación.³⁷⁵
Fuente: Elaboración propia.

³⁷¹ Véase: OCDE, "Impulsando el desempeño de los órganos reguladores en materia energética de México", *La gobernanza de los reguladores*, Ediciones OCDE, París, 2017.

³⁷² Ley de Petróleos Mexicanos, Artículo 3o.

³⁷³ Ramón Olivas Gastélum, "¿Qué hemos aprendido con la reforma energética? Lecciones y retos para una nueva administración.", *Memorandum para el presidente (2018-2024)*, 2018, <https://imco.org.mx/indices/memorandum-para-el-presidente-2018-2024/capitulos/garantizar-la-continuidad-de-las-reformas-educativa-y-energetica/que-hemos-aprendido-con-la-reforma-energetica-lecciones-y-retos-para-una-nueva-administracion>.

³⁷⁴ *Ibidem*, Artículo 12.

³⁷⁵ *Ibidem*, Artículo 31.

De igual manera, el Director de Petróleos Mexicanos es seleccionado por el Titular del Ejecutivo. El Presidente de la República determina quiénes deben dirigir y administrar la empresa productiva del Estado más importante en materia de hidrocarburos. Llama la atención de la presencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SCHP) en el Consejo, esto implica control fuerte sobre la renta petrolera que genera Pemex, lo que puede ser contraproducente en la asignación del presupuesto para una correcta operación.

Es nuestra consideración que la Ley de Petróleos Mexicanos deja espacios para el autoritarismo. Al facultar al Ejecutivo para nombrar a los directivos más importantes, se origina la oportunidad de asignar funcionarios con intereses más políticos que operativos, se privilegia la simpatía con el régimen más que la eficiencia operativa, y se le concede al Presidente de la República el manejo directo de la empresa más importante del sector.

A su vez, el mecanismo de selección de los Comisionados de la CNH también deja espacios para el autoritarismo. El Presidente envía ternas al Senado para que sea la Cámara Alta quien seleccione al funcionario, si el Senado no se pone de acuerdo en el plazo de 30 días o rechaza la terna, el Presidente debe enviar una nueva terna. Si es rechazada nuevamente, el Presidente designa al funcionario de la terna que envió en la segunda ocasión.³⁷⁶ Esto permite la imposición de Comisionados a gusto del Titular del Ejecutivo, es una CNH a la carta.

Las ideas de la gobernanza en la administración pública, orientaron la construcción de la reforma energética. No obstante, en la redacción normativa deja subsistentes lagunas para que el Presidente actúe de manera autoritaria. Estos vicios no deben ser obstáculo para continuar con la implementación de estándares adecuados en el actuar de la CNH o Pemex. Si bien es cierto, existen reminiscencias del modelo paraestatal, las nuevas modalidades pueden funcionar si se toma en cuenta la mejora continua y las sinergias con los diversos operadores.

³⁷⁶ Véase: Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, Artículo 6.

3. *La gobernanza y el derecho humano a la buena administración pública.*

El derecho humano a la buena administración pública y la gobernanza son altamente compatibles. El derecho humano referido implica la adopción por parte del gobierno de estándares de actuación y la gobernanza dota precisamente de estos estándares.

El origen filosófico de la gobernanza presupone que el gobierno por sí solo es incapaz de dar abasto a todas las necesidades de la sociedad. Por ese motivo debe permitir que agentes privados suplán estos requerimientos sociales mediante su participación en los sectores en los que el gobierno se encuentra limitado.

Esta disociación que la gobernanza hace entre el gobierno en su cualidad ente, y el gobernante en su calidad de funcionario, es ideal para explicar el alcance del derecho humano a la buena administración pública desde nuestra perspectiva teórica.

La Buena Administración implica la adopción de estándares de actuación por parte del gobierno. Distingamos pues, que no se trata de verificar la habilidad o capacidad del servidor público, se trata de estandarizar la actuación de todo el aparato gubernamental. Esto no exime al funcionario de apegarse a los estándares, pero debemos tener claridad en que la Buena Administración tiene un espectro más amplio que solo la responsabilidad administrativa de los trabajadores estatales.

En esto radica la relevancia de la incorporación del derecho humano a la buena administración pública en la práctica jurídica nacional. Este derecho establece la garantía de que la administración pública adopte mejores prácticas. A la fecha, como ciudadanos, no tenemos manera de solicitar esta adopción por ninguna vía. Los modelos nacionales que existen en esta materia son reactivos y se centran en el funcionario y su responsabilidad administrativa, pero no se preocupan de que el servidor público opere de manera eficiente en el sector.

La gobernanza implica una crítica directa a la institución gobierno, más que al desempeño del gobernante. Actualmente, el marco normativo en materia de

responsabilidades administrativas se centra exclusivamente en verificar el actuar del funcionario con apego a la norma. Si el funcionario rompe con el principio de legalidad se puede hacer acreedor a una sanción administrativa.

Este modelo reactivo rige la función pública moderna de México, incluso se ha diseñado el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA),³⁷⁷ mismo que coordina autoridades en todos los niveles de gobierno, con el objetivo de prevenir, detectar y sancionar faltas administrativas y hechos de corrupción en el uso de recursos públicos.

El SNA está orientado a reprimir el actuar de los funcionarios, y no a mejorar el actuar gubernamental, este discurso implica que la forma de mejorar el gobierno se encuentra en la sanción y represión de conductas contrarias a la norma por parte del funcionario. Esta perspectiva implicaría que el gobierno tal y como está diseñado podría abastecer todas las necesidades de la sociedad si tan solo los servidores públicos no fueran corruptos. Se considera que el factor humano es el defecto a corregir en la administración pública y por lo tanto solo se requiere de un conjunto de normas que le impidan actuar al margen de la ley.

Otro mecanismo que se acerca a la estandarización de procesos en la administración federal, es la política pública implementada mediante la promulgación de la Ley General de Mejora Regulatoria en marzo de 2018³⁷⁸ y que crea Comisión Nacional de Mejora Regulatoria (CONAMER), su antecedente se encuentra en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo que en el año 2000 crea la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, mediante la que se impulsa la mejora regulatoria en los procesos en la burocracia nacional.

La mejora regulatoria es un sector en el que la gobernanza propuesta por la OCDE ha tenido incidencia. No obstante, las dimensiones que abarca el proyecto de la OCDE supera aquellas establecidas en la ley nacional. Para la primera, se

³⁷⁷ Sistema Nacional Anticorrupción, "¿Qué hacemos?", *Sistema Nacional Anticorrupción*, 2020, <https://sna.org.mx/que-hacemos/>

³⁷⁸ Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, "¿Qué hacemos?", *CONAMER*, 2018, <https://www.gob.mx/conamer/que-hacemos>.

trata de la coadyubar a los gobiernos a eliminar “obstáculos innecesarios a la competencia, la innovación y el crecimiento”,³⁷⁹ por su parte la Ley General de Mejora Regulatoria establece en su artículo 2o que el objetivo de la norma es: “implementar políticas públicas para el perfeccionamiento de las regulaciones y los trámites y servicios”.³⁸⁰

La OCDE tiene una perspectiva internacional orientada a propiciar la competitividad, mientras que la norma interna busca el perfeccionamiento burocrático mediante procesos autorreferenciales. El legislador se ha pronunciado por una mejora continua, pero ha limitado el alcance de la ley hacia aspectos burocráticos.

Estos esfuerzos de estandarización no son suficientes en el contexto global en el que México se encuentra y tampoco está a la altura de la incursión de los derechos humanos en todos los ámbitos del actuar administrativo. Se requiere de un vehículo diseñado desde la perspectiva de los derechos humanos a efecto de recolocar al ciudadano en el centro de la actuación de los poderes públicos.

Por ello el derecho humano a la buena administración pública desde la perspectiva de la gobernanza, permite revisar los estándares con los que opera la administración pública. Actualmente la administración pública, de *motu proprio*, se revisa a sí misma para determinar en qué puede mejorar, pero no se ha habilitado al ciudadano para iniciar acciones en contra de la falta de estándares de actuación. El SNA permite que se inicien demandas contra los funcionarios públicos de los que se crea han cometido actos de corrupción, CONAMER tiene esfuerzos loables en la integración de distintos órganos de gobierno en la mejora de sus trámites. Pero el gobierno es más que sus funcionarios o los procesos burocráticos.

El gobierno implica procesos, instituciones y relaciones con distintos actores. Por ello la mejora continua no debe ser impulsada exclusivamente por la misma administración pública. Se debe facultar al ciudadano para que esté en posibilidades

³⁷⁹ OCDE, "Reforma Regulatoria", *Publicaciones*, 2020, <https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/reformaregulatoria.htm>

³⁸⁰ Ley de Mejora Regulatoria, Artículo 2o fracción I.

de señalar las deficiencias del sector público que debe cubrir sus requerimientos. Con la incursión de los derechos humanos en todos los ámbitos políticos, la consecuencia lógica es que la administración pública también se vea incidida. La prerrogativa que lo permite es el derecho humano a la buena administración pública.

II. REVISIÓN DE LAS DIRECTRICES OCDE SOBRE EL GOBIERNO CORPORATIVO EN PETROLEOS MEXICANOS

1. *Los Principios de Gobierno Corporativo OCDE y del G20*

Como señalamos líneas arriba, la nueva conformación de Petróleos Mexicanos incluye un apartado destinado al gobierno corporativo, una de las líneas de la gobernanza que propone la OCDE. También hemos referido que el gobierno corporativo que propone la nueva Ley de Pemex tiene una naturaleza híbrida, con normas destinadas a la eficiencia o la transparencia, pero con un fuerte control central ejercido por el Poder Ejecutivo. Se encuentra a medio camino entre los esquemas del gobierno clásico y la gobernanza.

La OCDE hizo una compilación de principios que en su momento se conocieron como *management*, y que hoy reciben el nombre de Gobierno Corporativo (GC).³⁸¹ Estos principios tienen su origen en la administración privada, y posteriormente se adecuaron para hacerlos funcionales en cualquier tipo de empresa, pública o privada, indistintamente de su giro comercial o industrial. Los principios sirven de estándar en el actuar de la empresa y tienen un impacto directo en sus resultados.

Los motivos que propiciaron la compilación y emisión de los Principios de GC de la OCDE, tienen el objetivo de coadyubar a las empresas públicas o privadas a la obtención de sus metas económicas, a mejorar sus relaciones con los inversores y el diseño de los mecanismos de apalancamiento justos y transparentes, con el respeto de los derechos de terceros interesados.³⁸² No están diseñados para tener

³⁸¹ Cevallos Riofrio, Vanessa Mireya *et al.*, "Los principios de gobierno corporativo de la organización para la cooperación y el desarrollo económico. Su aplicación en el Instituto Superior Tecnológico Tsáchila", *Universidad y Sociedad*, vol.12, núm. 3, junio de 2020, p. 276.

³⁸² Briozzo, Anahí *et al.*, "Análisis del marco normativo del Gobierno Corporativo para la Argentina", *Visión de Futuro*, vol. 22, núm. 1, 2018, p. 34.

un carácter obligatorio, pero son el estándar de actuación esperado de una empresa que se quiere consolidar en el mercado.

La primera emisión de los principios por parte de la OCDE tuvo lugar 1999, este trabajo inicial sentó las bases para el desarrollo del concepto Gobierno Corporativo,³⁸³ posteriormente en el año 2004 se actualizaron los principios con un fuerte enfoque en transparencia y rendición de cuentas, lo que origino revisiones en 2014 y 2015 que condujeron a la publicación de los principios en el año 2016, esta última es la versión vigente. En abril 2015 el foro de Gobierno Corporativo del G20 y la OCDE juntaron esfuerzos para realizar esta versión actualizada y para noviembre del mismo año ya se encontraba aprobada por ambos organismos.³⁸⁴

Los Principios se proponen como una orientación a los legisladores para construir un marco de GC, teniendo en consideración los aspectos de eficiencia económica, seguridad en materia de fianzas y sostenibilidad. Igualmente se invita a generar sinergias entre entidades públicas y privadas para desarrollar normas adecuadas a cada país. Destacamos la importancia que se da a todos los actores del mercado: empresa, directivos, empleados, terceros interesados. Factor humano que determinan la toma de decisiones y contribuyen al éxito empresarial.³⁸⁵

Los Principios se erigen como un estándar común para los modelos de gobierno corporativo existente, por lo que no se da por sentada la existencia de un modelo único. Como hemos dicho líneas arriba, los países pueden hacer ajustes a los esquemas presentados por la OCDE para hacer eficientes sus propios mercados y empresas. Asimismo, se establece que los Principios están sujetos a revisiones constantes y por consecuencia, evolucionan para dar orientaciones actualizadas a los legisladores encargados de establecer el marco respectivo de Gobierno

³⁸³ *Ibidem*, p. 35.

³⁸⁴ OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, París, Éditions OCDE, 2016, p. 4, <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

³⁸⁵ *Ibidem*, 10.

Corporativo. A continuación, exponemos los principios mediante un recuadro que simplifica su contenido:

I. Consolidación de la base para un marco eficaz de gobierno corporativo	
Principio 1	
<p>Promover la transparencia y la equidad de los mercados, así como la asignación eficiente de los recursos. Será coherente con el Estado de Derecho y respaldará una supervisión y una ejecución eficaces.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Marco normativo consistente, transparente y exigible • Responsabilidades claras • Cooperación transfronteriza • Autoridades competentes facultadas con recursos suficientes
II. Derechos y tratamiento equitativo de los accionistas y funciones de propiedad clave	
Principio 2	
<p>Proteger y facilitar el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos tendrán la posibilidad de que se reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Accionistas con voz y voto de Juntas Generales de Accionistas • Trato igualitario entre accionistas • Eficiencia en los mercados de fusione y adquisiciones • Garantías a los accionistas
III. Inversores institucionales, mercados de valores y otros intermediarios	
Principio 3	
<p>Proporcionar incentivos sólidos a lo largo de toda la cadena de inversión y facilitar que los mercados de valores funcionen de forma que contribuya al buen gobierno corporativo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Inversores fiduciarios revelan sus políticas en materia de GC • Inversores fiduciarios revelan sus conflictos de interés • Asesores de inversión revelan y minimizan conflicto de interés • Proscripción de operaciones con información privilegiada
IV. El papel de los actores interesados en el ámbito del gobierno corporativo	
Principio 4	
<p>Reconocer los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulen de mutuo acuerdo y fomentar la cooperación activa entre éstos y las sociedades con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a la sostenibilidad de empresas sólidas desde el punto de vista financiero.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Respeto a derechos de los actores • Reparación a los actores en caso de vulneración a sus derechos • Mecanismos de participación para trabajadores • Normatividad sobre insolvencia
V. Divulgación de información y transparencia	
Principio 5	
<p>Garantizar la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes relativas a la empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Revelación de información relevante sobre la empresa • Información pública de acuerdo a normas financieras especializadas • Auditoría anual • Auditores externos deben responder ante accionistas
VI. Las responsabilidades del consejo de administración	
Principio 6	
<p>Garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Miembros del consejo actúan de buena fe • Trato equitativo a distintos grupos de accionistas • Actuación ética del Consejo • El Consejo ejecuta determinadas funciones clave

Figura 2. Síntesis de los Principios de GC de la OCDE y el G20.³⁸⁶

³⁸⁶ Elaboración propia. Fuente: OCDE, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*. París, Éditions OCDE, 2016.

La figura presentada incluye una síntesis de los principios y su contenido más relevante para nuestro estudio. El documento de la OCDE está integrado por seis capítulos, cada uno con un Principio de GC, posteriormente se hacen comentarios a cada principio con el objetivo de dar mayor claridad a los aspectos sustantivos del Principio.

Los Principios son el antecedente de las Directrices que la OCDE ha publicado para desarrollar el Gobierno Corporativo en las Empresas Públicas. En el siguiente subacápite estudiaremos su contenido y realizaremos el contraste correspondiente con los estándares de actuación en Pemex.

2. Las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, su aplicación a Petróleos Mexicanos

Las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas surgen como un complemento a los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20.³⁸⁷ Ambos documentos han ido evolucionando a partir de las necesidades actuales de los mercados, competitividad y eficiencia económica.

