



UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

**División de Ciencias Sociales y Económico
Administrativas**

**TESIS
PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADA EN
DERECHO**

**“LA SEGURIDAD JURÍDICA EN MEXICO Y EL EJERCICIO
DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

UN ESTUDIO PARA DETERMINAR SU EFECTIVIDAD”

PRESENTA

JENNIFER SANTANA CASARÍN

DIRECTOR

MRO. JAVIER OMAR ESPAÑA NOVELO



Chetumal, Quintana Roo, noviembre de 2020





UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO
División de Ciencias Sociales y Económico Administrativas

Título de tesis

Presenta (nombre):

Tesis elaborada bajo la supervisión del comité del programa de Licenciatura y aprobada como requisito para obtener el grado de:

LICENCIADA EN DERECHO
COMITÉ DE TESIS

DIRECTOR: _____

M. C. Javier Omar España Novelo

ASESOR TITULAR: _____

Dra. Kinuyo Concepción Esparza Yamamoto

ASESOR TITULAR: _____

Dra. Ma. Eugenia García Contreras

ASESOR SUPLENTE: _____

M. D. Salvador Brizuela Estrada

ASESOR SUPLENTE: _____

M. D. Miriam Gamondi Celis



Chetumal, Quintana Roo, noviembre de 2020



Agradecimientos

A Dios gracias por permitirme concluir mis estudios universitarios y por las personas maravillosas que cruzó en mi camino. Empezando por mis padres que con amor y esmero me enseñaron a soñar y que sin escatimar en sacrificios, me dieron las herramientas necesarias para poder lograr mis metas, a mi hermano por motivarme a ser un buen ejemplo.

Con estima y aprecio, a todos los docentes que han sido parte de mi formación académica, especialmente a mi director de tesis que con tanta paciencia me ha guiado.

A los amigos que me han acompañado en el trayecto del aprendizaje, haciéndolo un viaje memorable.

Índice

Introducción	6
Capítulo I. Los principios generales del derecho como fundamento de la seguridad jurídica	
1. Antecedentes de la seguridad jurídica en México	8
Principios generales del derecho.	
1.1 Concepto	8
1.1.2 Antecedente histórico de los principios generales del derecho	12
1.2. Principios Generales del Derecho dentro de la legislación mexicana	16
1.2.1 Inclusión de los PGD en los primeros documentos legales en México	16
1.2.2 Jerarquía de los PGD en el marco normativo de México	19
1.3 Principios Generales del Derecho que forman directamente la seguridad jurídica.	23
1.3.1 Derechos principales que tutelan los principios generales del derecho.	23
1.3.2 La seguridad jurídica como principio general del derecho.	26
Capítulo II Antecedentes de la seguridad jurídica en México	
2. Concepto de seguridad jurídica en los primeros años del México independiente.	31
2.1 Contexto histórico	32
2.1.2 Reconocimiento positivo de la seguridad jurídica en la legislación mexicana	34
2.2 Evolución histórica de la seguridad jurídica en nuestro país.	35
2.2.1 La evolución de los derechos en México antes de la Constitución de 1917.	35
2.2.2 La evolución de los derechos en México después de la constitución de 1917.	41
2.3 Características del estado mexicano después de la instauración formal de la seguridad jurídica.	44
2.3.1 La seguridad en la Constitución y su relevancia legal.	44
2.3.2 Instrumentos desarrollados para garantizar la seguridad jurídica.	49
Capítulo III. Distinción de la seguridad jurídica con otros conceptos jurídicos.	
3. La seguridad jurídica como derecho humano y su importancia	51
3.1. Diferencia entre derechos fundamentales y garantías individuales y su relación con la reforma constitucional del 2011.	52
3.1.2 Principios rectores de los derechos humanos	55
3.1.3 Características de la seguridad jurídica como derecho humano	58
3.2 La seguridad jurídica y la dificultad para garantizarla.	62

3.2.1 Enfoque de los derechos humanos.	62
3.2.2 Globalización y su afectación a la seguridad jurídica.	67
3.2.3 La seguridad jurídica y su relación con la legalidad	74
3.3 La seguridad jurídica de acuerdo a la concepción internacional	83
3.3.1 La seguridad jurídica para el derecho francés.	85

Capítulo IV. Medios de consolidación de la seguridad jurídica.

4.1. El ejemplo de Teotihuacán.	101
4.2 La importancia del concepto	107
4.3 El fortalecimiento del derecho administrativo	109
4.4 Técnica legislativa	111
Conclusión	115
Propuesta	118

Introducción

Los Estados Unidos Mexicanos, o México como normalmente se refiere, es una república federal que comprende cerca de dos millones de kilómetros cuadrados de superficie continental, poblado por alrededor de ciento veinte millones de personas, todos y cada uno de ellos regidos por un Constitución Política promulgada y vigente desde 1917.

En los últimos años, la percepción de seguridad por parte de los mexicanos dentro del estado de derecho ha ido decreciendo, diversas encuestas han situado al país como uno de los más corruptos del mundo, y no sólo eso, también como uno de los más peligrosos. De este cúmulo de precariedades, surge la necesidad de preguntarnos ¿qué es lo que está haciendo falta para hacer frente a estas problemáticas?, ¿cuál es el común denominador en el andamiaje del estado mexicano? La respuesta: falta de seguridad, y no únicamente de seguridad pública, ya que la ausencia de seguridad jurídica en el país, es un problema aún mayor y por mucho más grave. La seguridad jurídica se debe encontrar en las bases de un estado de derecho, para servir metafóricamente de cimiento sólido a las estructuras gigantescas que debe sostener en una sociedad funcional y en constante crecimiento.

Conscientes de las dimensiones territoriales de México, de la diversidad cultural y demás variables que pueden dificultar el progreso de una nación, esta tesis propone regresar a los orígenes del derecho, analizar nuestra historia, aprender de los errores o aciertos de países extranjeros y especialmente retomar las teorías de grandes estudiosos del derecho para preponderar un concepto al que se le ha dado un rol secundario en nuestras leyes, un concepto cuyo espíritu ha sido peligrosamente acotado. El de la seguridad jurídica.

La Suprema Corte de Justicia de Nación señala que la seguridad jurídica se encuentra tutelada en la Carta Magna y la define como un derecho humano consistente en “que la persona tenga certeza sobre su situación ante las leyes, o la de su familia, posesiones o sus demás derechos” sin embargo lo limita a la protección de los individuos de las posibles intervenciones de la autoridad a su esfera jurídica. Luego entonces es en este punto donde se origina la necesidad de realizar la presente investigación: este derecho se está delimitando a un área de acción tan específica que tiende a ser poco efectiva.

Mantenemos la hipótesis de que para que el derecho humano a la seguridad jurídica del ciudadano pueda prevalecer, es necesario que este derecho sea contemplado explícitamente en la constitución y se conceptualice en las leyes para regular la conducta legal de la autoridad. Es decir, hace falta una revaloración de conceptos que permita a la seguridad jurídica cumplir realmente con su función

Es por eso que, siguiendo un modelo de investigación cualitativa, esta investigación tiene como objetivo encontrar los medios jurídicos efectivos para lograr que el término de “seguridad jurídica” pase de ser un concepto abstracto a ser un derecho humano salvaguardo por nuestras leyes, respetado por nuestras autoridades y gozado por los habitantes del territorio nacional.

Todo lo anterior, organizado y desarrollado en cuatro capítulos. El primero que retoma la importancia de identificar a los principios generales del derecho y como estos enriquecen a la seguridad jurídica, el segundo capítulo que regresa la mirada a nuestra historia para ilustrar sus primeras apariciones paulatinas dentro del marco jurídico nacional, el tercero que distingue a la seguridad jurídica de otros conceptos, los elementos que la integran y además ejemplifica el rol que desempeña en otros países, y finalmente el cuarto capítulo que enfatiza los medios necesarios para su consolidación.

Lo que esta investigación pretende sumar al estudio del derecho, es primordialmente retomar la gravedad de la importancia desmerecida de la seguridad jurídica en México y enfatizar de los beneficios que pudiera traer en un futuro al ser retomada e implementa dentro de la legislación mexicana.

CAPITULO I

Los principios generales del derecho como fundamento de la seguridad jurídica

1. Principios generales del derecho.

Los principios generales del derecho, son la base de cualquier estado de derecho, han servido de directrices a lo largo de la historia de varios países en el mundo, y su relación con la seguridad jurídica entonces es estrecha, por lo que resulta relevante retomar sus orígenes para explicar su importancia. Los principios generales del derecho pueden ser descritos como “reglas básicas cuyo contenido es general y abstracto” tal como menciona el doctor Marcelo Kohén en su artículo “General Principles of Law”¹. Este autor menciona que se trata de máximas del derecho que no se encuentran inscritas en las fuentes formales del derecho, independientemente del sistema jurídico propio de cada Estado.

Hoy en día el término que tratamos es reconocido jurídicamente en la impartición de justicia de manera tácita, lo cual deviene de un proceso histórico que estudiaremos a lo largo de este capítulo, pues es necesario retroceder a sus antecedentes para ser capaces de entender su evolución así como la manera en que estos principios se fueron incorporando dentro de nuestras fuentes del derecho y principalmente comprender de qué manera moldearon la seguridad jurídica que es el objeto de estudio de la presente tesis.

1.1 Concepto

Definir los principios generales del derecho es una labor a la que se han aventurado distintos autores, siempre influenciados por alguna corriente ideológica en particular, específicamente la visión positivista o la visión iusnaturalista. Sin embargo, antes de adentrarnos a ese tema, es conveniente estudiarlos desde una perspectiva más general, desglosando el significado de las tres palabras que lo componen.

De acuerdo con la Real Academia Española², se le pueden atribuir seis significados diferentes a la palabra “principio”, en primer lugar menciona su origen etimológico del latín *principiu*” que se forma de *primus* que significa el primero y *capere* que quiere decir

¹ Kohén, Marcelo, *General Principles of Law*, 2013, citado el 16 de febrero de 2017, <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0063.xml>

² Diccionario de la Real Academia Española, citado el 15 de febrero del 2017, <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UC5uxwk>

capturar, más el sufijo *-ium* que indica un efecto o resultado en los sustantivos³, como siguiente definición la Real Academia Española (RAE) nos dice que se considera “el primer instante de algo”, “punto primero en una extensión o en una cosa”, “la base[...] fundamental sobre al cual se procede discurrendo en cualquier manera”, la “causa”, origen de algo”, “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes” y finalmente “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”.

Por otro lado, la RAE indica que “general” viene del latín *generālis*, que es un adjetivo que significa: “Común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente”.

Finalmente, definir el derecho se vuelve más complejo. Kant nos dice que: “los juristas buscan todavía una definición para su concepto de derecho”, esta cita la explica el célebre jurista Eduardo García Máynez en su libro “Obras de Eduardo García Máynez” de forma sencilla y aclara que el motivo por el cual no se logra la aceptación de un mismo concepto de derecho entre los estudiosos del derecho es debido a que cada autor lo define partiendo desde un objeto diferente del conocimiento. El autor divide los conceptos de derecho en tres categorías: el derecho formalmente válido, derecho intrínsecamente válido y el derecho positivo. Máynez sostiene que estos tres conceptos son irreducibles entre sí, es decir que no pueden ser reducidos a uno solo porque no pertenecen al mismo género, lo cual no significa que sean excluyentes puesto que siempre guardan una relación uno con el otro.

Si estudiamos el derecho desde una perspectiva de “validez formal y vigencia” se dice que el derecho es “el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en un determinado país y en un momento dado el poder público declara obligatorias, por lo cual las aplica a los casos concretos de la experiencia jurídica”⁴, dicho de otra manera el derecho formal es específicamente aquel promulgado por las autoridades competentes dentro de un espacio y tiempo determinado. En el caso de nuestro país, en concreto, los requisitos de validez de la norma se encuentran contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los artículos 71, 72 y 133.

³Etimologías de Chile, citado el 15 de febrero 2017, <http://etimologias.dechile.net/?principio>

⁴ García Máynez, Eduardo, Obras de Eduardo García Máynez. filosofía del derecho. El problema de la definición del derecho, Editorial Colegio Nacional. México, 2012, Pp. 63-72

En el segundo concepto: el derecho positivo. Máynez hace énfasis en la distinción entre positividad y vigencia, distinción que resulta importante esclarecer para facilitar una mejor comprensión de la seguridad jurídica más adelante. Siendo entonces el derecho “positivo” cuando es cumplido por los destinatarios de la ley y aplicada por el gobierno, es decir, que el derecho positivo es eficaz; en ocasiones una ley formalmente válida no es positiva, mientras que una ley vigente es una ley válida dentro de un territorio y tiempo determinado que puede o no carecer de positividad.

Continuando con la tercera clasificación de derecho del autor está la noción de “validez objetiva o intrínseca”. La validez de este tipo no resulta de un ordenamiento jurídico en especial, sino que se trata de principios válidos por sí mismos, por el hecho de ser preceptos justos, por lo tanto, no se plantean desde un punto de vista formal. Concluyendo entonces con este punto, se percibe que es la unión de las tres vertientes anteriores (validez formal y vigencia, positiva e intrínsecamente válida) el ideal del derecho, tal como lo sugiere la teoría de los tres círculos. Un derecho “dotado de vigencia, intrínsecamente justo y además positivo”, este es el tipo de normas al que debe aspirar todo legislador.

Si reunimos entonces las definiciones anteriormente dadas de: principio, general y derecho respectivamente, podríamos concluir que se trata de: preceptos dotados de un valor intrínseco que constituyen verdades fundamentales que rigen el pensamiento y la conducta de todos los individuos de manera válida y positiva.

Sergio Azúa Reyes, en su libro “Los principios generales del derecho”, hace mención de algunos de los conceptos dados por los juristas sobre este tema, señalando que algunos autores coinciden en que se trata de principios correspondientes al derecho natural, o que simplemente son principios dictados por la razón y aceptados por el derecho. Asimismo, cita a Hoffman quien dice que se trata de una “invitación de la ley al juez para que cree el derecho”⁵ lo cual coincide con el pensamiento de que se trata de criterios que sirven de herramienta para resolver las lagunas legales, siendo el juez quien ejerciendo su poder discrecional decidirá el respecto. Sin embargo, para Azúa Reyes estas definiciones carecen de fundamento pues, todas son parte de una “intuición doctrinal” por lo que propone su definición desde dos enfoques concretos. El iusnaturalista y el positivista.

⁵*Ibidem*, Pp. 81-82

Desde la concepción iusnaturalista, estos principios son circunstanciales al hombre, “axiomas y verdades jurídicas universales, es decir algo con existencia propia y con tal independencia de la función legislativa”⁶, apoyados por la idea de que su sola eficacia los hace válidos sin necesidad de estar inscritos en un sistema jurídico, en contraste a esta definición otros autores, consideran que el derecho formal se deriva del natural, sin embargo para pasar de lo natural a lo válido necesitaron de un proceso legislativo, es decir que no basta con que estas bases orientadoras sean aplicadas sino que hace falta que sean reconocidas por la ley.

Los principios generales del derecho desde una perspectiva positivista no tienen como objetivo desvirtuar en sí la totalidad lo descrito en el párrafo anterior, sino que busca enfatizar en un aspecto diferente. Para los positivistas los principios generales del derecho se encuentran en la ley, pues pasan de ser enunciados filosóficos y metafísicos sin carácter coercitivo a normas jurídicas.” El buscar y el encontrar a estos principios generales a través del ordenamiento positivo viene a constituir una comprobación de su existencia y de su fuerza obligatoria”.⁷ Como evidencia de esto se puede citar un criterio de la Suprema Corte de Justicia que a la letra reza: “en los casos de omisión o deficiencia de la ley debe acudirse a los principios generales del derecho, debiendo entender por tales [...] a los principios consignados en algunas de nuestras leyes mexicanas que se hayan expedido no solo después del Código fundamental del país, sino también las anteriores”.⁸

La Suprema Corte de justicia por su parte los reconoce como:

“Verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosóficos jurídicos de generalización”⁹, “éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una Comunidad ».¹⁰

⁶ *Ibidem*, P. 83

⁷ *Ibidem*, P.87

⁸ Seminario Judicial de la Federación, t. XLIII, p.858, Tomo VIII, noviembre 1991, P.145

⁹ Tercera Sala. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV,1991 Pág. 2642.

¹⁰ Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo III, Segunda Parte-2, enero-junio de 1989, Pág. 573, citado el 10 de enero del 2017, <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/228/228881.pdf>

Habiendo examinado ambas posturas se confirma que sin importar la corriente desde la que se definan los Principios generales del derecho, no cambia su significación ni propósito dentro de un sistema jurídico.

1.1.2 Antecedente histórico de los principios generales del derecho

A lo largo del presente subcapítulo se señalarán los cambios que ha sufrido la concepción de los principios generales del derecho, y cómo a lo largo de la historia se les añadió o restó relevancia.

