

**FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY**

LICENCIATURA EN DERECHO



CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD
Y CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR MIEMBROS
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TESIS QUE EN OPCIÓN A TÍTULO
DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA: SEBASTIÁN DOMENE HICKMAN

ASESOR DE FONDO: MAGISTRADO CARLOS EMILIO ARENAS BÁTIZ
ASESOR DE FORMA: DR. JOSÉ FABIÁN RUÍZ VALERIO

SANTA CATARINA, N.L.

MAYO, 2021

Santa Catarina, Nuevo León, a 2 de mayo del 2021

Para mi madre y sus jacarandas.

ÍNDICE

I. Introducción.....	pg. 5
II. Concepto de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.....	pg. 8
III. Problema a resolver y situación actual en México.....	pg. 10
IV. Principios rectores.....	pg. 15
V. Argumentos en contra.....	pg. 22
VI. Argumentos a favor	pg. 28
VII. El rol del artículo primero constitucional.....	pg. 38
VIII. Precedentes relevantes.....	pg. 42
IX. La necesidad de un aparato político burocrático especializado.....	pg. 47
X. Conclusiones.....	pg. 53
Bibliografía.....	pg. 60

Resumen: Se investiga sobre el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad y su posible aplicación por miembros de la administración pública que no tienen facultades jurisdiccionales. Se estudian los principios constitucionales, los precedentes relevantes y el rol del aparato político burocrático mediante el cual funciona la administración pública. Se estudian los argumentos a favor y en contra de la implementación de la figura y se propone una reforma constitucional de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 128 y 133.

Palabras clave: Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, administración pública, supremacía constitucional, legalidad.

Abstract: The investigation consists in the analysis of autonomous constitutionality control by members of the public administration that do not have jurisdictional powers. The investigation goes into relevant constitutional values, important precedents, and the bureaucratic system of the public administration as a key figure for the subject. A review of the pros and cons of this type of constitutionality control is included and a proposal for a constitutional reform of the articles 128 and 133 of the Mexican constitution as well.

Key words: Autonomous constitutionality control, public administration, constitutional supremacy, legality

I. Introducción.-

El derecho, entendido como el sistema de normas jurídicas que rigen una determinada sociedad, siempre llega tarde. Lo anterior es una frase que ha creado un eco sinfónico en las aulas donde se practica la docencia del derecho, así como en los diversos lugares en los que los operadores jurídicos lo ejercen. Algunos de esos lugares en específico donde se ejerce el derecho son las oficinas civiles y los tribunales forman parte del poder judicial de los Estados. La anterior afirmación de que el derecho siempre llega tarde es verdad, hasta cierto punto. Es verdad en el sentido de que habrá que existir una situación de hecho en la sociedad, que exija la necesidad de su regularización. Es decir, en su función legislativa, los organismos del Estado deben exponer los motivos por los cuales se emiten determinadas normas, lo que tiene como presupuesto lógico que exista un problema o situación de hecho a regular. Por otra parte, la jurisprudencia, entendida como *“el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales”*¹ (una auténtica fuente de derecho), también requiere algún tipo de procedimiento jurisdiccional o contienda para su creación. En una similitud considerable al aspecto legislativo, para que la jurisprudencia pueda existir debe darse una situación de hecho concreta, pero en cambio es necesario que exista una contienda para que se le permita al juzgador emitir criterios judiciales vinculantes.

Un ejemplo que nos permite ilustrar lo anterior es el tema de las criptomonedas. Vivimos en una realidad en la que la tecnología se desarrolla con una rapidez sin precedentes. El derecho, como venimos sosteniendo, siempre va un paso atrás de la realidad social en la que vivimos. Dicho en otra forma, el proceso de ley y la existencia de controversias para que se emitan criterios judiciales hacen que el derecho, inevitablemente, sufra un rezago. Desde hace más de una década existen bienes intangibles y virtuales que han sido utilizados como medio de pago en distintas plataformas. En sus principios, las criptomonedas como Bitcoin y Ethereum eran utilizadas sin regulación en la denominada web oscura (Dark web), sin

¹ García Máynez, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. Primera edición. México, Porrúa, 1940, pg. 69.

embargo, en los últimos años legisladores de diversos países han optado por crear distintos regímenes legales que se aplican a estos novedosos conceptos. Es evidente que en ese caso existe una necesidad social de legislar sobre el tema, pues hay un gran volumen de servicios contratados y productos comprados en las redes oscuras cuyo objeto pudiera ser ilícito o ilegal. En México, la respuesta del Congreso de la Unión, partiendo de sus funciones legislativas, fue aprobar la famosa Ley para regular las Instituciones de Tecnología Financiera.

El hecho de que el derecho inevitablemente tenga un retraso no significa que debamos de aceptar su naturaleza tardía de forma absoluta, si no todo lo contrario. Algunos de los deberes que tienen los operadores jurídicos son buscar alternativas y usar herramientas jurídicas que nos permitan tener un derecho actualizado, que responda de la forma práctica a los problemas y a las necesidades reales que existen en la sociedad. Una novedosa herramienta jurídica que tienen las autoridades jurisdiccionales en nuestro país es el denominado control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

En nuestra búsqueda por un derecho interno actualizado y eficiente, no debemos de pasar por alto que las soluciones propuestas no deben solamente apearse a las leyes secundarias y a los reglamentos que conforman parte del derecho escrito de nuestro país, si no que también deben de regirse por los principios fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior es una conclusión que deriva de un principio pilar de la teoría constitucional moderna; La supremacía constitucional. El anterior concepto se analizará en su momento, pues el objetivo de la introducción de esta investigación solamente es preparar y brindarle al lector una idea anticipada del material que se estudiará próximamente.

La presente investigación buscará determinar la viabilidad de la figura del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad realizado por una autoridad que forme parte de la administración pública y que no tenga facultades materialmente jurisdiccionales. En cuanto al marco conceptual, exploraremos algunos principios que rigen la teoría

constitucional moderna, entre ellos, los principios de seguridad jurídica, de legalidad (que conforma el principio de legalidad administrativa) y de supremacía constitucional.

En la sección de análisis se incluyen una variedad de capítulos , en estos se explorarán los argumentos en contra y a favor de la viabilidad de lo propuesto y temas relacionados, por lo que se encontrará ahí el desarrollo medular del trabajo. Por último, en caso de concluirse la viabilidad, se hará una propuesta de reforma constitucional que tendrá la finalidad de regular e implementar el control difuso emitido por una autoridad administrativa con las características mencionadas en el anterior párrafo.

II. Concepto de Control Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad

Para efectos de la presente investigación, debemos de definir y delimitar el concepto de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. El control difuso de constitucionalidad no es nada más que un medio de control de constitucionalidad de excepción. El doctor Vicente Fernández y Fernández, en su libro *“El Juicio de Amparo en la Décima Época”* propone una definición sencilla pero certera del concepto de control difuso de constitucionalidad:

“El modelo de control difuso de constitucionalidad consiste en realizar una confrontación de las normas secundarias con la Constitución, de tal manera que en caso de existir una contravención sea inaplicada la norma secundaria, respetando desde luego el principio pro personae.”³

Ahora bien, La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* implica distintas etapas o niveles, por lo que no necesariamente se debe de llegar siempre a una inaplicación de la norma:

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU EJERCICIO NO NECESARIAMENTE LLEVA A LA INAPLICACIÓN DE UNA NORMA.

Si bien es cierto que todos los juzgadores deben preferir la observancia de los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, aun en los casos donde existan disposiciones en contrario en cualquier norma inferior, también lo es que no todo ejercicio de control de constitucionalidad ex officio de los derechos contenidos en la Constitución y en los referidos tratados lleva necesariamente a inaplicar la norma de que se trate, porque como lo señaló el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente [varios 912/2010](#) (cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco), las normas no

³ Fernández Fernández, Vicente. **El Juicio de Amparo en la Décima Época**. Primera edición. Porrúa, segunda edición. pg. 23.

pierden su presunción de constitucionalidad, sino hasta que el resultado del control así lo refleje. Esta situación implica que las normas que son controladas puedan incluso salvar su presunción de constitucionalidad mediante su interpretación, ya sea: 1) conforme en sentido amplio; o, 2) en sentido estricto. Así, la inaplicación vendrá solamente en los casos en los que la norma no salve esas dos posibilidades interpretativas. Por ello, los conceptos "control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio" e "inaplicación" no son intercambiables; en otras palabras, un control de ese tipo no lleva necesariamente a la inaplicación de la norma. Por lo demás, lo relevante para el orden constitucional no es que ese control se omita hacer a profundidad en los casos en los que claramente no es derrotable la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas, sino, en el caso contrario, cuando sea necesario justificar esa inderrotabilidad.”⁴

Es importante mencionar que el concepto control difuso de constitucionalidad que se manejará en la presente investigación se refiere a la inaplicación de la norma, osea, al último recurso que tienen las autoridades en su actuar para prevenir emitir actos de carácter inconstitucionales.

⁴ **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU EJERCICIO NO NECESARIAMENTE LLEVA A LA INAPLICACIÓN DE UNA NORMA.** Tesis aislada. Amparo directo en revisión. Primera Sala. Clave: 1a. CCCLIX/2013 (10a.). (GSJF: Décima época, L I, diciembre del 2013, T I, pg. 511). Disponible en línea: < <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2005115>> Registro 2005115. (Consulta: 3 de diciembre del 2020).

III. Problema a resolver y situación actual en México

El problema por resolver en la presente investigación se puede puntualizar de la siguiente manera. La aplicación estricta de las normas secundarias en México por parte de las autoridades administrativas sin facultades jurisdiccionales inevitablemente tiene como consecuencia la violación de los derechos humanos de los gobernados. Existen dos situaciones que se han dado en México que nos permiten ejemplificar dicho problema con claridad.

La primera de dichas situaciones es a la situación que se enfrentan las personas del mismo sexo que quieren contraer matrimonio en un estado en el que su legislación civil local lo impide. En el año 2015, una serie de criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus salas, establecieron la inconstitucionalidad de dichas normas locales, entre ellas, se encuentra la tesis jurisprudencial número 1a./J. 86/2015 (10a.) de la Primera Sala, que considera que dichas normas jurídicas son discriminatorias.

No obstante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya declarado inconstitucional dichas normas locales que impiden el matrimonio igualitario, en caso de que una pareja del mismo sexo acuda a una oficialía civil (órgano de la administración pública estatal) en estos estados, se les negaría la posibilidad de contraer matrimonio y aquellos estarían obligados a acudir a un amparo indirecto. Lo anterior no solamente implica tiempo y recursos, si no que también conlleva un desgaste emocional y una violación a sus derechos fundamentales, pues aquella pareja tendría que esperar más de lo deseado para contraer matrimonio y quedaría una huella en sus esferas jurídicas por la vulneración de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La causa fundamental de lo anterior es que la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia solamente es vinculante para el Poder Judicial mexicano, y no así para los funcionarios de la administración pública sin facultades jurisdiccionales. Esto implica que el funcionario, en una postura estricta de legalidad, tiene que aplicar la norma secundaria local,

probablemente a sabiendas de que existe jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Unión en sentido contrario.