La primera emisión de las Directrices data de 2005,³⁸⁸ diez años después el Comité de Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas solicitó al Grupo de Trabajo sobre Propiedad Estatal y Prácticas de Privatización³⁸⁹ que se hiciera la revisión correspondiente a efecto de actualizar los lineamientos al entorno actual de las empresas públicas, al tiempo de integrar los conocimientos adquiridos en ese período.

Mientras que los Principios están dirigidos a los legisladores, las Directrices están destinadas a los funcionarios públicos encargados de la administración de la propiedad de la empresa y sus directivos, a efecto de establecer las mejores prácticas de GC. El enfoque en Directrices es la obtención de los resultados, por ello se deja amplio margen a los Estados para que incorporen los mejores medios

³⁸⁷ OCDE, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, 2015 ed, Paris, Éditions OCDE, 2016, p. 14.

³⁸⁸ Keremidchiev Spartak y Nedelchev Miroslav, "Corporate Governance of State-Owned Enterprises: National Practices of the Board", *Entrepreneurship*, vol. VIII, núm. 2, 2020, p. 18.

³⁸⁹ OCDE, *op. cit.* p. 13.

para la obtención de los objetivos propuestos. De esta forma, los Estados pueden respetar su marco normativo o incluso adecuarlo para la obtención de los resultados mencionados. Esto último, fue el caso en materia de los hidrocarburos nacionales. La reforma energética cambia el marco normativo para poder estar en condiciones de alcanzar eficiencia económica y operativa en el control de la industria extractiva.

La implementación del Gobierno Corporativo en las Empresas Públicas tiene como obstáculo característico el tema de responsabilidades administrativas por la nula o escasa obtención de resultados. En esta materia, las entidades cuentan con una compleja red de actores involucrados, lo que dificulta el deslinde de responsabilidades. Es común que sean los de menor jerarquía quienes respondan por la falta de resultados.

Para tener claridad sobre las Directrices OCDE, las hemos clasificado en tres tipos de directriz:

1. Directrices de intervención estatal: aquellas Directrices OCDE encargadas de orientar a los funcionarios públicos en cuanto a la dirección eficiente de la empresa, desde la justificación de propiedad estatal hasta la publicidad y transparencia. Incluye las Directrices I, II, III y VI.
2. Directrices de garantía de actores: Aquellas Directrices OCDE destinadas a otorgar protección a los accionistas y demás interesados en el actuar de la empresa pública. Incluye las Directrices IV y V.
3. Directriz de responsabilidad administrativa: Directriz destinada a determinar la responsabilidad administrativa de los miembros del Consejo de Administración de las empresas públicas. Incluye la Directriz VII.

La clasificación presentada solo tiene fines didácticos, y se desarrolla para poder hacer el análisis de la implementación de este estándar de actuación en Petróleos Mexicanos, a continuación, presentamos las Directrices de acuerdo a esta clasificación:

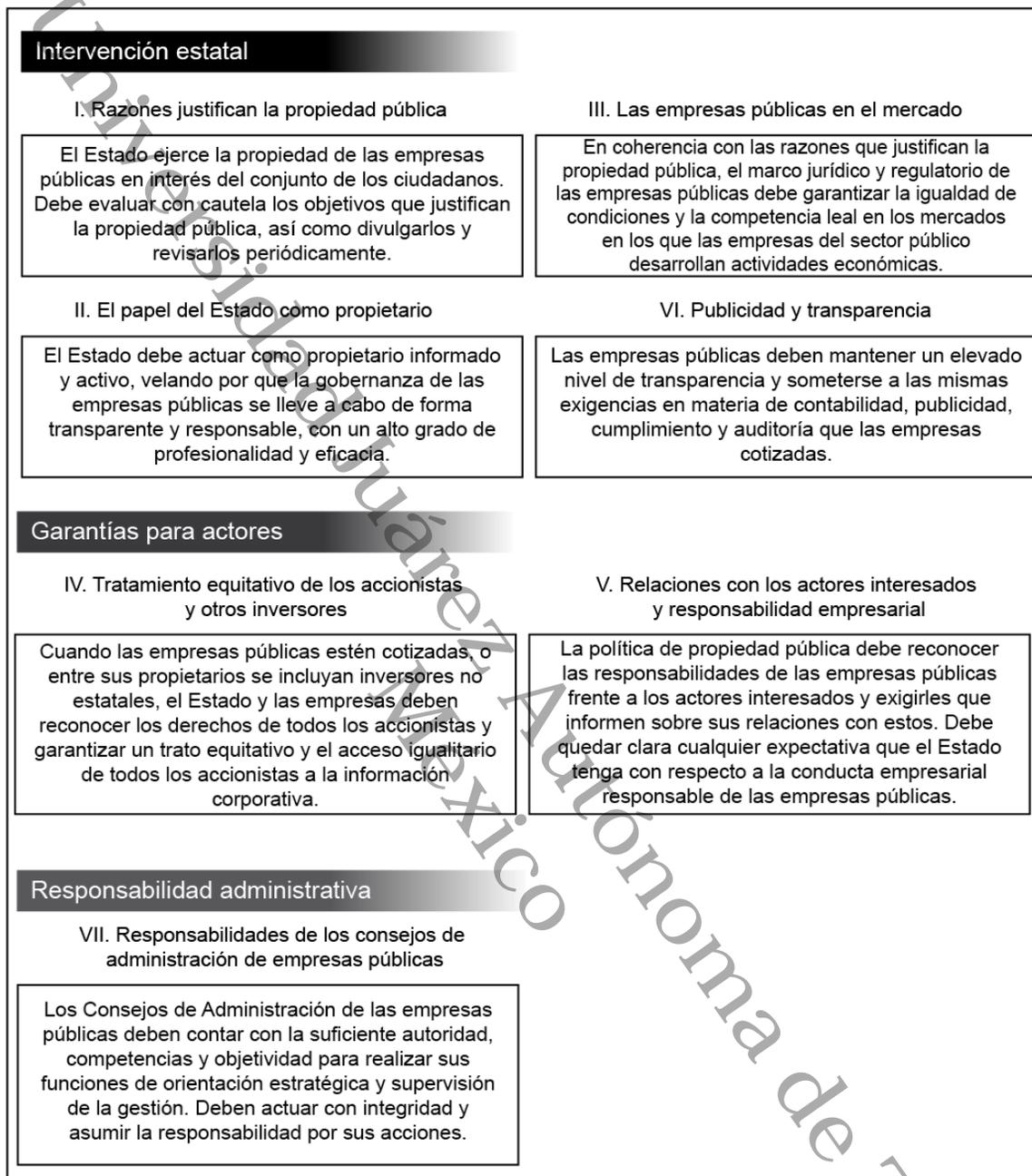


Figura 3. Tipología Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas.³⁹⁰

Estas directrices cuentan en su ámbito de aplicabilidad a las empresas que se encuentran bajo el control del Estado. Tomando en cuenta los criterios establecidos por la OCDE, Pemex es una de ellas, indistintamente de que se le haya

³⁹⁰ Elaboración propia. Tomado de las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas, Edición 2015.

cambiado la naturaleza jurídica de empresa paraestatal a empresa productiva del Estado. Es nuestra consideración, que la modificación que recibe Petróleos Mexicanos en cuanto a su naturaleza, no es un cambio técnico, sino discursivo. La categoría “empresa productiva del Estado” solo existe en México.

La OCDE establece tres criterios para determinar si una empresa puede considerarse como pública:

1. Debe ser una persona jurídica
2. Reconocida por la ley nacional como entidad mercantil
3. Derechos de propiedad ejercidos por el Estado.³⁹¹

El calificativo “del Estado”, añadido a las palabras “empresa productiva” indica la propiedad y el control ejercido por el gobierno mexicano sobre Pemex. Este aspecto semántico se ve reforzado por el contenido de la Ley de Pemex, la cual expresa en su artículo segundo establece lo siguiente:

Petróleos Mexicanos es una empresa productiva del Estado, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios y gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión, conforme a lo dispuesto en la presente Ley.³⁹²

Como se aprecia en el texto del artículo referenciado se cumplen dos de los criterios establecidos por la OCDE con respecto a su ámbito de aplicación. Se establece que Pemex es propiedad del Gobierno Federal, con lo que se cumple el tercer criterio alusivo a la propiedad ejercida por el Estado. Posteriormente, se dota a Pemex de personalidad jurídica y patrimonio, con lo que se cumple el primer criterio de la OCDE con respecto al carácter de persona jurídica.

Queda pendiente el segundo criterio de la OCDE con respecto a ser reconocido como una entidad mercantil. La Ley de Pemex no establece de manera literal el término “mercantil” para referirse a la empresa productiva del Estado. A pesar de ello, sí cuenta con un reconocimiento en la ley como entidad mercantil, al

³⁹¹ OCDE, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo...*, cit. p. 15.

³⁹² Ley de Petróleos Mexicanos, Artículo 2o.

establecer en el artículo 4o los fines de Pemex, en los que se le otorga el mandato del desarrollo de actividades:

- Empresariales
- Económicas
- Industriales
- Comerciales³⁹³

Asimismo, Petróleos Mexicanos cuenta con una habilitación en materia mercantil con el objetivo de tener mayor flexibilidad para competir en el mercado. El artículo 7o de su Ley, permite celebrar actos jurídicos y contratos contenidos en la ley mercantil y civil. Su artículo 3o, establece que en aquellos casos no previstos por la Ley, aplican el derecho mercantil y el civil en carácter de supletorios. Finalmente, el artículo 115 habilita a la empresa productiva del Estado a participar en medios alternativos de solución de conflictos y hace un especial énfasis en materia de arbitraje comercial, permitiendo que Pemex pueda pactar cláusulas o compromisos arbitrales.³⁹⁴ De esta forma, Petróleos Mexicanos puede abstraerse de la jurisdicción estatal y resolver sus asuntos sometiéndose a la justicia privada.

De esta forma Pemex cumple con los criterios para ser una empresa pública en términos de las Directrices OCDE:

Criterios	Disposición normativa (Ley de Pemex)
1. Personalidad jurídica	Artículo 2o: propiedad exclusiva del Gobierno Federal
2. Entidad mercantil	Artículos: 3o: Supletoriedad del derecho mercantil y civil. 4o: Desarrollo de actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales. 7o: Contratos y actos previstos en la ley mercantil y civil. 115: Medios alternativos de solución de conflictos
3. Propiedad estatal	Artículo 2o: propiedad exclusiva del Gobierno Federal

Tabla 7. Cumplimiento de los criterios OCDE por la Ley de Pemex.

Fuente: Elaboración propia.

³⁹³ *Ibidem*, Artículo 4o.

³⁹⁴ Vease: Lázaro Sánchez Iván, "Medios Alternos de Solución de Conflictos para Upstream en la Industria de los Hidrocarburos Caso México", *Summa Iuris* 7, núm. 1, junio de 2019, p. 167.

Una vez que hemos determinado que Pemex cumple con los criterios para recibir la aplicación de las Directrices, procederemos a la revisión de estos estándares en Petróleos Mexicanos con motivo de la reforma energética.

3. *Los estándares de actuación en Petróleos Mexicanos, la evaluación de las Directrices OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*

De la tipología propuesta en el subacápite anterior, en la cual se proporciona una línea didáctica para seccionar las Directrices de la OCDE, se han seleccionado las de intervención estatal para estar en posibilidades de revisar el cumplimiento de los estándares de Gobierno Corporativo en Petróleos Mexicanos. Esta selección se hace con el objetivo de delimitar las áreas de aplicación y con ello se verificará el cumplimiento del derecho humano a la buena administración pública en la constitución de la empresa productiva del Estado.

Las áreas a estudiar son tres: a) razones que justifican la propiedad pública, b) el papel del Estado en su calidad de propietario y c) la participación de la empresa pública en el mercado, todos ellos en la constitución y ejecución de Pemex. Para cada área de aplicación se revisa una directriz, y para cada directriz se seleccionan los criterios de mayor relevancia para su cumplimiento tomados del documento de 2015 de la OCDE.

A. *Primera directriz: Razones que justifican la propiedad*

El Estado ejerce la propiedad de las empresas públicas en interés del conjunto de los ciudadanos. Debe evaluar con cautela los objetivos que justifican la propiedad pública, así como divulgarlos y revisarlos periódicamente.

a.1. Criterios de cumplimiento:

1. Asignación de recursos de manera eficiente, para maximizar el beneficio para la sociedad
 - a. ¿Cómo puede crearse más valor para los ciudadanos?

Para poder atender esta pregunta, Petróleos Mexicanos debe expresar cuál es su propuesta de valor como empresa. El valor que Pemex aporta a la industria, no debe quedar a la interpretación de las audiencias o del público,.

En 2019³⁹⁵ se aprobó y publicó el Plan de Negocios de Pemex 2019-2024, el cual incluye once objetivos estratégicos, de los cuales nueve están relacionados con negocios y dos implican la alineación de las actividades centrales para aumentar la eficiencia en materia corporativa. Pemex sugiere que el Planteamiento Estratégico referido está en armonía con la perspectiva que el Gobierno Federal a determinado para la empresa en el Plan Nacional de Desarrollo.³⁹⁶

Esta aseveración con respecto a la supuesta alineación del Planteamiento Estratégico con el Plan Nacional de Desarrollo es debatible, puesto que el PND es bastante escueto en cuanto a Pemex. De manera muy genérica expresa que se debe rescatar a la empresa³⁹⁷ de los daños ocasionados por el régimen anterior, especialmente el sexenio del Presidente Enrique Peña Nieto. Para tales fines, se debe construir una nueva refinería y rehabilitar las existentes.

Para que el Plan de Negocios de Pemex se encuentre verdaderamente alineado, deberá hacer un especial énfasis en la refinación, lo que dejaría de lado la exploración y extracción, las áreas más rentables en la industria de los hidrocarburos. Ante la laxitud de lo establecido en el PND, cualquier estrategia estaría orientada a la visión del Gobierno Federal, siempre y cuando se refiera a la refinación. No obstante, de los once objetivos estratégicos, solo uno está dedicado a la ampliación de las capacidades de producción de combustibles y petroquímicos, el resto de los objetivos, escapan del contenido del Plan Nacional de Desarrollo.

³⁹⁵ Redacción, "Consulta aquí el Plan de Negocios de Pemex", *El Universal*, 18 de julio de 2019, sección Cartera, <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/economia/consulta-aqui-el-plan-de-negocios-de-pemex>.

³⁹⁶ Petróleos Mexicanos, *Plan de negocios de Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias 2019-2023*, 2019, https://www.pemex.com/acerca/plan-de-negocios/Documents/pn_2019-2023_02.pdf.

³⁹⁷ Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

Por otro lado, el Plan de Negocios de Pemex establece su propuesta de valor en el octavo objetivo numeral 8.1, su tenor literal es el siguiente:

8. Fortalecer la comercialización y contribuir a garantizar el abasto de productos de manera eficiente y oportuna, así como ofrecer servicios de calidad.

8.1. Fortalecer la propuesta de valor, el servicio al cliente y el reconocimiento de la marca Pemex para mejorar su posición competitiva en los mercados de productos y servicios³⁹⁸

En el apartado 8.1, se observa la intención de Petróleos Mexicanos de “fortalecer su propuesta de valor”, pero sigue sin determinar cómo mejorará dicha propuesta, tampoco se ha pronunciado con respecto a cuál es el valor adicional que Pemex ofrece al público. Al profundizar el texto, se observa que el desarrollo del numeral citado no se encuentra disponible. Pemex oculta todo el octavo objetivo estratégico argumentando “secreto comercial”. Petróleos Mexicanos considera que publicar la información sobre “acciones, proyectos y estrategias” pondría en desventaja a la empresa, frente al resto de los operadores de la industria. Y por lo tanto perdería su ventaja competitiva.

En resumen, Pemex no publica su oferta de valor, lo que lejos de beneficiarle o darle una ventaja sobre sus competidores, le pone en una posición de opacidad frente al foro industrial y las audiencias. Podemos suponer que existe una versión privada del Plan de Negocios, que revele el contenido del octavo objetivo estratégico, no obstante, dicha información debe ser pública. El argumento de Petróleos Mexicanos no está relacionado con la seguridad nacional, o con la seguridad energética, sino con el resguardo de posibles ventajas competitivas en el mercado.