La idea de la existencia de unos principios generales del derecho surge en Grecia, de acuerdo con la opinión de ciertos autores como por ejemplo Rafael Sánchez Vázquez,¹¹ quien sostiene que dentro de la civilización griega surgieron las primeras inquietudes respecto a la variación de leyes entre región y región, por lo que se cuestionaron la existencia de alguna ley universal que guíe el sentido de la ley. Uno de los mayores exponentes de esta postura es Aristóteles, quien en su libro quinto de “Ética Nicomaquea” ya hacía la diferencia entre el orden natural y justicia legal voluntaria, remarcando que lo justo natural es aquello intrínsecamente válido sin necesidad del reconocimiento del hombre mientras que lo legítimo es válido gracias al cumplimiento de los requisitos formales de un estado.

Sin embargo, la aplicación de lo anterior puede observarse fehacientemente en Roma. El término exacto de Principios generales del derecho no existía formalmente, mas su aplicación si era un hecho.

Tal como lo ilustra Azúa T. Reyes, los principios podían estar escritos o no, y aun así desempeñar un papel supletorio:

“La ley 13, párrafo VII del título I, libro 27 del Digesto, acepta que a falta de la ley expresa podrá resolverse de acuerdo con la *naturaliustitia*”¹².

Sin perder de vista que *naturaliustitia* viene de *Iusnaturaleest, quod:*

¹¹Sánchez Vázquez, Rafael. La libertad e igualdad jurídica como principios generales del derecho. México, Editorial Porrúa, 1995. P. 7

¹²Azúa Reyes, Sergio. Los principios generales del derecho. Principios generales del derecho en la historia, México, Editorial Porrúa, 2007, P. 2

“Que en español significa: *Iusnaturale* es el que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues tal derecho no es privativo del género humano, sino común a todos los animales que nacen en la tierra, en el mar, y también a las aves. de aquí proviene la unión del macho y la hembra, que nosotros llamamos matrimonio; la procreación de hijos, su educación, puesto que vemos también a todos los demás animales, incluso a las fieras, contados en el número de los que tienen conocimiento de este derecho¹³ ».

Esta sencilla mención dentro del Digesto es más profunda de lo que puede parecer, pues reconoce en primer lugar que aún dentro de su avanzado sistema jurídico, existían lagunas legales que no solo podían ser saneadas por el juzgador, sino que era su obligación ejercer su poder discrecional para garantizar justicia y certeza al gobernado, mas esta potestad estaba limitada por una concepción naturalista de los “principios generales del derecho”. Es por eso que a pesar de que dicho término no fuera reconocido legalmente en aquel tiempo, se aplicaba implícitamente de una forma tan semejante a la actual, que se vuelve vestigio irrefutable de los orígenes de los principios generales del derecho.

La edad media es el segundo momento donde debemos apreciar la existencia de los principios generales del derecho. Una vez más cabe señalar que dicho formulismo no era utilizado aún, a pesar de esto autores como Santo Tomás de Aquino sí contemplaban una figura similar en sus obras.

Lamentablemente, con el paso del tiempo y la evolución de la sociedad, se necesitaron leyes cada vez más precisa, lo que significó una mayor necesidad de interpretación por parte de los juzgadores, acumulándose así una serie de interpretaciones absurdas que entorpecieron el ejercicio del derecho.

Para Azúa Reyes aportaciones como la de Santo Tomás no fortalecieron el concepto de “principio general del derecho” sustentándolo con las siguientes líneas:

“Para Santo Tomás la ley humana descende de la natural de la que se deriva como conclusión del principio (*ius Gentium*)” o “por modo de determinación particular (*iuscivile*). Para los canonistas la primacía se encuentra en el derecho natural tanto por el tiempo como por la dignidad¹⁴”

En este sentido, complementando la idea, Baldo¹⁵ dice:

¹³ Derecho y Justicia. citado el 15 d febrero del 2017, <http://www.derechoromano.es/2013/10/derecho-justicia-divisiones-derecho-romano.html>

¹⁴ Azúa Reyes, Sergio, op. cit., P. 2

¹⁵ Cámara de Diputados. Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. México, Ed. Cámara de Diputados. Tomo III., 2006, P 499.

“La razón natural es el escudo mejor de la ley, ya el juez no debe decidirse menos por la máxima natural o dictamen de la razón que por la ley escrita, porque preguntar por la ley cuando tenemos la razón natural es debilidad de intelecto, enfermedad de la inteligencia”.

Haciendo uso de estas dos citas, el autor de “Los principios generales del derecho” pretende demostrar los fundamentos que originaron el uso desmedido de la interpretación de la ley, lo cual derivó en una “crisis del derecho”, pues se encontraron con una serie de criterios irracionales e injustificados por parte del juzgador. En aquella época por temor de ser calificados faltos de intelecto, como lo señala el antes citado Baldo, así como por acercarse al derecho natural ignoraron el propósito de los principios generales.

Es por eso que, para concluir, Azúa Reyes sentencia:

“Si en la Edad Media Raimundo Lullio¹⁶ habló de “Principios de Derecho” y Santo Tomás de Aquino de “Principios Universales del Derecho”, tales frases se encuentran desprovistas del carácter obligatorio propio de los ordenamientos jurídicos¹⁷”.

Avanzado en el tiempo, procederemos a analizar la aportación francesa a los “Principios Generales del Derecho”. La primera vez que estos empiezan a ser reconocidos dentro del ordenamiento jurídico es en el Código de Napoleón, y al respecto Sergio Azúa refiere que:

“Al codificarse el derecho francés desde un punto de vista teórico y práctico se planteó el problema de la insuficiencia de la ley y de la necesidad de dar al juez la posibilidad de recurrir a una fuente que supliera las deficiencias de aquella, así [...] determinara la ley que se debía aplicar como supletoria en caso de insuficiencia¹⁸”

La diferencia que podemos encontrar entre la cita anterior y lo que ocurría en la edad media es que, en el caso francés se reconocía la ley por encima del criterio personal del juzgador, reconociendo así el papel supletorio que representa el derecho natural.

La proposición considerada dentro del código napoleónico fue la siguiente:

¹⁶ (1232-1315) Hijo de una familia acomodada, proveniente de la nobleza catalana, fue un laico próximo a los franciscanos filósofo, poeta, teólogo, y misionero. Beato y difusor de la lengua catalana con sus conocimientos científicos, filosóficos y escritos novelísticos. Wordpress. citado 1 de febrero del 2017, <https://lanaveva.wordpress.com/2010/03/29/beato-raimundo-lulio-ramon-llull/>.

¹⁷ Azúa Reyes, Sergio, Los principios generales del derecho. Conceptos de principios generales del derecho, México, Editorial Porrúa, 2007, P.83.

¹⁸ *Ibidem*, P. 3

“En materias civiles, el juez, a falta de ley precisa es un ministro de la equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural y a los usos aceptados en el silencio de la ley positiva”.¹⁹

Como podemos observar no se aplica el término de “principios generales del derecho”, sino que se habla de la equidad como derecho natural, sin embargo, es la segunda parte de la cita la que llama la atención más específicamente cuando dice que “los usos aceptados en el silencio de la ley positiva” debido a que agrega la costumbre como fuente formal del derecho.

Sergio Reyes explica que la decisión tomada por Napoleón de retomar los antiguos criterios medievales no fue bien recibida por los jurisconsultos franceses, ellos lo tomaron como un retroceso en materia de legislación, dejándose llevar por el fracaso en la aplicación de este criterio, sufrido durante la época medieval. El *Conseild'Etat* o Consejo de Estado propuso que sea el tribunal quien se encargara de solucionar los vacíos legales y no los jueces, pero la propuesta no fue aceptada, así que se usó como medio de coacción el artículo 185 del código penal francés, que sancionaba a todo juez que se negara a impartir justicia alegando oscuridad en la ley.

Continuando en este sentido, conviene revisar el caso de Italia, el Estado que dio el gran paso de establecer textualmente la fórmula que hoy conocemos.

Una vez más, Azúa Reyes autor de “Los Principios Generales del derecho” afirma que esto surge con el proyecto del código civil de los Estados Sardinios de 1873, en discusión estaban los términos de “*dritto naturale*” o derecho natural, de razón natural, derecho común, o principios de la equidad, sin embargo, el texto se redactó de la siguiente manera:

“Si una cuestión no puede ser resuelta ni por el texto ni por el espíritu de la ley, se tendrán en consideración los casos semejantes que las leyes hayan previsto especialmente y los fundamentos de otras leyes análogas; si a pesar de ello la cuestión es todavía dudosa, deberá de decidirse según los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”.²⁰

De este artículo podemos celebrar la primera aparición positiva del término que nos ocupa en este primer capítulo, asimismo cabe destacar la jerarquía que la ley italiana le otorga a los principios generales del derecho; mencionando en primer lugar la ley, como segunda opción la resolución por analogía, continuando con las leyes que sean supletorias a la materia en cuestión y en último lugar solo en caso de no ser resuelta la controversia se

¹⁹ *Ibidem*, P. 5

²⁰ *Ibidem*, P. 9.

puede acudir a los Principios Generales del Derecho. Siendo entonces este criterio el parte aguas de una nueva visión de los principios generales del derecho en la ley.

Confirmando la perspectiva del origen del término “principios generales del derecho” José María Díaz Couselo dice al respecto:

“No compartimos la opinión de aquellos que sostienen que esa expresión “principios generales del derecho tiene un origen positivista, que en la segunda mitad del siglo XIX fue el sustitutivo que esa corriente encontró para la idea del Derecho natural. Que esa expresión iusnaturalista haya sido tomada por los positivistas, los cuales le dieron un sentido distinto del que tenía, no implica que ella y el concepto que enuncia sean de ese origen”²¹

Para este autor su origen se deriva de la Escuela Clásica del Derecho Natural, la cual basaba el derecho vigente en principios filosóficos que consideraban al hombre como parte de la naturaleza, es por ese motivo que esta escuela sostiene que:

“Los principios generales del Derecho se refieren a juicios de valor inherentes a la naturaleza del hombre” tal como lo expresa Cossio; citado por Díaz Couselo.

Por lo tanto, concluimos de este subcapítulo que, si bien la fórmula precisa de “principios generales del derecho” nace del derecho positivo, fue el derecho natural quien determinó su significado mismo que posteriormente fue retomado y adaptado dentro del derecho formal.

1.2. Principios Generales del Derecho dentro de la legislación mexicana

Como se ha sugerido en el subcapítulo anterior los Principios Generales del Derecho están integrados dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por lo que resulta interesante saber de qué manera se encuentran presentes dentro del orden jurídico mexicano específicamente. Motivo por el cual estudiaremos su presencia dentro de los documentos legales mexicanos y en qué posición jerárquica se encuentran.

1.2.1 Inclusión de los PGD en los primeros documentos legales en México

Es bien sabido que los “Principios Generales del Derecho” (PGD), actualmente son contemplados en nuestra legislación como fuente del derecho, en ocasiones podemos

²¹Díaz Couselo, José María, Principios generales del derecho. Origen, Argentina, Editorial Plus ultra, 1971. P. 74

encontrar la fórmula textualmente y en otras simplemente se encuentra presente de manera tácita.

Identificarlos cuando están contenidos de manera expresa es sencillo, la pregunta obligada es entonces cómo identificarlos si no están escritos. Como respuesta a esta incógnita Díaz Couselo en su libro “Los principios generales del derecho” propone realizar un estudio lógico; los dogmáticos afirman que los principios generales se derivan para obtener normas individuales, en ocasiones para conocer los principios que informan esa norma se parte de una concepción conocida del sistema normativo, cayendo entonces en una interpretación influida por juicios de valor. Este método sí permite identificar principios, pero solo aquellos contenidos en la norma, dentro del sistema, es decir no se llega a los principios generales del derecho. Del Vecchio es citado dentro del mismo libro y al respecto opina lo siguiente:

“Si en abstracto se puede admitir la plenitud y continuidad de la serie que conduce de lo general a lo particular, en cuya hipótesis tan sólo la serie podría impunemente invertirse, conduciendo siempre a un conocimiento completo, en realidad los casos particulares de la experiencia jurídica no representan otra cosa que fragmentos dispersos, capaces a lo sumo, de encaminar a una construcción ideal del todo, pero no ciertamente de realizarla. Para esto se requiere la intervención de la razón, la cual, en la busca de los principios generales del Derecho encuentran cierta ayuda en el examen de las normas particulares, pero ha de referirse también en último término, a la fuente viva que tiene en sí misma; puesto que precisamente del propio sujeto emanan originariamente los principios de la verdad jurídica general, que después se reflejan de distinto modo y con diversa intensidad en las formas concretas de la experiencia²²”

De la anterior cita de del Vecchio se entiende que sin importar que se parta del método deductivo o inductivo se puede llegar a la obtención de un conocimiento general, sin embargo, no es el caso de las normas jurídicas pues estas solo contienen una parte del todo y a través de cualquiera de los métodos anteriores solo llegaríamos a entender una porción del total. Por lo tanto, él sugiere recurrir a la razón como fuente viva de la ley para dimensionar los principios generales.

Siguiendo este razonamiento se pueden vislumbrar dos posturas. La primera que afirma que desde la razón se pueden identificar principios particulares dentro de la norma jurídica, siempre influenciados por un conocimiento anterior y la segunda postura que

²² *Ibidem*, P. 76

afirma que de una norma solo se pueden extraer los principios que ahí contiene y que es la razón la que nos auxiliará como herramienta supletoria de la ley.

A continuación, procederemos a identificar los principios generales del derecho explícitos dentro del ordenamiento jurídico mexicano.

Los antecedentes de los Principios Generales del Derecho se remontan hasta el año 1823, dentro de la aclaración tercera del acta de Casamata de fecha 1 de febrero del mismo año; la cual fue firmada por el ejército enviado por el emperador Agustín de Iturbide para reprimir la rebelión de Santa Ana²³. Dentro de su libro, el mismo autor cita:

“Los ciudadanos gozarán de sus respectivos derechos, conforme a nuestra peculiar Constitución fundada en los principios de igualdad, propiedad y libertad, conforme a nuestras leyes, que los explicará en su extensión; respetando sobre todo sus personas.”²⁴”

Para el citado autor la alusión que hace el acta sobre los “principios” se refiere precisamente a los Principios Generales de Derecho, aunque no haga mención expresa de los mismos. De la misma manera cita al autor don Gabriel García Rojas como segundo antecedente de dichos principios en el proyecto de código civil para el estado de Oaxaca en 1825 el cual “previó el silencio de la ley y encomendó la resolución de los problemas que se encontraran en esas circunstancias la norma que el juez dictaría si fuera legislador”²⁵, sin embargo este código nunca entró en vigor.

Es hasta el proyecto del primer código civil mexicano que se reconoce por primera vez de forma expresa el término “principios generales del derecho”, el cual fue formulado por el doctor Justo Sierra O’reilly, en su artículo 10 que a la letra dice:

“Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por la palabra ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso. El juez que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o influencia de las leyes, incurre en responsabilidad”²⁶

²³Memoria Política de México-
<http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/2ImpDictadura/1823ACM.html>, citado el 20 de febrero del 2017.

²⁴ Azúa Reyes Sergio, op. cit., P. 14

²⁵ Azúa Reyes Sergio, op. cit., P. 14

²⁶ Sierra, Justo, Revisión del proyecto de código civil mexicano, México, editorial talleres de la librería religiosa, 1985, P.43

Como se puede observar es notablemente similar al código civil italiano, que había introducido la fórmula que en este capítulo se estudia.

Posteriormente en el año 1884 de acuerdo con Azúa Reyes, el código civil en el artículo 20 establecía que:

“Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”

Este artículo no dista mucho del que se citó con anterioridad, pero confirma que el criterio ya había sido además de reconocido aceptado dentro de la ley en México.

Fue en 1917 que don Venustiano Carranza les otorgó un reconocimiento constitucional a los principios dentro del artículo 14, al decir en su párrafo cuarto que:

“En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”²⁷.

El artículo fue reformado el 9 de diciembre del 2005 pero solo en su párrafo primero, permaneciendo el texto original hasta nuestros días.

1.2.2 Jerarquía de los PGD en el marco normativo de México

Las normas jurídicas no tienen entre sí una vida independiente, sino que se encuentran enlazadas por relaciones de fundamentación y derivación, formando un todo homogéneo estructurado jerárquicamente, al que denominamos ordenamiento jurídico. Este ordenamiento se encuentra integrado por la totalidad de las normas generales formuladas por los órganos con competencia para ello, así también lo forman las consuetudinarias y las normas individuales, siendo estas últimas las que lo completan al dar solución al caso particular²⁸."

²⁷Suprema Corte de Justicia de la Nación.<https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2017-03/CPEUM-014.pdf>, citado el 20 de febrero del 2017

²⁸ Díaz Couselo, José María, op. cit., P. 86

Citando a García Valdecasas, Azúa Reyes nos dice que: “Los principios generales del derecho son el fundamento de las normas jurídicas, que los desarrollan y especifican sucesivamente, hasta llegar a la norma individual. Es decir que las normas inferiores, en cuando manifestaciones de un deber ser axiológico, aparecen como una derivación o deducción del contenido de las normas superiores y en consecuencia de los principios generales del derecho”.²⁹

Lo que se pretende demostrar a través de las dos citas anteriores es que, si las normas positivas están relacionadas entre sí, a pesar de la diferencia jerárquica y en ocasiones de materias, estas normas también se relacionan e interrelacionan con los principios generales del derecho puesto que son estos los que les sirven de fundamento a las primeras.