La segunda situación es el arraigo en los procedimientos penales. El arraigo, entendido como la privación de la libertad materializada en la investigación de la comisión de un delito previa la autorización de una autoridad judicial, fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación antes de que se incorporara su prohibición a la Constitución federal. La asociación Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. explica que:

“El arraigo fue implementado a la Constitución federal en el 2008 como una medida federal preventiva para privar de libertad a personas sospechosas de pertenecer al crimen organizado. Supuestamente, el arraigo es utilizado como un medio para investigar a presuntos delincuentes, pero en la práctica, se utiliza como un tipo de vigilancia pública que permite más tiempo a las autoridades para establecer si el detenido es culpable o inocente.”⁵

La Suprema Corte de Justicia, a grandes rasgos, consideró que el arraigo es una figura que es incompatible con los derechos humanos a la libertad, a la presunción de inocencia y a la seguridad jurídica. Además, a raíz de una acción de inconstitucionalidad, el pleno de la Suprema Corte consideró que la declaración de la invalidez de las normas que contemplan las figuras del arraigo tiene efectos retroactivos, por lo que los Juzgadores podrán analizar casuísticamente qué pruebas ofrecidas en el procedimiento carecen de valor:

“Registro digital: 2006518

Instancia: Pleno

Décima Época

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: P./J. 34/2014 (10a.)

⁵ Asociación Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. **El arraigo hecho en México: Violación a los derechos humanos.** Organización Mundial Contra la Tortura. Octubre del 2012. Disponible en línea: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/INT_CAT_NGO_MEX_12965_S.pdf> (Consulta: 17 de abril del 2021).

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, página 270

Tipo: Jurisprudencia

ARRAIGO EN MATERIA PENAL. EFECTOS QUE DEBEN ASIGNARSE A LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DECRETADA CONTRA UNA NORMA LOCAL, QUE REGULE AQUELLA FIGURA.

Conforme al artículo 45, en relación con el diverso 73, ambos de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las sentencias que se dicten en las acciones de inconstitucionalidad en las que se declare la invalidez de una norma de naturaleza penal tendrán efectos retroactivos y regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables en esta materia. En consecuencia, decretada la invalidez de una norma expedida por una entidad federativa que regula la figura del arraigo penal, aquélla adquiere efectos retroactivos por tratarse de una disposición general, correspondiendo en cada caso al juzgador determinar qué pruebas carecen de valor probatorio por encontrarse directa e inmediatamente vinculadas con el arraigo, dado que dicho valor no se pierde automáticamente por la referida declaración de invalidez.

Acción de inconstitucionalidad 29/2012. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 25 de febrero de 2014. Mayoría de ocho votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, con precisiones en cuanto a consideraciones, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Luis María Aguilar Morales, con precisiones en cuanto a consideraciones, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Alberto Pérez Dayán y Juan N. Silva Meza; votaron en contra de la declaración de invalidez: José Fernando Franco González Salas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona”⁶

Sin embargo, en el inter de dicha incorporación constitucional, existían legislaciones de las entidades federativas que seguían contemplando la procedencia del arraigo por parte del Ministerio Público y en una errónea interpretación sobre la obligatoriedad de la figura, el arraigo seguía dándose en las investigaciones que realizaban dichas autoridades, aún y

⁶ **ARRAIGO EN MATERIA PENAL. EFECTOS QUE DEBEN ASIGNARSE A LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DECRETADA CONTRA UNA NORMA LOCAL, QUE REGULE AQUELLA FIGURA.** Jurisprudencia. Acción de inconstitucionalidad. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Clave P./J. 34/2014 (10a.) (GSJF: Décima época T I, mayo de 2014, página 270). Disponible en línea: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006518>> Registro 2006518 (Consulta: 26 abril del 2021).

cuando esto pudiera ser en beneficio del acusado y en perjuicio de las víctimas. En ocasiones la consecuencia directa de lo anterior fue que se absolvieron a personas que cometieron delitos debido a que se dejaron sin valor probatorio los medios ofrecidos en el procedimiento.

Lo anterior implica que la rigidez de la aplicación de las normas secundarias de una entidad local ocasionó la violación a los derechos humanos de las víctimas, entre ellos el derecho a la justicia y el derecho a que se les repare el daño ocasionado.

Ahora bien, en cuanto al control difuso de constitucionalidad ejercido por autoridades administrativas sin facultades jurisdiccionales, existe una tesis aislada emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte que establece que dichas autoridades no tienen esa facultad:

“Registro digital: 2007573

Instancia: Segunda Sala

Décima Época

Materia(s): Constitucional

Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, página 1097

Tipo: Aislada

CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO.

LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO.

El artículo [1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos](#) establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis [P. LXIX/2011 \(9a.\)](#) (), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en*

franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Amparo directo en revisión 1640/2014. Ramón Enrique Luque Félix. 13 de agosto de 2014. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretarios: Maura Angélica Sanabria Martínez y Everardo Maya Arias.”⁷

Dicha tesis aislada no es vinculante, sin embargo, es orientadora y dejó una postura firme por parte de la Segunda Sala sobre la cuestión. Además, en el amparo directo en revisión del cual originó la tesis, se ordenó el sometimiento a un procedimiento disciplinario y la aplicación de la suspensión de empleo y una sanción económica a una autoridad administrativa sin facultades jurisdiccionales por aplicar un control difuso de constitucionalidad. Ello, aún y cuando dicha aplicación del control difuso de constitucionalidad reparó derechos humanos. Lo anterior marca un precedente grave que no es vinculante para autoridades judiciales inferiores, pero funciona como un desincentivo para la aplicación del control difuso de constitucionalidad por ese tipo de autoridades, toda vez que las consecuencias jurídicas de su aplicación pueden ser trascendentes.

⁷ **CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. Tesis aislada. Segunda Sala. Amparo directo en revisión. Clave 2a. CIV/2014 (10a.) (GSJF: Décima época, T I, octubre de 2014, pg. 1097). Disponible en línea: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007573>> Registro 2007573 (Consulta: 7 marzo del 2021).**

IV. Principios rectores para la investigación

1. Seguridad Jurídica

Uno de los principios fundamentales que debemos explicar para el correcto desarrollo de la presente investigación es el principio de seguridad jurídica, mismo que se contempla en múltiples artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Uno de ellos es el artículo 14 párrafo tercero, que asegura que en materia penal se debe observar la exacta aplicación de la ley y en juicios civiles se debe seguir lo que establece la letra de la ley o en su caso su interpretación.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una jurisprudencia en materia administrativa que propone una definición genérica del principio de seguridad jurídica, misma que, por su relevancia en el derecho interno y su agudeza jurídica, será la que se usará para el desarrollo de la presente investigación:

“SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución General de la República, es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, de manera tal que lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en "saber a qué atenerse" respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad. Así, en materia tributaria debe destacarse el relevante papel que se concede a la ley (tanto en su concepción de voluntad general, como de razón ordenadora) como instrumento garantizador de un trato igual (objetivo) de todos ante la ley, frente a las arbitrariedades y abusos de la autoridad, lo que equivale a afirmar, desde un punto de vista positivo, la importancia de la ley como vehículo generador de certeza, y desde un punto de vista negativo, el papel de la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado. De esta forma, las manifestaciones concretas del principio de seguridad jurídica en materia tributaria, se pueden compendiar en la certeza en el derecho y la interdicción de la arbitrariedad o prohibición del exceso; la primera, a su vez, en la estabilidad del ordenamiento normativo, suficiente desarrollo y la certidumbre

sobre los remedios jurídicos a disposición del contribuyente, en caso de no cumplirse con las previsiones del ordenamiento; y, la segunda, principal, más no exclusivamente, a través de los principios de proporcionalidad y jerarquía normativa, por lo que la existencia de un ordenamiento tributario, participe de las características de todo ordenamiento jurídico, es producto de la juridificación del fenómeno tributario y su conversión en una realidad normada, y tal ordenamiento público constituirá un sistema de seguridad jurídica formal o de "seguridad a través del Derecho"”⁸

Dicha jurisprudencia incluye, además de una explicación precisa de lo que implica el concepto de seguridad jurídica en lo general, un desarrollo del alcance del concepto y su aplicación en materia tributaria, misma que es materia perteneciente al género de derecho administrativo.

2. Supremacía constitucional

El segundo principio que debemos analizar es el principio de supremacía constitucional. Una de las características del sistema de normas jurídicas que rige el país es el aspecto jerárquico. Es decir, existen ciertas normas que son jerárquicamente superiores a otras. En el desarrollo de la teoría constitucional de Hans Kelsen, el jurista considera que la constitución del país debe considerarse como ley suprema pues en esta se contempla la manera que pueden crearse otras leyes. Kelsen sostiene que el carácter de norma fundante que tiene la constitución la ubica, naturalmente, en la cúspide del sistema de normas jurídicas

⁸ **SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.** Jurisprudencia. Amparo en revisión. Primera Sala. Clave: 1a./J. 139/2012 (10a.) (SJFG: Décima época, T XVI, enero de 2013, pg. 437). Disponible en línea: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneraV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apendice=1000000000000&Expresion=seGURIDAD%25C2%25A0JUR%25C3%258DDICA%25C2%25A0EN%2520MATERIA%2520TRIBUTARIA.%2520EN%2520QU%25C3%2589%25C2%25A0CONSISTE.&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=6&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2002649&Hit=2&IDs=2003756,2002649,160282,178498,179849,181955&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema=Registro2002649 (Consulta: 8 de octubre del 2020).

que conforman nuestro derecho. Lo anterior, es lo que hoy en día se conoce como el principio de supremacía constitucional.

El doctor Marcos Francisco del Rosario-Rodríguez, catedrático de la Universidad Panamericana de México y especialista en materia constitucional, sostiene que:

“Desde un punto de vista formal, la Constitución será una norma jerárquicamente superior al tener en la escala normativa la posición más alta, evitando con ello que otra norma jurídica pudiera contradecirla.

La Constitución posee esta condición por ser un ordenamiento soberano que califica la validez o invalidez de todas las normas. Siendo la Constitución el resultado del ejercicio soberano del poder constituyente, el cual desapareció al momento de cumplir su labor creadora, subyace como factor supremo, pues no existen poderes o normas que se le sobrepongan.”⁹

Lo anterior implica que tanto las leyes formales y materiales, como cualquier otro acto jurídico o de autoridad deben ajustarse al contenido de nuestro ordenamiento fundamental, pues el principio de supremacía constitucional rige la totalidad del derecho.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla el principio de supremacía constitucional en su artículo 133, al establecer lo siguiente:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y

⁹ Del Rosario-Rodríguez, Marcos Francisco. **La Supremacía Constitucional: Naturaleza y Alcances.** Disponible en línea: Universidad de la Sabana <<https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1950/2506>> (Consulta: 4 de octubre del 2020).

tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.”

En la redacción no se establece expresamente que la Constitución es jerárquicamente superior a las leyes del Congreso de la Unión y a los tratados internacionales que celebre el Presidente de la República, si no que esto se implicó con el vocabulario empleado y las condiciones que les impone a ambos para que sean considerados la ley suprema de toda la Unión. En cuanto a las leyes secundarias, el artículo establece que solamente las que *emanen* de la Constitución serán consideradas ley suprema. El anterior uso de la palabra *emanen* nos permite realizar una interpretación teleológica de la norma, concluyendo que la intención del órgano constituyente fue establecer una relación de fundamento y producto entre la Constitución y las leyes del Congreso de la Unión. La anterior conclusión hace inevitable posicionar a la Constitución jerárquicamente por encima de las leyes del Congreso de la Unión.