Petróleos Mexicanos produce *commodities*, esto es, bienes primarios que permiten, mediante procesos de transformación, la producción de otros bienes. Los hidrocarburos entran en esta categoría. El problema de este tipo de bienes es la

³⁹⁸ Petróleos Mexicanos, Plan de negocios de Petróleos Mexicanos...*cit.*, p. 85.

diferenciación. Al ser bienes primarios, no existen muchos elementos que permitan diferenciar los barriles de petróleo producidos por Pemex de aquellos producidos por otras operadoras extractivas. Por ello, es especialmente importante publicitar el valor que la empresa productiva del Estado ofrece al público.

La opacidad en la publicación de la oferta de valor de Pemex, da como resultado un cumplimiento bajo en el estándar de actuación.

b. Eficiencia y transparencia en la rendición de cuentas

En el apartado anterior, pudimos observar la opacidad de Petróleos Mexicanos en revelar objetivos estratégicos, dicha opacidad se extiende a distintos ámbitos de la empresa.

El Índice de Transparencia Corporativa para Empresas Productivas del Estado, publicado por México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C,³⁹⁹ ha detectado que Pemex tiene un sistema de transparencia y rendición de cuentas eminentemente reactivo. La transparencia no es usada para atraer a futuros inversionistas, o para dar claridad al público con respecto a su propuesta de valor, proyectos o metas.

Este estudio revisó el contenido de la información publicada por Petróleos Mexicanos y la contrastó con las directrices de gobierno corporativo de la OCDE, detectando una clara insuficiencia en la información que Pemex provee a las audiencias.

Asimismo, la calidad de los documentos que se publican como parte del programa de transparencia de Pemex es insuficiente. Si bien es cierto, la empresa productiva del estado publica mucha información, la misma carece de contenido sustantivo que permita a las audiencias captar la propuesta de valor de la empresa, o el alcance de sus objetivos y metas de rentabilidad.

³⁹⁹ México Evalúa, *Índice de Transparencia Corporativa para Empresas Productivas del Estado* Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C, 2019, <https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2019/05/IndiceTransparenciaEPE.pdf>.

Gran parte de la información publicada por Pemex es el resultado de las exigencias establecidas por organismos de regulación y la *Securities Exchange Commission* de los Estados Unidos de Norteamérica. Se trata de información financiera específica incorporada en formatos determinados por las autoridades. Por lo tanto, la información solo puede ser entendida por audiencias expertas. Esta opacidad y falta de comprensión en las políticas de transparencia dictadas por la OCDE, redundan en la ausencia de un estándar adecuado para justificar la propiedad pública de la empresa productiva del Estado.

La falta de transparencia y la mala calidad en la información otorgada a las audiencias por Petróleos Mexicanos, da un cumplimiento bajo en el estándar de actuación.

2. Elaboración de una política en materia de propiedad

a. Multiplicidad de razones para la propiedad de la empresa

Para poder cumplir con este estándar, el Estado debe tener claridad en cuanto a las razones por las cuales se justifica tener una empresa estatal a su cargo. Estas razones deben estar expresadas de manera pública y clara. En caso de presentarse múltiples razones al respecto o no se presente un documento que acredite las razones, se generará confusión y se estará en incumplimiento del estándar de actuación.

Pemex carece de un documento que exprese las razones por las cuales pertenece al Estado. En el discurso político se pueden encontrar razones históricas, electorales, propagandísticas, ideológicas, o ninguna de ellas. Estas razones varían de acuerdo al gobierno en turno. Durante la administración del Presidente Andrés Manuel López Obrador, las razones para tener la propiedad de la empresa productiva que se han expresado son de naturaleza histórica, de seguridad y soberanía energética,⁴⁰⁰ sin objetivos claros y en pie de lucha en contra de la ideología neoliberal.

⁴⁰⁰ Cámara de Diputados, "Iniciativa del Ejecutivo federal, con proyecto de decreto, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Hidrocarburos. (Turnada a la Comisión de

La política de propiedad no se encuentra contenida en un documento unificador, y son difíciles de encontrar para el público en general. La multiplicidad de justificaciones complica el entendimiento del por qué el Estado debe continuar con la propiedad de Pemex. El resto de la documentación de Petróleos Mexicanos no es clara con respecto a la política de propiedad, de hecho, son documentos eminentemente declarativos. Esto es, que declaran la propiedad Estatal pero que no la justifican, pues se da por sentado que Pemex debe ser del Gobierno Federal.

La reforma energética impulsada por el Presidente Enrique Peña Nieto, es omisa en cuanto a la política de propiedad, y se limita solo a establecerla. Es extraño que una reforma orientada en los principios de gobierno corporativo no incluya un documento en el que se integre la política de propiedad. Para poder determinar esta política se debe recurrir a la Ley de Petróleos Mexicanos, que en su artículo 2o establece que el Gobierno Federal es el propietario de la empresa productiva del Estado, sin dar mayores razones. La exposición de motivos de la reforma incluyó el objetivo de modernizar Pemex, sin privatizarla, mantenerla “100% pública, 100% mexicana”⁴⁰¹ y con las mejores prácticas internacionales. Lo que no se cumple al no extender al público una política de propiedad unificada.

La multiplicidad de razones para tener la propiedad de la empresa, la falta de claridad en los objetivos, los constantes cambios sujetos a los cambios de funcionarios en el Gobierno Federal, dan como resultado un cumplimiento bajo en el estándar.

- b. Concentración de la política de propiedad en un documento con objetivos

Como hemos señalado, a la fecha no existe un documento que integre la política de propiedad y sus objetivos. Si bien es cierto que existe un el Plan de Negocios de Pemex, el mismo no abarca las razones por cuales el Estado debe

Energía, para dictamen, y a la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública, para opinión.)", *Gaceta Parlamentaria*, año XXIV, núm. 5747, 2021.

⁴⁰¹ Secretaría de Energía, *Reforma energética, resumen ejecutivo*, 2016, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/164370/Resumen_de_la_explicacion_de_la_Reforma_Energetica11_1_.pdf.

mantener la propiedad de Petróleos Mexicanos. Este documento integra objetivos estratégicos para el modelo de negocio de Pemex, sin justificar las razones por las cuales deba estar bajo la propiedad del Gobierno Federal, además de que la mayoría de los objetivos estratégicos se encuentran ocultos bajo el argumento del secreto comercial.

Referimos que la OCDE se vio en la necesidad de desentrañar la política de propiedad mediante el análisis de distintas leyes, normas internas y elementos incluidos en las regulaciones. El caso mexicano es de los pocos a nivel internacional en el cual la política de propiedad se encuentra incluida en el marco legal,⁴⁰² pero sin la claridad debida, con distintos objetivos, y sin un documento integrador, por lo que el cumplimiento del estándar da un resultado bajo.

3. Política de propiedad con rendición oportuna de cuentas pública

a. Consulta pública en la elaboración de la política de propiedad

La reforma energética inició como proyecto del Ejecutivo Federal sin realizar de consultas públicas. De hecho, uno de los grandes agravios de las modificaciones, fue no haber realizado consultas públicas, especialmente en las comunidades indígenas. El artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT signado por México establece lo siguiente:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.⁴⁰³

⁴⁰² México Evalúa, *Mapa de vigilancia del Estado sobre sus empresas productivas*, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C., 2020, p. 10. <https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2020/09/mapa-vigilancia-version-final.pdf>.

⁴⁰³ Convenio (No. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Artículo 15.2.

Claramente el artículo referido implica que cualquier modificación relacionada con los recursos del subsuelo, en los que haya intereses de comunidades indígenas deba ser consultado de manera previa, libre e informada. A pesar de la obligación que el Estado tenía desde la entrada en vigor en 1990, del tratado 169 de la OIT, la reforma energética se incorporó sin ningún tipo de consulta a las comunidades interesadas. Las modificaciones al marco regulatorio implican un cambio significativo en materia del uso de suelo tratándose de hidrocarburos, incluso, se diseñó la figura jurídica de la “servidumbre legal de hidrocarburos”⁴⁰⁴ mediante la que por disposición de ley se obliga al propietario de la tierra a entregarla para fines de explotación petrolera.

Este marco normativo afecta de manera directa el uso de la tierra de las comunidades y pueblos indígenas. Esta omisión es sancionable por la falta de cumplimiento de los derechos humanos consagrados en la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta falta de consultas en toda la implementación de la reforma energética se traslada a Petróleos Mexicanos. La política de propiedad no se ha consultado a la ciudadanía con respecto a Pemex, el Gobierno Federal da por sentado que los mexicanos están de acuerdo en que la empresa productiva del Estado sea administrada por el gobierno, y no da oportunidad a que puedan opinar al respecto. A pesar de esta omisión, en 2019 se inició una consulta para la conformación del Plan de Negocios de Petróleos Mexicanos, esta consulta no versa sobre la política de propiedad, sino sobre las modalidades de contratación en las que Pemex se ha de involucrar.

La ausencia de consulta pública sobre la política de propiedad da como resultado un bajo cumplimiento del estándar de actuación.

b. Política de propiedad a disposición de la ciudadanía

Como hemos referido con anterioridad, Petróleos Mexicanos no tiene un documento que concentre la política de propiedad por parte del Gobierno Federal,

⁴⁰⁴ Ley de Hidrocarburos, Artículo 96.

solo se limita a establecer por disposición de ley esta propiedad, sin ofrecer razones suficientes para determinar la pertinencia de su propiedad.

Aunado a lo anterior, la construcción de la política de propiedad, queda a la interpretación de los estudiosos del tema, a través de los distintos documentos que inciden en el actuar de la empresa productiva del Estado. Se tendrán que revisar distintas leyes, normas internas, criterios de operación y documentos relacionados para establecer cuáles son las razones para que le Gobierno Federal sea dueño de Petróleos Mexicanos. Lo disperso y basto de la información impide que las audiencias no expertas puedan conocer la política de propiedad, y por lo tanto no se considera que esté disponible para la ciudadanía. Por tales motivos el resultado de este estándar es bajo, al no presentar un documento con la información requerida.

4. Definición de razones que justifican la propiedad de la empresa pública.

Anteriormente se estableció que las razones por las cuales se considera que la Petróleos Mexicanos deba ser propiedad del Gobierno Federal. Cada administración varía en su argumentación al respecto. En su momento, la reforma energética simplemente dio por sentado que Pemex debía pertenecerle, enunciándolo de manera declarativa en la ley respectiva.

No hay una razón clara al respecto, al grado que las justificaciones que ofreció el impulsor de la reforma energética, el Presidente Peña Nieto, varían con respecto a lo que propone el Presidente López Obrador. Mientras que el primero establece razones económicas y de mercado, el segundo ofreció razones ideológicas e históricas. Ninguna de estas razones se presentó de manera clara en un documento especializado que las defina, por lo que la política de propiedad queda a la interpretación de la ciudadanía. Por tales motivos se considera que el cumplimiento de este estándar es bajo.

a.2. Síntesis de cumplimiento:

Directriz y criterios de cumplimiento	Nivel de cumplimiento		
	Alto	Medio	Bajo
<i>Primera directriz: Razones que justifican la propiedad</i>			x
1. Asignación de recursos de manera eficiente, para maximizar el beneficio para la sociedad			x
a. ¿Cómo puede crearse más valor para los ciudadanos?			x
b. Eficiencia y transparencia en la rendición de cuentas			x

Tabla 8. Evaluación de cumplimiento primera directriz.

Fuente: Elaboración propia.

Por lo que respecta a la primera directriz la reforma energética se encuentra con una baja adopción. A pesar de que se propuso un gobierno corporativo para Petróleos Mexicanos, el resultado del marco normativo ha sido omiso en el diseño de la política de propiedad. De hecho, no se exhibe ninguna razón que justifique la propiedad de la empresa productiva del Estado. Estas razones se asumen por la simple perspectiva histórica de lo que la empresa representa para el país. Previo a la Reforma, Petróleos Mexicanos era la encargada de la administración y explotación de hidrocarburos conformándose un monopolio en el sector.

Con las modificaciones constitucionales de 2013, se modifican los artículos 25, 27 y 28 al grado de romper con el monopolio formado por Pemex, para hacer de la industria energética un mercado abierto con la participación de operadoras privadas. Ante estos cambios, la reforma energética debió incluir una política de propiedad en la que se expusieran las formas en las que se puede crear valor para los ciudadanos y un manejo transparente y eficiente de los recursos públicos asignados a la empresa productiva del Estado. No obstante, Pemex muestra una política de opacidad, al no revelar estas razones, ni tampoco presentar su propuesta de valor.

El Estado está en la obligación de justificar por qué debe ser el titular de la empresa, o si fuera pertinente continuar con el control mayoritario de la misma. En ese sentido el marco normativo ha sido obscuro, sin presentar razón alguna, y sin

dar claridad en el manejo adecuado de los recursos. Esto vulnera el derecho humano a la buena administración pública, al no adoptar de manera precisa el estándar de actuación esperado en una empresa que por ley, debe adoptar políticas de Gobierno Corporativo.

B. Segunda directriz: El papel del Estado como propietario

El Estado debe actuar como propietario informado y activo, velando por que la gobernanza de las empresas públicas se lleve a cabo de forma transparente y responsable, con un alto grado de profesionalidad y eficacia.

b.1. Criterios de cumplimiento:

1. Simplificar y normalizar las formas legales bajo las que operan las empresas publicas

- a. Base mercantil para normalizar la configuración de las empresas

La normalización y simplificación de las formas legales de la empresa deben estar basadas en la legislación civil o mercantil. En este caso, la configuración de la empresa productiva del Estado contempla algunos aspectos propios del derecho y la legislación mercantil. Sin embargo, aún se trata de una configuración mixta, con una carga eminentemente administrativa. Esta conformación entre lo administrativo y lo mercantil, deviene en problemas sobre la definición de la naturaleza jurídica de la empresa.

Estos problemas de definición implican confusión en la jurisdicción de los asuntos en los que participa Pemex, por ejemplo, en el caso de que Petróleos Mexicanos asigne de manera ilegal un contrato en una licitación pública, el asunto será administrativo. Pero si la empresa ya asignó el contrato y surge un problema con la interpretación o cumplimiento del clausulado, la vía será mercantil. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha visto en el problema de definir la naturaleza de la empresa:

Por otro lado, y como el artículo 90 constitucional señala que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal, se concluye que las empresas productivas del Estado son una nueva categoría de

entidades paraestatales con un régimen jurídico especial y diferenciado, alejado de la tradicional lógica de controles y jerarquía administrativa, basado en principios de gobierno corporativo. Por ello y a pesar de que el fundamento de su creación son normas de derecho público, su operación se rige, en lo no previsto por su ley, reglamento y disposiciones que de éstos emanen, por el derecho civil y mercantil.⁴⁰⁵

El Tribunal considera que Pemex es una paraestatal con un régimen diferenciado, no lo suficiente como para escapar de la Administración Pública, pero tampoco para ser considerada una autoridad administrativa para efectos del juicio de nulidad o amparo. En esos casos se regirá por las leyes mercantiles. De ahí que sostengamos que se trata de una empresa de naturaleza híbrida o mixta, que incorpora ambos regímenes jurídicos, con un claro acento en el derecho administrativo.

La Ley de Petróleos Mexicanos promueve la implementación de un régimen de Gobierno Corporativo.⁴⁰⁶ El Gobierno Corporativo contiene prácticas propias de la administración privada, pero esta influencia no es suficiente para considerarla una simplificación legal basada en las normas mercantiles, por tratarse de estándares de actuación y no leyes vinculantes con las propiedades de *imperium*. Por tratarse de una empresa de carácter híbrido, el cumplimiento del estándar es medio.

2. Autonomía de gestión en la consecución de los objetivos
 - a. Intervención del Estado solo en líneas estratégicas y objetivos de interés general

El Estado mexicano participa en el diseño de las líneas estratégicas y objetivos de Petróleos Mexicanos, pero para efectos de cumplimentar con el estándar, ese debe ser límite. Esto no quiere decir que el Gobierno deba ser un propietario alejado de la operación de la empresa productiva del Estado, sino que

⁴⁰⁵ Empresas productivas del Estado. Su naturaleza., No. Tesis 2a. LXXX/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 58, Tomo I, Septiembre de 2018, página 1214.