Respecto a lo anterior Azúa Reyes confirma que los Principios Generales del Derecho (PGD) no pueden ser entendidos como máximas inconexas, porque se encuentran naturalmente ligados entre sí. Es por eso que es aconsejable la integración de los principios generales con la impartición de justicia por parte del juez cuando la ley sea omisa. Esta posibilidad que ofrece los principios generales se deriva de su interrelación. Pues tal como lo ilustra el autor alemán Rudolf von Ihering, en su obra *Der Geist des Römischen Rechts* (lo que se traduce como el espíritu del derecho romano, citado por Azúa Reyes), su interrelación se debe a esa característica de “trabajar sobre un eje de conceptos jurídicos generales facturados sobre normas en tanto normas existente, o sea como dogmas”³⁰, los elementos del derecho (como los principios generales) son como el abecedario, que juntándolos crean palabras, las cuales no seremos capaces de leer si no los conocemos. En cambio, sí solo conocemos algunos “leeremos” palabras carentes de significado, pues la lectura se reducirá a lo conocido, imposibilitándonos de ver el todo. De ahí la importancia de conocer los principios generales del derecho.

En este orden de ideas es necesario remarcar que a pesar del papel trascendental que desempeñan los principios generales dentro de un ordenamiento jurídico, al aplicarse de una manera desordenada como pasó en la edad media (véase el subcapítulo primero) los resultados lejos de ser benéficos resultan perjudiciales, es por eso que tal como señala

²⁹Azúa Reyes, Sergio, op. cit., P. 125

³⁰Revistas derecho. Citado el 20 de febrero del 2017. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/67-68/rudolf-von-ihering-y-la-interpretacion-finalista-de-la-ley.pdf> pag. 8,

Giorgio del Vecchio, citado por Azúa Reyes, como solución a este problema lo conveniente es una armonización entre los principios generales y las normas positivas, lo que “resulta en un sistema homogéneo y lógico que suministra y una norma segura³¹”. Siendo justamente necesaria para esta armonización, la existencia de una jerarquía de los mismos.

Cuando se habla de la jerarquía de los principios generales del derecho, se puede entender en dos sentidos en primer lugar la jerarquía que existe entre los mismos principios, y en segundo lugar la posición jerárquica en la que se encuentran los Principios Generales como fuente de derecho dentro de un ordenamiento jurídico.

Azúa Reyes explica el primer caso desde dos enfoques, el objetivo y el axiológico. Desde el punto de vista objetivo, la organización jerárquica ordena a los principios de menor a mayor, subordinando un principio a otro, tomando en cuenta el nivel de alcance de los mismos. De acuerdo con el autor se pueden generar estos principios para una rama del derecho que sean aplicables a otras, de forma tal que se unifican criterios generales (verbigracia los principios procesales que se comparten en cualquier materia de la ciencia jurídica), de los cuales se van desprendiendo otros principios de jerarquía menor, derivados de los primeros pero dirigidos a situaciones más específicas. Para distinguir los alcances de cada uno de ellos él mismo propone el método inductivo:

“A partir de una realidad como lo es el derecho positivo, una serie de datos comunes a varios de los preceptos que componen una institución y formular así un principio general de derecho, que si bien puede ser limitado a ese ámbito, en alguna medida admite esta denominación por participar en la naturaleza lógica de todos aquellos que se pueden formular por la inferencia inductiva³²”

Si se explica de forma gráfica, se puede decir que en el enfoque objetivo la jerarquía dependerá la extensión dentro de la cual se puede ejecutar un principio, de la relación de inferencia o en su caso influencia con otro.

³¹ Azúa Reyes, Sergio, op. cit., P. 126

³² Azúa Reyes, Sergio, op. cit., P. 126

El punto de vista axiológico es un tanto más complejo de delimitar. Para este autor la dificultad comienza desde la diferencia entre fuente de derecho y principio de derecho, por lo que al respecto argumenta:

“La fuente es algo espontáneo, el principio es algo técnico y solo se puede llegar al conocimiento de este mediante la investigación [...] los principios generales del derecho son independientes de sus fuentes pero se funden y confunden...³³”

Como otra característica de los principios el autor señala que son:

“Objetivos, externos, impersonales y frecuentemente no formulados³⁴”

De lo anterior se entiende que la misma naturaleza de los PGD crea una relación intrínseca entre los mismos y la ley positiva, que en la práctica se dificulta distinguir cuál debe preponderarse.

Cada caso en particular va a necesitar de la aplicación de un principio diferente, por lo tanto, la jerarquía va a variar según se den las circunstancias.

Se mencionó en párrafos anteriores que la jerarquía de los principios puede estudiarse de dos maneras, aquella que existe entre ellos, es decir, la que se explicó previamente y la posición jerárquica que ocupan los principios dentro del ordenamiento jurídico. Al respecto de este segundo punto la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice que:

“Se ha considerado en el Sistema Jurídico Mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho” .³⁵

Al mismo tiempo aclara que :

“El artículo 14 de la Constitución Federal elevó, a la categoría de garantía individual el mandato contenido en los artículos 20 del Código Civil de 1884, y 1324 del Código de Comercio, en el sentido de cuando no haya una ley suficientemente clara para resolver una controversia, la resolución de ésta debe fundarse en los "principios generales del derecho", y la constitución limita la aplicación de estos "principios", como garantía individual, a las sentencias definitivas”.³⁶

Sobre su ubicación dentro de la jerarquía normativa la SCJN precisa que:

³³ Azúa Reyes, Sergio, op. cit., 2007, P. 127

³⁴ Azúa Reyes, Sergio, op. cit. P.126.

³⁵ Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo III, Segunda Parte-2, enero-junio de 1989, P. 573.

³⁶ Tercera Sala. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV, P. 2642

“El Código Civil, actualmente en vigor en el Distrito Federal, autoriza que se recurra a los "principios generales del derecho" como fuente supletoria de la ley, para resolver toda clase de controversias judiciales del orden civil”³⁷.

Por lo tanto, de estas dos publicaciones se entiende que los principios generales deben ser considerados por los jueces al momento de emitir una resolución de forma obligatoria, pues estos actúan como garantía de que se impartirá justicia a pesar de la falta de precisión de la ley al respecto de un caso concreto, es decir de manera supletoria. Sin embargo su labor no termina ahí, pues “su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho”.³⁸ Esto gracias a ser ínsitos a la ley.

1.3. Principios Generales del Derecho que forman directamente la seguridad jurídica.

A lo largo de este primer capítulo se ha ido estudiando el origen, evolución, significado y rol que desempeñan los principios generales del derecho, especialmente dentro del marco jurídico mexicano, sin embargo, no hay que perder de vista el objeto de estudio que nos ocupa en esta tesis. Existe una relación intrínseca entre la seguridad jurídica y los principios generales, misma que se explicará continuación.

1.3.1 Derechos principales que tutelan los principios generales del derecho

De acuerdo con diversos autores existen principios generales de primer orden, que debido a su carácter general poseen una gran capacidad combinatoria. En esta tesis nos apegaremos al criterio de Azúa Reyes, quien considera que los derechos que procuran fundamentalmente los principios generales son la libertad, la igualdad, la certeza y la seguridad.

El autor define la **libertad** como:

“Parte de la esencia del hombre. Algo que le es congénito (también menciona que) los textos legales regulan, si no la parte subjetiva del hombre, sí sus necesarias manifestaciones de libertad; la doctrina jurídica nunca se puede referir

³⁷ Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo III, Segunda Parte-2, enero-junio de 1989, Pág. 573.

³⁸Tercera Sala. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo LV, P. 2642

a la libertad desentendiéndose de las implicaciones que esta tiene en la vida humana”³⁹,

Dicho de otra forma, lo que el autor refiere es que, para el derecho, la libertad implica una limitación de lo natural con el fin de lograr una convivencia social armónica.

Visto desde la perspectiva de la doctrina francesa, se define como: *Condition d'un peuple qui se gouverne en pleine souveraineté*⁴⁰, lo que se traduce como “la condición de un pueblo que se gobierna con plena soberanía”.

Miguel Carbonell, basándose en lo que escribió Benjamin Constant en su ensayo *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, opta por la clasificación de libertad positiva y negativa, por lo que apoyándose de ciertos autores señala:

“La libertad positiva puede definirse de acuerdo con Bobbio como “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”. La libertad negativa, en cambio, se entiende como la ausencia de obstáculos o constricciones. La positiva supone la presencia de un elemento crucial: la voluntad, el querer hacer algo, la facultad de elegir un objetivo, una meta. La libertad positiva es casi un sinónimo de la autonomía”⁴¹.

Las ideas de “libertad” previamente descritas concuerdan con lo que Máñez señala como un término protéico, tendiente a la confusión entre la idea moral de libertad como atributo de la voluntad del hombre que implica autodeterminación, y la libertad jurídica.

El famoso jurisconsulto define la libertad jurídica de la siguiente manera:

“La libertad jurídica no es poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, sino derecho, [...] autorización. Estar autorizado significa tener el derecho de realizar u omitir ciertos actos”.⁴²

Si proseguimos a analizar la libertad como principio general del derecho, es conveniente que se retome a Azúa Reyes quien se esfuerza por marcar la diferencia entre su carácter de principio general y absoluto, pues al judicializarse pierde esta última característica,

³⁹Azúa Reyes, Sergio, op. cit., P. 135

⁴⁰Larousse. Citado el 16 de febrero del 2017, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/libert%C3%A9/46994#31HVqYxzbdaZAqXQ.99>.

⁴¹ Miguel Carbonell, , citado el 20 de febrero del 2017, <http://www.miguelCarbonell.com/docencia/libertad.shtml>.

⁴²García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho. El derecho de libertad*, México, Editorial Porrúa, 2011, p.216. “”.

esto debido que al orientarse la legislación a la búsqueda del bien común es necesario delimitar la libertad de los gobernados, al respecto el autor ilustra que funciona como:

“Principio orientador de la creación legislativa, la libertad se manifiesta como libertad de prensa, libertad de palabra, de reunión, de enseñanza, religiosa, etc. [...] invariablemente lo encontraremos fundido con los preceptos que autorizan y delimitan la acción u omisión de una determinada conducta”⁴³

En conclusión, la libertad pasa a ser un principio general dentro de un ordenamiento jurídico, con motivo de la pérdida de su carácter absoluto, pasa a ser de un elemento natural a un elemento acotado por la ley y guía dentro de la labor legislativa.

El segundo gran derecho procurado por los principios generales es la **igualdad**. Azúa Reyes expresa la dificultad que presenta la idea de igualdad, ya que contrario a lo que ocurre con la libertad, la igualdad es un atributo que no se concibió entre las sociedades humanas por varios siglos. Desde épocas remotas el hombre ha hecho una diferencia de clases dentro de una misma sociedad, por razones distintas, pudiendo ser estas originadas por la raza, la religión, el origen, la orientación sexual, o bien el poder adquisitivo de cada uno. De acuerdo con la Real Academia Española, igualdad viene del latín *aequalitas*, *definiéndola como*: “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad” o bien como “Correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo”.⁴⁴

Sin embargo, crear las condiciones de la proporción de la que hace mención la RAE, ha resultado ser a lo largo de la historia un proceso complicado. El principio de igualdad dice Azúa Reyes *apud* Consentini, “tiene como base la unidad de la naturaleza humana y la comunidad del fin social”⁴⁵.

Jurídicamente hablando, Patricia Kurczyn Villalobos, en su libro “Acoso sexual y discriminación” cita al doctor y maestro emérito de la UNAM, Ignacio Burgoa Orihuela quien la define como un “derecho humano entendido como la capacidad de toda persona para disfrutar sus derechos, así como para contraer obligaciones con las limitaciones y excepciones que la ley señale concretamente y que se justifiquen con plenitud” [...] es la

⁴³ Azúa Reyes, Sergio, op. cit., P. 140

⁴⁴ Real Academia Española, citado el 20 de febrero de 2017. <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>.

⁴⁵ Azúa Reyes, Sergio, op.cit., p. 145

posibilidad y capacidad que tiene la persona individualmente considerada de ser titular de derechos y contraer obligaciones”.⁴⁶

El maestro Ignacio Burgoa es específico al decir que:

“La igualdad está, pues demarcada, por una situación determinada; por ende puede decirse que dicho fenómeno solo tiene lugar en relación y en vista de un estado particular y definido”⁴⁷

Esto implica que jurídicamente la igualdad nunca ha sido absoluta debido a las características propias de la sociedad, que necesita de precisiones que se adecuen a las condiciones de vida diferentes que subsisten. Pues tal y como señala Burgoa “la igualdad, solo debe tener lugar como relación comparativa, entre dos o más sujetos pertenecientes a una misma determinada situación jurídica la cual se consigna por el orden de derecho mediante diversos cuerpos legales, atendiendo a factores y circunstancias de diferente índole⁴⁸”. Haciendo entonces “que las diferencias accidentales la coloquen en su verdadera dimensión de principio general, que si bien sirven de guía, su validez resulta inoperante respecto de todas las posibles actividades humanas”⁴⁹.

El último gran derecho que abordaremos en este primer capítulo es el de seguridad jurídica, el cual por tratarse del derecho objeto de estudio de esa tesis le dedicaremos un subcapítulo entero para tratarlo.

1.3.2 La seguridad jurídica como principio general del derecho

Considerar a la Seguridad Jurídica, como uno de los puntos necesarios, para la concepción de los principios generales del derecho, significa reconocer el lugar medular que debe ocupar dentro de cualquier sistema jurídico.

La importancia de su reconocimiento tácito y no implícito surge de la siguiente relación:

“En las relaciones entre gobernantes, como representantes del Estado y de los gobernados, se suceden múltiples actos, imputables a los primeros, que tienden a afectar la esfera jurídica de los segundos. [...] El estado al desplegar su actividad de imperio, al asumir su conducta autoritaria, imperativa y coercitiva, necesariamente afecta la esfera o ámbito jurídico que se atribuye a cada sujeto como gobernado, bien sea su aspecto de persona física o de entidad moral”⁵⁰.

⁴⁶Archivos UNAM, citado el 1 de marzo del 2017. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1363/5.pdf>,

⁴⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, Las garantías individuales, México, Editorial Porrúa, 1995, p 251.

⁴⁸ *Ibidem*, p.254.

⁴⁹ Azúa Reyes, Sergio, op. cit., p. 146

⁵⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, “Las garantías individuales”, México, Editorial Porrúa, 1995, p.504.

Dicho con menos elegancia que el maestro Burgoa, los actos de autoridad deben estar debidamente fundados y motivados, toda vez que las consecuencias las resienten los gobernados, generando situaciones que se ven reflejadas de diferentes maneras en la vida diaria.

Resulta interesante detenernos a señalar la distinción que autores varios marcan entre certeza jurídica y seguridad jurídica, antes de abordar de lleno el tema que nos compete en este subtema.

Entre esos autores encontramos al ya citado Sergio T. Azúa Reyes quien en su libro “Los Principios Generales del Derecho” manifiesta lo que a él le parece un error común, es la confusión de estos dos términos. La certeza jurídica para él, consiste en:

“El conocimiento que nos proporciona la ley para determinar nuestro derechos y saber en consecuencia el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente⁵¹”

Para confirmar su hipótesis cita a León Duguit con la siguiente definición:

“La seguridad no es en rigor, un derecho particular distinto de la libertad y de la propiedad, la seguridad no es otra cosa que la libertad y la propiedad garantizada⁵²”

Según Azúa Reyes en esta definición anterior Duguit confunde certeza con seguridad jurídica, porque en realidad de lo que habla en la cita es de certeza, pues para el primero “la certeza es un concepto objetivo y/o axiológico”.

Por otro lado, el mismo Azúa Reyes, nos dice que la seguridad no es un concepto legal sino “un criterio oficial del Estado” ligado con la eficacia condicionada por elementos técnicos del derecho. Por lo tanto, el gobernado goza de seguridad jurídica cuando sabe a qué tiene derecho y que estos serán garantizados por el Estado. Ahora bien, la relación que existe entre certeza y seguridad se debe a la situación de hecho que se espera en ambos casos, en cualquiera de las dos definiciones el individuo debe estar definido por las leyes escritas y aplicadas.

Sin embargo, para fines de esta investigación no se distinguirá entre certeza y seguridad jurídica, atendiendo a que ni la doctrina, ni la ley lo hacen, salvo por algunas excepciones.

⁵¹ Azúa Reyes, Sergio, op. cit., P. 151

⁵² Azúa Reyes, Sergio, op. cit., P. 152

Con el propósito de aclarar lo que implica la seguridad jurídica, recurriremos a las ideas de Gustav Radbruch (1878-1949) jurista alemán, ministro de justicia y catedrático especializado en la filosofía del derecho.⁵³ Retomado en un texto publicado por la universidad de Barcelona y escrito por Ricardo García Manrique, se nos presenta un análisis de la filosofía de Radbruch.