En cuanto a los tratados, la redacción es un poco más clara y establece que para que estos sean considerados Ley Suprema, necesariamente tienen que estar de acuerdo con la Constitución, implicando una superioridad jerárquica por parte de la Constitución.

3. Legalidad

El tercer principio constitucional que conforma el marco teórico de la presente investigación es el de legalidad. Por lo general, el principio de legalidad se encuentra regulado por los ordenamientos jurídicos más importantes de los Estados y este cobra especial relevancia en las relaciones de supra subordinación que existen entre los particulares y los distintos órganos del Estado que actúan con *imperium*.

Las leyes de la naturaleza, debido a la inexistente distinción entre el deber ser y el ser que las rige, son de observancia perfecta. Es decir, siempre son acatadas por las cosas que forman parte de dicha relación. Por ejemplo, en caso de que una nuez se deslinde de un árbol,

la misma caerá inevitablemente al suelo. Lo anterior significa que la nuez se acató a las leyes físicas que rigen nuestro planeta, resultado que esperaríamos en todos los casos que una nuez se deslinde de una rama de un árbol. Por otro lado, en las leyes que se encuentran en el derecho sí existe una distinción clave entre lo que debe ser y lo que es. Lo anterior es consecuencia de que las partes que lo integran son, directa o indirectamente, personas. Las personas, tanto físicas y morales, tienen voluntad propia e inevitablemente se conducirán de manera subjetiva. Lo que se intenta ilustrar con lo anterior es que las normas jurídicas de nuestros ordenamientos no siempre son acatadas por que los sujetos partícipes son seres con voluntad. El principio de legalidad establece que, mediante ejercicios de silogismos jurídicos, las leyes, en sentido amplio, deben de ser observadas en el actuar de las personas sujetas a las mismas.

En cuanto a la relación del principio de legalidad con las autoridades que forman parte del Estado, el principio establece que las leyes deben de contemplar la competencia de los órganos así como la manera en la que debe ejercitar sus facultades, siempre fundamentando y motivando la emisión de sus actos. El jurista Roberto Islas Móntes, en una apreciación práctica y elemental de las distintas vertientes del principio de legalidad, dice que *“el principio de legalidad se opone a los actos que estén en contraste con la ley, a los actos no autorizados por la ley y a los actos no regulados completamente por la ley.”*¹⁰

La doctora Karla Perez Portilla, por su parte, explica el principio de legalidad de la siguiente manera:

*“el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución.”*¹¹

¹⁰ Islas Montes, Roberto. **Sobre el Principio de Legalidad**. Disponible en línea: Corte Interamericana de Derechos Humanos <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>> (Consulta: 1 de noviembre del 2020).

¹¹ Pérez Portilla, Karla. **Principio de igualdad: alcances y perspectivas**, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, iii-ii, p. 55.

Los aspectos más importantes del principio de legalidad para tomar a consideración y para el desarrollo de nuestra investigación es que de acuerdo con el mismo, las autoridades deben de tener competencia expresa para actuar de cierta manera y en cierto ámbito y además todo acto debe de ser fundado y motivado adecuadamente. El ejercicio de un silogismo jurídico en su actuar es una herramienta obligatoria para las autoridades, por lo que solamente deberán de realizar lo que les esté permitido por las leyes, mismas que deben ser conforme al fondo y las formas que establece nuestra constitución.

4. Pro persona

El cuarto principio que será útil para el correcto desarrollo de la presente investigación es el principio *pro persona*, que se contempla en el segundo párrafo del artículo primero constitucional y establece los siguiente:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

La jurista argentina Mónica Pinto, en su capítulo “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, propuso la siguiente definición para el principio pro homine o pro persona:

*“un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.*¹²

¹² Pinto, Mónica. Abregú, Martín. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales.** 1ra edición. Argentina. 1997. págs. 163-172. Disponible en línea: Dialnet < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=617891>> (Consulta: 10 de diciembre del 2020).

Ahora bien, es importante tomar en consideración lo sostenido por la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación, en relación al principio *pro persona* cuando existen diversos derechos de rango constitucional en juego:

“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

De conformidad con el texto vigente del artículo [1o. constitucional](#), modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Facultad de atracción 135/2011. Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. 19 de octubre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.”¹³

¹³ **PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.** Jurisprudencia. Facultad de atracción. Amparo en revisión. Primera Sala. Clave 1a./J. 107/2012 (10a.) (SJFG: 9ª época, T II, pg. 799). Disponible en línea: <<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002000>> Registro 2002000. (Consulta: 2 de enero del 2021).

V. Argumentos en contra

En los siguientes dos capítulos, se buscará identificar y desarrollar los argumentos en contra y a favor de la implementación del control difuso de constitucionalidad. En la medida que sea necesario, se expondrán las críticas de cada uno de los argumentos, por lo que se explorarán distintas opciones y posibilidades en búsqueda de la resolución de los problemas planteados.

1. El trabajo *La Administración frente a la Norma Inconstitucional: ¿Control e Constitucionalidad y Control de Legalidad Administrativa?* de Jorge M. Pando Vélchez profesor del área de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nos muestra los siguientes argumentos en contra del control difuso por parte de una autoridad administrativa que no tiene facultades jurisdiccionales:

"...consideramos que el ejercicio por parte de la administración de una facultad "implícita" de control constitucional difuso, podría llevar precisamente a la arbitrariedad o al favoritismo de intereses subalternos"

*"...Lo contrario sería permitir un quiebre en el ordenamiento jurídico del Estado. Imaginar que un funcionario administrativo cualquiera puede dejar de aplicar una ley que ha sido aprobada por el Congreso y promulgada por el Presidente de la República, porque en su individualidad interpretativa considera que es inconstitucional, (sin contar con los criterios de imparcialidad y competencia de un juez o del Tribunal Constitucional) sería en los términos expuestos algo impensable e inaceptable."*¹⁴

Consideramos que los dos argumentos citados no son obstáculos para la justificación e implementación del control difuso de constitucionalidad, pues son de solución simple. Ambos argumentos parten de premisas cínicas en las que el operador jurídico miembro de la

¹⁴ Pando Vélchez, Jorge M. **LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA NORMA INCONSTITUCIONAL: ¿CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA?** Disponible en línea: Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/\\$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf)> (Consulta: 3 de noviembre del 2020).

administración pública ignora por completo la teoría moderna liberal del derecho constitucional y que el mismo es particularmente susceptible a ser arbitrario y tomar posturas favoritistas de intereses subalternos. El primero se puede solucionar implementando un marco regulatorio del uso de la facultad de la autoridad administrativa (en qué casos se puede usar, citando alguna tesis aislada, etc.) y por otro lado ofrecer y contemplar como requisito una base educativa mínima sobre derecho constitucional al momento de la contratación para cargos que sean de índole propensa a la necesidad de aplicar dicha herramienta jurídica.

La segunda premisa es de contenido falaz, pues no existe evidencia histórica o empírica para llegar a la conclusión de que un miembro de la administración pública es más propenso que un juzgador de representar intereses subalternos. Es verdad que estos últimos, al ser necesariamente licenciados en derecho, tienen una preparación más completa en el ámbito jurídico, sin embargo, perseguir intereses subalternos y aplicar favoritismos es un tema de ética y moral, mismos que son ajenos al ámbito del derecho. Es decir, en este caso debe de operar el principio de buena fe y esperar, en primer lugar, que el aplicador del derecho lo haga adecuadamente. Además, la aplicación de un control difuso constitucional incorrecto por parte de un miembro de la administración pública no significa que dicha resolución no pueda ser combatida, es decir, no es absoluta ni final.

2. La publicación de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) *La interpretación de la Constitución en sede administrativa* también nos puede brindar posturas que puedan contrariar la viabilidad del tema explorado, en concreto, la siguiente frase contiene el argumento en contra:

"Creemos que la temática referida al control de constitucionalidad por la administración pública es un tema que invita a la reflexión y, que en una primera aproximación, nos convence de que lo correcto es otorgarle la facultad a la administración para que declare la inconstitucionalidad de las normas para poder proteger al administrado de violaciones a sus derechos fundamentales. Sin embargo, creo que esa visión puede ser solo un espejismo ya

que detrás de ello se esconde un mal mayor que es la violación del equilibrio entre los diversos poderes del Estado pues, de otro modo, a la gran prerrogativa que detenta la administración pública a partir del principio de ejecutoriedad le sumamos otra que es la última ratio del ordenamiento jurídico y las más delicada de las funciones en un Estado de Derecho, colocando al Poder Ejecutivo en una posición rayana a la suma del poder público que nuestros Constituyentes originarios quisieron evitar al incluir el art. 29 CN.”¹⁵

El argumento principal del artículo citado es que si bien la inconstitucionalidad de un acto administrativo definitivamente es un mal, el desequilibrio entre los diversos poderes del Estado es un mal mayor, por lo que hay que sacrificar el uso de un control difuso por el equilibrio de poderes.

A este argumento se le puede hacer una crítica importantísima. En primer lugar, el autor pierde de vista que el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad es un medio de control constitucional excepcional, es decir, por regla general habrá que acatarse a las leyes secundarias, pues la facultad de aplicar un control difuso no implica que los principios de presunción de constitucionalidad, legalidad y seguridad jurídica no deban de observarse. Además, como hemos venido señalando, es posible mitigar el riesgo implementando un marco regulatorio de esta facultad para de la autoridad administrativa. Por otro lado, el argumento también pasa por alto que el poder judicial seguiría teniendo el monopolio del medio de control constitucional concentrado conocido como amparo. Es decir, en el escenario de que el funcionario público que forme parte de la administración pública tenga la facultad de ejercer el control difuso, dicha resolución no sería la última instancia u opción de la persona a la que se le aplique el acto para que se revise la constitucionalidad de este. En otras palabras, el control difuso de constitucionalidad en dicho caso no representa una transición o fluctuación de poder del judicial al ejecutivo, pues en última instancia se podría acudir a medios de controles constitucionales que el poder judicial tendría que revisar.

¹⁵ Buteler, Alfonso. **La interpretación de la Constitución en sede administrativa**. Disponible en línea: Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000300169&script=sci_arttext#fn10>

Otra opción que se podría adoptar es el otorgamiento de la facultad de un control difuso de constitucionalidad condicionado para este tipo de autoridades. Dicha condiciones pueden ser; que exista jurisprudencia que justifique la inaplicación o que estemos en un supuesto de inconstitucionalidad manifiesta.

Ahora bien, entendemos que el concepto de inconstitucionalidad manifiesta puede ser de carácter subjetivo, por lo que proponemos la posibilidad de acotar el concepto a los supuestos de las penas previstas en el primer párrafo del artículo 22 constitucional, que establece lo siguiente:

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado....”

Con estas propuestas, la fluctuación de poder del legislativo al poder judicial y al poder ejecutivo sería menor que si propusiéramos una facultad de ejercer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad de forma completamente subjetiva o discrecional. El condicionamiento del control difuso acotaría los casos de aplicación a supuestos específicos. De igual manera, consideramos que el tema de fluctuación de poderes que se vería en este caso, al ponderarse con la protección de los derechos humanos de los gobernados, sería insuficiente para considerar inválida la propuesta.