⁴⁰⁶ Ley de Petróleos Mexicanos, Artículo 3.

la participación estatal no debe interferir en la operación de Petróleos Mexicanos. Hace alusión a verdaderamente darle autonomía en la gestión para alcanzar los objetivos que la Federación le ha impuesto.

Podemos apreciar en la nueva estructura orgánica de Petróleos Mexicanos, que existe una participación que extralimita esta directriz. De hecho, la participación de la Secretaría de Energía (SENER) y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) restringe la actuación de Pemex y rebasa el límite de la demarcación de objetivos generales y líneas estratégicas.

Por lo que respecta a SENER, se aprecia una fuerte influencia en las actividades de la empresa productiva del Estado. La dependencia federal se encarga de la delimitación de la política energética, al mismo tiempo, tiene un lugar en el Consejo de Administración de Pemex, se encarga de vigilar y supervisar el cumplimiento de los objetivos estratégicos y tiene algunas facultades regulatorias.⁴⁰⁷

Por lo que respecta a la SHCP, se aprecia una influencia igualmente extralimitada en materia fiscal. La Secretaría es la encargada de determinar el dividendo estatal que Pemex debe entregar al Gobierno Federal, asigna el presupuesto, determina el techo de deuda que Petróleos Mexicanos puede contratar, y ocupa un lugar prominente en el Consejo de Administración, pues el Titular de la Secretaría es el Consejero Propietario.⁴⁰⁸

Ante la extralimitación de las facultades del Estado mexicano en la operación de Petróleos Mexicanos, el cumplimiento del estándar se considera bajo.

3. Permitir al Consejo de Administración funcionar con respeto a su independencia
 - a. Evitar elegir un número excesivo de consejeros procedentes de la administración pública

⁴⁰⁷ México Evalúa, *Mapa de vigilancia del Estado... cit.* p. 18.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 16.

Por lo que respecta a esta directriz, es necesario recurrir a la Tabla 6 de la presente investigación, en la cual se establece la Relación Consejeros-Designación, en ella se advierte que el Gobierno Federal a través del Titular del Ejecutivo coloca a 5 funcionarios de la Administración Pública, y también selecciona a 5 consejeros independientes. En teoría, debería haber un equilibrio entre la representación de la Federación con el interés ciudadano. No obstante, al ser todos seleccionados por el Presidente, la Administración Pública tiene una incidencia amplia en el Consejo.

Se ha determinado que al menos 5 de los consejeros provienen de la Administración Pública, mientras que para la selección de los consejeros independientes existe una restricción de no haber ocupado cargo público en al menos dos años⁴⁰⁹ previos a su nombramiento. Esta restricción permite que el Consejo no sea completamente tomado por el Gobierno Federal, por lo que se puede considerar que esta directriz se encuentra medianamente cumplimentada.

- b. Consejeros que provengan de la Administración Pública deben ser elegidos por su perfil

Por lo que respecta a los Consejeros Propietarios, el Secretario de Energía y el de Hacienda son designado *ipso facto*, sin necesidad de cumplir con los requisitos de elegibilidad establecidos en la ley de Pemex en su artículo 20. Se está en el entendido de que el consejero de SENER deba tener un perfil especializado en materia de hidrocarburos. No obstante, al no haber restricciones para esa designación podría darse el caso de que se haya seleccionado un Titular de SENER por razones políticas más que por su *expertise*.

Por ejemplo, el Secretario designado por el Presidente Peña Nieto no contaba con el perfil técnico para encontrarse el frente de la dependencia. Pedro Joaquín Coldwell, si bien es un funcionario público de carrera, que ha ocupado distintos cargos tanto en la Administración Pública Federal como en la Local,⁴¹⁰ no

⁴⁰⁹ Ley de Petróleos Mexicanos, artículo 21 fracción III.

⁴¹⁰ García, Karol, "Pedro Joaquín Coldwell, nuevo titular de la Sener", *El Economista*, 2 de diciembre de 2012, <https://www.economista.com.mx/empresas/Pedro-Joaquin-Coldwell-nuevo-titular-de-la-Sener--20121202-0037.html>.

cuenta con las credenciales suficiente para nombrarle especialista en materia energética. Pero por el solo hecho de ser el Titular de SENER, pasó a tomar el cargo de consejero presidente en el Consejo de Administración de Pemex.

El resto de los consejeros seleccionados por el Presidente de la Republica deben cumplir con los criterios establecidos en el artículo 20, no obstante, los requisitos son bastante laxos, permitiendo la entrada de funcionarios que no cuentan con el perfil requerido para asesorar en el Consejo de Administración. Tal es el caso de la Secretaria de Economía Tatiana Clouthier Carrillo, quien es Licenciada en Lengua Inglesa, y se desempeñó en el sector educativo y político los últimos 10 años, a pesar de ello, fue incorporada por el Presidente López Obrador al Consejo de Administración.

El mismo supuesto aplica para la Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales, María Luisa Albores González,⁴¹¹ quien es Ingeniera Agrónoma por la Universidad de Chapingo, y lleva más de 10 años trabajando en el sector agrario y político, ocupó el cargo de consejera en el Consejo de Administración de Pemex en atención al nombramiento recibido por parte del Presidente López Obrador.

Ante la laxitud de los criterios de elegibilidad, y la falta de candados para impedir la entrada de consejeros que no cuenten con el *expertise*, este estándar se encuentra en un cumplimiento bajo.

c. Elaboración de códigos de ética por parte de la entidad propietaria

En el año 2019 se aprobó y publicó el Código de Ética de Petróleos Mexicanos, sus Empresas Productivas Subsidiarias y Empresas Filiales,⁴¹² el cuál es aplicable a dos tipos de sujetos:

- Todo el personal de Petróleos Mexicanos

⁴¹¹ Gobierno de México, "María Luisa Albores González", *presidente.gob.mx*, 2020, <https://presidente.gob.mx/maria-luisa-albores-gonzalez/>

⁴¹² Código de Ética de Petróleos Mexicanos, sus Empresas Productivas Subsidiarias y Empresas Filiales, sección I.1.

- Cualquier persona vinculada a Pemex cuya actuación afecte la reputación de la empresa productiva del Estado

La directriz señala que el encargado de realizar el Código de Ética debe ser la entidad propietaria, en el caso de Pemex, la Secretaría de Energía, a efecto de que el Consejo de Administración cumplimente las directrices emanadas de la normativa. No obstante, la Ley de Petróleos Mexicanos establece en su artículo 95, que el responsable de la emisión del Código, debe ser el Consejo de Administración de la empresa productiva del Estado. Los consejeros dictan las directrices éticas que deben seguir ellos y el resto de los trabajadores y personas vinculadas.

En estricto sentido no se cumple con el estándar, pues la emisora del Código de Ética debería ser SENER, aun así, la reforma energética contempló que fuera el Consejo de Administración de Pemex. Consideraríamos bajo, el cumplimiento del estándar si no existiera una normativa ética vinculante para los funcionarios involucrados en la empresa productiva del Estado, pero al existir su cumplimiento se considera medio, por el tema de la autoridad emisora.

4. Derechos de propiedad atribuidos a una entidad propietaria
 - a. Atribución a un Ministerio

Para el cumplimiento de este estándar, se requiere que exista una entidad propietaria claramente definida, y que esta entidad ejerza los derechos de propiedad sobre la empresa productiva del Estado. Se recomienda que las funciones de propiedad estén claramente atribuidas a un ministerio central o a una entidad administrativa distinta. En este sentido, la propiedad de Petróleos Mexicanos es del Gobierno Federal, de acuerdo con el multicitado artículo segundo de la ley de Pemex, el numeral no profundiza con respecto a la dependencia que será nombrada entidad propietaria.

Para determinar quién tiene los derechos de propiedad sobre la empresa productiva, se debe recurrir a un análisis sistémico de la reforma energética. En este sentido, se aprecia que la entidad que puede ser considerada como propietaria a

nombre del Gobierno Federal es la Secretaría de Energía,⁴¹³ quien está encargada de dictar la política energética del país, además de contar con un lugar privilegiado en el Consejo de Administración de Pemex y vigilar el cumplimiento de los objetivos estratégicos.

Adicionalmente, el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece en su fracción II, el ejercicio de los derechos de la Nación en materia de hidrocarburos, al tiempo que el resto de las fracciones le conceden facultades reglamentarias en materia de seguridad y medio ambiente. De esa forma, la Secretaría de Energía se puede considerar el ministerio designado como entidad propietaria. No obstante, la falta de claridad y el hecho de que tenga que recurrirse a un estudio sistémico de las normas relacionadas, implican opacidad y falta de certeza. Esta falta de claridad también es consecuencia de la nula existencia de un documento en el que se exprese la política de propiedad de la empresa productiva del Estado. Por ello se considera que el estándar está medianamente cumplimentado.

5. Responsabilidad ante órganos de representación
 - a. Rendir cuentas de los resultados obtenidos

El órgano de representación a que se refiere la directriz es el Parlamento, instancia ante la que se deberán presentar los resultados obtenidos en el ejercicio de los derechos de propiedad sobre la empresa productiva del Estado.

Hemos delimitado, que la entidad propietaria por parte del Gobierno Federal es la Secretaría de Energía, por lo tanto, es la SENER quien debe rendir informes al Congreso sobre los resultados sobre su gestión como ejecutora de los derechos de propiedad en Petróleos Mexicanos. En la reforma energética, no se encuentra un artículo que obligue a la Secretaría en comento a rendir algún tipo de informe relacionado con su gestión al frente de Petróleos Mexicanos.

Cabe señalar, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 93 la obligación para todos los Secretarios de Despacho de

⁴¹³ México Evalúa, *Mapa de vigilancia del Estado...* cit. p. 15.

rendir cuenta de su gestión al frente de sus dependencias,⁴¹⁴ de modo que una vez abierto el periodo de sesiones ordinarias, deberán comparecer ante el Congreso a efecto de informar el status de sus ramos. Este es el momento oportuno para que el SENER informe sobre su gestión como entidad propietaria. Toda vez que la comparecencia es relacionada con todo el ramo, gran parte del tiempo se destina a informar sobre otras áreas, como electricidad, gas natural, política y seguridad energética, energía nuclear, energías limpias y demás áreas que la Secretaría de Energía tenga bajo su responsabilidad.

Igualmente, con base en el mismo artículo constitucional, las Cámaras del Congreso tiene facultades para citar a los Secretarios de Despacho y Directores de las empresas paraestatales y órganos autónomos coordinados, para que se comparezcan a informar sobre los negocios o estados de sus respectivos sectores y mandatos. El Congreso también puede formar comisiones para investigar el estado de las empresas de participación estatal mayoritaria, como es el caso de Petróleos Mexicanos.

Todas estas facultades del Congreso y la obligación anual de los Secretarios de Despacho de comparecer para informar sobre el estado de sus ramos, cumplimenta medianamente el estándar de actuación. No lo cumple a cabalidad ante la ausencia de un artículo en la reforma energética que vincule a la SENER a rendir cuentas ante el Parlamento por el manejo en el ejercicio de los derechos de propiedad de Petróleos Mexicanos.

⁴¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 93.

b.2. Síntesis de cumplimiento:

Directriz y criterios de cumplimiento	Nivel de cumplimiento		
	Alto	Medio	Bajo
Segunda directriz: El papel del Estado como propietario		x	
1. Simplificar y normalizar las formas legales bajo las que operan las empresas publicas		x	
a. Base mercantil para normalizar la configuración de las empresas		x	
2. Autonomía de gestión en la consecución de los objetivos			x
a. Intervención del Estado solo en líneas estratégicas y objetivos de interés general			x
3. Permitir al Consejo de Administración funcionar con respeto a su independencia		x	
a. Evitar elegir un número excesivo de consejeros procedentes de la administración pública		x	
b. Consejeros que provengan de la Administración Pública deben ser elegidos por su perfil			x
c. Elaboración de códigos de ética por parte de la entidad propietaria		x	
4. Derechos de propiedad atribuidos a una entidad propietaria		x	
a. Atribución a un Ministerio		x	
5. Responsabilidad ante órganos de representación		x	
a. Rendir cuentas de los resultados obtenidos		x	

Tabla 9. Evaluación de cumplimiento segunda directriz.

Fuente: Elaboración propia.

Por lo que respecta a la segunda directriz, se aprecia un cumplimiento del estándar medio-bajo. La política de propiedad de Petróleos Mexicanos es eminentemente declarativa, sin hacer alusión a las justificaciones adecuadas. Esta falta de claridad en la política se ve reflejada en el papel que el Estado juega al momento de ejecutar sus derechos de propiedad.

La reforma energética estableció un constructo legal mixto, en el cual se combinan elementos del derecho mercantil y el administrativo, con un claro acento hacia el último. La base mercantil no se conforma a cabalidad, además de que el

poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Energía tiene un alto grado de injerencia en la empresa, lo que pone en juego su autonomía de gestión.

A su vez, el nuevo marco regulatorio incluye los lineamientos para conformar el Consejo de Administración de Pemex, con criterios muy laxos para la elegibilidad de los consejeros y una alta injerencia del Presidente de la República. Tales circunstancias ponen en cuestión la calidad del Consejo que se llegue a conformar. También es cierto que la norma establece la participación de Consejeros independientes, a efecto de equilibrar la participación del estado, con la preocupación de la ciudadanía. Esta conformación permite el balance entre los poderes públicos y los valores democráticos por la participación ciudadana, la laxitud de los criterios permite al Ejecutivo tener injerencia incluso sobre los Consejeros independientes, dejando espacios para ejercicios autoritarios de los derechos de propiedad.

Finalmente, luego de una revisión a las distintas leyes que se modificaron y promulgaron, se observa que la Secretaría de Energía es el Ministerio titular que ejerce los derechos de propiedad en nombre del Gobierno Federal, esta asignación no existe de manera explícita, pero se deduce de las facultades a que le son otorgadas a partir del nuevo marco regulatorio. Por lo que respecta al proceso de rendición de cuentas, no se aprecia una obligación exclusiva para informar al Congreso sobre su gestión como entidad titular de Pemex, aun así el Secretario de Energía está obligado a comparecer cuando el Congreso lo requiera, y una vez por año cuando se abra el periodo de sesiones, ese es el momento oportuno para informar los resultados gestión, aunque también está en obligación de informar el resto de sus actividades en el ramo.

Toda vez que la segunda directriz no se encuentra cubierta a cabalidad, sino que tiene un apego medio-alto, la reforma energética y sus disposiciones vulneran el derecho humano a la buena administración pública, por no encontrarse en cumplimiento de los estándares de actuación de manera adecuada.

C. Tercera Directriz: Las empresas públicas en el mercado

En coherencia con las razones que justifican la propiedad pública, el marco jurídico y regulatorio de las empresas públicas debe garantizar la igualdad de condiciones y la competencia leal en los mercados en los que las empresas del sector público desarrollan actividades económicas.

c.1. Criterios de cumplimiento:

1. Separación entre propiedad estatal y regulación del mercado
 - a. Separación entre las responsabilidades de la propiedad y la regulación del mercado

Debe existir una separación legal y administrativa entre las funciones de regulación de mercado y ejercicio de los derechos de propiedad. En este caso, la reforma energética ha sido enfática en la separación de ambas funciones.

Por lo que respecta a la función de regulación de mercado, la reforma energética contempló la reestructuración de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, así como su habilitación para regular el mercado de los hidrocarburos mediante la implementación un marco normativo específico, en el que se delimitan sus funciones y alcances. Para ello se creó la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética en correlación con la Ley de Hidrocarburos. De esta forma queda consolidado un régimen específico para la regulación del sector tanto administrativa como legalmente.