Reconocidos juristas, identifican a Radbruch como el último gran teórico de la seguridad jurídica, quien la contempla no solo como un principio (como lo hace Azúa Reyes) sino como un valor supremo del derecho. Para explicar esta transición, es prudente recurrir a García Manrique, quien afirma que “Radbruch basa su teoría de la idea del derecho desde un relativismo axiológico”⁵⁴, sin embargo es esa ideología la que lo lleva a justificar la existencia de la seguridad jurídica como uno de los tres componentes de la idea del derecho (es decir, la justicia, la adecuación al fin (o utilidad) y finalmente la seguridad jurídica.

Para entenderlo procederemos a explicar brevemente en qué consisten los dos primeros elementos. Tomando en cuenta que para Radbruch el derecho, “es a la idea del derecho lo que el ser al deber ser”; la idea del derecho está constituida por un valor: La justicia, que es considerada como un valor absoluto, que no se deriva de ningún otro, sin importar que se trate de justicia distributiva (proporcional) o conmutativa (absoluta). Radbruch dice:

“La justicia nos indica tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales”⁵⁵.

El segundo elemento es la adecuación al fin o *zweckmäßigkeit* también traducida como la utilidad; que alude a los fines sustantivos que, según el autor, permiten “dotar de contenido a la forma de justicia”, y es en este punto donde cobra importancia el relativismo axiológico.

Radbruch señala los dos rasgos de su filosofía jurídica entendida como “consideración valorativa del derecho”: el dualismo metódico y el relativismo. El

⁵³Wikipedia. Citado el 18 de febrero del 2018, https://es.wikipedia.org/wiki/Gustav_Radbruch.

⁵⁴ Sobre *El valor de la seguridad jurídica* de Ricardo García Manrique. Citado el 1 de marzo de 2018, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182009000100008

⁵⁵ Radbruch, Gustavo, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Fondo de la Cultura Económica, México, 1997, P. 20.

dualismo metódico, de reconocida inspiración Kantiana, consiste en la separación entre los dominios del ser y del deber”⁵⁶.

Y es este dualismo lo que obliga nos lleva al siguiente criterio de Radbruch, citado por García Manrique:

“Los preceptos del deber ser solo pueden fundar y ser demostrados por medio de otros preceptos del deber ser, por esto los supremos preceptos del deber son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan solo de creencia⁵⁷”

De acuerdo con el autor es aquí donde el jurista alemán encuentra las limitaciones del relativismo, y lo demuestra con la teoría de Radbruch:

“La moral es el fundamento de la validez del derecho, la moral es el fin del derecho en el sentido de que el fin del Derecho es permitir a los individuos la realización de sus deberes morales, mediante la garantía de la necesaria libertad individual. El derecho sirve a la moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza [...] garantiza derechos a los individuos para que puedan cumplir mejor con sus deberes morales⁵⁸”.

Como vemos los valores absolutos de los que parte Radbruch tienen un límite, trazado por el relativismo que impide determinar su contenido porque como dice García Manrique “es imposible determinar si una concepción axiológica es superior o preferible objetivamente a otra⁵⁹”. Esta imposibilidad origina el tercer elemento que conforma la idea del derecho y nuestro objeto de investigación: la seguridad jurídica.

Radbruch la describe en su concepto más depurado como:

“Un tipo especial de seguridad, relativa al propio Derecho, e independiente de su contenido concreto, diferente, pueda, a su vez, garantizar por tanto, de la seguridad que el Derecho a las personas respecto de ciertos estados de cosas que no sean el conocimiento la aplicación de las normas jurídicas⁶⁰.”

Es aquí donde se observa la diferencia de lo que el jurisconsulto alemán concibe como seguridad jurídica y lo que Azúa Reyes (previamente citado) entiende.

⁵⁶ García Manrique, Ricardo. El valor de la seguridad jurídica, México, Editorial Fontamara, 2007. P 133.

⁵⁷ *Ibidem*, P. 133.

⁵⁸ *Ibidem*, P. 136.

⁵⁹ Sobre El valor de la seguridad jurídica de Ricardo García Manrique. Citado el 1 de marzo de 2018, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182009000100008

⁶⁰ Radbruch, Gustavo, op. cit., P. 25

Para Radbruch es “la seguridad del derecho mismo”, el contenido de la utilidad, no se trata únicamente de la garantía que la ley puede brindar a los individuos o del criterio de los legisladores.

Gracias a la complejidad del término, Radbruch facilita su comprensión señalando cuatro exigencias de la seguridad jurídica: en primer lugar el derecho debe ser **positivo**, y por positivo debemos entender que sea debidamente promulgado, válido y vigente, en segundo lugar tiene que ser **preciso**, es decir no debe depender de los juicios de valor de cada juzgador, en tercer lugar tiene que ser **practicables** o dicho de otra manera respetados y ejercidos por la sociedad y finalmente **no deben exponerse a cambios frecuentes**, esto con el objetivo de que sean admitidos y conocidos por la colectividad.

Dentro de su obra el mismo autor, justifica más adelante la importancia de la seguridad jurídica dentro del orden legal, debido al rol que desempeña como forma de justicia, por su relación con los derechos humanos y dentro del orden social y la validez jurídica, pero estos puntos serán desarrollados en mayor amplitud dentro de los capítulos siguientes.

Por el momento podemos concluir en este primer capítulo que los principios generales del derecho están inmersos en el Estado mexicano, tanto como fuente supletoria del derecho como criterio orientador de los legisladores; y la transformación de su concepción y aplicación ha servido para enriquecer nuestro derecho, sin embargo a pesar de tratarse de criterios derivados del derecho natural que persiguen el bienestar de la sociedad, debido a sus características particulares no pueden sobrepasar su calidad de principios, en contraste la seguridad jurídica si trasciende de este plano y se vuelve un elemento integrador del derecho positivo, que en coordinación con la justicia y su utilidad moldea un estado de derecho.

CAPITULO II

Antecedentes de la seguridad jurídica en México

2. Concepto de seguridad jurídica en los primeros años del México independiente

Hablar de la seguridad jurídica, es también hablar de un derecho humano (relación sobre la que abundaremos más adelante) que se encuentra reconocido en nuestra Constitución dentro de diferentes artículos, pero no siempre fue así. Se trata de un principio que ha ido progresando a lo largo del tiempo, es decir que se ha ido formando y madurando al mismo tiempo que México como estado independiente.

En este capítulo se va a exponer la evolución histórica del concepto de seguridad jurídica dentro de nuestro país, evolución que ha construido el concepto que hoy se conoce. Sin embargo, antes de comenzar con el tema que principalmente nos atañe es necesario definir que es un derecho humano.

En el libro “Los derechos humanos en las constituciones Políticas de México” el autor Carlos R. Terrazas, señala que los derechos humanos son más que principios, pues se trata de un fenómeno cultural, que se integra por una trayectoria histórica, por lo tanto, el concepto actual incluye diversos significados derivados de la transformación.

“Los Derechos Humanos implican un conjunto de facultades e instituciones que protegen la dignidad humana, la libertad y la igualdad, las cuales deben ser positivamente reconocidas en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales⁶¹”.

Por otro lado, la Comisión Nacional de Derecho Humanos (CNDH) los define como el “conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona”⁶².

De lo anterior decimos que, si los derechos humanos implican instituciones, autoridades, un ordenamiento, en fin, toda una estructura que debe ser positivamente reconocida, la seguridad jurídica, como uno de ellos también lo necesita, y dicha estructura se inició a construir con bases sentada a lo largo de la historia.

⁶¹ Terrazas, Carlos, Los principios generales del derecho. Los derechos humanos en las constituciones Políticas de México, Editorial Porrúa, México 1996, P. 146

⁶²CNDH, citado el 20 de febrero de 2018, http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos.

2.1 Contexto histórico

La seguridad jurídica mantiene una fuerte relación con la legalidad, dado que implica una certeza sobre su situación ante las leyes, y es necesario mencionarlo para comprender la dirección en la que va dirigida este capítulo.

Si bien el movimiento de independencia, significa por sí mismo la búsqueda de los derechos humanos que ya comenzaban a ser anhelados entre los mexicanos más instruidos, no significa que la independencia del territorio mexicano de España trajera aparejada el reconocimiento de los mismos.

En el libro “Historia del derecho en México” de Oscar Cruz Barney, se plantea un contexto suficiente que facilita la comprensión de cómo era la vida jurídica en el México independiente. El país se encontraba en una situación económica difícil lo que volvía todo más complicado, en una lucha constante entre liberales y conservadores, se buscaba que otros países europeos reconocieran su independencia. Por mencionar algunos de los aspectos más interesantes casi en forma de lista se pueden nombrar los siguientes acontecimientos:

Los presidentes eran electos para después ser removidos debido a revueltas y luego reemplazados por las conspiraciones del vicepresidente u otro aspirante a la presidencia. Tal como pasó en 1825 con Manuel Gómez Pedraza, Vicente Guerrero y Anastasio Bustamante respectivamente.

En 1832 Santa Anna encabezó un movimiento de apoyo a Gómez Pedraza como nuevo candidato que llegó al poder pocos meses después y Bustamante renunció.

Uno de los eventos históricos importantes de mencionar con el fin de ilustrar la situación que se vivía en aquella época y así entender el contexto histórico es la pérdida del Texas, y Yucatán que se separó del país de 1837 a 1843. La fragmentación del territorio nacional en diferentes momentos comprueba que la organización política y gubernamental de aquel momento era ineficiente. Un país estable y ordenado, con las necesidades sociales y servicios públicos cubiertos, es un país feliz, es decir, un país cuyos habitantes no tienen el interés de dejar.

En 1838 Francia declaró la guerra a México. En septiembre de 1845 el general Paredes Arrollaba se levantó con el plan de San Luis, y una vez en el poder expidió la convocatoria para un congreso Nacional extraordinario con funciones de constituyente, más su vigencia fue pasajera. Años después se desataron los conflictos entre Benito Juárez y Porfirio Díaz por la presidencia.

Si particularizamos los hechos históricos, guiándonos de del orden seguido en el libro “Doctrina Constitucional Mexicana” resultado de una compilación hecha por Imer. B Flores en el año 2007, vale la pena enfocarnos en aquellos hechos que influyeron determinadamente en la Constitución de 1857, por ser considerada como un parte-aguas legal.

En 1824 Antonio de Padua María Severino López de Santa Anna y Pérez de Lebrón, había abolido la Constitución de 1824, gobernando bajo las siete leyes Constitucionales de carácter centralista. En respuesta, Juan Álvarez e Ignacio Comonfort proclamaron el plan de Ayutla en 1854, “documento que invitaba a derrocar al gobierno dictatorial”.⁶³ De acuerdo con el libro “El proceso constituyente mexicano a 150 años de la constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917” el plan tenía tres objetivos: destituir al dictador, nombrar un presidente interino, convocar un congreso Constituyente que redactaría una nueva Constitución, añadiéndose al Plan Ponciano Arriaga, Benito Juárez, Melchor Ocampo, entre otros. Al movimiento se le conoció como revolución de Ayutla, al no poder firmar a la oposición los conservadores aparentaron unirse al plan colocando a un presidente interino que duraría solo 28 días.

Inconformes con lo anterior, los liberales nombraron una junta de representantes con Valentín Gómez Farías y designaron como presidente interino a Álvarez, quien convocó al Congreso Constituyente para formar una República democrática, promulgó la Ley Juárez que suprimió los tribunales especiales y modificó el sistema de fueros. Poco más tarde bajo la presidencia interina de Comonfort el mismo Congreso se reunió en 1856 y un año después promulgaron la Constitución de 1857; y esto mismo fue registrado en la historia dentro de las primeras páginas de la máxima ley en cuestión, que a la letra rezaba:

“Los representantes de los diferentes Estados, del distrito y Territorios que componen la República de México, llamados por el plan proclamado en Ayutla el primero de Marzo de 1854, reformado en Acapulco el día 11 del mismo mes y año, y por la convocatoria

⁶³ Valdés D, Carbonell, M *et al.*, El proceso constituyente mexicano a 150 años de la constitución de 1857 y 90 de la constitución de 1917, México, Ed. UNAM 2007, P. 289.

expedida el 17 de Octubre de 1855, para constituir a la nación bajo la forma de república democrática, representativa, popular, poniendo en ejercicio los poderes con que están investidos, cumplen con su alto encargo decretando la siguiente constitución”.⁶⁴

2 .1.2 Reconocimiento positivo de la seguridad jurídica en la legislación mexicana

La información anterior, narrada groso modo y sin las especificaciones que la historia amerita, pues solo nos servimos de estos hechos brevemente relatados para ilustrar lo complejo de la situación del país; ya que por varios años se vivió en México incertidumbre de todo tipo, económica, política, administrativa, por mencionar algunas, lo que nos lleva a concluir que la seguridad jurídica no era, precisamente el problema al cual el gobierno dirigiera su atención con prioridad.

Sin embargo, antes de la Constitución de 1857, ya se vislumbraban esfuerzos por combatir la incertidumbre de la época, comenzando a proliferarse algunas normas que tomaban por primera vez en cuenta la importancia de la dignidad humana reconocida por el gobierno. Verbi gracia el Bando de Miguel Hidalgo⁶⁵ escrito al calor del movimiento de independencia, buscaba principalmente la igualdad entre los hombres, incitando a que se aboliera la esclavitud, se detuviera la exacción a los indios, es decir el cobro violeto de impuestos, entre otros puntos, este documento que poco se cita en nuestros libros de historia ya sentaba bases claras de lo que la nación necesitaba y sigue necesitando: igualdad y seguridad jurídica de los ciudadanos respecto de los actos autoridad de aquellos detentan el poder.

La Constitución de Cádiz⁶⁶ por supuesto en 1812, ya reconocía la soberanía y a pesar de no haber sido promulgada por el estado mexicano, sirve de referencia para el reconocimiento ciertos derechos políticos que serían retomados de alguna manera en el México Independiente, algunos de los puntos a resaltar son el reconocimiento de las

⁶⁴Constitución 1857, citado el 28 de febrero de 2018, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf>.

⁶⁵Secretaría de Cultura, citado el 28 de febrero de 2018. http://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Bando_de_Miguel_Hidalgo_declarando_la_libertad_de_los_esclavos.

⁶⁶ NTR, citado el 28 de febrero de 2018. <http://ntrzacatecas.com/2016/04/06/derechos-humanos-en-el-mexico-independiente-primera-parte/>.

primeras pautas del debido proceso y la libertad de expresión (bien restringida cabe aclarar), entre otros. Esta Constitución significó un avance extraordinario jurídicamente hablando, manifestaba la necesidad de la seguridad jurídica y esta comenzaba a vislumbrarse entre líneas, sin embargo, el concepto textual no aparecía imbíbido en ningún artículo particularmente.

2.2 Evolución histórica de la seguridad jurídica en nuestro país.

En el subcapítulo anterior se explicó que la seguridad jurídica como tal no era reconocida explícitamente en ningún artículo de los ordenamientos nacionales. Por lo tanto, en este segundo subcapítulo se narrará la evolución que ha debido ocurrir en nuestra constitución y otros ordenamientos que han dado lugar a este derecho que hoy se dice garantizado.

De acuerdo con Carlos R. Terrazas la evolución de los derechos en México se mide en dos grandes momentos: antes y después de la Constitución de 1917.

2.2.1 La evolución de los derechos en México antes de la Constitución de 1917.

Comenzando por el periodo que va de 1812 a 1856⁶⁷; el autor nos señala que la Constitución política de la monarquía española, promulgada en septiembre de 1812 en Nueva España, fue uno de los modelos en los que se basaron para la redacción de algunas de nuestras cartas magnas. Si bien, las primeras constituciones contenían y reconocían de alguna manera, ciertos derechos humanos, entre ellos una forma limitada de: seguridad jurídica, no lo hacían de la misma manera que actualmente, por ejemplo dicha constitución obligaba al estado a proteger la libertad civil, la propiedad y “los derechos legítimos de todos los individuos que la componen⁶⁸”. El rey no podía otorgar privilegios a nadie, este no podía privar de su libertad a ningún individuo, ni imponerle pena alguna, es decir protegía al individuo de las decisiones arbitrarias. En otras palabras, fue el primer

⁶⁷ CPEUM, citado el 6 de marzo de 2018. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1812A.pdf>,

⁶⁸ CPEUM, citado el 6 de marzo de 2018. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1812A.pdf>

antecedente de nuestro artículo 16 constitucional actual, el cual de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación encarna la defensa de la seguridad jurídica.

La Constitución de Apatzingán de 1814, es otra de las directrices medulares en la materia. Su nombre oficial fue Decreto Constitucional para la libertad de la América mexicana (DCLAM); y pese a nunca haber entrado en vigor y por lo tanto no considerarse como un antecedente válido como tal, si es considerado como un pilar dentro de la historia jurídica mexicana.

En el capítulo V, numeral 24, se encuentra uno de los principios que pueden considerarse como antecesores de la seguridad jurídica, pues a la letra reza:

“La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas⁶⁹”

Para fines de esta tesis la cita textual era necesaria, pues encontrar palabras más elocuentes que revivan el espíritu jurídico que forjó este país, sería realmente complicado. Aunque si sintetizarlo es requisito, con menos gracia se puede decir que generar certeza del ciudadano sobre sus leyes es la razón por la cual el gobierno existe.