3. Existen diversos criterios que pueden ayudar a construir el argumento de que el control difuso de constitucionalidad no se apega completamente al principio de legalidad, pues las autoridades administrativas no están expresamente facultadas para ejercerlo. Sin embargo, dicho argumento se basa únicamente en una formalidad y constituye una postura dogmática, es decir, no es un argumento que justifique materialmente la prohibición o no

aplicación del control difuso de constitucionalidad. Ahora bien, el hecho de que no estén facultadas las autoridades administrativas expresamente, definitivamente es un gran argumento para combatir un acto administrativo que lo aplique en un litigio, sin embargo, no es un argumento teórico que le de validez de fondo. Uno de los criterios encontrados es el siguiente:

“PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CARACTERÍSTICAS DE SU DOBLE FUNCIONALIDAD TRATÁNDOSE DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DIVERSO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL JURISDICCIONAL.

Del artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierten los requisitos de mandamiento escrito, autoridad competente y fundamentación y motivación, como garantías instrumentales que, a su vez, revelan la adopción en el régimen jurídico nacional del principio de legalidad, como una garantía del derecho humano a la seguridad jurídica, acorde al cual las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo que expresamente les facultan las leyes, en el entendido de que éstas, a su vez, constituyen la manifestación de la voluntad general. Bajo esa premisa, el principio mencionado tiene una doble funcionalidad, particularmente tratándose del acto administrativo, pues, por un lado, impone un régimen de facultades expresas en el que todo acto de autoridad que no represente el ejercicio de una facultad expresamente conferida en la ley a quien lo emite, se considerará arbitrario y, por ello, contrario al derecho a la seguridad jurídica, lo que legitima a las personas para cuestionar la validez de un acto desajustado a las leyes, pero, por otro, bajo la adopción del mismo principio como base de todo el ordenamiento, se genera la presunción de que toda actuación de la autoridad deriva del ejercicio de una facultad que la ley le confiere, en tanto no se demuestre lo contrario, presunción de legalidad ampliamente reconocida tanto en la doctrina como en la legislación nacional. Así, el principio de legalidad, apreciado en su mayor amplitud, da cabida al diverso de interdicción de la arbitrariedad, pero también conlleva que éste opere a través de un control jurisdiccional, lo que da como resultado que no basta que el gobernado considere que determinado acto carece de fundamentación y motivación para que lo estime no obligatorio ni vinculante o lo señale como fuente de un derecho incontrovertible a una sentencia que lo anule, sino que, en todo caso, está a su cargo recurrir a los órganos de control a hacer valer la asumida ausencia o insuficiencia de fundamento legal y motivación dentro de dicho procedimiento y, a su vez, corresponderá a la autoridad demostrar que el acto cuestionado encuentra sustento en una facultad prevista por la norma, so pena de que sea declarado contrario al derecho a la seguridad jurídica, lo que revela que los procedimientos de control jurisdiccional, constituyen la última garantía de verificación del

respeto al derecho a la seguridad jurídica, cuyas reglas deben ser conducentes y congruentes con ese propósito.

*SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL CUARTO CIRCUITO*¹⁶

Por otro lado, y siguiendo lo sostenido por la doctora Karla Pérez Portilla, el principio de legalidad no implica que las autoridades deberán acatar ciegamente las disposiciones y leyes, si no que debe de hacerlo cuando estas sean conforme al fondo y a las formas que establece la Constitución. Lo anterior significa que la aplicación del principio de legalidad no se limita solamente a aspectos formales, si no también opera en cuanto al contenido de fondo de la ley suprema. El anterior argumento es una crítica directa a la postura formalista que se maneja en presente punto.

¹⁶ **PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CARACTERÍSTICAS DE SU DOBLE FUNCIONALIDAD TRATÁNDOSE DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DIVERSO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL JURISDICCIONAL.** Tesis aislada. Queja. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. Tesis: IV.2o.A.51 K (10a.) (GSJF: Décima época, TIII, febrero de 2014, pg. 2239). Disponible en línea: IUS [27](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apendice=1000000000000&Expresion=PRINCIPIO%2520DE%2520LEGALIDAD%2520CARACTER%25C3%258DSTICAS%2520DE%2520SU%2520DOBLE%2520FUNCIONALIDAD%2520TRAT%25C3%258DNOSE%2520DEL%2520ACTO%2520ADMINISTRATIVO%2520Y%2520SU%2520RELACI%25C3%2593N%2520CON%2520EL%2520DIVERSO%2520DE%2520INTERDICCION%25C3%2593N%2520DE%2520LA%2520ARBITRARIEDAD%2520Y%2520EL%2520CONTROL%2520JURISDICCIONAL.&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2005766&Hit=1&IDs=2005766&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema= Registro 2005766 (Consulta: 11 de noviembre del 2020).</p></div><div data-bbox=)

VI. Argumentos a favor

1. En la obra del jurista G. Doménech Pascual. *La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales* se manejan una multiplicidad de argumentos que nos permite desarrollar tanto los argumentos a favor, así como la propuesta en concreto para implementar la facultad del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad que pueden llegar a tener las autoridades administrativas no jurisdiccionales.

Cabe mencionar que el contexto en el que se publicó dicho artículo es distinto al de la España actual, toda vez que actualmente se prevé la posibilidad de que las autoridades administrativas eleven cuestiones de constitucionalidad a autoridades judiciales especializadas para ello, antes de la aplicación de la norma secundaria por parte de la autoridad administrativa.

El autor, en un contexto de circulares ordenadas por un superior jerárquico que forma parte de la administración pública a un dependiente, menciona lo siguiente:

“En cualquier caso, dichas circulares, aunque puedan ser calificadas como normas jurídicas y tengan carácter vinculante (132), no alteran la competencia para inaplicar las normas inválidas atribuida al correspondiente órgano administrativo. Se trata de órdenes dirigidas a la persona física titular de dicho órgano para que ejerza su competencia —decidir incidentalmente sobre la invalidez de una norma— en un determinado sentido (133), pero este órgano no deja por ello de ser competente al respecto. Por consiguiente, el acto dictado con infracción de una circular que imponía la aplicación de una norma que luego resulta ser inválida no padece por esta causa un vicio de incompetencia...”¹⁷

El anterior punto justifica el control difuso de un órgano que forma parte de la administración pública desde un punto de vista competencial, pues se maneja que inaplicar una norma inválida aún cuando sea contrario a una circular emitida por un órgano o

¹⁷ G. Domenech, Pascual. **La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales**. Disponible en línea: Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 155, 2001, págs. 59-106. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17537>> (Consulta: 5 de noviembre del 2020).

funcionario de jerarquía superior no está fuera de la competencia de una autoridad administrativa. En todo caso, dicha circular es una orden que exige el ejercicio de la competencia del titular del órgano subordinado, pero la misma no puede alterar la competencia y la poca autonomía que tiene el subordinado. En otras palabras, el titular del órgano dependiente puede ser sancionado por violar el principio de obediencia, sin embargo el acto en sí no resulta viciado de incompetencia pues es la única manera que el titular pudiera cumplir con su deber a observar la constitución. Lo anterior va en línea con lo explicado por el jurista Domenech en la siguiente cita:

*"A nuestro juicio, el que los órganos administrativos no estén facultados para elevar una cuestión de inconstitucionalidad lo único que implica es, sencillamente, que la única posibilidad que les queda para hacer prevalecer la norma jurídica suprema de nuestro ordenamiento sobre las leyes que la contravengan es, obviamente, inaplicarlas por su propia autoridad. El que la Administración carezca de la facultad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad significa que no puede descargar sobre otro sujeto la responsabilidad de hacer prevalecer la Constitución sobre las normas contrarias a ésta."*¹⁸

Fundamentalmente, lo que maneja el autor es que los funcionarios de la administración pública necesariamente deben tener una herramienta jurídica o una alternativa para hacer que la Constitución se observe. El autor hace referencia a que ante la imposibilidad de elevar una cuestión constitucional a una autoridad judicial constitucional, la única manera de observar la Constitución sería ante una inaplicación.

Lo anterior puede surgir, en nuestro caso en concreto, de una interpretación apagógica y teleológica del artículo 128 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"Artículo 128. Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen."

¹⁸ Idem.

Este artículo tiene implícito el deber de todos los funcionarios públicos a salvaguardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. Debemos de tomar en consideración que el artículo no prevé una excepción a esta disposición, por lo que, en teoría, inclusive los funcionarios públicos dependientes y subordinados de la administración deben de rendir la protesta a guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. La disposición tiene dos aspectos fundamentales que debemos de mencionar. El primero de ellos es el aspecto del acto formal que deben de llevar a cabo, es decir, de literalmente tomar la protesta antes de tomar posesión de su cargo. El segundo de ellos es el aspecto de fondo, pues si bien el artículo establece la condición de la materialización del acto para poder ejercer un cargo público, también lleva implícito el deber de todos los funcionarios públicos a guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen en el ejercicio de su cargo. Si nosotros adoptáramos la postura de que los miembros de la administración pública no pudieran inaplicar una norma secundaria que es inconstitucional, llegaríamos al absurdo de que el precepto citado no tiene sentido alguno o es de imposible observación, pues establece el deber de guardar la Constitución, pero no existirían los medios para que un funcionario de la administración pública guarde la Constitución en una situación en la que la norma aplicable sea inconstitucional. Es decir, la única interpretación que no nos arroja a la absurdidad es que dicho precepto funciona como fundamento para el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en dichos casos.

El control difuso de constitucionalidad sería la única manera de que un funcionario público que no tiene facultades de hacer declaraciones de inconstitucionalidad pueda apegarse a la constitución cuando la norma aplicable es inconstitucional.

Por último, el autor que venimos mencionando explica que existe un argumento en contra ya que, en España, en la fecha de la publicación de su trabajo (2001), no existía una facultad expresa para ejercer un control difuso por parte de las autoridades judiciales (no constitucionales), mismas que tienen una facultad de interpretación jurídica amplia, por lo que en una interpretación analógica y a mayoría de razón, se concluye que la administración

pública no tiene dicha facultad de control difuso. El autor, para desvirtuar el razonamiento antes mencionado, establece lo siguiente:

“Como establece el artículo 4.º del Código Civil, la aplicación analógica de una norma sólo procede cuando ésta no contempla un supuesto específico (en este caso, la inaplicación administrativa de una ley inconstitucional) pero regula uno semejante (su inaplicación jurisdiccional) entre los que se aprecia identidad de razón. Pues bien, no existe identidad de razón entre la inaplicación de una ley efectuada por la Administración y la llevada a cabo por órganos jurisdiccionales. De un lado, porque los órganos administrativos, al contrario que los judiciales, no tienen la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad que les permita, una vez estimada la misma, inaplicar la ley cuestionada al caso sometido a su juicio. De otro lado, porque las equivocaciones de la Administración cometidas al inaplicar una ley que, en verdad, era válida siempre pueden ser corregidas posteriormente por Juzgados y Tribunales, que tienen la última palabra al respecto. En cambio, las sentencias firmes gozan del valor de la cosa juzgada, son en principio inmodificables. Por todo ello, la inaplicación jurisdiccional de una ley reviste mucha mayor trascendencia y gravedad que su inaplicación administrativa”¹⁹

Este argumento se basa en diferenciar la trascendencia y gravedad que enviste el control difuso de constitucionalidad que pudiera aplicar por las autoridades administrativas y el de los órganos jurisdiccionales y judiciales. La diferencia consiste en que las resoluciones emitidas por los órganos de la administración pública pueden ser corregidos posteriormente por autoridades judiciales, por lo que las autoridades judiciales tienen la última palabra en temas de constitucionalidad. Es decir, es evidente que no se trata de facultades comparables, pues el control difuso de constitucionalidad ejercido por las autoridades jurisdiccionales es de mucho mayor trascendencia.