Por otro lado, se creó una nueva Ley de Petróleos Mexicanos, en la que se diseña la nueva estructura para la empresa paraestatal, de modo que se convierte en una empresa productiva del Estado, un régimen especial en materia administrativa y mercantil que en teoría permite a la entidad operar con agilidad en el mercado regulado por la CNH. Quedan separadas entonces las responsabilidades que emanan de la propiedad de Petróleos Mexicanos por parte del Estado, pues la nueva Ley otorga facultades a la Secretaría de Energía para ser la entidad propietaria por parte del Gobierno Federal.

Como hemos referido líneas arriba, a pesar de que la CNH es un organismo autónomo de acuerdo a su mandato de ley, también es cierto que el Titular del Ejecutivo puede tener una influencia que ponga en riesgo la autonomía de la Comisión, aun así, el estándar se cumple de forma alta, pues se crea una diferenciación clara entre la función de regulación del mercado y las de propiedad del Estado.

2. Acceso a mecanismos de reparación y procedimientos judiciales o arbitrales
 - a. Posibilidad de llevar a juicio o mecanismo alterno a la empresa propiedad del estado

La posibilidad de dirimir controversias ante tribunales de justicia públicos y privados es una realidad normada por la reforma energética. La justicia administrativa y la civil son vías que no se encuentra restringidas por la ley. De hecho, en el artículo 81 de la ley de Pemex establece en su fracción II que se puede ejercita acción jurisdiccional ante tribunales administrativos en tratándose del fallo que adjudique contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras.⁴¹⁵ El mismo artículo establece que una vez adjudicado el contrato las controversias se pueden dirimir en los Tribunales competentes del Poder Judicial, o si existe un pacto de medios alternativos implementar el mecanismo correspondiente.

A su vez, el artículo 115 de la ley de Petróleos Mexicanos permite que las controversias nacionales en las que participe la empresa productiva del Estado, se resuelvan en los Tribunales que sean competencia de la Federación, y la habilita para pactar medios alternativos, cláusulas y compromisos arbitrales. Incluso permite que Pemex seleccione una *lex mercatoria* distinta de la nacional tratándose de casos con jurisdicción foránea y que se ejecuten fuera del país.

Es nuestra consideración que el arbitraje comercial es el método de solución de controversias natural en materia de hidrocarburos especialmente a partir de la reforma energética. Al permitirse la participación de operadores extranjeros en el

⁴¹⁵ Ley de Petróleos Mexicanos, Artículo 81 fracción II.

mercado nacional del sector energético y facultar a Pemex, para participar de manera conjunta con empresas privadas, nacionales y extranjeras en las rondas de licitación organizadas por la CNH, se incentiva la inversión extranjera directa. Por lo tanto, el arbitraje se presenta como el mecanismo más apropiado para dotar de garantías a los inversores extranjeros en la resolución de sus conflictos, ante la posibilidad de que los tribunales nacionales apliquen criterios proteccionistas a favor de Petróleos Mexicanos.

Por tales motivos consideramos que este estándar se encuentra cumplimentado de buena forma.

3. Aplicación equitativa de las normas generales, códigos y normas tributarias
 - a. Evitar exenciones en las normas generales

De manera general, Petróleos Mexicanos está obligada a cumplir con las mismas normas que sus competidores de sector. De hecho, como hemos señalado con anterioridad, el régimen especial en materia administrativa y mercantil, le obliga a competir en el mercado de los hidrocarburos bajo las mismas premisas que el resto de las operadoras de sector.

No existen lineamientos que le eximan de cumplir las normas que vinculan a sus competidores. El régimen especial con el que se conforma Petróleos Mexicanos contiene diferencias con respecto a las empresas privadas, pero no le desvincula del cumplimiento de las normas de carácter general en apego al principio de legalidad con el que debe conducirse.

Por tales motivos se considera que el cumplimiento de este estándar es bueno.

4. Evitar discriminación en procesos licitatorios donde participe la empresa propiedad del Estado
 - a. Igualdad de condiciones para los competidores en procesos licitatorios

De manera general Petróleos Mexicanos compite en las mismas condiciones en los procesos licitatorios en que participan el resto de las operadoras privadas.

No obstante, debemos señalar que se hicieron diferenciaciones al principio de la reforma energética. En la implementación del nuevo modelo para el sector energético, se incluyó una Ronda Cero, en la que se autorizó a Pemex para hacer una oferta sobre aquellos campos y territorios que preferiría reservarse para su explotación.

El resultado de esta ronda, resultó en 120 asignaciones⁴¹⁶ que comprenden el 71% de la producción actual de petróleo, y el 73% de la producción nacional de gas natural. De esta forma, Petróleos Mexicanos consolida sus operaciones, y al momento de convertirse en empresa productiva del Estado, cuenta con una ventaja sobre sus competidores que recién se incorporan en el mercado de los hidrocarburos.

Ante la ejecución de la Ronda Cero a favor de Pemex, se puede señalar que el estándar se encuentra medianamente cumplido.

c.2. Síntesis de cumplimiento:

Directriz y criterios de cumplimiento	Nivel de cumplimiento		
	Alto	Medio	Bajo
Tercera Directriz: Las empresas públicas en el mercado	x		
1. Separación entre propiedad estatal y regulación del mercado	x		
a. Separación entre las responsabilidades de la propiedad y la regulación del mercado	x		
2. Acceso a mecanismos de reparación y procedimientos judiciales o arbitrales	x		
a. Posibilidad de llevar a juicio o mecanismo alternativo a la empresa propiedad del estado	x		
3. Aplicación equitativa de las normas generales, códigos y normas tributarias	x		
a. Evitar exenciones en las normas generales	x		
4. Evitar discriminación en procesos licitatorios donde participe la empresa propiedad del Estado		x	
a. Igualdad de condiciones para los competidores en procesos licitatorios		x	

Tabla 10. Evaluación de cumplimiento tercera directriz.

Fuente: Elaboración propia.

⁴¹⁶ Secretaría de Energía, *Ronda 0*, 2016, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/55586/Documento_WEB_Ronda_CeroSSH.pdf

La reforma energética tiene un alto contenido en materia económica y de mercado. Uno de los aspectos fundamentales del nuevo marco regulatorio, es la apertura del mercado de los hidrocarburos a la participación de operadoras privadas. En ese sentido, se diseñaron cambios a la empresa productiva del Estado y a los órganos reguladores, con una separación legal y administrativa adecuada.

Aun así, el marco normativo incluyó elementos de proteccionismo estatal dirigidos a Petróleos Mexicanos. Puesto que se le dio oportunidad de solicitar campos sobre los cuales mantuvo su titularidad y asignación. Estos campos fueron excluidos de las rondas de licitación organizada por la CNH por lo que el resto de los competidores privados no tuvieron oportunidad de hacer ofertas para adjudicárselos. Esto pone en ventaja a Pemex sobre el resto de sus competidores.

Es nuestra consideración que esta directriz fue correctamente ejecutada, aunque tiene aspectos mejorables, por lo que no vulnera el derecho humano a la buena administración pública al haber adoptado de manera adecuada algunos aspectos de estándar de actuación.

III. REVISIÓN DE LAS MEJORES PRÁCTICAS OCDE EN LA GOBERNANZA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS

1. *Marco para la Evaluación del Desempeño de los Reguladores Económicos*

Para estar en posibilidades de ofrecer un análisis adecuado del marco normativo de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, es necesario recurrir a un catálogo acreditado de mejores prácticas a nivel internacional. La OCDE ha diseñado un sistema que integra principios y una metodología de evaluación especializada con base en la información recogida a lo largo de los años de distintos países miembros.

Mediante la recopilación de distintas experiencias, la OCDE ha emitido diversos estudios y guías para la implementación de las mejores prácticas en materia de regulación a través de los órganos reguladores autónomos. Para efectos de la presente investigación analizaremos los tres documentos más importantes, para la revisión del cumplimiento de los estándares de actuación en la Comisión

Nacional de Hidrocarburos, después de los cambios implementados por la reforma energética, a continuación, los nombramos:

- Marco de la OCDE para la evaluación de la política regulatoria.
- Principios para las Mejores Prácticas de la OCDE en materia de Política Regulatoria: Gobernanza de Reguladores.
- Marco para la Evaluación del Desempeño de los Reguladores Económicos.

En las siguientes secciones estudiaremos brevemente cada documento para en el apartado final, hacer una revisión de estos criterios en correlación con la conformación legislativa de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

A. Marco de la OCDE para la evaluación de la política regulatoria

El Marco de la OCDE para la evaluación de la política regulatoria⁴¹⁷ se publicó en el año 2014, luego de haber recabado información de sus países miembros. La recolección de datos inició mediante la implementación de sistemas de análisis de impacto regulatorio (RIA por sus siglas en inglés). Para el año 1998 solo la mitad de los países miembros de la OCDE había utilizado una RIA, pero para el año 2014 prácticamente todos los países la habían implementado.

Los países miembros de la OCDE han compartido su interés en tener información sobre aquello en lo que deben de enfocar su política regulatoria para obtener mejores dividendos. El Marco propuesto por la OCDE está diseñado para coadyubar a los países miembros con la evaluación, diseño e implementación de la política regulatoria que les permita alcanzar objetivos estratégicos. La evaluación que el Marco establece, consiste en determinar si los objetivos estratégicos de la política regulatoria han sido alcanzados con los recursos proporcionados.⁴¹⁸ Para ello divide el proceso regulatorio en una secuencia de pasos concretos a saber:

⁴¹⁷ Véase: OCDE, *OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation*, Ediciones OCDE, 2014.

⁴¹⁸ Meuwese, A., Scheltema, M., y Van der Velden, L., "The OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation: An Initial Assessment.", *European Journal of Risk Regulation*, vol. 6, núm. 1, 2015, p. 104.

1. Aportación (*input*): se refiere a los recursos comprometidos con la política regulatoria: Presupuesto, capital humano, carga administrativa, comités, grupos de trabajo, etc.
2. Proceso: Evalúa si los requisitos formales para las buenas prácticas regulatoria se encuentran establecidos correctamente. Incluye indicadores de infraestructura, requerimientos para alcanzar los objetivos, análisis basado en evidencia, etc.
3. Rendimiento (*output*): Información sobre el nivel de implementación de las buenas prácticas señaladas en el apartado de "Proceso". Cuantifica la aplicación de las buenas prácticas y evalúa la propuesta de política regulatoria en sectores determinados.
4. Resultados intermedios: Provee información sobre la contribución de las mejores prácticas adoptadas en la calidad de la política regulatoria.
5. Resultados estratégicos (*output* regulatorio): Provee información sobre el alcance de los objetivos estratégicos planteados en el diseño de la política regulatoria. Se divide en dos aspectos, a) calidad en la política regulatoria y b) resultados regulatorios.⁴¹⁹

Este marco referencial es una propuesta inicial de la OCDE que se irá sofisticando con el tiempo, y fortaleciendo con los Principios en materia de Política Regulatoria que se publicaron con posterioridad. El carácter laxo de los indicadores⁴²⁰ en cada uno de los pasos establecidos puede complicar una medición estándar para todos los países. Aun así, la aplicación de este modelo permite dar una idea orientadora sobre el diseño y evaluación de política regulatoria que será robustecido por otros documentos de la OCDE, así como la experiencia los distintos países miembros.

⁴¹⁹ OCDE, *OECD Framework for Regulatory Policy... cit.* p. 35.

⁴²⁰ Meuwese, A., Scheltema, M., y Van der Velden, L., *op. cit.* p. 109.

B. Principios para las Mejores Prácticas de la OCDE en materia de Política Regulatoria: Gobernanza de Reguladores

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos reconoce la importancia que tienen la política regulatoria en sus países miembros.⁴²¹ Sostiene que la regulación es importante para alcanzar los objetivos de la política pública destinada a los sectores de la sociedad. La aceptación que las políticas regulatorias han tenido en la administración pública moderna, trae consigo un alto grado de dificultad, tanto en el diseño, como en la implementación de la regulación. Esta dificultad proviene del nivel de especialización requerida para los sectores en que se aplican las políticas.

La regulación es considerada por la OCDE como el mecanismo para guiar la convergencia entre la sociedad, la economía y el medio ambiente. Para nuestro estudio es igualmente vital, pues las políticas regulatorias se vuelven la herramienta indispensable para la administración y equilibrio entre la política y el mercado.⁴²² En México, los hidrocarburos tienen una relevancia social, histórica y cultural que en muchas ocasiones es aprovechada por el discurso político para hacerse de electores. La discusión en torno a la propiedad de los hidrocarburos alcanza rangos Constitucionales, al incluir declaraciones expresas sobre la soberanía que la Nación ejerce sobre ellos. Por eso es importante incluir un marco regulatorio capaz de mediar entre los intereses económicos y los políticos.

Uno de los objetivos centrales de los Principios propuestos por la OCDE, es el de desarrollar un marco que permita alcanzar una buena gobernanza mediante el diseño de directrices que pueda aplicar a todos los órganos reguladores. Para ello se proporcionan:

- Principios que permitan evaluar los acuerdos existentes de gobernanza y la ejecución de revisiones a los órganos reguladores y su gestión.

⁴²¹ OCDE, "The Governance of Regulators", *OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, Ediciones OCDE, 2014, p. 15.

⁴²² *Ibidem*, p. 13.

- Una guía para el desarrollo de los acuerdos de gobernanza para los reguladores nuevos.⁴²³

Para nuestro estudio, el último punto es central. La reforma energética introdujo la creación de nuevos reguladores, tales como la Comisión Reguladora de Energía y la Comisión Nacional de Hidrocarburos, que, si bien es cierto, existe desde 2010, no tenía funciones de regulación de mercado. También se crea la Agencia de Seguridad, Energía y Ambiente (ASEA),⁴²⁴ misma que la OCDE considera un regulador en materia de seguridad y medio ambiente. Aunque no fue diseñada como un organismo regulador, tiene algunas funciones especializadas en materia de regulación y reglamentación.

Los Principios expresados por la OCDE tienen la intención de ser universales, pero su implementación depende en gran parte de la estructura que los países miembros diseñen en su sistema de regulación. Por lo tanto, puede haber supuestos en que los principios no sean aplicables. A continuación, los mencionamos:



Figura 4. Los siete principios para la Gobernanza de los Reguladores⁴²⁵

Estos Principios pueden ser considerados como el estándar de actuación adecuado para la Comisión Nacional de Hidrocarburos, y permiten evaluar los efectos que tienen los procesos del órgano regulador en el mercado de los

⁴²³ *Ibidem*, p. 23.

⁴²⁴ Véase: OCDE, *Impulsando el desempeño de los órganos reguladores en materia energética de México*, La gobernanza de los reguladores, Ediciones OCDE, París, 2017.

⁴²⁵ Elaboración propia. Tomado de: OCDE, *The Governance of Regulators...cit.* p. 16.

hidrocarburos en México. En apartados subsecuentes profundizaremos sobre el contenido de los Principios.

C. Marco integrado

El Marco de la OCDE para la evaluación de la política regulatoria en correlación con los Principios para las Mejores Prácticas de la OCDE en materia de Política Regulatoria conforman un marco integrado denominado: Marco para la Evaluación del desempeño de los Reguladores Económicos (*Performance Assessment Framework for Economic Regulators*, PAFER).⁴²⁶

La primera vez que se utilizó el marco integrado para la evaluación de un órgano regulador fue en 2015, mediante la evaluación que la OCDE hizo a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) de Colombia. En ese estudio se hicieron diversas recomendaciones a la CRC y se determinó que existe una clara correlación proporcional entre la independencia del regulador y su desempeño.⁴²⁷

El Marco para la Evaluación de los reguladores, parte de la premisa de que la gobernanza tiene injerencia en la conducción del desempeño. Considera que las herramientas administrativas preexistentes al diseño del Marco, no son suficientes, por lo que estas se deben incorporar en un esquema de gobernanza,⁴²⁸ que permita evaluar al órgano regulador en su contexto externo e interno, a efecto de generar un ecosistema balanceado en donde se equilibre la participación de todos los actores.

Este programa de la OCDE se ha implementado en países miembros y no miembros, de esta forma, la experiencia y conocimiento generados robustecen el Marco, y le van perfeccionando para tener información real y útil para impulsar el desarrollo de los órganos reguladores y sus respectivas políticas.