De manera aún más precisa el artículo 27 de la misma ley señala en qué consiste la seguridad como garantía social, hoy como derecho humano. Este artículo establece que:

“Esta no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes y la responsabilidad de los funcionarios públicos⁷⁰”,

Pues en caso de no ser así se vuelven actos de tiranía y arbitrariedad (artículo 28 DCLAM). El artículo 27 define muy acertadamente en qué consiste la seguridad del ciudadano y responsabiliza a la autoridad para llevarla a cabo. En aquel momento la contempla como una garantía social, remarcando que fue escrita en 1814, es decir hace 203 años que este derecho ha sido identificado como indispensable para un estado de derecho, y hace 203 años que sigue siendo ignorado.

⁶⁹ CPEUM, citado el 6 de marzo de 2018 http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf.

⁷⁰ CPEUM, citado el 6 de marzo de 2018. http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf.

Los artículos 29, 32, 33, 34, entre otros protegen los mismos derechos que hoy se reconocen en el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

La siguiente constitución mexicana que si entró en vigencia fue la de 1824, la cual adopta una estructura diferente a las anteriores, pues no inicia reconociendo los derechos del hombre, más a lo largo del documento reconoce vagamente la libertad y la igualdad. La razón de esta carencia mencionada es que se atribuyó a los estados la competencia de regular los derechos del hombre, lo cual constituye un claro retroceso respecto a los documentos mencionados anteriormente. Sin embargo, en el artículo 112 restringe la facultad del presidente para privar de la libertad y de su posesión a un individuo, dicho de otra manera, obliga al titular del ejecutivo a motivar y justificar sus actos de una forma restringida.

En 1847 se nombró una comisión para reformar la constitución de 1824, algunos de los convocados fueron Manuel Crescencio Rejón y Mariano Otero, es decir, los fundadores del juicio de amparo.

Otero proponía reconocer el derecho a la propiedad, la seguridad y la libertad igual que la constitución de Apatzingán, pues él mismo sostenía que los derechos del ciudadano estaban desprotegidos y manipulados por las autoridades, lo que volvía a estos un tema apremiante. Lo que resulta relevante de esta reforma, es que Mariano Otero remarcó que la enumeración de derechos en la constitución no garantiza su cumplimiento, sino que es obligatoria la creación de un instrumento práctico que garantice sean respetadas.

Por otra parte, el segundo periodo comprende de 1857 a 1917.

La constitución de 1857 basa el reconocimiento de los derechos fundamentales en el pensamiento francés de finales del siglo XVIII, como resultado: 33 artículos en la primera sección de la constitución, dedicados a proteger los derechos fundamentales. Esta constitución fue reformada hasta 1901.

El artículo 16 de esta constitución protege el derecho de posesión, señalando que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, posesión, entre otros, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que “funde y motive la causa legal del procedimiento”⁷¹

⁷¹ CPEUM, citado el 10 de marzo de 2018.
http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf.

Este artículo es de remarcable importancia, dado que sienta las bases del primer párrafo del mismo numeral en la constitución actual, el cual según los doctrinarios y legisladores es el que protege principalmente la seguridad jurídica en nuestro país. En 1857 su extensión no era muy larga y también dejaba desprotegidos muchos otros aspectos.

Imer B. Flores dentro de la compilación de publicaciones coordinada por Miguel Carbonell y Diego Valdés titulada: “El proceso constituyente mexicano a 150 años de la constitución de 1857 y a 90 años de la constitución de 1917”, cita a su vez una frase de Immanuel Kant, el célebre catedrático y filósofo, cita que merece la pena ser evocada pues enarbola lo que Flores llama “Evolución por encima de la revolución” y que atiende al tema que nos concierne:

“Esto significaría que también el Estado se reformará a sí mismo de tiempo en tiempo, al buscar la evolución en lugar de la revolución, y por ende hará un progreso continuo⁷²”.

Que es justamente lo que comenzaba a suceder en nuestro país, dentro de todo el caos se empezaron a dar pasos cortos pero firmes hacia el progreso.

La constitución de 1857 en sus 60 años de vigencia fue reformada en 34 ocasiones. Imer B. Flores centra su investigación en las aportaciones de esta Constitución, en sistematizar sus reformas y reflexionar en qué medida contribuyeron; por lo que el autor nos manifiesta “que la doble finalidad de la constitución es garantizar los derechos y determinar la separación de poderes⁷³”

Retomando el planteamiento de este último autor en el “El proceso constituyente mexicano a 150 años de la constitución de 1857 y 90 de la constitución de 1917”, una de las grandes victorias de esa Constitución fue el reconocimiento de la soberanía nacional, pues confirió en su artículo 39 que “el pueblo tiene derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno⁷⁴”.

⁷² Valdéz D, Carbonell, M *et al.*, *op. cit.* P. 296.

⁷³ Valdéz D, Carbonell *et al.*, *op. cit.*, P. 297.

⁷⁴ Valdéz D, Carbonell *et al.*, *op. cit.*, P. 297.

Además de esto en su Capítulo primero titulado los derechos del hombre, en el artículo primero rezaba a la letra que:

“El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.⁷⁵

En este primer numeral hace mención de los derechos del hombre los cuales deben ser garantizados por el Estado, en otras palabras, reconoce los derechos fundamentales para los mexicanos.

Mientras que el artículo 13 por su parte, señala que:

“En la república mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción”.⁷⁶

Este numeral ordena la forma de impartir justicia, la competencia judicial inconferible a persona distinta, para juzgar, generando un ambiente de mayor certidumbre jurídica.

El artículo 16 limitaba el debido proceso y la garantía de audiencia, el artículo 50 retoma el artículo sexto de la constitución de 1824 reafirmando la división de poderes lo que a la letra dice:

“El Supremo poder de la federación se divide para su ejercicio, en legislativo, Ejecutivo y judicial. Nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo⁷⁷”.

Eso por mencionar algunos de los numerales más importantes. Las 34 reformas versan sobre situaciones que en algunos casos prevalecen en la actualidad, por ejemplo: La prohibición de Alcabalas y aduanas interiores, así como la adopción de otras medidas aduaneras y arancelarias, erección de los estados y prohibiciones de los mismos, celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado, ni con potencias extranjeras. Exceptuase la coalición, que pueden celebrar los estados fronterizos, para la guerra o defensiva contra los barbaros, incorporación de las Leyes de Reforma y restauración del Senado, atribución

⁷⁵ CPEUM, citado el 11 de marzo de 2018. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf>.

⁷⁶ CPEUM, citado el 11 de marzo de 2018. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf>.

⁷⁷ CPEUM, *ibidem*.

de las facultades del Congreso de la Unión, reelección o no del presidente de la república, sustitución de faltas temporales y absolutas del presidente de la república, la protección y regulación de los derechos humanos, contribución en la que nos detendremos a señalar ciertos aspectos:

“La Constitución de 1857 consagró la garantía de los derechos humanos al reconocer la existencia de ciertos derechos (naturales), mismos que la constitución hace suyos, asimismo exige a las autoridades el deber de respetar los derechos que otorga, lo cual daría lugar a la fórmula adoptada por la constitución de 1917⁷⁸.

A través del decreto de 15 de mayo de 1883 reforzó la libertad de imprenta, la libertad de trabajo en el decreto del 10 de junio de 1898, reduce el alcance de la pena de muerte en el decreto del 14 de mayo de 1901, por mencionar solo algunas.

José Gamas Torruco en una reflexión integrada en el libro “El proceso constituyente mexicano a 150 de la Constitución de 1857 y de 90 de la Constitución de 1917” identifica de forma concisa las aportaciones que permanecieron vigentes de la Constitución de 1857 durante la presidencia de Benito Juárez, de Sebastián Lerdo de Tejada y el Porfiriato respectivamente. Lo que comenzó como un movimiento común en la época, se convirtió en fenómeno que se reflejaría a lo largo de la historia. De acuerdo con él mismo, la Carta Magna de esta época marcó la entrada al liberalismo constitucional:

“Los gobiernos emanados de la Revolución de Ayutla expidieron tres leyes [...] que quedaron bautizadas con los nombres de los ministros respectivos ramos: Benito Juárez, Miguel Lerdo de Tejada y José María Iglesias⁷⁹

Más adelante añade al respecto de la supresión del fuero eclesiástico y militar en la ley sobre la administración de justicia, la Ley Juárez 23 de noviembre de 1855, que:

“El estado reivindicaba la totalidad de la jurisdicción civil, aunque seguían vigentes las otras dos (refiriéndose a la iglesia y a la milicia) en materia de organización y disciplina interna de las corporaciones respectivas”.⁸⁰

La ley Lerdo por su parte publicada el 25 de junio de 1856 versaba sobre la adjudicación de Fincas Rústicas y Urbanas cuyo fin era activar la economía a través del

⁷⁸ Flores, Imber, México y la Constitución de 1917, México, Secretaría de Cultura-INEHRM, Tomo II, 2016, P. 150.

⁷⁹ *Ibidem*, P. 150

⁸⁰ Valdés D. Carbonell *et al.*, *Op.cit.*, P. 330

pago de una renta anual calculada como rédito al 6%. Finalmente, la ley de Iglesias publicada el 11 de abril de 1857, reconocida por controlar la tarifa por los servicios eclesiásticos, con el objetivo de impedir los abusos de la institución religiosa.

Es evidente que, en aquella época, dentro de una sociedad conservadora estas tres últimas leyes significaron cambios importantes, que desencadenaron levantamientos.

2. 2.2 La evolución de los derechos en México después de la constitución de 1917.

El segundo gran periodo a estudiar es aquel correspondiente a la constitución de 1917.

Así como la constitución de 1857 hizo historia dentro del derecho mexicano, la constitución de 1917 dio continuación a los principios que se perseguían desde las décadas pasadas. Surge de un proyecto de constitución enviado por Venustiano Carranza, que generó tal impacto, que continúa vigente hasta nuestros días.

Es menester para que una ley pueda mantenerse positiva, vigente y válida, adaptarse a las necesidades sociales que se presentan en el momento, si bien la hipótesis normativa debe mantener en todo momento su carácter general, este debe procurar no devenir obsoleto.

José Gamas Torruco redacta en el capítulo “La vigencia de la constitución de 1917” y opina:

“Es indudable que los cambios experimentados por la sociedad mexicana desde el 5 de febrero o más bien del 1° de mayo en que entró en vigor la Constitución de 1917 a la fecha son de enorme y sorprendente magnitud y calidad: crecimiento exponencial de la población, aceleración del mestizaje, paso de una economía de agricultura rural a una industria urbana, formación de una clase media, elevación de la expectativa de vida, y de los niveles de educación y salud⁸¹”

De lo anterior se deriva que la ley suprema de 1917 fue la respuesta a las limitaciones que presentaba la que la antecedía.

En 1916 se creó un Congreso Constituyente integrado por periodistas, mineros, agricultores, profesores y sobre todo militares, quienes modificaron el proyecto original de Carranza; cambios que el mismo apoyó.

⁸¹ Valdés D. Carbonell *et al.*, *Op.cit.*, 2007, P. 332

En vista de que las reformas realizadas a esta constitución son tan numerosas, resulta vano para los fines de esta tesis profundizar en el tema, basta con mencionar, que la constitución de 1917 es una de las que más reformas ha sufrido a nivel internacional.

René González de la Vega y Geraldina González de la Vega escriben en el capítulo “Estado de derecho, derechos fundamentales y legislación penal en el constitucionalismo mexicano” dentro de la citada compilación coordinada por Carbonell, que la Constitución vigente, es decir la de 1917 se caracteriza por combinar “un modelo mixto” que se preocupa por enfrentar las deficiencias del modelo liberal de la constitución anterior que sin modificarlo agregó un modelo centralista que incorpora nuevos conceptos como los derechos sociales, fortaleció la federación, y la idea de un proyecto nacional.

Los autores González de la Vega señalan que:

“Entender la Constitución es entender la idea de libertad que lleva en si misma [...] En su desarrollo, ideal e institución, legalidad y legitimidad, poder y libertad, conforman la dialéctica del constitucionalismo moderno”.⁸²

Más adelante, dentro del mismo texto, los autores acentúan la idea de que el Estado constitucional moderno implica un gobierno legal, compartiendo las ideas de Böckenförde los autores dicen que “en el concepto del Estado de derecho está incorporado un contenido de la teoría constitucional que nunca llega a desaparecer...tal contenido es la referencia a la garantía de la libertad personal y a la limitación del poder⁸³”.

Dentro del Estado de Derecho que persigue la Constitución Mexicana, trabajan en conjunto dos elementos claves que:

“Comprenden un edificio dogmático formado de dos columnas: la dignidad humana como elemento jurídico subjetivo y la división de poderes como elemento jurídico objetivo⁸⁴”.

Lo que resulta interesante para el objeto de estudio de esta investigación, ya que estos dos “pilares” serán retomados posteriormente.

La dignidad humana y la división de poderes constituyen el carácter formal y material de un Estado de derecho, siendo, en palabras de estos autores “la legitimidad el vínculo de aceptación del poder que establecen las leyes por parte del sujeto de derechos. En

⁸² Valdés D. Carbonell *et al.*, *Op.cit.*, P. 448.

⁸³ Valdés D. Carbonell *et al.*, *Op.cit.*, P. 331.

⁸⁴ Valdés D. Carbonell *et al.*, *Op.cit.*, P. 332

términos democráticos, para que haya aceptación, es necesaria la participación ciudadana en el establecimiento de la ley”.⁸⁵

De acuerdo con Geraldine y René González de la Vega se puede clasificar una constitución de dos maneras atendiendo a sus características. Ya sea como una constitución como norma directa o bien Constitución como norma de garantía. Siguiendo su razonamiento, la constitución mexicana pertenece a la segunda clasificación. Toda vez que:

“Como ordenamiento formalmente válido, la constitución mexicana al estar basada en la de 1857, fue sobre-redactada en forma de norma d garantía[...] los derechos son concebidos como defensa ante el poder (garantías individuales) y no como normas objetivas y valores superiores [...]no son concebidos como vinculantes, [...] pero tampoco son directrices de actuación conjunta⁸⁶”.

En el capítulo “Constitucionalismo Mexicano” se constata un rasgo que identifica a la Carta Magna de 1917, y es que tomando como precedente la historia del país, se procuró en un principio delimitar bien las intervenciones de los poderes públicos, sin embargo, el rango de acción de las autoridades permaneció bastante amplio en temas como educación, economía, tierra, trabajo, por mencionar algunos. Esto significa que la Constitución pertenece a un modelo estatalista, en el que “El estado es una condición necesaria para que los derechos y libertades nazcan y sean garantizados.”⁸⁷

Los gobernados pasan a una subordinación con respecto de los gobernantes debido a las competencias conferidas a estos. Modelo que tiende a caer en un “estatalismo alterado o degenerado” en el que “se abusa de la soberanía popular, ya que en su nombre toma las decisiones constituyentes, constituidas⁸⁸”, lo que guarda una semejanza con lo que Rousseau pensaba:

*Rousseau entend critiquer la représentation de l'intérieur même du cadre politique de l'État. Il se place ainsi indiscutablement dans une logique de souveraineté, qui est aussi une logique de domination, fût-elle celle de tout un peuple, fût-elle la condition de la liberté. Cette volonté générale, irréprésentable, résulte du pacte d'association.*⁸⁹

⁸⁵ *Ibidem*, p. 448

⁸⁶ Valdéz D. Carbonell, M *et al.*, El proceso constituyente mexicano a 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 de la Constitución de 1917, México, Ed. UNAM, 2007, P. 450.

⁸⁷ *Ibidem* p. 451.

⁸⁸ *Ibidem* p. 451.

⁸⁹ Estudios Filosóficos, citado el 15 de marzo de 2018. <https://www.cairn.info/revue-les-etudes-philosophiques-2007-4-page-481.htm>.

Haciendo un esfuerzo por traducir el análisis de las ideas de Rousseau de la manera más fiel, entendemos que “Rousseau critica la representación del interior mismo del cuadro político del Estado. Se coloca indiscutiblemente en una lógica de soberanía, que es también una lógica de dominación de todo un pueblo, y una condición de libertad. Esta voluntad general, irrepresentable resulta del pacto de asociación”.

Los autores Gonzales de la Vega recuerdan lo que el famoso pensador francés decía para ilustrar su valiosa obra: “el soberano no puede obligarse a sí mismo”, como se puede apreciar, Rousseau estaba consciente de la complejidad de la figura del estado y el pacto social; en el momento en el que el pueblo delega la facultad a una sola persona de decidir sobre la colectividad, esta adquiere un poder que lo coloca por encima del resto. Al no existir otra figura de mayor jerarquía se tiende a caer en el estatalismo degenerado del que hablábamos con anterioridad. A pesar de que, en el caso concreto y actual, en nuestro país si existe una división de poderes que busca alejarnos de esa problemática, sin embargo, si leemos la Constitución vigente, la figura del titular del ejecutivo, por ejemplo, reúne una cantidad considerable de atribuciones, lo que desequilibra la igualdad en la división de poderes, cayendo en el estatalismo degenerado que tanto se pretende evitar.