La gran diferencia entre el caso de México y el de España en la fecha de la publicación del artículo que actualmente analizamos, es que actualmente en México existen criterios judiciales que reconocen la facultad a los órganos judiciales ajenos a la materia constitucional para realizar un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Anteriormente, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad por las autoridades

¹⁹ Idem.

judiciales estaba prohibido en México mediante jurisprudencia. Sin embargo, a raíz del delo resuelto en el expediente icónico 912/2010 de Rosendo Radilla Pacheco, que versó sobre temas de suma trascendencia en materia de derechos humanos, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la solicitud de modificación de las jurisprudencias que contenían las prohibiciones, dejándolas sin efectos. Tomando eso en consideración, el Pleno de la Suprema Corte emitió la siguiente tesis aislada a raíz del expediente 912/2010:

“SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.”²⁰

²⁰ **SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.** Jurisprudencia. Amparo en revisión. Primera Sala. Clave: 1a./J. 139/2012 (10a.) (SJFG: Décima época, T XVI, enero de 2013, pg. 437). Disponible en línea: [32](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetailGeneraV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8f8fcd&Apendice=1000000000000&Expresion=seGURIDAD%25C2%25A0JUR%25C3%258DDICA%25C2%25A0EN%2520MATERIA%2520TRIBUTARIA.%2520EN%2520QU%25C3%2589%25C2%25A0CONSISTE.&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=6&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2002649&Hit=2&IDs=2003756,2002649,160282,178498,179849,181955&tipoTesis=&Semana=0&tabla=&Referencia=&Tema= Registro 2002649. (Consulta: 8 de octubre del 2020).</p>
</div>
<div data-bbox=)

Lo anterior nos permite concluir que en México sí está permitido el control difuso de constitucionalidad por parte de las autoridades judiciales. En el entendido de que las resoluciones judiciales son de mayor gravedad, por poder llegar a tener el carácter de cosa juzgada, es que sostenemos que a mayoría de razón las autoridades administrativas deben de poder realizar el control difuso de constitucionalidad, pues las resoluciones por parte de la administración no son definitivas y revisten menos trascendencia que las de las autoridades judiciales.

2. En “*La interpretación de la Constitución en sede administrativa*” del doctor Alfonso Buteler de la Universidad de Cordova, se hacen dos propuestas o conclusiones que nos ayudará con la solución a nuestro problema. En una de ellas, el autor maneja que es una buena práctica que las autoridades administrativas apliquen criterios judiciales firmes ya existentes para la inaplicación de una norma inconstitucional. Esto consiste una forma de control difuso de constitucionalidad limitado, que es exactamente lo que se busca en la propuesta de la presente investigación. Por otro lado, también maneja que, en caso de normas manifiestamente inconstitucionales, la autoridad administrativa indudablemente debe inaplicar la norma. Las citas en concreto son las siguientes:

*"Constituye una buena práctica que la administración pública inaplique normas generales en seguimiento de los lineamientos jurisprudenciales ya sea de los máximos tribunales de provincia como de la Corte Suprema, siempre que se trate de decisiones que se hallen firmes y consentidas."*²¹

El anterior planteamiento cobra especial relevancia para nuestra investigación, pues explora un aspecto importante del control difuso de constitucionalidad, siendo este que es posible que se implemente regulación del control difuso y limitarlo en ciertos aspectos. Es importante mencionar que, en la práctica, cuando existe jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades que forman parte de la administración pública que tienen órganos dependientes suelen emitir circulares para que los dependientes apliquen la jurisprudencia al momento de enfrentarse con determinada situación. Sin embargo, consideramos que cuando exista esta situación, los órganos de la administración pública deben de aplicar las jurisprudencias aún y cuando todavía no se hayan emitido las circulares. Lo anterior debido a que el titular del órgano subordinado tiene dos opciones: la primera de ellas es aplicar la norma inconstitucional, a sabiendas de que existe jurisprudencia en un sentido contrario y la segunda siendo la inaplicación de la norma y aplicación de la jurisprudencia que determina la inconstitucionalidad de aquella. Es de nuestra opinión que la

²¹ Ob cit. Buteler, Alfonso.

segunda opción mencionada se encuentra totalmente justificada por el deber que tiene todo servidor público a salvaguardar en primer lugar la Constitución.

El autor maneja que existe una *“diferencia entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por la administración y la abstención de aplicar una ley repugnante a la Carta Magna lo cual si estaría permitido a los fines de garantizar la supremacía constitucional.”*¹⁵ Además, de lo contrario se le estaría obligando al poder ejecutivo a emitir actos ilegítimos que evidentemente contrarían el contenido de la Constitución. Un ejemplo de una norma repugnante a la Carta Magna en México pudiera ser que, en un caso hipotético, una ley contemple una pena de las contempladas en el artículo 22 de la Constitución mexicana:

“Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.”

En dicho caso el titular del órgano o el empleado público que forma parte de la administración pública competente para efectuar la pena debe realizar un simple análisis y abstenerse a acatar la norma que contraría de forma flagrante la Constitución, siendo eso, en el fondo, un control difuso de constitucionalidad ejercido por la administración pública. La alternativa sería, acatar la norma secundaria y resultar en una violación gravísima a los derechos humanos de la persona sujeta a dicha pena.

Lo que se ha manejado en el presente punto y la posibilidad de una autoridad administrativa de ejercer el control difuso no implica que no se deben observar los principios de seguridad jurídica y de legalidad, si no que se han de interpretar en una perspectiva que toma en cuenta la supremacía constitucional y los derechos humanos del sujeto potencialmente afectado.

3. Por otra parte, un argumento a favor de la implementación de un control difuso de constitucionalidad limitado para los funcionarios y empleados públicos de la administración pública es de índole económica. Hay una cantidad considerable de asuntos en los que no debería existir la necesidad de judicializar (en sentido amplio, pues también se implican autoridades jurisdiccionales que no forman parte del poder judicial). Un funcionario o empleado público, al aplicar un control difuso de constitucionalidad correctamente puede evitar un procedimiento contencioso innecesario, en el que se usarán recursos públicos y tiempo de autoridades jurisdiccionales. En otras palabras, el control difuso de constitucionalidad es una herramienta de bajo costo que pudiera permitir que se disminuya la carga laboral de las autoridades jurisdiccionales, para que estas puedan operar de manera más eficiente y sobre asuntos cuya intervención judicial o jurisdiccional es realmente necesaria.

4. Por último, otro argumento a favor de la implementación de la facultad control difuso de constitucionalidad y convencionalidad por parte de las autoridades administrativas es que el estado mexicano participa en una multiplicidad de tratados internacionales en las que ha asumido la obligación de respetar, promover y garantizar los derechos humanos, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo anterior implica la obligación de realizar los cambios estructurales estatales necesarios, incluyendo aquellos que pretendan rediseñar los roles de ciertos órganos de la administración pública, toda vez que las autoridades administrativas también se encuentran obligadas a proteger la integridad y la aplicación del orden jurídico constitucional y convencional. Lo anterior es acorde al principio *pacta sunt servanda* por lo que sería injustificado incumplir con lo pactado, además de ser contrario a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que establece lo siguiente:

“Observancia de los tratados.

26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

VII. El rol del artículo primero constitucional

El estado mexicano, entendido como el ente público que nos gobierna y ejerce *imperium* sobre los ciudadanos, tiene una multiplicidad de obligaciones y deberes que debe de cumplir frente a los ciudadanos. Dichos deberes u obligaciones, vistos desde de un punto de vista del rol del estado y la forma de materializar el cumplimiento de estos, se pueden categorizar de la siguiente manera: Por un lado, tenemos aquellos que implican una conducta activa por parte del estado y por otro aquellos que implican una omisión por parte del estado.

Un ejemplo de un deber del estado que necesariamente requiere una conducta activa por parte del estado es la contraprestación esperada del derecho subjetivo a la salud que tienen todas las personas en el territorio. El deber implica que el estado debe de proveer los mecanismos y la atención médica necesaria para garantizar el derecho a la salud adecuadamente. Ejemplos del intento del cumplimiento de dicho deber son la creación de el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Seguro Popular. Un ejemplo de un deber de omisión por parte del estado es aquel que debe de cumplir para respetar el derecho humano a la libertad, pues el estado está obligado a abstenerse de privar de la libertad a las personas que no hayan sido acusadas o no se les haya dado la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia.

Sin embargo, no siempre es claro o fácil de categorizar el tipo de deber u obligación que tiene el estado frente a sus ciudadanos y, en ocasiones, resulta complicado definir concretamente el rol de nuestros gobernantes para la observación de los derechos humanos.

El artículo primero constitucional establece lo siguiente:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Párrafo reformado DOF 10-06-2011

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Párrafo adicionado DOF 10-06-2011 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. Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Cabe destacar la siguiente frase del anterior artículo: “...*En consecuencia, el Estado deberá **prevenir**, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...*”

Dicha frase establece una serie de obligaciones que tiene el estado mexicano frente a los gobernados. De acuerdo con lo manejado en el inicio del presente capítulo, todas las obligaciones del estado que son enlistadas en la frase citada pertenecen a la categoría de obligaciones activas del estado, pues necesariamente se requiere una conducta por parte de este para su debido cumplimiento.

La obligación en específico que guarda una relación íntima con el control difuso de constitucionalidad es la de prevenir las violaciones a los derechos humanos. Dicha obligación implica que todos los poderes del estado deben de trabajar para evitar la violación de derechos humanos. En su libro *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía*

conceptual, el investigador mexicano Pedro Salazar Ugarte habla sobre los diferentes niveles del deber de prevención de la violación de derechos humanos por parte del estado, en específico, establece lo siguiente:

“El deber de prevención engloba tres niveles. El primero es una obligación de prevención en general, que supone que las autoridades deben asegurar las condiciones que inhiban las conductas violatorias de los derechos humanos. El segundo nivel se traduce en una obligación reforzada de prevención cuando existe un contexto de discriminación o de riesgo estructural hacia un grupo de personas en situación de vulnerabilidad. En este supuesto, las autoridades están obligadas a tomar medidas reforzadas para proteger el grupo que está en una situación de mayor vulnerabilidad (ya sea por alguna característica de su persona o por el lugar o el momento en el que se encuentra). El tercer nivel se verifica cuando una persona concreta enfrenta un riesgo especial. En ese caso también existe una obligación de prevención reforzada; por ejemplo, si un líder social o un periodista ha sido objeto de amenazas por la labor que realiza. Ante esta situación el Estado debe adoptar medidas de prevención especiales para proteger el derecho a la vida o la integridad física de ese sujeto. Así las cosas, el deber de prevenir se ubica dentro de la obligación genérica de proteger.”²²

Ahora bien, en conexión a lo que hemos venido manejando, la posibilidad de que un funcionario o empleado público pueda inaplicar una norma inconstitucional al momento de emitir un acto administrativo ofrece una alternativa atractiva para dar cumplimiento a la obligación que tiene el estado de prevenir la violación de derechos humanos. El cumplimiento del deber de la prevención del que habla Salazar Ugarte pudiera observarse de manera más eficiente si se implementa el control difuso de constitucionalidad para funcionarios y empleados de la administración pública. Permitir que los miembros de la administración manejen casuísticamente la inaplicación permitiría que se inhibieran las conductas violatorias a derechos humanos, pues existen ocasiones en las que exigir una legalidad rígida inevitablemente resulta en violaciones de derechos. Los ejemplos se han desarrollado con anterioridad y evitamos ser redundantes, sin embargo, es una realidad que

²² Instituto Belisario Domínguez. **Las Obligaciones del Estado**. 1 ed. México. UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM pg. 119. Disponible en línea: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3815/11.pdf> > (Consulta: 20 de enero del 2021).

el control difuso de constitucionalidad ayudaría al debido cumplimiento de prevenir violaciones de derechos humanos.