⁴²⁶ OCDE, *Impulsando el desempeño de la Comisión Nacional de Hidrocarburos de México*, Gobernanza de reguladores, París, Ediciones OCDE, 2017, p. 55.

⁴²⁷ OCDE, "Driving Performance at Colombia's Communications Regulator", *oecd.org*, 2015, <https://www.oecd.org/regulatory-policy/driving-performance-at-colombia-s-communications-regulator-9789264232945-en.htm>.

⁴²⁸ OCDE, "Driving Performance of Regulator", *oecd.org*, 2017, <https://www.oecd.org/regulatory-policy/driving-performance-of-regulators.htm>.

Partiremos de este marco integrado para la evaluación correspondiente a la Comisión Nacional de Hidrocarburos, tal como ha sido propuesta por la reforma energética. De esta forma lograremos determinar cuáles son los estándares de actuación que debieron tomarse en cuenta al momento de diseñar el nuevo marco regulatorio en materia de hidrocarburos.

2. La Comisión Nacional de Hidrocarburos y su regulación sectorial

La actividad de regulación de los servicios de interés general es un tema ampliamente estudiado en el derecho administrativo. México ha adoptado distintos modelos para la regulación de los servicios. En el caso particular de los hidrocarburos y hasta antes de la reforma energética, el Estado mexicano conservaba un monopolio estricto sobre la industria extractiva en sus distintas etapas, *downstream*, *midstream* y *upstream*.

Para entender este modelo, seguiremos lo establecido por Esteve Pardo en su libro *Lecciones de Derecho Administrativo*, quien identifica dos tipos de modelos en la regulación de los servicios:

- Modelo tradicional en regulación de monopolio: Este modelo tradicional coloca un solo operador en el sector, o incluso un número reducido de operadores. La regulación se opera de manera vertical, con la participación de la agencia reguladora, la operadora y el usuario final. Esta composición prevaleció con la Secretaría de Energía como la agencia, Petróleos Mexicanos como la operadora y la ciudadanía como el usuario final. El elemento clave en la regulación monopólica, es la tasa de retorno, la contraprestación percibida por el operador. Las operadoras públicas monopólicas tienden a contar una amplia demanda en su sector, por lo que de manera natural pueden tener ingresos justificados, lo que recibe un apoyo financiero constante por parte del Estado y un atractivo considerable por parte de los inversores de capital. El modelo tradicional funcionó de manera adecuada hasta los años 70's, en los que se empezaron a hacer duras críticas con respecto a la funcionalidad del sistema.

- Modelo de regulación en competencia: El modelo de regulación en competencia a diferencia del modelo tradicional, no se rige por un eje vertical agencia-operador-usuario. Sino que abre un novedoso eje horizontal con un fuerte énfasis en la participación de distintos operadores. La intención es que la competencia sea real y se de en condiciones justas de mercado. El objetivo del sistema es reconstruir la competencia entre las empresas operadores que no se da de manera natural. En el caso nacional esto es relevante, pues en la industria de los hidrocarburos se cuenta con una larga tradición monopólica, al grado de ser paradigmática. Por lo que motivar la competencia en el sector es un reto considerable, reto que se debe cumplir con el peso de una empresa estatal predominante y que además debe sobrevivir a los regímenes políticos en turno. Los hidrocarburos en México se encuentran politizados, por lo que son pieza clave en el discurso de distintos actores, de modo que los aspectos electorales pueden intervenir en la toma de decisiones gubernamentales.⁴²⁹

México busca la transición al modelo de regulación en competencia, mediante la implementación de una estructura normativa que permita la entrada de operadores nacionales y extranjeros en el sector de los hidrocarburos. En ese sentido, se rediseña la Comisión Nacional de Hidrocarburos para funcionar como una agencia reguladora, en México recibe el nombre de Organismo Regulador Coordinado de acuerdo a la ley correspondiente.⁴³⁰

El nuevo régimen de hidrocarburos, habilita a la CNH para regular la competencia entre las distintas operadoras, con la difícil tarea de moderar la participación de Petróleos Mexicanos, que se erige como la empresa estatal con mayor preponderancia en el mercado.

⁴²⁹ Esteve Pardo, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p.p. 470-471.

⁴³⁰ Véase: Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.

La ruptura del monopolio de los hidrocarburos, trajo consigo diversos cambios en la forma de operar la industria extractiva nacional. Pemex se retira de distintos campos y selecciona aquellos en los que considera que puede tener mayores beneficios. Posteriormente debe competir por el resto de los pozos a operar, en las mismas condiciones que el resto de las empresas petroleras interesadas en las rondas de licitación organizadas por la CNH.

El tema de los ingresos estatales cambia, de una tasa de retorno en el sistema monopólico a una renta petrolera en el sistema de regulación en competencia. El Estado reduce el riesgo de sus inversiones al permitir que sean las operadoras las que asignen capital de riesgo a la exploración y extracción, beneficiándose de una renta que será deducida de la producción de las operadoras a través de diversos sistemas.

En este modelo, la Comisión Nacional de Hidrocarburos toma una relevancia sustancial, pues es la encargada de regular el principal sector económico del país. Su relevancia no solo es en función de la renta petrolera, sino en los aspectos políticos, electorales e históricos. La propiedad de los hidrocarburos es un tema recurrente en la cultura nacional como hemos señalado líneas arriba. Estas implicaciones exigen un tratamiento preciso de los términos y conceptos con los que se diseñan los marcos normativos respectivos.

En este contexto, los estándares de actuación administrativa se tornan indispensables para garantizar una competencia justa que beneficie al Estado y a la ciudadanía. En donde se otorgue seguridad a los inversores particulares y se genere riqueza mediante las distintas operaciones del sector. Si la CNH carece de estos estándares, nos encontramos en riesgo generar ineficiencias sustanciales que empeoren la situación de la industria de los hidrocarburos.

3. Los estándares de actuación en la Comisión Nacional de Hidrocarburos

Para revisar el cumplimiento de los estándares de actuación en la Comisión Nacional de Hidrocarburos, se tomarán tres principios de las mejores prácticas de la OCDE de gobernanza de los reguladores en el contexto del Macro para la Evaluación del Desempeño de los Reguladores Económicos.

Estos tres principios son: claridad en la función, participación de los actores y toma de decisiones. Cabe mencionar que el resto de los principios, si bien son relevantes para el tema de buena administración, ameritan una investigación de mayor profundidad y entran en el campo de otras especialidades de las ciencias sociales, como transparencia o análisis de políticas públicas.

A. Claridad en la función

El principio de claridad en la función, establece que un regulador eficiente debe tener objetivos claros, con funciones definidas y ligadas a otros instrumentos relevantes para alcanzar los resultados deseados.⁴³¹

La OCDE considera que la justificación detrás del principio de claridad en la función, es que a través de una clara delimitación de los objetivos, el organismo regulador puede alcanzar los resultados esperados.⁴³² La alineación de las actividades de la Comisión Nacional de Hidrocarburos a los objetivos establecidos en el diseño normativo de la reforma energética es imperativa para acreditar el cumplimiento de los estándares de buena administración.

Como resultado de la reforma energética, la CNH se convirtió en un órgano regulador técnico especializado, en el sector *upstream* de la industria de los hidrocarburos. Una de las características que adquiere la Comisión, está relacionada con el nivel que adquiere en la administración pública, al recibir prácticamente el nivel de una Secretaría de Estado, con la diferencia de tener autonomía técnica, jurídica, presupuestaria y de gestión.

⁴³¹ OCDE, "The Governance of Regulators...", *cit.* p. 29. Trad. propia.

⁴³² OCDE, "Revisiones de la OCDE sobre reforma regulatoria, Estudio de Política Regulatoria en Argentina", [oecd.org](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/e2430008-es/index.html?itemId=/content/component/e2430008-es), 2021, <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/e2430008-es/index.html?itemId=/content/component/e2430008-es>

A continuación, se presentan la misión, visión y objetivos de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, elaboradas en el marco del “Taller rumbo a la estrategia 2021”, mediante el que el Órgano de Gobierno de la CNH aprobó el Plan Estratégico Institucional 2021, el 20 de abril de 2021.



Figura 5. Misión, visión y objetivos estratégicos de la CNH⁴³³

⁴³³ Elaboración propia. Tomado de: Comisión Nacional de Hidrocarburos, *Plan Estratégico Institucional 2021*, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/635837/Plan-Estrategico-Institucional_2021.pdf.

Los objetivos planteados en el Plan Estratégico Institucional 2021, están en correlación con los objetivos planteados en los artículos 38 y 39 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética. Existe por lo tanto, compatibilidad entre el mandato legal conferido a la CNH, y los objetivos planteados de manera interna.

De igual forma, los objetivos presentados en el Plan Estratégico Institucional 2021, y los establecidos en la Ley, son de conocimiento público. Por su parte, la Ley está publicada en el Diario Oficial de la Federación, así como en distintas páginas del Gobierno Federal. Por su parte, el Plan está publicado en la página de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y no es de fácil acceso. Este Plan sufre modificaciones cada año, a efecto de verificar y actualizar la pertinencia de los objetivos, y de internalizar la información en la cultura organizacional de la CNH.

Por su parte, las funciones y facultades de la CNH, se encuentran establecidas en la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética y la Ley de Hidrocarburos. Estas funciones se encuentran dispersas a lo largo del cuerpo normativo, por lo que la identificación de las mismas se realiza a través de un análisis minucioso de ambas leyes. La falta de técnica legislativa en la aglomeración de las facultades no es atribuible a la CNH, aunque sí a quienes propusieron las reformas y la legislación secundaria. A continuación, se enlistan:

Funciones y facultades de la CNH	
Funciones	Facultades
<ol style="list-style-type: none"> 1. Normas de calidad para la prestación de servicios 2. Definir las normas técnicas para industrias y servicios 3. Fijar incentivos para una inversión eficiente 4. Promover tecnologías innovadoras 5. Recabar información y datos 6. Vigilar el desempeño en la prestación de servicios 7. Analizar planes de inversión y planes de negocios de los operadores 8. Hacer auditorías de gestión a los operadores. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Emitir lineamientos o códigos de conducta 2. Investigar casos de infracciones de las leyes o reglamentos 3. Auditar a los operadores del sector de hidrocarburos 4. Hacer cumplir las normas y reglamentos 5. Imponer multas u otras sanciones financieras 6. Recabar información de las entidades reguladas a través de un proceso obligatorio 7. Vetar los planes de exploración y extracción de los operadores 8. Expedir y revocar licencias 9. Mediar para solucionar controversias.

Figura 6. Funciones y facultades de la CNH.⁴³⁴

⁴³⁴ Elaboración propia, tomado de: OCDE, *Impulsando el desempeño de la Comisión Nacional...*, cit. pp. 86-87.

Existe claridad, tanto en los objetivos, como en las funciones y facultades de la CNH. No obstante, su localización en las normas que regulan su actuar puede ser complicado. Al no tener un listado unificado en algún artículo de las leyes, se deben rastrear las funciones y facultades en el compendio normativo, haciendo difícil su localización. Este hecho no implica opacidad en las facultades, por lo que este principio de gobernanza no se rompe, aunque su cumplimiento se considera medio.

B. Participación de los actores

El principio de participación de actores implica que los organismos reguladores deben tener mecanismos de interacción con las operadoras reguladas y terceros interesados.⁴³⁵ La relevancia de este principio estriba en que las relaciones debidamente establecidas con los operadores de la industria, permiten que el organismo regulador obtenga información privilegiada del sector, que facilite la regulación de la industria.

En este sentido, el artículo 28 de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética considera la creación de un Consejo Consultivo. Este Consejo se encarga de realizar los procedimientos de consulta pública, con el objetivo de “analizar los criterios de regulación contenidos en las disposiciones administrativas de carácter general”.⁴³⁶

El Consejo Consultivo, está abierto para recibir la participación de representantes de instituciones de prestigio en el sector, miembros de la academia y asociaciones conformadas por las empresas operadoras de la industria. La regulación sectorial se ve reforzada por la participación de los operadores, quienes aportan su punto de vista en la conformación de las reglas para el funcionamiento de la industria.

En este caso, se señala que no existen requisitos ni procedimientos para la adecuada evaluación de la regulación una vez que ha sido emitida. Esta deficiencia puede complicar la operación de la industria, pues si bien se tomó en cuenta la

⁴³⁵ OCDE, "The Governance of Regulators..." cit. p. 89. Trad. propia.

⁴³⁶ Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, artículo 28.

opinión del Consejo Consultivo en la conformación de los reglamentos, su implementación puede ser compleja e ineficiente.

Por esta razón se considera que el cumplimiento de este principio de gobernanza es medio, ya que si bien existe una relación con los actores interesados en la industria, el seguimiento de las reglas de operación en cuanto a su evaluación, es prácticamente nulo, y aquello que no se mide, no se controla.

C. Toma de decisiones

El principio de toma de decisiones requiere de arreglos de gobernanza que aseguren el funcionamiento efectivo del organismo, al tiempo que preserven su integridad regulatoria y permita alcanzar los objetivos de su mandato.⁴³⁷ Se considera que el órgano rector del organismo regulador, tiene influencia directa sobre el ente, lo que puede generar eficiencias o deficiencias dependiendo del correcto diseño del organismo.

Líneas arriba,⁴³⁸ hemos estudiado la forma de constituir el órgano rector de la Comisión Nacional de Hidrocarburos. Hemos referido que se trata de un modelo que deja espacios para el autoritarismo y que facilita una intervención directa del Gobierno Federal en el órgano autónomo.

La posibilidad de influencia del Gobierno Federal no debe ser considerada en automático una amenaza que restrinja la autonomía de la Comisión. No obstante, existe la posibilidad de que se genere una incidencia dañina, basada en aspectos ideológicos y no económico-administrativos, en la toma de decisiones de la CNH. El andamiaje normativo construido con la reforma energética, se diseñó pensando en la eficiencia de la industria, por lo que el modelo de contratación de los Comisionados es un contrasentido.

En 2018, Juan Carlos Zepeda, quien fungía como Comisionado Presidente de la Comisión Nacional de Hidrocarburos,⁴³⁹ renunció en medio de especulaciones

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁴³⁸ Véase: Capítulo V, I.2. La gobernanza en la Reforma energética, su influencia en la CNH y Pemex

⁴³⁹ Notimex, "Juan Carlos Zepeda renuncia a Comisión Nacional de Hidrocarburos", *El Universal*, <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/juan-carlos-zepeda-renuncia-comision-nacional-de-hidrocarburos>.

con respecto a diferencias en la política energética de Presidente López Obrador. En ese mismo año, también renunció a su cargo el Comisionado Héctor Acosta, para ocupar un puesto en el gobierno de Chihuahua. Posteriormente, en 2019, renunció Gaspar Franco, quien ocupó el cargo de Comisionado desde 2016, alegó motivos personales.⁴⁴⁰ La renuncia estos tres elementos, dejó abierta la posibilidad para que la administración del Presidente López Obrador colocara a funcionarios afines a sus políticas en materia energética.

Estos problemas en cuanto al gobierno y toma de decisiones en la Comisión Nacional de Hidrocarburos, son un error de diseño que merman la autonomía de gestión. La autonomía se torna de vital importancia en la regulación de un sector económico, especialmente uno de gran trascendencia como es el de los hidrocarburos en México.

La reforma energética puso en riesgo la integridad regulatoria de la CNH. Ante la posibilidad de una imposición ideológica a través del control de los Comisionados, se compromete el alcance de las metas proyectadas en sus objetivos específicos y mandatos legales. Por ello se considera que el cumplimiento de este principio es bajo.

D. Síntesis de cumplimiento

Principio de gobernanza	Nivel de cumplimiento		
	Alto	Medio	Bajo
Claridad en la función		x	
Participación de los actores		x	
Toma de decisiones			x

Tabla 11. Evaluación de cumplimiento principios de gobernanza en la CNH.

Fuente: Elaboración propia.

⁴⁴⁰ Reuters, "Renuncia a su cargo Gaspar Franco, comisionado de la CNH", *El Financiero*, <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/renuncia-a-su-cargo-gaspar-franco-comisionado-de-la-cnh/>.