La Constitución como orden constitucional vigente o real según los hermanos González de la Vega es el resultado de las bases sentadas por la Constitución de 1857, la cual, creada bajo una orientación liberal-garantista buscaba formar una comunidad que paso a paso realizara el proyecto nacional. Es hasta 1917 que la nueva constitución transforma las libertades antes reconocidas a garantías, convirtiéndose así en principios rectores no formales.

2.3 Características del estado mexicano después de la instauración formal de la seguridad jurídica.

2.3.1 La seguridad en la Constitución y su relevancia legal.

En el subcapítulo que se inicia, se retomarán las características del estado mexicano luego de la instauración formal de la seguridad jurídica en México. La pregunta obligada, entonces, es: ¿Cuándo se considera que se instauró formalmente la seguridad jurídica?

Luego del análisis elaborado dentro del subcapítulo que trata de las constituciones de nuestro país, se puede determinar que es la constitución de 1824 la que procura una instauración formal por primera vez, descartando entonces a la Constitución española que no fue promulgada por autoridades nacionales de manera independiente, y la Constitución de 1812 la cual, si bien sirvió de modelo para otras, nunca entró en vigor.

Para 1857 con un estado laico y con un gobierno republicano federal ya se hablaba del respeto de los derechos humanos, siendo algunos de estos: la libre expresión de ideas, libertad de prensa y de asociación política, derechos que se creían la base de una economía moderna. Siendo por esto que José Gamas Torruco refiere en el libro “El proceso constituyente mexicano a 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 de la Constitución de 1917”, a modo de ilustración, que, en aquella época, se aspiraba economía que propiciaría libre circulación de mercancías. La incongruencia era que estos derechos, presuntamente garantizados, apostaban a favor de inmigrantes europeos, y de la misma manera a favor de los campesinos indígenas. Ante esta desigualdad, se desarrolló como consecuencia un nuevo derecho agrario.

De acuerdo con Gamas Torruco los legisladores de aquella época, al tanto de las carencias del pueblo mexicano, optaron por implementar medidas educativas en lugar de una política de estado paternalista (como la que tenemos actualmente), dicho en otras palabras:

“Se tenía plena conciencia del papel del estado como garante de la seguridad, la paz y el orden, por dentro de la ley también de la necesaria función de establecer la infraestructura [...] para que se pudiera integrar la economía nacional”.⁹⁰

Es decir, que la seguridad jurídica de un país se garantiza como derecho dentro de su marco legal vigente, sin embargo, se mide a través de diferentes indicadores, siendo uno de los más mesurables: la economía de una nación.

Diego Valadés dentro del libro “Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus instituciones” señala que, para ser capaces de comprender el origen de las deficiencias dentro del sistema mexicano, es necesario volver a las bases, hay factores que no deben ser pasados por alto, verbi gracia, que la constitución mexicana ha servido de estándar

⁹⁰Valdez, Carbonell *et* Gamas Torruco, José. El proceso constituyente mexicano a 150 años de la Constitución de 1857 y a 90 de la Constitución de 1917, México, Ed. UNAM, 2007, P. 327.

político, pues el presidencialismo ha afectado directamente a lo largo de los años, el sistema constitucional mexicano:

“La estructura del sistema presidencial con fuerte concentración del poder ha condicionado la concepción original de la constitución y las vertientes de su reforma a lo largo de las décadas. El proceso de reformas se convirtió en uno de los instrumentos preferidos de los titulares del ejecutivo, para orientar las políticas de su gobierno”.⁹¹

Dicho de manera más sintética, las reformas constitucionales en nuestro país han obedecido a inclinaciones políticas del partido en turno. “El proceso de reformas ha sido objeto de cálculos muy diversos, las más de las veces sin rigor técnico”.⁹² La técnica legislativa ha sido de importancia secundaria en los últimos años.

Valadés hace una interesante reflexión sobre la forma en la que impactó la influencia del presidente dentro de la constitución:

“En una primera fase, las formas de legitimación del sistema consistían en adoptar, motu proprio, nuevas instituciones que valieran el discurso político, es decir que justificaran la dominación de un solo partido en el poder y así la concentración del poder en manos del presidente. En una segunda fase conforme se fueron ampliando las voces de disensión y consolidando las fuerzas de oposición, las reformas tomaron un aspecto más prolijo. Bien para acoger expresiones liberales del discurso en boga, bien para generar uno nuevo que resultara persuasivo, o para atender las peticiones expresadas con motivo de las negociaciones políticas. Lo que paulatinamente distanció a las reformas de la técnica dominante en materia constitucional, para minuciosidad constitucional, tuvo a su vez la consecuencia deseada: cada pequeño ajuste en las decisiones del poder o cada nuevo acuerdo político generaba un cambio de la norma suprema”⁹³.

La muestra más clara del impacto de las reformas se refleja en el número de palabras a la constitución de 1917 y la actual tienen el mismo número de artículo, pero al menos hasta el 2006 el número de palabras pasó de 22 mil (palabras del texto original de 1917) a 48 mil palabras. Son 36 artículos los que no han sido reformados hasta la fecha por lo que resulta lógico que han sido tan solo unos cuantos los que han aumentado de manera significativa. La rapidez con la que se generan reformas es tal, que para un ciudadano promedio es prácticamente imposible estar al tanto de cada uno de los cambios. Problemática que Valadés expresa de la siguiente manera:

⁹¹Valadés, Diego. Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, TOMO I, México, Ed. Porrúa, 2006, P.16.

⁹² *Ibidem*, P. 16

⁹³ *Ibidem*, P.17.

“El resultado de tener una Constitución tan abultada y proteica, es que para un ciudadano medio resulta prácticamente imposible disponer, en todo momento de un texto constitucional actualizado. Entre otras consecuencias, esto da lugar a que su consulta y lectura estén lejos de inspirar interés entre la población. El sistema constitucional que se ha ido diseñando a lo largo de las décadas posteriores a 1917 obedece a mi distintos impulsos y diversos propósitos”⁹⁴.

La cita anterior, nos dirige al siguiente pensamiento lógico: Si la Constitución, como máximo ordenamiento, cambia con esa constancia, es imperativo, que las leyes derivadas de esta, se reformen y homologuen criterios simultáneamente. Cada vez que se reforme, abrogue o derogue alguna parte de la Constitución, las demás leyes supeditadas a esta deberán hacerlo también. Como consecuencia, desconocimiento de los gobernados de la Constitución y de las leyes y normas en vigor es un mal inevitable.

Lo anterior no significa que lo ideal sea una Carta Magna inalterable, lo que es necesario, es retomar el funcionalismo constitucional tal como lo advirtió Manuel García Pelayo en su libro “las transformaciones del estado contemporáneo”, quien es citado por Valadés. García Pelayo nos recuerda a través de la interpretación de Valadés que la norma debe responder a las preguntas ¿Por qué?, ¿cómo? y ¿para qué?, siendo la función el resultado de las variables, el problema surge cuando estas últimas no son medibles. Analizando el derecho constitucional, no debe perderse de vista que las variables cambian constantemente. La extensión del territorio nacional dificulta la tarea y sin reformas se correría el riesgo de que la Constitución se volviera rígida, es decir, obsoleta para hacer frente a las dificultades actuales. De ahí que Valadés se preocupe por el siguiente concepto:

“La autopoiesis es la autogeneración de respuestas institucionales, es un resultado constante de las relaciones entre las variables.”⁹⁵

El sistema constitucional debe adaptarse a las variables y solucionar el problema. El motivo por el cual se hace hincapié en este punto es porque el sistema constitucional es la base de las garantías y libertades, se trata como dice el mismo autor de:

“Un conjunto de procesos y valores siempre en expansión. Los sistemas constitucionales funcionan en torno al compromiso entre los agentes políticos, a la innovación por lo que concierne a la consecución de los objetivos de las instituciones. En ocasiones las normas tienen una función compensatoria por no decir neutralizante, en virtud de la cual se avanza en una dirección pero se

⁹⁴ *Ibidem*, Pp.18-19.

⁹⁵ *Ibidem*, P.21.

retrocede en otra, basándonos en los parámetros de libertades democráticas, prestaciones sociales y garantías para los derechos fundamentales.⁹⁶”

El Estado mexicano ha cambiado mucho desde 1917 hasta nuestros días en la búsqueda de la autopoiesis perfecta. Cien años son un lapso de tiempo demasiado amplio para desarrollar en esta tesis, pues incluso de ese periodo podría derivarse toda una investigación independiente.

El sistema constitucional mexicano, el cual nos hemos detenido a explicar con brevedad en párrafos anteriores, ha procurado proveer seguridad jurídica a los gobernados. La teoría de Radbruch, permite recordar que la seguridad jurídica es un valor no autónomo, se trata de la expresión de la garantía jurídica de ciertos valores, valores materiales que Ricardo García Manrique resume en el respeto a la naturaleza moral humana que se derivan en la libertad individual.

Defender la seguridad jurídica de Radbruch se asocia con defender el positivismo jurídico, para fines de esta tesis consideramos que sí existe una relación estrecha entre la seguridad jurídica y el derecho positivo. Pues como se ha retomado a lo largo de este segundo capítulo, hemos elegido como sociedad recurrir a la figura del pacto social para organizarnos, creando una especie de contrato en la que cedemos la facultad de gobernar y administrar justicia a un grupo de personas, bajo la pretensión de reducir injusticias. Lo que nos lleva a lo siguiente: para evitar la concentración del poder, este ha sido dividido en tres: el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, los cuales respectivamente poseen potestades particulares. El poder discrecional de estas autoridades no puede ser infinito, se necesita de normas que limiten su competencia, guíen su actuar y beneficien en todo momento al interés público. De lo contrario caeríamos en un estatalismo viciado, muy lejano a su propósito inicial.

Normalmente, se espera que después de la firma de innumerables tratados internacionales, las reformas constantes a la constitución y la promulgación de un sinnúmero de leyes secundarias, se espera que, en el país, ya exista aquel “instrumento” al que Mariano Otero hacía referencia, el instrumento que sirviera de medio para garantizar los derechos humanos o en palabras de Manrique la garantía de libertad individual.

⁹⁶*Ibidem*, Pp.21-24.

2.3.2 Instrumentos desarrollados para garantizar la seguridad jurídica.

Lo cierto es que se han desarrollado mediocrementemente medios que velen por la seguridad jurídica en diversas materias, pero si hablamos de seguridad jurídica, como derecho humano no existe aún ningún instrumento que se ocupe específicamente de él. Pues este derecho fundamental ha sido contemplado como una cuestión más filosófica que material.

Sin embargo, se trata de una necesidad social y jurídica que se ve reflejada a través de indicadores de diversas índoles. Incluso los medios de Control de Constitucionalidad que:

“Aluden a los mecanismos jurídicos por los que se garantiza la preservación de la regularidad constitucional, se traducen lisa y llanamente en el medio de defensa de la misma, a través de la salvaguarda de las normas generales y de los actos de autoridad, como vértice del Estado democrático⁹⁷”.

Entre estos medios podemos encontrar al juicio de amparo, la declaratoria General de Inconstitucionalidad, la Controversia Constitucional, la Acción de Inconstitucionalidad, la Declaración de Invalidez, Recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los medios de Control Constitucional en Materia Electoral, el Juicio de Revisión Constitucional Electoral (JRC), e juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano, o bien el juicio Político. Los medios de control de constitucionalidad, no son suficientes para garantizar la seguridad jurídica en el estado, porque poseen una característica compartida, son sancionadores y no preventivos.

Destacando que:

“Los medios de control constitucional reivindican la regularidad constitucional en el orden jurídico mexicano, sin embargo, de los medios de control descritos, sólo el Juicio de Amparo, el Juicio de Revisión Constitucional, el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano y el Juicio Político se encuentran a la libre disposición de los ciudadanos, las Acciones de Inconstitucionalidad, las Controversias Constitucionales, las solicitudes de comparecencia de las autoridades que no atendieren las recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, no previenen como sujetos legitimados a los ciudadanos⁹⁸”

⁹⁷ “Medios de Control Constitucional” Senado de la república, citado el 15 de abril de 2018. https://www.senado.gob.mx/64/pdfs/documentos_apoyo/64-65/LXIV/Medios_de_Control_Constitucional.pdf.

⁹⁸ Medios de Control Constitucional Senado de la república, citado el 15 de abril de 2018. [https://www.senado.gob.mx/64/pdfs/documentos_apoyo/64-](https://www.senado.gob.mx/64/pdfs/documentos_apoyo/64-65/LXIV/Medios_de_Control_Constitucional.pdf)

De acuerdo con el INEGI “del total de asuntos que tuvieron conocimiento los órganos jurisdiccionales de la SCJN durante el año 2014, destacan los procedimientos de “Amparo Directo en Revisión”, que representaron el 44.0%”⁹⁹ El amparo es la herramienta de la que se sirven los individuos dentro del territorio nacional para reclamar la inconstitucionalidad de una ley o bien la ilegalidad de un acto. Casi la mitad de los asuntos que resuelve la SCJN van dirigidas en este sentido, lo cual demuestra fehacientemente que el 44% de las veces, las autoridades violan sus derechos, y se ven obligados a recurrir a esta última instancia para que estos sean salvaguardados. Para muchos el juicio de amparo es la evidencia palpable de que existe un medio que asegura la situación jurídica de los gobernados frente a las leyes y los actos de autoridad. Sin embargo, si cambiamos el ángulo de observación también se trata de un recurso que demuestra que aún con un complejo sistema normativo, casi la mitad de las veces las autoridades tienden a actuar ignorando las leyes o bien concediendo amparos sin anteponer el interés público, como ocurre con los políticos.

En cuanto al recurso de: Juicio para la Protección de los Derechos Político –Electoral del Ciudadano”, que representaron 72.6%. Si bien de acuerdo con el artículo 16 la interpretación realizada por la SCJN, la seguridad jurídica no está directamente señalada para proteger los derechos político-electoral, se encuentra intrínsecamente vinculada con ellos, pues, este juicio protege a los ciudadanos de todos aquellos actos de autoridad que la priven de sus derechos en la materia, y en este caso en particular hablamos del 72.6% la cantidad de asuntos en este sentido arrojan una realidad que las autoridades se niegan a aceptar.

Otro indicador es que nos muestra un artículo publicado en el 2013 por el periódico en línea el financiero se contabilizan 17, 909 marchas en la Ciudad de México en 3 años.¹⁰⁰ Eso quiere decir que en el 2013 hubo alrededor de 50 manifestaciones diarias.

Finalmente, uno de los indicadores más lamentable es el obtenido en 2016, periodo en el cual se registraron 27.000 desapariciones forzadas en México¹⁰¹. Entendiendo por desaparición forzada “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de

⁹⁹ INEGI, citado el 18 de marzo del 2018

http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2016/especiales/especiales2016_02_05.pdf.

¹⁰⁰ El financiero, citado el 20 de marzo de 2018. <http://www.elfinanciero.com.mx/politica/contabilizan-17-909-marchas-en-df-en-anos.html>.

¹⁰¹ HRV, citado el 20 de marzo de 2018. <https://www.hrv.org/es/world-report/2017/country-chapters/298379>.

privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero”¹⁰², dicho en otras palabras 27 mil personas ha desaparecido en México porque las autoridades así lo decidieron sin fundar ni motivar los actos.

Doscientos tres años han pasado desde que se emitió la Constitución de Apatzingán y que este derecho humano se contempló por primera vez como importante y en México sigue sin garantizarse.

CAPÍTULO III

Distinción de la seguridad jurídica con otros conceptos jurídicos

3. La seguridad jurídica como derecho humano y su importancia

Los derechos humanos, tal y como lo describe la siguiente cita, son:

“Atributos inherentes a la dignidad Humana superiores al poder del Estado. La dignidad de la persona humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos u otros derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad; reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano que debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna. Los derechos humanos son universales en tanto son inherentes a todas las personas y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad¹⁰³”

Estos atributos que se mencionan en la cita, para ser garantizados necesitan reunir innumerables facultades, libertades y pretensiones que afecten tanto a los gobernados, como para los gobernantes. Lo que requiere regular la esfera económica, la social y la cultural de un estado, y dichos elementos a su vez, para ser alcanzados necesitan de una estructura formada con el manejo de políticas, recursos y mecanismos.

“La protección de los derechos humanos son una restricción al ejercicio del poder estatal¹⁰⁴”. Sin embargo no siempre han sido denominados de la misma manera dentro de

¹⁰² HCHR, Citado el 201 de marzo de 2018. http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=653:desaparicion-forzada&Itemid=269.

¹⁰³ Ferrer Mac-Gregory Eduardo, *et al.*, Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana I, Editorial Programa Estado Derecho para Latinoamérica, México, 2013, P.37

¹⁰⁴ *Ibidem*, P.37

la legislación mexicana. Las diferentes corrientes doctrinales han generado variaciones en la manera de llamarlos. Cambios, que han también modificado la naturaleza de su definición, lo debería traer aparejada la evolución de su observancia y por lo tanto se deberían percibir mejoras para la sociedad.