En cuanto al segundo nivel mencionado por Ugarte, el control difuso también pudiera ayudar a prevenir la violación de derechos humanos y en específico a no ser discriminado. La aplicación de una norma jurídica discriminatoria, en muchos casos, puede llegar a ser obvia y burda, sin embargo, también existen discriminaciones por normas generales que no son tan obvias al momento de su aplicación. Permitirle a un funcionario o empleado público inaplicar una norma por considerarla discriminatoria ayuda al estado a cumplir con su deber de prevención, pero además es conforme al principio *pro personae*, que también es contemplado en el segundo párrafo del artículo primero constitucional.

VIII. Precedentes relevantes

1. Caso de la Telefónica Sabinas S. A. de C. V

El caso de la Telefónica Sabinas resulta de importancia para el presente trabajo por el proyecto de sentencia del juicio de amparo propuesto por el ministro Gabino Fraga. El caso se resolvió por la Suprema Corte en la quinta época y aunque no se haya aceptado el proyecto propuesto por el ministro Fraga, las consideraciones que se incluyeron en el mismo siguen siendo relevantes y brillantes. Los hechos del caso fueron los siguientes:

“La Dirección General de Aduanas condenó a la empresa telefónica al pago de una multa por \$75,000 pesos, por derechos omitidos en la introducción de artefactos y útiles destinados a la concesión que tenía. La Dirección General de Aduanas calificó de contrabando esta importación, con fundamento en el artículo 182 de la Ley Aduanera.

La compañía Telefónica de Sabinas acudió a un juicio de oposición ante el Tribunal Fiscal de la Federación, en donde planteó la inconstitucionalidad del citado artículo 182, pero el Tribunal se declaró incompetente para conocer sobre la constitucionalidad de las leyes, en virtud de que los únicos que tenían facultad para ejercer control de constitucionalidad eran los juzgados de distrito y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.”²³

En su proyecto, el ministro Fraga consideró que las autoridades de todos los poderes y niveles tienen el deber de salvaguardar la Constitución en su actuación y explicó que el poder ejecutivo no solamente puede levantar aserciones acerca de la constitucionalidad de una norma al momento de ejercer el veto, sino que también puede hacerlo después de la entrada de vigor de la misma, pues de lo contrario el poder ejecutivo se convertiría en un

²³ Fraga, Gabino. **¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?** 1 ed. México. UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pg 399. Disponible en línea: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/escuela-nal-jurisprudencia/article/view/20530/18436>> (Consulta: 2 de febrero del 2021).

instrumento ciego de la voluntad del poder del legislativo. Es decir, el poder ejecutivo debe de justificar su actuar y abstenerse de aplicar normas que considera inconstitucionales.

El ministro también manejó, en su publicación (que versa sobre el caso de la empresa telefónica) del proyecto de sentencia del juicio de amparo encontrado en su obra **¿Pueden conocer de problemas de Constitucionalidad de Leyes autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?**, lo siguiente:

“...Los antecedentes históricos del juicio de amparo en México demuestran claramente que, por medio de este juicio, se trató de dar competencia al Poder Judicial federal para remediar los abusos de los demás, poderes, para obligarlos a respetar los derechos individuales y las normas fundamentales del régimen federal y para fijar el derecho público de la nación, estableciendo la interpretación suprema de la carta fundamental; pero la atribución de esas facultades (de control constitucional) pone en claro que el pensamiento de los autores de la Constitución fue el de que, siendo común a todas las autoridades del país la obligación de respetarla, debía de preverse el remedio adecuado para el caso en que tales autoridades faltaran a su obligación. Si la sentencia en este juicio es otorgando el amparo de la Justicia federal, tiene que fundarse en que la autoridad obró inconstitucionalmente y que, por lo tanto, obró indebidamente. Luego es indudable que, dada la naturaleza de la función judicial de la que antes se ha hablado, la controversia decidida pudo haberse evitado si la autoridad se ajusta a los mandatos de la Constitución. Si esto es así, ¿cómo se puede pensar que esa propia autoridad debe esperar que la justicia resuelva para respetar los preceptos constitucionales?”²⁴

Lo anterior va en consonancia con lo manejado por el suscrito en el capítulo de argumentos a favor de un control difuso de constitucionalidad aplicado por un miembro de la administración pública que ejerce facultades no jurisdiccionales, ya que resulta totalmente ilógico esperar que el poder ejecutivo, que cuenta con autonomía de los demás poderes, obre de manera inconstitucional de forma deliberada y acepte que el monopolio del control constitucional esté en manos del poder judicial. Es decir, todos los poderes tienen la obligación y el deber de que se observe lo contenido por la Constitución en su actuar y dentro de sus competencias.

²⁴ Idem. Pg 400.

En el proyecto, el ministro a su vez cita al abogado Emilio Rabasa, que considera lo siguiente:

“Ciertamente es que el Legislativo y el Ejecutivo también interpretan la Constitución, puesto que deben penetrar el sentido de sus disposiciones para laborar sobre ellas y sin excederse de sus atribuciones limitadas; pero la interpretan para su propia acción y no como el Judicial para hacer reglas de conducta común; y la interpretación que aquellos poderes adopten queda sometida al juicio de éste, que tiene ocasión y necesidad de calificarla en el ejercicio de su ministerio.” “En cuanto al equilibrio de los tres Poderes no resulta exclusivamente de la intervención Judicial, sino de la distribución de las facultades de todos y de un enlace entre ellos... el equilibrio del conjunto resulta principalmente de las funciones del Poder Judicial”²⁵

Lo anterior justifica el control difuso de constitucionalidad de un empleado público, por que dentro de sus atribuciones limitadas y su actuar administrativo, está el interpretar normas y aplicarlas y en su caso, inaplicarlas por considerarlas inconstitucionales.

Ahora bien, Fraga concluyó que el Poder Judicial tiene las siguientes facultades exclusivas según el 103 y 107 constitucional: 1. Decidir las controversias en los términos técnicos que fije la jurisprudencia. 2. Obligar a otra autoridad a respetar y cumplir sus mandatos constitucionales. 3. Fijar la interpretación definitiva no revisable de la Constitución.

Es importante destacar que la primera de las afirmaciones del párrafo anterior resulta anticuada pues en la actualidad existen diversos órganos que ejercen facultades materialmente jurisdiccionales que no forman parte del poder judicial. Sin embargo, las últimas dos afirmaciones son acorde a lo expuesto en la presente investigación en los argumentos a favor y por ende justifican un control difuso constitucional por parte de las autoridades de la administración pública. Fraga hace un excelente trabajo en distinguir el poder definitivo de la interpretación constitucional que tiene el poder judicial frente a la facultad de interpretación por parte de los otros poderes que en su momento pudiera ser recurrible.

²⁵ Idem. Pg. 401.

2. Caso Gelman vs. Uruguay (20 de marzo del 2013)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una sentencia de supervisión en fecha 20 de marzo del 2013, en la que se consideró que la totalidad de los poderes y las autoridades de un país, deben de aplicar el control de convencionalidad. En concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que:

“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 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.”²⁶

Ahora bien, en una interpretación teleológica de lo anterior, debemos de encontrar el supuesto mediante el cual lo anterior aplica para las autoridades administrativas, toda vez que se menciona que la totalidad de las autoridades están obligadas a ejercer un control de convencionalidad, por lo que es evidente que de alguna manera, la corte también se refiere a las autoridades administrativas. Si tomamos en consideración que la función primordial y la competencia fundamental de una autoridad administrativa es la aplicación de las normas, entonces el control de convencionalidad al que se refiere la Corte Interamericana de Derechos

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Ficha Técnica: Gelman vs. Uruguay**. 20 de marzo del 2013. Disponible en línea: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345#:~:text=Uruguay&text=Sumilla%3A,de%20Mar%C3%ADa%20Macarena%20Gelman%20Garc%C3%ADa.> (Consulta: 1 de abril del 2021).

Humanos necesariamente tiene que ser la inaplicación de esas normas cuando exista un choque entre el contenido de una norma secundaria y un tratado internacional.

IX. La necesidad de un aparato político burocrático especializado

En el desarrollo del presente trabajo se ha manejado la posibilidad de funcionarios que son miembros de la administración pública puedan utilizar el control difuso de constitucionalidad al momento de emitir actos de autoridad. Lo anterior implica un grado de complejidad que, en las manos incorrectas, pudiera llevar a injusticias y violaciones de derechos de los ciudadanos.

Tomando en cuenta lo anterior, resulta relevante discutir sobre un problema relacionado con el aparato político burocrático o administrativo mexicano. Entiéndase por el aparato político burocrático la totalidad de la administración pública que se encuentra subordinada al ejecutivo. Ahora bien, para poder dimensionar y resaltar adecuadamente el impacto del problema que discutiremos tendremos que hacer una distinción entre los conceptos de funcionario y empleado público.

Proponemos la definición propuesta por la Secretaría de la Contraloría General del Gobierno de la Ciudad de México para el concepto de funcionario público:

“Es un servidor del Estado, designado por disposición de la Ley, por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, para ocupar grados superiores de la estructura orgánica y para asumir funciones de representatividad, iniciativa, decisión y mando. Este concepto que se sustenta en el criterio orgánico de jerarquía y potestad pública que da origen al carácter de autoridad que reviste a los funcionarios públicos para distinguirlos de los demás empleados y personas que prestan sus servicios al Estado, bajo circunstancias opuestas, es decir, ejecutan ordenes de la superioridad y no tiene representatividad del órgano al que están adscritos.”²⁸

²⁸S.A. “*Naturaleza Jurídica del Servidor Público.*” Secretaría de la Contraloría General del Gobierno de la Ciudad de México, <http://www.contraloriadf.gob.mx/contraloria/cursos/MARCOJURIDICO/paginas/njsp.php#:~:text=EMPLEADO%20P%C3%9ABLICO,TRABAJADOR>. (Consulta: 23 de enero del 2021).

La anterior definición supone que los funcionarios públicos ostentan cargos de índole político, en los que la representación del órgano está en sus manos y que, por ende, cuando se trata de un funcionario de la administración pública, naturalmente debe de responder y alinearse a las inclinaciones políticas y a las ideologías del ejecutivo. Lo anterior debido a que, aquellos titulares de órganos de la administración pública también representan, en cierta medida, al ejecutivo y sus intereses en el mando de este.