CONCLUSIONES

Capítulo primero. El sistema jurídico nacional se encuentra influenciado por corrientes *ius positivistas*, estas corrientes se mantienen en uso especialmente en materia administrativa. Estos modelos se encuentran rebasados por el marco jurídico en materia de derechos humanos. Se requieren nuevas perspectivas filosóficas para estar en posibilidades de proporcionar la tutela adecuada a los derechos humanos.

En este sentido, el modelo local de derechos humanos debe apartarse de las premisas positivistas que imperan en la cultura jurídica nacional. Se requiere de nuevos modelos que permitan una fundamentación axiológica para conformar el contenido de los derechos humanos. Esta concordancia, sólo puede ser resultado de la ruptura del paradigmático modelo de reglas que sigue vigente, a pesar de las constantes reformas constitucionales. El positivismo resulta insostenible en la nueva realidad constitucional.

Los derechos humanos deben basarse en la dignidad humana, y no exclusivamente en los procesos legislativos. La relevancia del reconocimiento formal de los derechos humanos en la normatividad sigue siendo trascendente, e implica un posicionamiento claro y preciso del Estado con respecto a tales prerrogativas. Pero los derechos humanos no pueden estar sujetos a la voluntad política o ideológica de quienes ostentan el poder. Esta es la vía para separarse del positivismo, que en muchos casos resulta insuficiente para evitar violaciones flagrantes a los derechos humanos.

Capítulo segundo. El principio de progresividad y el bloque de constitucionalidad adquieren vigencia mediante la reforma en materia de derechos humanos de 2011. Estos preceptos jurídicos permiten la ampliación del catálogo de libertades fundamentales. A partir de esta perspectiva se puede realizar una argumentación sólida a favor del derecho humano a la buena administración pública.

El principio de progresividad contenido en la Convención Americana sobre Derecho Humanos implica una perpetua voluntad de avanzar en las protecciones

inherentes a las personas vía derechos humanos. Esta voluntad implica la ampliación de los contenidos normativos y de la interpretación que mejor favorezca a los ciudadanos. Por lo tanto, las perspectivas jurídicas para la aplicación de este marco normativo, son aquellas que se basan en interpretaciones axiológicas, ampliando en el actuar judicial, la protección a los derechos humanos.

Es en este entorno, en el que se argumenta la existencia y aplicación del derecho humano a la buena administración pública. Derivado de las reformas constitucionales, el actuar administrativo del Estado debe estar apegado a los estándares que permitan mayor eficiencia. El uso adecuado de los recursos por parte del Estado, permitirá entregar mejores servicios, facilitando la tutela de los derechos humanos.

Capítulo tercero. Los estándares de actuación delimitan las actividades de la administración pública y privada. Estos estándares deben estar incorporados en el derecho administrativo y constitucional. El derecho humano a la buena administración es el vehículo que conecta los estándares de actuación administrativa con la protección a las libertades fundamentales, colocando en el núcleo de las actividades estatales al ciudadano.

En la presente investigación, se diseñó un enfoque multidisciplinar para estudiar la buena administración. Para ello, se revisaron estándares de actuación en tres disciplinas, las ciencias administrativas, la administración pública y el derecho administrativo. Estos enfoques permitieron identificar la existencia de estándares en todas las ramas. Indistintamente de los fines de cada una de las disciplinas, se pudo observar que la optimización en la administración de los recursos, es una constante.

El poder del Estado, en contraposición a las prerrogativas ciudadanas, genera un desequilibrio natural. Para equilibrar la balanza, se requiere de un marco normativo que permita restringir ejercicios autoritarios por aquellos que ostentan el poder. El derecho humano a la buena administración pública, reposiciona a las personas en el centro de la actuación estatal, de este modo, se crea un equilibrio al momento de emitir actos administrativos.

Capítulo cuarto. El actuar administrativo en materia de hidrocarburos se materializa en la actividad de la CNH y PEMEX. Es factible incorporar el derecho humano a la buena administración pública en la actividad formal y material de estas instituciones jurídicas, rediseñadas a partir de la Reforma Energética. La justicia administrativa debe ser receptiva del avance de los derechos humanos en todas las ramas del derecho. Por ello, la judicatura debe contar con un vehículo que permita la incorporación de las libertades fundamentales en los procesos administrativos, siendo este el derecho humano a la buena administración pública.

El derecho humano a la buena administración pública, tiene un origen pretoriano. Los tribunales europeos, en su momento, se pronunciaron de manera reiterada a favor de la buena administración, de modo que se fue sofisticando el lenguaje hasta conformar la perspectiva moderna del mencionado derecho, llegando a su inclusión en la Carta de Niza. En América Latina, la voluntad de otorgar mayores protecciones a favor de los ciudadanos, ha llevado a la redacción de documentos internacionales que se pronuncian por la inclusión de este derecho humano.

Actualmente, existen diversos principios y conceptos de derecho administrativo que deben ser reinterpretados por los operadores de la administración pública y del poder judicial, con el objetivo de estar a la altura del nuevo paradigma de derechos humanos. De esta forma, se permite una correcta incorporación del derecho humano a la buena administración pública. Los principios propuestos en la presente investigación fueron:

- el principio de legalidad;
- la discrecionalidad y fin de la norma;
- la motivación y progresividad.

En todos ellos, los operadores del derecho administrativo, tienen oportunidad de revisar o implementar, los mejores estándares de actuación, de modo que el centro de toda la actuación pública sea el ciudadano y la protección de sus derechos.

Capítulo Quinto: La Reforma Energética realizó modificaciones sustanciales al marco regulatorio en materia de contrataciones de exploración y extracción de hidrocarburos. Los principios de gobernanza orientaron los cambios constitucionales, así como la legislación secundaria.

El resultado de la Reforma Energética fue un cambio a nivel económico en la forma de dirigir la industria nacional de los hidrocarburos. Al romper el paradigma monopólico de la empresa paraestatal Petróleos Mexicanos, se abre el mercado petrolero para la participación de operadoras privadas nacionales y extranjeras. Por ese motivo se habilita a la Comisión Nacional de Hidrocarburos para regular la industria.

Los cambios que sufrieron tanto la CNH como Petróleos Mexicanos, estuvieron dirigidos por los principios de gobernanza. No obstante, la mayoría de las directrices no se cumplieron a cabalidad, lo que dejó reminiscencias del modelo monopólico, que a su vez, provoca ineficiencias en el sector.

Se pretendió conservar estructuras autoritarias tanto en Petróleos Mexicanos como en la Comisión Nacional de Hidrocarburos. La Reforma Energética dejó facultades al Presidente de la República para interferir en la industria. La intromisión del Gobierno Federal puede resultar en una toma de decisiones ideológica, más que económica. Los resultados, además de ser caóticos, pueden generar pérdidas económicas considerables en el sector. Lo que redundará en mala administración pública.

Podemos concluir que el marco normativo en materia de contrataciones de exploración y extracción de hidrocarburos en México, vulnera el derecho humano a la buena administración pública, por lo que se debe realizar una adecuada armonización a la normativa considerando los estándares de actuación apropiados al sector.

REFERENCIAS

I. DOCTRINA

- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F, *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- ASTUDILLO, Cesar. "El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 1*, de Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix Fierro, y Diego Valadés, 2016. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/3825>
- . *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México D.F., Tirant lo Blanch, México, 2014.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Derecho, Trotta, 2013.
- BONNIN, Charles-Jean, *Principios de administración pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- CHRISTIAN, Steiner, y URIBE, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*. Primera. Ciudad de México, 2017. www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, San José Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentosbasicos2017.pdf>

- DE SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de Lingüística General*, Vigésimacuarta, Buenos Aires, Losada, 2010.
- DOMÍNGUEZ NÁREZ, Freddy, *Suprema Corte dentro y fuera de la Constitución*. México, Jurídica & Law Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald M, *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- . *La filosofía del derecho*, Segunda edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo*, Panorama del derecho mexicano, México D.F, McGraw-Hill, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, *Primera Vista*, 2001, pp. 19-56.
- FERRAJOLI, Luigi, “Positivismo crítico, derechos y democracia.”, *Isonomía*, Revista de teoría y filosofía del derecho, núm. 16, 2002, pp. 7-20.
- GALINDO CAMACHO, Miguel, *Teoría de la administración pública*, Editorial, Porrúa, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 18ª. ed., Madrid, Civitas, 2017.
- HARMON, Michael M., y MAYER Richard T., *Teoría de la organización para la administración pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- Instituto Nacional de las Mujeres, *Compilación de los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres*, 4ª. ed., México, Instituto Nacional de las Mujeres, 2008.
<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/48390/principalesinstrumentos.pdf>
- ISLAS COLÍN, Alfredo, “Normas Imperativas de Derecho Laboral de los Derechos Humanos”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 5, núm. 3, 2015, pp. 11-34.

- L. HIERRO, Liborio, *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- LUGO SAUCEDO, Paloma, *et. al.*, *Vademécum de Derechos Humanos*. México, Tirant lo Blanch, 2019.
- LUNA GONZÁLEZ, Alfredo Cipriano, *Administración estratégica*, México, Editorial Patria, 2014.
- MELERO DE LA TORRE, Mariano C., *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- HARTMUT, Maurer, *Derecho Administrativo Alemán*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- NETTEL BARRERA, Alina del Carmen, *et al.*, “Empresas productivas de Estado y la Globalización: el caso de petróleos mexicanos”, *Derecho Administrativo y Administración Pública: entre lo sustantivo y lo adjetivo*, Tirant lo Blanch, 2017.
- PONCE SOLÉ, Juli, “El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI. Buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción.”, *El control de la Actividad Estatal I. Discrecionalidad, División de poderes y Control Extrajudicial*, Ciudad de Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.
- “En recuerdo de Joan Prats: Gestión pública, derecho a una buena administración y gobernanza”, *Gobernanza, instituciones y desarrollo: homenaje a Joan Prats*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *et. al.*, *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*, México, FIDA-UP-Espress, 2014.

RUÍZ CANIZALES, Raúl, *et al.*, "El discurso principalista en el procedimiento administrativo", *El discurso de los procedimientos Administrativos*, México, Fontamara, 2018.

BURKHARD, Schwenker, y MÜLLER-DOFEL, Mario, *On good management*, Springer Fachmedien, Wiesbaden, 2013. https://doi.org/10.1007/978-3-658-02878-7_1

SÁNCHEZ, Iván Lázaro, "Taxonomía de los Contratos para el Upstream en la Industria de los Hidrocarburos de México", en *Aportes sobre la configuración del derecho energético en México*, pp. 207-236, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

SHAFRITZ, Jay M, *et al.*, *Introducing public administration*, Routledge, 2016.

SHAFRITZ, Jay M, y HYDE, Albert C., *Clásicos de la administración pública*, Fondo de Cultura Económica, 1999.

HERBERT A., Simon, "The proverbs of administration", *Democracy, bureaucracy, and the study of administration*, Routledge, 2018.

MORGEN, Witzel, y CRUZ MARTÍNEZ, Carlos Alberto, *Historia del pensamiento administrativo*, México, Editorial patria, 2014.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Estudios Jurídicos 274, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. www.corteidh.or.cr/tablas/r35530.pdf.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío, *La Jurisdicción Supranacional de los Derechos Humanos*, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

II. ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

- ACUÑA, Andre, URRIZA, Nataia, MANZANAL, Melisa, y SUBOTA, Lucrecia. "Gobernabilidad y gobernanza: revisión conceptual y su vinculación con el ámbito organizacional.", núm. 10. Argentina, 2016.
- ANDERSON, John C., y MANUS Rungtusanatham, "A theory of quality management underlying the Deming management method.", *Academy of Management Review* 19, núm. 3, 1994, pp. 472-509.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan. "Dejemos atrás el positivismo jurídico." *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 27, 2007, p. 07-28.
- BÁEZ CORONA, José Francisco. "Jurisprudencia de contrarreforma (CT: 293/2011)", *Díkê*, núm. 15, pp. 173-85.
- BOUSTA, Rhita. "Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, pp. 23-45.
- BRIOZZO Anahí, ALBANESE Diana, SANTOLÍQUIDO Diego, ARGÑARAZ, Agustín, y BARCO, Eliana. "Análisis del marco normativo del Gobierno Corporativo para la Argentina". *Visión de Futuro* 22, núm. 1, 2018, pp. 33-47.
- CÁMPORA, Mario, "En los orígenes de los derechos del hombre: La polémica Jellinek-Boutmy", *Contextos*, núm. 6, 2013, pp. 129-44.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, "Los derechos colectivos en el México del siglo XIX" *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 36, 2012, pp. 147-86.
- CEVALLOS RIOFRIO, Mireya, Vanessa, MERINO MONCAYO, Mario Enrique, CEDEÑO GONZÁLEZ María Paulina, GARCÍA PILA, Francisco Javier, y ECHEVERRÍA PADILLA María Isabel. "Los principios de gobierno corporativo de la organización para la cooperación y el desarrollo económico. Su aplicación en el Instituto Superior Tecnológico Tsáchila", *Universidad y Sociedad*, vol. 12, núm. 3, 2020, pp. 275-83.

- DÁVILA S, Carlos Mario, "Los cambios constitucionales de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. Un análisis desde el punto de vista de la Teoría de la Revolución Jurídica". *Vniversitas*, núm. 126, 2013, pp. 123-63.
- DWORKIN, Ronald M., "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967, pp. 14-46.
- FAVOREAU, Louis, "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1990, pp. 45-68.
- FEIJOO, Felipe, *et al.*, "North American natural gas model: Impact of cross-border trade with Mexico", *Energy*, núm. 112, 2016, pp. 1084-95.
<https://doi.org/10.1016/j.energy.2016.06.133>
- FUENTES, Carlos Iván, "Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa", *Revista Cejil*, núm. 2, año 1, 2006 pp. 69-77.
- GARCÍA ANDRADE, Xavier Codina, "El ámbito de aplicación del principio de legalidad: un debate latente y no resuelto." *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, 2012, pp. 219-34.
- GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, "La reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos: Una lectura desde el derecho internacional", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 48, núm. 143, 2015, pp. 645-96.
- Editorial, "Giants of Quality—W. Edwards Deming", *Quality and Reliability Engineering International*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 247-48.
<https://doi.org/10.1002/qre.1389>
- FERRAJOLI, Luigi, "Positivismos crítico, derechos y democracia.", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 16, 2002, p. 11.
- GONZÁLEZ COVARRUBIAS, María de la Luz, "El debate 'Hart-Dworkin': Una introducción a la discusión", *Revista de la facultad de derecho de México*, vol.

- 65, núm. 263, 2015, pp. 33-46.
<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2015.263.59626>
- HERMIDA DEL LLANO, Cristina. “La configuración del derecho a una buena administración como nuevo derecho frente al poder”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 16, 2012, pp. 157-70.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio. “Eduardo García de Enterría y la renovación del Derecho Administrativo. Reflexiones desde la Carta iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, núm. 6, 2015 pp. 13-41.
- ISLAS COLÍN, Alfredo "Derechos humanos en materia laboral en México: los Cogens Laboral". *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global* vol. 4, núm. 2, 2015, pp. 26-43.
- IBARRA-YÚNEZ, Alejandro, “La reforma energética, el Cambio de Gobernanza en el Sector Hidrocarburos e Implicaciones para el TLCAN en su 21 Aniversario. México”, Colegio de México, 2016.
- KETELS, Christian H. M., “Michael Porter’s Competitiveness Framework—Recent Learnings and New Research Priorities.” *Journal of Industry, Competition & Trade*, vol. 6, núm. 2, 2006, pp. 115-36.
- KEREMIDCHIEV Spartak y NEDELICHEV Miroslav. “Corporate Governance of State-Owned Enterprises: National Practices of the Board”, *Entrepreneurship*, vol. VIII, núm 2, pp.16-26.
- LUCHAIRE, François, “La décision du 16 juillet 1971”. *Annuaire international de justice constitutionnelle*, núm. 7-1991, 1993, pp. 77–85.
<https://doi.org/10.3406/aijc.1993.1181>
- MANCILLA CASTRO, Roberto Gustavo. “El bloque de la constitucionalidad local del Estado de Nuevo León y sus consecuencias en materia electoral y municipal”,

- Estudios de Derecho Constitucional Local*, México, Laguna, 2011.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3032/1.pdf>
- MARTÍNEZ, M. D., “Wittgenstein y el apofatismo”, *Theologica Xaveriana*, núm. 151, 2004, pp. 519-42.
- MARTÍNEZ PUÓN, Rafael. “Cinco mitos sobre el servicio profesional de carrera en México”. *Convergencia*, 48, 2008, pp. 203-21.
- MATÍAS FELER, Alan, “Soft Law como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 95, 2015, 281-303.
- MEUWESE, A., SCHELTEMA, M., y VAN DER VELDEN, L. “The OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation: An Initial Assessment.” *European Journal of Risk Regulation*, vol. 6, núm. 1 2015, pp. 101-110.
- MORALES MORALES, Alejandra Virginia, y ON’ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean Cadet Odimba, “La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México”, *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. 14, núm. 27, 2011, pp. 135-46.
- MOYA BEDOYA J., “A propósito de la teología apofática. Algunos apuntamientos semánticos.”, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. 55, núm. 143, 2017, pp. 149-64.
- OSPINA MEJÍA, Laura, “Breve aproximación al ‘bloque de constitucionalidad’ en Francia”, *Elementos de juicio: revista de temas constitucionales*, vol. 2, 2006, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10252/9336>
- OROPEZA GARCÍA, Arturo, “Reforma energética y Desarrollo Industrial. Un compromiso Inaplazable”. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

PRADO LÓPEZ, Ángel Fernando, "Algunas aproximaciones teóricas en la dinámica de las restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos humanos dentro del bloque constitucional en México", *Ciencia Jurídica*, vol. 4, núm. 8, 2015, pp. 99-115.