En cuanto a la evolución en su definición, vale la pena recordar lo siguiente lo que se explica en el siguiente tema.

3.1. Diferencia entre derechos fundamentales y garantías individuales y su relación con la reforma constitucional del 2011.

La raíz de los derechos fundamentales se dio en Francia a finales del siglo XVIII con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Hoy en día los derechos fundamentales se encuentran plasmados en las constituciones prácticamente todo el mundo, debido a la magnitud e importancia. “El término "derechos fundamentales" se refiere los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales¹⁰⁵”.

Se les denomina así (fundamentales) por la relevancia de los derechos que agrupa el concepto:

“Aquellos derechos que se consideran vitales para el desarrollo individual y social de las personas, con independencia de factores como condición social, religión, preferencia sexual o nacionalidad. Generalmente los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos por el Estado o los Estados en cuestión, es decir, son derechos humanos positivados¹⁰⁶”

Luego entonces, siguiendo el criterio de la Comisión Nacional de Derechos humanos, la diferencia entre ambos términos radica en que, los derechos humanos, pueden o no estar contenidos en una Constitución, mientras que los fundamentales por

¹⁰⁵ *Ibidem*, P.37

¹⁰⁶ CNDH, citado el 20 de marzo de 2018.
http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_2_2.pdf

definición tienen que estar plasmados dentro del ordenamiento supremo, pues se trata de un derecho creado por la constitución¹⁰⁷

Otro de los temas que han sido motivo de múltiples análisis, son las garantías individuales y sus alcances, y en palabras de Ramón Carreón Gallegos, a su vez citado por el maestro Burgo las garantías individuales consisten en lo siguiente:

“Las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico positiva de esos elementos (*de las potestades inseparables e inherentes a la personalidad del ser humano*)¹⁰⁸.

Las garantías individuales están presentes en nuestra Carta Magna desde 1857, y así permaneció hasta la reforma del 2011 y ” el término "garantías" se refiere a los mecanismos formales de protección¹⁰⁹”.

A pesar de esto, hoy en día sigue siendo una forma de referirse a los primeros 29 artículos de nuestra constitución, los cuales hoy se reconocen como derechos humanos. La explicación que el maestro Carreón aporta es la que a continuación se cita:

“Es probable que los constituyentes, percatados de la ineficacia de los derechos del hombre contenidos en la Constitución de 1857 (ineficacia propia de un régimen dictatorial como el de México de inicios del siglo XX), hayan querido imprimirle una mayor eficacia a la protección y garantía de los derechos, de ahí que uno de los constituyentes, Natividad Macías, haya expresado que “el hombre tiene un derecho fundamental que es el derecho a la vida y en este derecho está comprendido el derecho a la libertad, el cual, se produce por el derecho a todas las necesidades naturales del individuo. Por tanto, la Constitución no necesita declarar los derechos, decir cuáles son. Es necesario, únicamente, garantizar de la manera más completa todas las manifestaciones de la libertad y esto es lo que se hizo en el proyecto del artículo 1º¹¹⁰.”

¹⁰⁷ Jiménez Campo, Javier, Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 24

¹⁰⁸ Burgo Orihuela, Ignacio, Las garantías individuales en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2012, P. 6.

¹⁰⁹ Ferrer Mac-Gregor Eduardo; *et a.*, *Op. cit.*, p.38

¹¹⁰ Burgo Orihuela, Ignacio, *Op. cit.*, P. 7.

Por lo tanto, la diferencia entre los términos en palabras del célebre Burgoa, consiste en que:

“ (los) derechos del hombre” tienen una dimensión extra positiva, son superiores y anteriores al derecho positivo, pues aquellos son “potestades inseparables e inherentes” al hombre, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado sus autoridades ¹¹¹”

Los derechos humanos, no tienen que estar escritos en un ordenamiento para existir, forman parte de los seres humanos por el simple hecho de serlo. La diferencia jurídica que implica el cambio de derechos fundamentales y sus garantías a derechos humanos, significa que para nuestra constitución el Estado tiene la obligación de proporcionar las condiciones de su cumplimiento, otorgando a quienes ejercen justicia la facultad de practicar el principio pro-persona y de basarse en tratados internacionales que los favorezcan más.

Fue el 10 de junio de 2011, que en nuestro paso se publicó en el Diario Oficial de la Federación una de las modificaciones a la Constitución Federal más importantes en materia de derechos humanos. Se reformaron once artículos. Sin embargo, no es objeto de estudio de esta investigación un análisis profundo en la materia, es por eso que la mención de las reformas en el artículo primero bastará para dimensionar la magnitud del cambio.

El artículo primero, que en su primer párrafo indica que

“...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 protección¹¹²”.

En el párrafo segundo el artículo 1o. constitucional precisa que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución

¹¹¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Op. cit.*, p.7.

¹¹² Congreso de la Unión, citado el 22 de marzo de 2018, ww.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia¹¹³”.

Este párrafo segundo, se encarga de tutelar entonces el principio pro-persona en la interpretación de las normas.

En el tercer párrafo el artículo 1o. precisa:

“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 este tercer párrafo lo que se procura principalmente es respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos¹¹⁴”.

Además, la CNDH estipula que, respetando a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso de violación de derechos humanos, las autoridades tienen la obligación de: 1) investigar cualquier conducta que menoscabe derechos humanos; 2) sancionar a los responsables; y 3) reparar el daño a las víctimas.

3.1.2 Principios rectores de los derechos humanos

Los principios rectores de cualquier derecho humanos son la universalidad, la progresividad, la interdependencia y la indivisibilidad. Cada uno de estos principios es reconocido por el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y basándonos en la definición de una tesis de la 10ª época del año 2013 a cada principio lo rodean las propiedades siguientes:

La universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, no absolutos, sino que son

¹¹³ Congreso de la Unión, citado el 22 de marzo de 2018, ww.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

¹¹⁴ Congreso de la Unión, citado el 22 de marzo de 2018, ww.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias;¹¹⁵

Lo que vuelve a los derechos humanos universales, es la característica de ser inherentes a todo ser humano, sin limitaciones o distinciones discriminatorias.

La interdependencia e indivisibilidad, en cambio implica que:

“Están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados (*interdependencia, es decir que para aplicar uno vas a necesitar de otro*). Debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (*indivisibilidad, no se puede aplicar uno e ignorar la aplicación de otro derecho*)¹¹⁶”.

Y por consecuencia lo anterior implica también que: “el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos¹¹⁷”.

La Progresividad de acuerdo con el Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del primer Circuito en 2013, constituye:

“El compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales¹¹⁸”

¹¹⁵ SCJN, citado el 22 de marzo de 2018, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2003350&Clase=DetalleTesisBL&Semano=0>.

¹¹⁶ SCJN, citado el 22 de marzo de 2018, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2003350&Clase=DetalleTesisBL&Semano=0>.

¹¹⁷ CNDH, citado el 20 de marzo de 2018, http://stj.col.gob.mx/dh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_2_2.pdf

¹¹⁸ SCJN, citado el 22 de marzo de 2018, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2003350&Clase=DetalleTesisBL&Semano=0>.

Lo que este principio rector exige al Estado es tal como su nombre lo dice, una evolución en las medidas necesarias para garantizar la observancia de los derechos humanos, que las mejoras económicas se traduzcan en avances para los derechos humanos.

Un aspecto que no puede ser pasado por alto, es que, tanto medio del primer artículo constitucional, como por medio de los tratados internacionales, tales como: Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, México se comprometió a “a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna (artículo 2° de ambos tratados)”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo segundo señala el compromiso “a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos¹¹⁹”

Dicho lo anterior en pocas palabras, México como Estado tiene una “obligación” no vinculante de cumplir, fomentar y promover cada uno de los derechos humanos. Legalmente se han sentado bases que guíen al país en esta dirección. Lamentablemente, no ocurre de esa manera. La propia CNDH y la Comisión interamericana de derechos Humanos dirige sus líneas de investigación (a través de becas y diplomados) para averiguar el motivo por el cual no se están obteniendo los resultados deseados. La

¹¹⁹ CNDH, citado el 20 de marzo de 2018. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>

característica no vinculatoria, conlleva a graves repercusiones. Lo más alarmante, es que ni a nivel nacional o local se discute sobre este tema.

3.1.3 Características de la seguridad jurídica como derecho humano

La historia del pensamiento jurídico demuestra que, existen principios rectores, como el de la justicia que nunca terminan de ser definidos. Los cuales, son concebidos de diferentes maneras, dependiendo del momento por el que pase el derecho. Algo similar sucede con la seguridad jurídica. Partiendo del postulado de que la justicia es un valor fundamental del derecho, junto con la seguridad jurídica, el bien común y el orden público. Se afirma, en consideración a lo expuesto por el maestro Rafael Rojina Villegas en su artículo "La justicia, valor supremo del Derecho", que el derecho debe realizar justicia en medida de las posibilidades humanas¹²⁰

La justicia, que regula las relaciones jurídicas entre particulares, el estado y los distintos órganos del mismo (justicia de subordinación), debe armonizarse con los valores de la comunidad, para resolver el eterno conflicto entre el estado y el individuo. La seguridad jurídica sirve como instrumento auxiliar de la justicia, al igual que el bien común y el orden público. Por consiguiente, tanto el Estado como las personas que detentan el poder deben reconocer estos valores. Lo medular aquí es que la seguridad jurídica está unida con los intereses individuales y sociales. No puede existir seguridad colectiva sin seguridad individual. Lo que obliga al orden público a garantizar los valores sociales. Todo aquel acto que contradiga los valores jurídicos (justicia, seguridad jurídica, bien común y orden público). Cuando existe plenitud hermenéutica dentro de un

¹²⁰ REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA, p.1 , citado el 19 de marzo de 2018. <http://132.248.42.11:8991/cgiin/multibasealeph/frames.pl?palabra=rafael+rojina+villegas&campo=Todos&adjacent=false>

sistema jurídico, se garantiza la posibilidad de extraer del mismo una solución que haga frente a los conflictos, no obstante, las lagunas de la ley.

El sistema jurídico debe realizar la seguridad jurídica, el bien común, la paz y el orden público. Cuando las condiciones sociales llegan a las condiciones de inseguridad jurídica, desigualdad absoluta, una mala repartición de la riqueza, pobreza, entre otras, el derecho deja cumplir su función, por permanecer ajeno a las necesidades colectivas, esta es la causa de las grandes revoluciones, la ruptura del derecho es inevitable. Por lo tanto, el derecho debe ser precavido y no destruirse a sí mismo porque cada decisión errónea, nos trae este tipo de consecuencias¹²¹

En este sentido es importante retomar la teoría de Radbruch, con las palabras de Ricardo García Manrique respecto de la seguridad jurídica, y si bien, ya se habían mencionado ciertas características de esta, no se profundizó lo suficiente:

“La seguridad jurídica encuentra su concepto más depurado: en apariencia, se trata de un tipo especial de seguridad, relativa al propio Derecho, e independiente de su contenido concreto; diferente, por tanto, de la seguridad que el Derecho pueda, a su vez, garantizar a las personas respecto de ciertos estados de cosas que no sean el conocimiento y la aplicación de las normas jurídicas¹²²”.

Lo que el autor refiere, es que, si se intenta definir la seguridad jurídica de la forma más llana posible, se diría que es un tipo de seguridad inherente al derecho. Más limitar este término de esa manera, o haría justicia al valor que implica. Esto, debido a que: “Es un valor del Derecho, se colige del hecho mismo de su incorporación a la idea del Derecho que, como sabemos, expresa «lo que el derecho debe ser¹²³ .

¹²¹ REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA, pp 1-16, citado el 19 de marzo de 2018. <http://132.248.42.11:8991/cgiin/multibasealeph/frames.pl?palabra=rafael+rojina+villegas&campo=Todos&adjacent=false>

¹²² García Manrique, Ricardo. El valor de la seguridad jurídica, México, Editorial Fontamara, 2007. P. 7.

¹²³ *Ibidem*. p. 7.

En un sentido más amplio y siguiendo la línea de pensamiento de Radbruch el mismo autor dice que:

“La seguridad jurídica es la expresión de la garantía jurídica de ciertos contenidos materiales del derecho, y sólo es valiosa en la medida en que expresa tal garantía. Estos contenidos han sido identificados previamente como «límites del relativismo»¹²⁴, esto es, como aquellos valores respecto de los que no cabe duda de que deben ser garantizados jurídicamente¹²⁵”

De esta manera se enfatiza que, de acuerdo con el jurista alemán, la seguridad jurídica no tiene un valor propio, sino que es únicamente válida al ejercerse para procurar otros derechos. Este es el punto que separa el relativismo de la justicia y la seguridad jurídica de la praxis. La cita anterior continúa diciendo:

“... hasta el punto de que, si no lo son (*los valores garantizados*), no nos hallaremos ante un orden jurídico; esto es así porque sólo un orden normativo que los garantice permite concebirlo como expresión de la idea de derecho¹²⁶”, Esto es, si bien la seguridad jurídica según Radbruch no posee un valor intrínseco, si es el determinante de un verdadero estado de derecho, sin la seguridad jurídica todas las demás necesidades individuales y colectivas no llegan a concretarse. Lo que la seguridad jurídica aporta entonces, es la efectividad de los valores.

“El último fundamento de la consideración axiológica de la seguridad jurídica: el respeto de los seres humanos como agentes morales o, si se quiere, el respeto de la libertad individual”¹²⁷.

Dicha efectividad sirve para garantizar la libertad individual y no menos importante, la dignidad humana.

Por eso muchos jurisconsultos sostienen que la seguridad jurídica no vale por sí misma sino por aquello que garantiza, Ricardo García después de estudiar a Radbruch resume en cuatro líneas, la importancia de la seguridad jurídica y su aportación a la sociedad, con estas palabras:

¹²⁵ Radbruch, Gustavo, Introducción a la filosofía del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1997. P.30

¹²⁶ *Ibidem*. p.30

¹²⁷ García Manrique, Ricardo, *Op. cit.*, p. 7.

En consecuencia, la seguridad jurídica no es valiosa sólo, ni principalmente, por garantizar un procedimiento moral de ordenación social (aunque también) sino, sobre todo, por garantizar un contenido moral a tal ordenación¹²⁸ .

Ahora bien, después de nombrar qué es y que nos regala la seguridad jurídica, la pregunta obligada sería la siguiente: ¿es correcto considerar a la como seguridad jurídica un derecho humano?

Para responder a esta interrogante hay que tomar en consideración los puntos ya desarrollados al inicio de este capítulo, en donde se señala su fundamento legal, y las características que debe poseer como mínimo para ser considerados como tal. De acuerdo con los criterios jurisprudenciales podemos citar el siguiente ejemplo:

“[...]se advierte una definición clara del contenido del derecho humano a la seguridad jurídica, imbríto en el artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual consiste en que la persona tenga certeza sobre su situación ante las leyes, o la de su familia, posesiones o sus demás derechos, en cuya vía de respeto la autoridad debe sujetar sus actuaciones de molestia a determinados supuestos, requisitos y procedimientos previamente establecidos en la Constitución y en las leyes, como expresión de una voluntad general soberana¹²⁹)”.

Tal como se ve subrayado, en la cita anterior, en México, la Seguridad Jurídica, al menos dentro de un nivel teórico se considera como un derecho humano, que en este caso se representa en el artículo 16 del ordenamiento supremo del país, a pesar de no encontrarse textualmente dentro del mismo.

De lo cual se deduce que, si la seguridad jurídica es un derecho humano, es por lo tanto universal (aplicable para todos sin distinción), interdependiente, indivisible y progresivo.

¹²⁸ García Manrique, Ricardo *Op. cit.*, P.16

¹²⁹ 10a. época Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada, 3 de febrero 2014, pago 2241, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación. Citado el 17 de marzo de 2018. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2005777&Tipo=1>

3.2 La seguridad jurídica y la dificultad para garantizarla

3.2.1 Enfoque de los derechos humanos

Siguiendo el razonamiento del capítulo anterior, en cuanto a los principios rectores de los derechos humanos, especialmente el de la universalidad, específicamente tratándose la seguridad jurídica, es conveniente evocar la ideas de Radbruch, a través de las palabras de García Manrique, quien nos dice que: “cuando Radbruch afirma que una ordenación jurídica que sólo pretendiera valer para algunos hombres y para algunos casos, no sería derecho, sino arbitrariedad¹³⁰. Esta es la importancia de la universalidad de la seguridad jurídica. En México los derechos valen para unos cuantos, mientras que para otros pasan desapercibidos, lo que nos convierte en un país arbitrario. Si la seguridad jurídica como derecho humano no se aplica por igual, luego entonces no existe tal seguridad. Pues como se detalló en capítulos anteriores una de las características de este derecho consiste en la protección del resto de los valores, si no existe la certeza de que tus derechos van a ser reconocidos y respetados, entonces no existe certeza en absoluto, pues se trata de algo que se tiene o no. Sin puntos medios.

Las dificultades para garantizarla fidedignamente, son muchas, empezando por el nivel de exigencia que implica la madurez que requiere un Estado democrático para poder hacerlo.