Por otro lado, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales publicado por Manuel Ossorio considera que un empleado público consiste en un:

“Agente que presta servicios con carácter permanente, mediante remuneración, en la administración nacional, provincial o municipal. Se encuentra jerárquicamente dirigido por el funcionario público, por el agente de la administración nacional, provincial o municipal que tiene la representación del órgano al frente del cual se encuentra, con facultades de voluntad y de imperium, con el ejercicio de la potestad pública.”²⁹

La Secretaría de la Contraloría General del Gobierno de la Ciudad de México, considera que un empleado público es:

“Órgano personal de la actividad administrativa, afecto a un servicio público determinado, en cuya realización participa, con carácter permanente y profesional, mediante una retribución (sueldo).”³⁰

Por lo general, los empleados públicos fungen en cargos especializados y/o de carácter técnico, por lo que es deseable que tengan carreras permanentes, ya que de esa manera se logra una retención de talento y aumenta la confianza entre compañeros del mismo

²⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. 1ª edición. Guatemala. Datascan. Disponible en línea: https://campusacademica.rec.uba.ar/pluginfile.php?file=%2F613288%2Fmod_resource%2Fcontent%2F0%2FDiccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf (Consulta: 9 de febrero del 2021).

³⁰ Ob cit. *Naturaleza Jurídica del Servidor Público*.” Secretaría de la Contraloría General del Gobierno de la Ciudad de México,.

órgano. En otras palabras, los empleados públicos son auténticos burócratas subordinados que laboran en la prestación de un servicio público determinado.

Ahora bien, las cualidades y características que se buscan en un funcionario público son muy diferentes a aquellas que se buscan en un empleado público. Como consecuencia de la naturaleza de su cargo, un ejecutivo que quiera nombrar a un funcionario público de su gobierno típicamente tomara en cuenta si comparten la misma ideología, si confía en determinada persona, las capacidades de gestión y liderazgo de este, etc. Es importante mencionar que un funcionario público también debe de conocer aspectos técnicos del órgano que está a su cargo, sin embargo, su labor no es tan específico como la de un empleado público.

Por otro lado, las cualidades más importantes de un empleado público deberían de ser relacionadas a su grado de especialización, preparación técnica y capacidad de prestar el servicio público. Lo anterior no implica que no se deben de tomar en cuenta otras cualidades a la hora de la contratación de un empleado público, si no que las mencionadas deben de tener un mayor peso debido a la naturaleza del cargo y su grado de especialización.

Habiendo identificado la anterior distinción, podemos ahora abordar el problema que nos ocupa en el presente capítulo. El problema consiste en una alta rotación de los empleados públicos que forman parte de la administración pública como consecuencia de favoritismos y nepotismo. Es completamente normal e inclusive natural que se de una rotación de los funcionarios públicos que ocupan un cargo de la administración, pues sus cualidades no siempre se alinearán con lo deseado por el ejecutivo que está al mando del gobierno en determinado momento. Sin embargo, lo que ocasiona un problema es que con el cambio de ejecutivos también venga un cambio de los empleados públicos que laboran para prestar un servicio público. Esto ocasiona, además de costos considerables en la capacitación del personal y crear un desincentivo para considerar seriamente una carrera larga de burócrata, que el personal (empleados) de los órganos encargados de prestar servicios públicos presten

servicios de forma deficiente por su falta de experiencia y que en muchas ocasiones estos cometan errores que perjudican a los ciudadanos.

Los empleados públicos deben de funcionar como una herramienta objetiva e imparcial para prestar los servicios públicos o el trabajo técnico de la manera que dicte la política pública adoptada por las personas encargadas del aspecto político de la administración pública, por lo que debemos buscar que dichos empleados estén debidamente capacitados, tengan experiencia y consideren carreras largas dentro de la administración pública, sin temer que la entrada de poder de un nuevo partido político signifique de forma definitiva o probable su despido.

La relación entre el problema anteriormente descrito y el tema de la presente investigación es simple; el control difuso de constitucionalidad es una herramienta con un nivel de complejidad que requiere necesariamente que los empleados y los funcionarios públicos que lo realicen estén debidamente capacitados para hacerlo y conozcan los detalles y las aristas de su trabajo.

En otras palabras, para lograr una efectiva implementación del control difuso de constitucionalidad en el sentido que se ha venido manejando, se requiere reestructurar la cultura de rotación de los empleados públicos y combatir el nepotismo en México, pues esto genera deficiencias en el funcionamiento de la administración pública que pueden representar un riesgo para la implementación del control difuso de constitucionalidad.

También debemos de implementar mecanismos y requisitos al momento de la contratación de un empleado público que otorguen importancia a los conocimientos jurídicos de las personas que buscan un cargo público. Es importante reconocer que existen cargos que implican un mayor grado de conocimiento jurídico que otros y, además, hay cargos en los que la labor que se lleva a cabo por el empleado o el funcionario público tienen una mayor incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos que otros. Lo anterior implica que la importancia que se le debe de dar a los conocimientos jurídicos de los aspirantes a ostentar

cargo como funcionario o empleado público debe ser acorde con el nivel de conocimiento jurídico requerido y el nivel de incidencia o contacto en la esfera jurídica de los gobernados de la labor. No debemos de perder de vista que las personas que laboran en la administración pública y realizan la labor propia del poder ejecutivo, que consiste en la aplicación del derecho, son operadores jurídicos. El catedrático madrileño Gregorio Peces-Barba de la filosofía del derecho definió a los operadores jurídicos de la siguiente manera:

“Operador jurídico parece un genérico que identifica a todos los que, con una habitualidad profesional, se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos.”³¹

También es importante mencionar que los miembros de la administración pública también interpretan las normas. Un miembro de la administración pública primero interpreta la norma para saber como aplicarla. Tomando en cuenta eso, debemos de cambiar el enfoque que tenemos sobre la preparación de los operadores jurídicos de nuestro país, y en específico, aquellos cuya labor podría tener un impacto considerable en las personas del territorio mexicano. Tenemos que tomar en consideración el conocimiento jurídico de aquellos y, aunque no sostenemos que debe ser un requisito necesario haber cursado una licenciatura en derecho para trabajar en la administración pública (como los miembros del poder judicial), darle importancia a la preparación jurídica de todas las personas que vayan a interpretar y aplicar el derecho y sus normas jurídicas. No hay duda de que el ámbito jurídico se encuentra entrelazado en la labor medular de cualquier funcionario o empleado público.

No es el objetivo del presente trabajo proponer una reforma a la forma de capacitación, preparación y contratación de las personas que aspiran una carrera en la administración pública, pero sí debemos puntualizar que existe trabajo por hacer en dicho

³¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio. **Los operadores jurídicos**. Universidad Computense de Madrid. Pg. 447. Disponible en línea: Core. Ac <https://core.ac.uk/download/pdf/30043489.pdf> (Consulta: 2 de marzo del 2021).

ámbito. Aunado con lo anterior, debemos citar y analizar lo establecido por el artículo veintiuno de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal:

“Artículo 21: El aspirante a ingresar al Sistema deberá cumplir, además de lo que señale la convocatoria respectiva, los siguientes requisitos:

- 1. Ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos o extranjero cuya condición migratoria permita la función a desarrollar;*
- 2. No haber sido sentenciado con pena privativa de libertad por delito doloso;*
- 3. Tener aptitud para el desempeño de sus funciones en el servicio público;*
- 4. No pertenecer al estado eclesiástico, ni ser ministro de algún culto, y*
- 5. No estar inhabilitado para el servicio público ni encontrarse con algún otro impedimento l.*

No podrá existir discriminación por razón de género, edad, capacidades diferentes, condiciones de salud, religión, estado civil, origen étnico o condición social para la pertenencia al servicio.”

El requisito número 3 del artículo es el que nos importa para el presente capítulo. El legislador, al momento de redactar la norma, establece de forma general la necesidad de que la persona que aspire a ostentar un cargo público tenga la aptitud para desempeñar dichas funciones en el servicio público. Debemos comentar que la redacción del artículo es acertada, pues representa un principio de mérito y no discriminación, permitiendo que cualquier persona pueda ostentar el cargo, sin importar su condición social, edad, etc. Por otro lado, la redacción empleada es acertada por que evita rigorismos y formalidades excesivas para el desempeño de un cargo, pues estas en ocasiones pueden evitar que una persona que es apta para desempeñar una función no pueda hacerlo. Sin embargo, también existe la necesidad de que las personas encargadas de la contratación del aspirante tomen en cuenta correctamente las diferentes aptitudes que se deben de tomar en consideración para un cumplimiento correcto del artículo 21 de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal. Ahora bien, sabemos que siempre habrá un nivel de discrecionalidad por parte de la persona contratante, pues somos humanos y una norma tan ambigua y general siempre será de carácter subjetiva, pero esto no significa que no podamos mejorar.

X. Conclusiones

Los acontecimientos históricos tienen un rol fundamental en el desarrollo legislativo de un país. En ocasiones, se puede encontrar particularidades de los ordenamientos jurídicos y de los derechos internos que solamente tienen sentido cuando se ubican en un contexto histórico. Las exposiciones de motivos de las leyes cuentan la historia de cada legislación. Entre las razones que justifican las normas jurídicas por votarse en los órganos legislativos se pueden encontrar un desastre natural que afecta a millones de personas, un avance tecnológico que exige un rediseño normativo o una guerra que deja a millones de familias sin un miembro que aman. Dichos acontecimientos históricos le dan sentido al derecho y nos permiten ponernos en el lugar y los zapatos de los legisladores que no solamente votan por los proyectos, si no que también crean con su propia iniciativa las normas jurídicas que rigen a las personas.

El elemento humano que se encuentra en la creación de las leyes hace inevitable que se cometan errores, por lo que podemos concluir, con toda confianza, que no existe sistema normativo perfecto. Solamente nos quedamos con la aspiración de alcanzarlo, con el fervor de aquellas personas que se involucran y participan, que no les tiembla la mano para formar parte y se atreven a cometer errores.

Las guerras mundiales fueron eventos históricos sin precedentes. Nunca en la historia del humano había sucedido guerras de ese tipo, con tecnología avanzada y una participación de múltiples estados modernos, que en tan solo unos años trajo como consecuencia la muerte de millones de personas. Dichos tiempos tan caóticos fueron acompañados de abusos descarados y discursos políticos tan peligrosos, que aún perduran los rasgos de sus impactos. Siguen existiendo los grupos con ideologías antisemitas, siguen existiendo los discursos políticos dicotómicos y siguen existiendo los edificios bombardeados por la fuerza aérea del enemigo en todos los países involucrados en los conflictos.

No hay duda de que dichas guerras mundiales fueron un momento vergonzoso de la historia humana, que por siempre recordaremos como una época de odio. Sin embargo, dichos acontecimientos históricos también nos forzaron a hacer avances importantes en el desarrollo de los derechos humanos y nos dio la perfecta razón o justificación para crear ordenamientos normativos de índole internacional para proteger a los mismos.

Hoy en día, existen constituciones que reconocen los derechos humanos en todos los continentes del mundo. 193 estados forman parte de las naciones unidas, cuyo objetivo es mantener la paz, fomentar las relaciones de amistad internacionales y respetar los derechos humanos. Cada uno de ellos se ha comprometido, de una forma u otra, de prevenir, respetar, garantizar y proteger los derechos humanos.