RAMOS ARTEAGA, Elena, "Reforma constitucional en materia de derechos humanos y el control difuso de la constitucionalidad/convencionalidad. Exposición de un caso práctico", *Juez, Cuadernos de investigación*, núm. 1, 2015, <http://www.tirantonline.com.mx/tolmex/documento/lectura/889995?tolgeo=>

REY CANTOR, Ernesto, "El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos", *Estudios Constitucionales*, vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 299-334.

RODRÍGUEZ ARUANA, Jaime, "La Buena Administración como Principio y como Derecho Fundamental en Europa", *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, 2013 pp. 22-55.

ROLDÁN XOPA, José, "El derecho a la buena administración en la CDMX: Una aproximación conceptual", *Administración Pública CIDE*, 2020. <http://administracionpublica.cide.edu/el-derecho-a-la-buena-administracion-en-la-cdmx-una-aproximacion-conceptual/>

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", *AFDUC*, núm. 16, 2012, pp. 247-73.

RODRÍGUEZ, Marcos Francisco del Rosario, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad". *Cuestiones constitucionales*, núm. 33, 2015, pp.158-91.

RODRÍGUEZ, Marcos Francisco del Rosario, "El debate en torno al bloque de constitucionalidad o de Derechos Humanos como parámetro de validez y prevalencia de las restricciones constitucionales.", *Ex legibus*, núm. 1, 2014, <http://www.tirantonline.com.mx/tolmex/documento/show/1049828>

- VARGAS SUÁREZ, Rosío, "Reforma energética: De servicio público a modelo de negocios.", *Política y cultura*, núm. 43, 2015, pp. 125-45.
- VIGO, Rodolfo, L, "Neoconstitucionalismo. ¿Dos o tres neoconstitucionalismos?", *Ex legibus*, núm. 1, 2014, pp. 7-14.
- SACRISTÁN ROY, Emilio, "Las privatizaciones en México". *Economía UNAM*, núm. 3, 2006, pp. 54-64.
- SÁNCHEZ, Iván Lázaro, "Medios Alternos de Solución de Conflictos para Upstream en la Industria de los Hidrocarburos Caso México", *Summa Iuris*, vol. 7, núm. 1, junio de 2019, pp. 140-67.
- SÁNCHEZ, Iván Lázaro y HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Enma Estela, "Ronda Uno. La Implementación de la Reforma Energética de México", *Summa Iuris*, vol. 5, núm. 2, diciembre de 2017, pp. 231-57.
- SUULT-COCK, Vanessa, "El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia", *Vniversitas*, núm. 133 (2016): 301-81.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, "El positivismo jurídico", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 53, núm. 240, 2003, pp. 133-46.
- VÁSQUEZ DUPLAT, Ana María, "La Progresividad del Artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes: El Aporte del Desarrollo de los Derechos Reproductivos en América Latina", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 21, núm. 11, 2011, pp. 175-88.
- VICHER-GARCÍA, Mónica Diana, "Utilidad o futilidad: calidad e ISOs en la administración pública", *Convergencia*, núm. 19, 2012, pp. 205-28.
- WEIJERMARS, Ruud, y JIA, Zhai, "Competitiveness of shallow water hydrocarbon development projects in Mexico after 2015 actualization of fiscal reforms: Economic benchmark of new production sharing agreement versus typical U.S. federal lease terms", *Energy Policy*, núm. 96, 2016, pp. 542-63, <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2016.05.048>

III. TRATADOS INTERNACIONALES

Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

Protocolo a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

IV. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.

Corte IDH. Caso Zegarra Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331.

Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

Corte IDH. “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

V. JURISPRUDENCIA Y CRITERIOS JURISDICCIONALES EXTRANJEROS

Associazione Industrie Siderurgiche Associate (I.S.A.) contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero., No. 4- 54, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de febrero de 1955.

Consejo Constitucional, *Decisión No. 71-44 DC*, 1971. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971-saisine-par-president-du-senat>

Corte Constitucional, *Sentencia C-225-95*, 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>

———. *Sentencia C-578/95*, 1995, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>

Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Airey*, Sentencia de 9 de octubre de 1979, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165157>

VI. LEGISGRAFÍA

Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal.

Código de Ética de Petróleos Mexicanos, sus Empresas Productivas Subsidiarias y Empresas Filiales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política de la Ciudad de México.

Constitución Política de Colombia.

Cámara de Diputados, “Iniciativa del Ejecutivo federal, con proyecto de decreto, por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Hidrocarburos. (Turnada a la Comisión de Energía, para dictamen, y a la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública, para opinión.)”. *Gaceta Parlamentaria*, año XXIV, número 5747, 2021.

Decreto por el que se autoriza la desincorporación mediante extinción del Fideicomiso Público considerado Entidad Paraestatal denominado ProMéxico.

Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley de Hidrocarburos.

Ley de Mejora Regulatoria

Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética.

Ley de Petróleos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal

Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal.

VII. JURISPRUDENCIAS Y CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y TRIBUNALES COLEGIADOS.

Tesis IV.2o.A.23 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, t. 4, octubre de 2012, p. 2467 (Tribunales Colegiados de Circuito octubre de 2012).

Tesis 1a./J. 105/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XXXIV, septiembre de 2011, p. 374. (Suprema Corte de Justicia de la Nación septiembre de 2011).

Tesis 1a./J. 139/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época t. XXII, diciembre de 2005, p. 162. (Suprema Corte de Justicia de la Nación diciembre de 2005).

Tesis I.3o.C. J/47, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1964. (Tribunales Colegiados de Circuito febrero de 2008).

Tesis I.4o.A. J/103 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Libro III, t. 5, diciembre de 2011, p. 3587. (Tribunales Colegiados de Circuito diciembre de 2011).

Tesis P./J. 120/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 1255 (Suprema Corte de la Justicia de la Nación).

Contradicción de Tesis 293/2011. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 96. (Suprema Corte de la Justicia de la Nación)

Tesis P./J. 5/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo I, p. 11. (Suprema Corte de la Justicia de la Nación)

Tesis XXVII.3o. J/25 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, Febrero de 2015, Tomo III, p. 2256. (Tribunales Colegiados de Circuito)

Engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 96.

Tesis 1a./J. 54/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 131 (Suprema Corte de la Justicia de la Nación)

Tesis 1a./J. 87/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, p. 188. (Suprema Corte de la Justicia de la Nación)

Tesis 1a./J. 85/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo I, p. 189. (Suprema Corte de la Justicia de la Nación)

Tesis 1a./J. 107/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 799. (Suprema Corte de la Justicia de la Nación)

Tesis I.4o.A.9 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, p. 2254. (Suprema Corte de la Justicia de la Nación)

Tesis 2a./J. 41/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 42, Mayo de 2017, Tomo I, p. 634. (Suprema Corte de la Justicia de la Nación)

Tesis 2a. LXXX/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 58, Tomo I, 2018.

Tesis IV.2o.A.51 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, p. 2239. (Tribunales Colegiados de Circuito)

VIII. INFORMES

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 12/18. Admisibilidad. 48 trabajadores fallecidos en la explosión de la mina Pasta de Conchos*, México, 2018. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/MXAD178-10ES.pdf>

———, *Informe No. 25/18, Caso 12.428, Admisibilidad y Fondo. Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesus y sus familiares*, Brasil, 2018. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12428FondoEs.pdf>.

———, *Informe No. 77/18. Petición 727-09. Fernando Tovar Rodríguez*. México, 2018, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/MXAD727-09ES.pdf>

OCDE, *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, 2015, Paris, Éditions OCDE, 2016.

———, *Driving Performance at Colombia's Communications Regulator*, oecd.org, 2015, <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/driving-performance-at-colombia-s-communications-regulator-9789264232945-en.htm>.

———, *Driving Performance of Regulators*. oecd.org, 2017, <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/driving-performance-of-regulators.htm>.

———, *Impulsando el desempeño de los órganos reguladores en materia energética de México, La gobernanza de los reguladores*. París, Ediciones OCDE, 2017.

———, *Impulsando el desempeño de la Comisión Nacional de Hidrocarburos de México. Gobernanza de reguladores*, París, Ediciones OCDE.

———, *OECD Framework for Regulatory Policy Evaluation*, Ediciones OCDE, 2014.

———, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, París, Éditions OCDE, 2016, <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>.

———, *Reforma Regulatoria*, Publicaciones OCDE, 2020. <https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/reformaregulatoria.htm>.

———, *The Governance of Regulators. OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, Ediciones OCDE, 2014.

———, “Fortaleciendo las instituciones y la gobernanza en ALC”, *Gobernanza*, 2019. <https://www.oecd.org/latin-america/programa-regional/gobernanza/>.

———, “Public Governance. Policy Framework for Investment”, 2016. <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/>.

———, “Revisiones de la OCDE sobre reforma regulatoria, Estudio de Política Regulatoria en Argentina”. oecd.org, 2021. <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/e2430008-es/index.html?itemId=/content/component/e2430008-es>.

IX. PÁGINAS DE INTERNET

Actu-Environnement, “Définition de Loi constitutionnelle”, *Actu-Environnement*,
https://www.actu-environnement.com/ae/dictionnaire_environnement/definition/loi-constitutionnelle.php4

Conseil constitutionnel, “La Constitution”, *Conseil constitutionnel*,
<https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution>.

Conseil constitutionnel, *Constitución de 1958*, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>

GAMBOA MONTEJANO, Claudia y VALDÉS ROBLEDO Sandra. “Reformas constitucionales en materia energética, análisis comparativo de las iniciativas presentadas por el Ejecutivo y el PAN”, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis LXII Legislatura, Cámara de Diputados, 2013. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-49-13.pdf>.

Instituto Nacional de las Mujeres, “Vida sin Violencia”, *gob.mx*,
<http://www.gob.mx/inmujeres/acciones-y-programas/vida-sin-violencia>

Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. “Misión Visión y Objetivos”, *Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales*,
<http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/misionViosionObjetivos.aspx>

México Evalúa, “Índice de Transparencia Corporativa para Empresas Productivas del Estado”. Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C, 2019.
<https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2019/05/IndiceTransparenciaEPE.pdf>

———, “Mapa de vigilancia del Estado sobre sus empresas productivas”, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A.C, 2020.
<https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2020/09/mapa-vigilancia-version-final.pdf>

Notimex, “Juan Carlos Zepeda renuncia a Comisión Nacional de Hidrocarburos”. *El Universal*, 15 de noviembre de 2018.
<https://www.eluniversal.com.mx/cartera/juan-carlos-zepeda-renuncia-comision-nacional-de-hidrocarburos>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “¿Qué son los derechos humanos?”, *ACNUDH*,
<https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

OLIVAS GASTÉLUM, Ramón, “¿Qué hemos aprendido con la reforma energética? Lecciones y retos para una nueva administración.”, *Memorandum para el presidente (2018-2024)*, 2018. <https://imco.org.mx/indices/memorandum-para-el-presidente-2018-2024/capitulos/garantizar-la-continuidad-de-las-reformas-educativa-y-energetica/que-hemos-aprendido-con-la-reforma-energetica-lecciones-y-retos-para-una-nueva-administracion>.

Petróleos Mexicanos. “Plan de negocios de Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias 2019-2023”, 15 de julio de 2019.
https://www.pemex.com/acerca/plan-de-negocios/Documents/pn_2019-2023_02.pdf

Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, *Realiza Profepa inspección preliminar en Pozo Terra 123 en Tabasco*,
https://www.profepa.gob.mx/innovaportal/v/5681/1/mx.wap/realiza_profepa_inspeccion_preliminar_en_pozo_terra_123_en_tabasco.html

ProMéxico, *Oficinas de representación de ProMéxico en el exterior (OREX)*,
<https://www.gob.mx/promexico/acciones-y-programas/oficinas-de-representacion-de-promexico-en-el-externo-orex>

Real Academia Española, “Eficacia”, en *Diccionario de la lengua española*, 17 de abril de 2020. <https://dle.rae.es>.

———, *Estatutos y Reglamento de la Real Academia Española*. Madrid, 2014.
https://www.rae.es/sites/default/files/Estatutos_y_reglamento_nuevo.pdf.

Redacción, “Mayra González, de vender autos en una agencia, a ser la jefa global de Ventas de Nissan”, *El Financiero*, <https://elfinanciero.com.mx/empresas/perfil-mayra-gonzalez-la-primeramujer-mexicana-ceo-de-nissan>

Redacción, “Consulta aquí el Plan de Negocios de Pemex”, *El Universal*, 18 de julio de 2019, sec. Cartera. <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/economia/consulta-aqui-el-plan-de-negocios-de-pemex>

Reuters, “Renuncia a su cargo Gaspar Franco, comisionado de la CNH”, *El Financiero*, 26 de febrero de 2019. <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/renuncia-a-su-cargo-gaspar-franco-comisionado-de-la-cnh/>

SALDAÑA, Iván E, “Partido Verde presenta iniciativa de pena de muerte”, *Excélsior*, <https://www.excelsior.com.mx/nacional/partido-verde-presenta-iniciativa-de-pena-de-muerte/1243562>

Secretaría de Energía. “Reforma energética, resumen ejecutivo”, 2016. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/164370/Resumen_de_la_explicacion_de_la_Reforma_Energetica11_1_.pdf.

———, “Ronda 0”, 2016. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/55586/Documento_WEB_Ronda_CeroSSH.pdf.

———, “Ronda Cero y migración de contratos de PEMEX”, Ronda Cero y migración de contratos de PEMEX, 17 de diciembre de 2015, <https://www.gob.mx/sener/articulos/ronda-cero-y-migracion-de-contratos-de-pemex>.

Sistema Nacional Anticorrupción, “¿Qué hacemos?” Sistema Nacional Anticorrupción, 2020. <https://sna.org.mx/que-hacemos/>.

SOLÍS, Arturo, "Refinería de Dos Bocas costará 900 mdd más: Pemex", *Forbes*, México, <https://www.forbes.com.mx/negocios-refineria-dos-bocas-sobrecosto-dolares-pemex/>

MORENO, Teresa, "Vengo a aprender: Luis Videgaray", *El Universal*, 4 de enero de 2017, <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2017/01/4/vengo-aprender-luis-videgaray>

Unidad de Gobierno Digital, "Rondas México", *Rondas México*, 8 de octubre de 2020. <https://rondasmexico.gob.mx/>

XICOTÉNCATL, Fabiola, "Pierde Pemex 8.5 mdp al día por incendio de Pozo Terra 123 en Tabasco", *Excelsior*, 30 de octubre de 2013, sec. Nacional. <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2013/10/30/926206>

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México