En el primer capítulo del desarrollo de la presente investigación se hizo un breve análisis sobre los principios fundamentales que habría que comprender para tener un conocimiento abstracto suficiente. El primero de ellos consistió en el principio de seguridad jurídica, que nos permite dimensionar la importancia constitucional del derecho que tiene el gobernado de que la ley (en sentido amplio y estricto) se observará correctamente. El segundo de los principios que desarrollamos fue el principio de supremacía constitucional, que en pocas palabras consiste en que las normas constitucionales forman parte de la cúspide en la jerarquía legislativa, es decir, son las de mayor importancia y de ellas emanan todas las demás.

El tercer principio consistió en el principio de legalidad, mismo que destaca la importancia de los límites que tienen las autoridades y su obligación a atenerse a lo que le es permitido por la legislación vigente. Este principio resultó relevante pues tuvo un choque con lo propuesto en el presente trabajo y concluimos que el mismo puede llegar a relativizarse. Por último, desarrollamos el principio pro-persona, que establece la obligación de las autoridades de adoptar la interpretación normativa más favorable para el particular que se encuentra en un supuesto jurídico.

El presente trabajo nos permitió analizar a fondo y determinar cuales son los límites de la interpretación constitucional a los que se deben de atener los miembros de la administración pública que no forman parte de órganos con facultades jurisdiccionales y además, identificar que los mismos se encuentran facultados para realizar controles de constitucionalidad difuso dentro del ámbito de sus competencias. En otras palabras, ahora sabemos que una interpretación constitucional es un presupuesto necesario y un ejercicio esencial para poder aplicar las normas jurídicas correctamente, y que esto solamente tiene sentido si ellos se encuentran facultados para inaplicar una norma inconstitucional. Consideramos una buena práctica que antes de que se inaplique la norma, se sigan las interpretaciones conforme en sentido amplio y en sentido estricto, pues es importante respetar en la medida posible, el principio de presunción constitucional que tienen las normas jurídicas.

Además, el autor de la presente investigación ha logrado comprender la importancia que tiene la preparación de los operadores jurídicos que hacen funcionar el aparato burocrático de la administración pública, así como conocer los distintos tipos de los miembros de la administración pública y cuales son sus respectivos roles. Entre los hallazgos más importantes de la investigación, se encuentra la distinción técnica entre un funcionario y un empleado público, siendo el primero de carácter preponderantemente político y el segundo de carácter preponderantemente técnico.

Por otro lado, ante las circunstancias de la cultura jurídica de los miembros y titulares de la administración pública, se considera que la respuesta que atiende de forma más inmediata a la necesidad del respeto de los derechos humanos y que es acorde a las capacidades de los operadores jurídicos de nuestras administraciones públicas, es la posibilidad de ejercer un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad condicionado. Dicho ejercicio estaría supeditado a la existencia de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que apoye la inaplicación de la norma secundaria o en un caso de inconstitucionalidad manifiesta, entendiéndose por esto último una norma que contemple la aplicación de una pena prevista en el primer párrafo artículo 22 constitucional.

Debemos de reconocer que existieron múltiples obstáculos y limitantes para el desarrollo de la presente investigación. Entre ellos, encontrar información actualizada y ejemplos que versen sobre el tema, pues existe un campo amplísimo sin explorar relacionado al tema del control difuso de constitucionalidad por autoridades que no ejercen facultades jurisdiccionales.

Con el objetivo de concretar las ideas desarrolladas en la presente investigación, proponemos la siguiente reforma constitucional a los artículos 128 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Propuesta de reforma constitucional a los artículos 128 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	
TEXTO ACTUAL	TEXTO PROPUESTO
ARTÍCULO 128: Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.	ARTÍCULO 128: Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. Todo miembro de la administración pública tendrá el deber de salvaguardar la Constitución, debiendo de prevalecer siempre la interpretación conforme al presente ordenamiento.

ARTÍCULO 133: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.	ARTÍCULO 133: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas. Los miembros de la administración pública podrán, dentro del ámbito de su competencia, realizar un estudio de constitucionalidad para la aplicación de una norma secundaria, pudiendo decidir por la inaplicación de esta, siempre que se justifique plenamente la jurisprudencia

	dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o se trate de una norma manifiestamente inconstitucional, entendiéndose por estas últimas aquellas que prevén las penas contempladas en el artículo 22 del presente ordenamiento. La anterior inaplicación podrá ser revisada por los órganos judiciales competentes para ejercer el control concentrado de constitucionalidad.
--	---

Resulta de suma importancia implementar herramientas innovadoras y cambios estructurales en nuestros poderes para conseguir un progreso constitucional adecuado y la mayor protección posible de los derechos humanos. Es el deber de las personas familiarizadas con el derecho participar en dicho proceso, pues la inclusión de conceptos técnicos como el control difuso de constitucionalidad pueden resultar en mejoras y en una disminución de transgresiones de los derechos de las personas de un país.

De igual manera, debemos reiterar que resulta de suma importancia otorgarles las facultades necesarias a los poderes del Estado para funcionar de manera autónoma dentro del ámbito de sus competencias, sin estar sometido por otro poder. El control difuso de constitucionalidad ejercido por miembros de la administración pública sin facultades jurisdiccionales es una alternativa atractiva desde un enfoque de los derechos humanos y tomando en consideración el principio *pro persona* que rige nuestro derecho según el artículo primero constitucional.

El control difuso de constitucionalidad ejercido de dicha manera pudiera significar un ahorro considerable que ayudaría a solucionar la sobre judicialización de los temas jurídicos de nuestro país, además de proporcionar una opción a los miembros de la administración pública para salvaguardar los derechos de los gobernados antes de que se cometa una transgresión, que de lo contrario sería totalmente inevitable.

Por último, resulta fundamental mencionar que dicho control difuso ejercido por los miembros de la administración pública sin facultades jurisdiccionales no representa un riesgo desproporcionado, pues el poder judicial seguiría teniendo el monopolio del control de constitucionalidad concentrado en forma de juicio de amparo, por lo que no sería de carácter definitivo.

Habiendo dicho lo anterior, hay que reconocer que existe mucho progreso por abarcar en el tema de la preparación de los empleados públicos y del enfoque que le damos a las necesidades y el funcionamiento del aparato político burocrático.

BIBLIOGRAFÍA

A. DOCTRINA

Asociación Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. **El arraigo hecho en México: Violación a los derechos humanos.**

Organización Mundial Contra la Tortura. Octubre del 2012. Disponible en línea: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT/Shared%20Documents/MEX/INT_CAT_NGO_MEX_12965_S.pdf> (Consulta: 17 de abril del 2021).

Buteler, Alfonso. **La interpretación de la Constitución en sede administrativa.** Disponible en línea: Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000300169&script=sci_arttext#fn10>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Ficha Técnica: Gelman vs. Uruguay.** 20 de marzo del 2013. Disponible en línea: <https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345#:~:text=Uruguay&text=Sumilla%3A,de%20Mar%C3%ADa%20Macarena%20Gelman%20Garc%C3%ADa> (Consulta: 1 de abril del 2021).

Del Rosario-Rodríguez, Marcos Francisco. **La Supremacía Constitucional: Naturaleza y Alcances.** Disponible en línea: Universidad de la Sabana <<https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1950/2506>> (Consulta: 4 de octubre del 2020).

Fernández Fernández, Vicente. **El Juicio de Amparo en la Décima Época.** Primera edición. Porrúa, segunda edición. pg. 23.

Fraga, Gabino. **¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?** 1 ed. México. UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pg 399. Disponible en línea: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/escuela-nal-jurisprudencia/article/view/20530/18436>> (Consulta: 2 de febrero del 2021).

García Máynez, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho.** Primera edición. México, Porrúa, 1940, pg. 69.

G. Domenech, Pascual. **La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales**. Disponible en línea: Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N° 155, 2001, págs. 59-106. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17537>> (Consulta: 5 de noviembre del 2020).

Instituto Belisario Domínguez. **Las Obligaciones del Estado**. 1 ed. México. UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM pg. 119. Disponible en línea: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3815/11.pdf>> (Consulta: 20 de enero del 2021).

Islas Montes, Roberto. **Sobre el Principio de Legalidad**. Disponible en línea: Corte Interamericana de Derechos Humanos <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>> (Consulta: 1 de noviembre del 2020).

Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. 1ª edición. Guatemala. Datascan. Disponible en línea: https://campusacademica.rec.uba.ar/pluginfile.php?file=%2F613288%2Fmod_resource%2Fcontent%2F0%2FDiccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf (Consulta: 9 de febrero del 2021).

Pando Vilchez, Jorge M. **LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA NORMA INCONSTITUCIONAL: ¿CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA?** Disponible en línea: Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/\\$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/4515FE460BE47119052572FA006D32DD/$FILE/ctrl_legal_administrativo.pdf)> (Consulta: 3 de noviembre del 2020).

Peces-Barba Martínez, Gregorio. **Los operadores jurídicos**. Universidad Computense de Madrid. Pg. 447. Disponible en línea: Core. Ac <<https://core.ac.uk/download/pdf/30043489.pdf>> (Consulta: 2 de marzo del 2021).

Pérez Portilla, Karla. **Principio de igualdad: alcances y perspectivas**, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, iii-ii, p. 55.

Pinto, Mónica. Abregú, Martín. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. 1ra edición. Argentina. 1997. págs. 163-172. Disponible en línea: Dialnet <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=617891>> (Consulta: 10 de diciembre del 2020).

B. TESIS AISLADAS Y JURISPRUDENCIAS

520FUNCION

ALIDAD%2520TRAT%25C3%2581NDOSE%2520DEL%2520ACTO%2520AD
MINISTRATIVO

%2520Y%2520SU%2520RELACI%25C3%2593N%2520CON%2520EL%2520DI
VERSO%2520

DE%2520INTERDICC%25C3%2593N%2520DE%2520LA%2520ARBITRARIE
DAD%2520Y%

2520EL%2520CONTROL%2520JURISDICCIONAL.&Dominio=Rubro,Texto&T
A_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-
100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasS

eleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2005766&Hit=1&IDs=2005766&tipoTesis=&S
emanario=0&ta bla=&Referencia=&Tema= Registro 2005766 (Consulta: 11 de
noviembre del 2020).

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.

Jurisprudencia. Facultad de
atracción. Amparo en revisión. Primera Sala. Clave 1a./J. 107/2012 (10a.) (SJFG: 9ª
época, T II, pg. 799). Disponible en línea:

<<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2002000>> Registro 2002000. (Consulta: 2 de
enero del 2021).

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

Tesis
aislada. Varios. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (SJFG: T1,
diciembre del 2011, pg. 557). Disponible en línea: IUS

<<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/ DetalleGeneralV2.aspx?>

Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=SISTEMA%25
20DE%2520

CONTROL%2520CONSTITUCIONAL%2520EN%2520EL%2520ORDEN%2520
JUR%25C3%2

58DDICO%2520MEXICANO.&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Cla
se=DetalleTesisB L&NumTE=16&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-

100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,5

0,7&ID=160480&Hit=13&IDs=2016081,2007426,2005942,2005731,2005463,2002
561,2002487,

2002264,2001607,2001605,2001537,2001535,160480,166034,171806,189108&tipo
Tesis=&Se manario=0&tabla=&Referencia=&Tema=> Registro 160480. (Consulta:
29 de octubre del 2020).

SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.

Jurisprudencia. Amparo en revisión. Primera Sala. Clave: 1a./J.
139/2012 (10a.) (SJFG: Décima época, T XVI,
enero de 2013, pg. 437). Disponible en línea: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/>