“La seguridad jurídica, así definida, implica determinadas exigencias, que conforman (junto con otros caracteres que ahora no son relevantes) el concepto de Derecho, a saber: el Derecho debe ser «positivo», lo que para Radbruch equivale a que «se halle estatuido en leyes»; en segundo lugar, el Derecho debe ser «preciso», es decir, tiene que estar «basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto, mediante criterios generales como el de la «buena fe» o el de las «buenas costumbres»»; en tercer lugar, los hechos en que debe basarse el Derecho deben ser «practicables»; en cuarto lugar,

¹³⁰ García Manrique, Ricardo, *Op. cit.*, P.16

por último, el Derecho debe ser «estable», esto es, «no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes»¹³¹.

De lo anterior, lo que se debe retener son las cuatro características que deben preservarse en el derecho, es decir que sea: positivo, preciso, practicable y estable. Para Radbruch esta es la fórmula infalible para lograr garantizar la seguridad jurídica.

Sin embargo, existen autores que se oponen a esta “fórmula”, pues consideran que existen más elementos que conforman la seguridad jurídica, por ejemplo, García Manrique en su libro cita el caso de:

“Norberto Álvarez hace notar la ausencia de referencias a los principios de jerarquía normativa, no retroactividad o fuerza de cosa juzgada, aunque más benévolamente opina que «Radbruch no elude estos requisitos. Ocurre, simplemente, que no se refiere a ellos de forma explícita. Lo hace, sin embargo, implícitamente»¹³²”

Nos detendremos a explicar estos elementos más adelante.

Nombrar a estos estatutos protectores de la dignidad humana como derechos fundamentales, o derechos humanos o bien garantías, genera repercusiones sobre los gobernados, las cuales pueden ser beneficios o desventajas, pero también afectan al otro lado de la ecuación, es decir al gobierno y sus administradores. De acuerdo a la denominación jurídicamente aceptada es el nivel de obligación del gobierno, y en nuestro país, como ya se dijo, desde el 2011 se ha optado por el término “derechos humanos” que a nivel conceptual significa que la dignidad de la persona es preponderante al poder del estado, el principio pro-persona debe ser la prioridad en cualquier acto de autoridad.

¹³¹ García Manrique, Ricardo, *Op. cit.*, p.18

¹³² García Manrique, Ricardo, *Op. cit.*, p. 18.

En ese contexto, el estado está “obligado” promover el progreso de los derechos humanos derivado de uno de los principios que los rigen y caracterizan (el de progresividad como el nombre lo indica). Sin embargo, existen ciertas consideraciones que dispensan la falta de progreso, consideraciones a las que se puede recurrir para justificar la ausencia de observancia del citado principio. Estas consideraciones se justifican por un criterio, denominado por la ONU *human right approach* o enfoque basado en los derechos humanos:

“Los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos establecen las bases para la libertad, la justicia y la paz en el mundo, según la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. El enfoque basado en los derechos humanos se centra en los grupos de población que son objeto de una mayor marginación, exclusión y discriminación. Este enfoque a menudo requiere un análisis de las normas de género, de las diferentes formas de discriminación y de los desequilibrios de poder a fin de garantizar que las intervenciones lleguen a los segmentos más marginados de la población”¹³³.

Los procedimientos que se llevan a cabo para implementar el enfoque basado en los derechos humanos, de acuerdo con la página oficial de la ONU, específicamente a través del Fondo de Población de las Naciones Unidas, se resumen en cuatro.

El enfoque basado en los derechos humanos comienza con una evaluación y un análisis que trata de lo siguiente:

1. “Identificar las demandas de derechos humanos de los titulares de derechos y las correspondientes obligaciones de derechos humanos de los titulares de deberes, así como la inmediata, subyacentes, y las causas estructurales de la no-realización de los derechos¹³⁴”.

El segundo paso consiste en evaluar la capacidad de respuesta de las autoridades ante las demandas:

¹³³ UNFPA, citado el 25 de marzo de 2018, <https://www.unfpa.org/es/el-enfoque-basado-en-los-derechos-humanos>

¹³⁴ UNFPA, citado el 25 de marzo de 2018, <https://www.unfpa.org/es/el-enfoque-basado-en-los-derechos-humanos>

“Los programas evalúan la capacidad de los titulares de derechos para reclamar sus derechos, y de los titulares de deberes para cumplir con sus obligaciones. A continuación, se desarrollan estrategias para construir estas capacidades¹³⁵”.

Una vez cumplido con lo anterior se desarrolla un método de supervisión a través de:

3. “Programas de seguimiento y evaluar tanto los resultados como los procesos guiados por las normas y principios de derechos humanos¹³⁶”.

Y posteriormente durante la etapa final:

4. “La programación se informó por las recomendaciones de los órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos”¹³⁷.

Luego entonces, este enfoque pretende: tomar en cuenta las condiciones generales del país, es decir, su estructura organizacional,

pobreza, nivel de violencia, etc., pensar en las condiciones en las que se encuentra la persona cuya esfera jurídica se vio afectada, y de acuerdo al análisis de este problema emitir una propuesta. En palabras más coloquiales el nivel de exigencia es proporcional a las circunstancias del país. En México, se impulsan reformas locales y nacionales en miras de progreso, verbi gratias, la previamente aludida reforma del 2011. Sin embargo, los gobernantes apuntan como causa de ineficacia a la sociedad, justificando la pobreza de los resultados obtenidos luego de las reformas, por la falta de cultura jurídica de los ciudadanos mexicanos, o bien la insuficiencia de recursos para implementar las medidas impulsadas en la materia. Cuando en realidad son las reformas mismas las que no son capaces de hacer frente a los problemas, su efectividad resulta insuficiente porque carecen técnica legislativa, perspectiva, congruencia con otras normas, en otras palabras, porque

¹³⁵ UNFPA, citado el 25 de marzo de 2018, *Ibidem*

¹³⁶ UNFPA, citado el 25 de marzo de 2018, *Ibidem*

¹³⁷ UNFPA, citado el 25 de marzo de 2018, *Ibidem*

no se forman sobre bases sólidas, la seguridad jurídica no es considerada en esa evolución normativa.

El marco jurídico mexicano es condescendiente al momento de juzgar los actos de autoridad, por mencionar un ejemplo más concreto: las faltas administrativas y sus sanciones, aun siendo “fortalecidas” por las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación en mayo del 2015 al artículo 113 constitucional en materia de responsabilidad administrativa, siguen siendo laxas. Se han desarrollado reestructuras en todos los órdenes de gobierno, con la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, los sistemas estatales anticorrupción, la integración de órganos autónomos en cada entidad que funcione con recursos públicos federales o estatales, el dotar de autonomía a los entes de fiscalización superior, todo ese conjunto de esfuerzos se reduce a un gasto ineficiente del recurso público, porque los servidores públicos encargados de fiscalizar, también son responsables de su propia fiscalización, son jueces y parte simultáneamente, basta revisar la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación o la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción para comprobarlo.

Este ejemplo nos regresa a la doctrina francesa, exactamente al célebre Rousseau, quien acertadamente decía que un gobernante no puede gobernarse a sí mismo. Y es con esta ilustración que se pretende plasmar lo delicado del enfoque basado en los derechos humanos, de poco sirve un concepto universal en la Constitución Política Mexicana como “derecho humano”, si su aplicación y garantía está supeditada al criterio de las autoridades, de las mismas autoridades que comenten los atropellos en contra de la sociedad. Este razonamiento no sugiere afectar la soberanía del país, sino a enfatizar la importancia que ocupa la seguridad jurídica como derecho rector y garante de los demás derechos humanos.

3.2.2 Globalización y su afectación a la seguridad jurídica.

No se debe olvidar que el país forma parte de un proceso de globalización constante, en el cual existe un flujo de capitales, con el propósito de extender el territorio económico y cultural de los distintos países. Este tráfico, así como trae ventajas, conlleva desventajas, más allá de aquellas de carácter sociológico, fomenta desventajas a nivel jurídico, particularmente tratándose de la seguridad jurídica, bajo esa justificación es que se fomenta el enfoque basado en los derechos humanos, aunque su efectividad no sea plausible.

El nivel económico de un país influye remarcablemente en su desarrollo, el cual se ve afectado por diversos factores como los que menciona Donald Castillo Rivas en su libro “Acumulación de capital y empresas transnacionales en Centroamérica”, el autor sienta precedentes de cómo es que las empresas extranjeras se fueron instalando en Latinoamérica y cómo “la presencia del capital extranjero en el proceso de integración es uno de los elementos que ha conformado cualitativamente nuestro actual patrón de desarrollo¹³⁸”.

Este impacto no es nuevo, es la consecuencia de un fenómeno que inició en la década de los noventa, cuando se empezaba a especular sobre la importancia que iban a ir adquiriendo paulatinamente, sin embargo, había ya ciertos puntos que eran certeros, prueba de esto es que en 1994 Kassahun Ahmed, escribió en su tesis doctoral de 1994, “Análisis de las empresas transnacionales y la inversión extranjera directa en México”, emitida por la Universidad Complutense de Madrid, una investigación, en la que se concluyó que “las empresas transnacionales son las únicas organizaciones capaces de

¹³⁸ Castillo, Donald, Acumulación del capital y empresas transnacionales en Centroamérica, Editorial siglo veintiuno editores, Estados Unidos, 1980, p.49.

competir y con ello conseguir cada vez mayor poder económico y también político¹³⁹”, esto fomentado por:

“la liberación de las políticas respecto del ingreso y la salida d de corrientes de inversión extranjera directa [...] considerable a nivel interno, incluida la privatización de las empresas públicas [...] significa total ausencia de restricciones en materia de inversión extranjera directa¹⁴⁰”.

De acuerdo con el mismo autor “cada país dominante se fue especializando en las actividades más lucrativas, mientras el país dominado tuvo que dedicarse a las actividades de débil rendimiento económico, como la agricultura y las industrias extractivas¹⁴¹”.

Existen diversas causas que llevan a las empresas multinacionales a la deslocalización, esta consiste en cerrar o desactivar una unidad de producción dentro del país de origen, para reubicarla en un país extranjero dentro del cual se lleva a cabo el proceso de producción, para, finalmente, regresar el producto terminado y listo para comerciar al país de origen. De esta manera, las empresas abaratan el costo de producción gracias a los bajos salarios que pagan a los trabajadores del país de recepción, así como las largas jornadas de trabajo, consecuentes de una débil legislación laboral, lo que además de una disminución de los costos significa un aumento en la capacidad de producción. Un ejemplo por excelencia de un país receptor es China, que al igual que México, dio la bienvenida a empresas manufactureras y automotrices extranjeras por muchos años, sin embargo, el primer país empezó a hacer cambios en su legislación, especialmente en pro de los derechos de sus trabajadores, lo que implicó un problema para las empresas extranjeras, tal como lo sugiere una publicación de la revista española

¹³⁹ Universidad Complutense de Madrid, citado el 1 de abril de 2018, <https://eprints.ucm.es/52174/>

¹⁴⁰ Universidad Complutense de Madrid, citado el 1 de abril de 2018, *Ibidem*.

¹⁴¹ Universidad Complutense de Madrid, citado el 1 de abril de 2018, *Ibidem*.

“Emprendedores” en agosto del 2013:

“El aumento de los costes laborales en China, de los aranceles y del transporte, entre otros, está llevando a muchas empresas españolas, que deslocalizaron su producción a aquel país a finales y principios del siglo XXI, a buscar nuevos mercados más baratos en Asia y África e, incluso, a volver a fabricar en España[...]las empresas españolas que decidieron fabricar en China buscaban ser más competitivas gracias a los bajos costes laborales, a las jornadas de trabajo leoninas y a la facilidades de producción, logística y transporte reinantes en aquel país asiático, ahora las cartas han cambiado y buscan mercados más rentables para fabricar sus productos.”¹⁴²

A manera de ilustración, dentro de la misma publicación citan a Luis Berbegal gerente de la industria juguetera Injusa, quien declara para la misma revista que:

“Abrimos en Alemania y luego en México y, cómo no, también nos fuimos a China, como todo el mundo. En 2004, fabricábamos entre el 30-35% en China, era evidente que las ventajas de fabricar en China en 2004 eran tremendas. Hablo de sueldos de un dólar al día. También el Gobierno chino se preocupó muy mucho de atraer inversión extranjera. En definitiva, había un entorno muy favorable para que las empresas se planteasen ir a fabricar a China”¹⁴³.

El ejemplo anterior demuestra que “lo que ocurre es un fenómeno que los economistas llaman dependencia financiera¹⁴⁴” y existe una relación directa entre el fenómeno económico de la globalización y la ausencia de seguridad jurídica en nuestro país. Otro índice, lo aporta la OCDE con su estudio sobre la Distribución del ingreso y la pobreza, en el 2015 y de acuerdo con el indicador GINI (medida para la inequidad en los ingresos) México alcanza un coeficiente de 0.459¹⁴⁵. De acuerdo con la OCDE el GINI será cero si todos tienen un mismo ingreso y será uno si una sola persona tuviera todos los ingresos, esto es, mientras más cercano a uno sea el coeficiente más desigualdad existe

¹⁴². Revista “Emprendedores”, España, 2013, citado el 1 de abril de 2018.

<http://www.emprendedores.es/gestion/fabricar-en-espana-es-rentable>

¹⁴³ Revista “Emprendedores”, España, 2013, citado el 1 de abril de 2018.

<http://www.emprendedores.es/gestion/fabricar-en-espana-es-rentable>

¹⁴⁴ Castañeda, Jorge , *et al.*, El economismo dependientista, México, Ed. UNAM, 1988, P. 15.

¹⁴⁵ OECDE, citado el 2 de abril de 2018, <https://www.oecd.org/mexico/OECD2015-In-It-Together-Highlights-Mexico.pdf>

en la distribución de riqueza; el factor económico refleja mucho de una sociedad, y de manera más elocuente, dicha relación es explicada de manera muy acertada por el autor Dharam Ghai en el libro “Informe sobre el desarrollo humano”, él escribe una crítica sobre los trabajos de Hirono y Streeten, y a pesar de que el autor tiene un enfoque aún más amplio pues él hace referencia a la seguridad humana, su análisis es acertado.

“El país debería estar preocupándose por salvaguardar los derechos ante los cambios de la actualidad y no sobre conceptos fundamentales para una democracia¹⁴⁶”.

En esta frase introductoria, el autor, asertivamente manifiesta lo que a su parecer debe ser la labor del gobierno. Nos adelanta, que la situación actual implica suficientes dificultades, que cuestiones como la democracia, por ejemplo, deben ya estar establecidas y funcionar de manera sólida como base para resolver las circunstancias que se nos presentan en la actualidad.

Dharam, Ghai dice que el precio que del acelerado ritmo de la globalización ha sido el deterioro de la seguridad humana.

“Este fenómeno parece haberse producido en una amplia gama de países con distintos sistemas socioeconómicos y niveles de desarrollo. Esta falta de seguridad parecería tener su origen en los cambios que se han producido en la sociedad, la política y la cultura. Todo sistema dinámico genera inseguridad humana¹⁴⁷”

Y el autor agrega otro elemento importante:

“Cuando los cambios se producen en forma vertiginosa, el efecto acumulativo puede ser muy alarmante. Además, cuando las instituciones y los mecanismos establecidos para amortiguar la falta de seguridad jurídica empiezan a desmoronarse debido al impacto de estas fuerzas, los efectos se intensifican. La falta de seguridad económica es el factor central de la creciente espiral de pérdida de la seguridad humana¹⁴⁸”.

¹⁴⁶ Jolly, Richard, Emereji Louis, Ghai Dharam, Lapeyre Frédéric, Informe sobre el desarrollo humano, Editorial PNUD, España, 1998. P.185

¹⁴⁷ *Ibidem*. P.185

¹⁴⁸ *Ibidem*. P.185

En su análisis Dharam Ghai, menciona a la seguridad humana, como un valor que engloba a todos los valores básicos, incluyendo a la seguridad jurídica, económica, etc. Dicha seguridad humana se ve afectada por la globalización por los cambios volátiles del sistema, mismos que impiden que la sociedad se adapte a un modelo, cuando ya debe cambiar a otro. Cuando un país goza ya de un sistema jurídico funcional, su mayor preocupación es como decía la frase del inicio, es salvaguardar la seguridad humana de sus ciudadanos, sin embargo, cuando aún en los niveles más básicos, los elementos de un estado democrático no se encuentran consolidados es lógico pensar que los gobernantes se avocan a solucionar los problemas más elementales para luego abordar los más actuales. La situación se agrava porque los efectos son acumulativos tal y como dice Dharam Ghai, incluso se podría añadir que hasta progresivos, porque la situación siempre se complica más cuando la estructura que procura la seguridad jurídica se vuelve obsoleta o ineficiente frente a las circunstancias.

Esta situación se puede explicar debido a:

“Los principales factores que han contribuido a esa situación son la intensificación de la competencia, la internacionalización de la producción, los cambios de los métodos de producción, las olas de especulación financiera y la velocidad con que se han producido los avances tecnológicos. Estas fuerzas dinámicas han dado lugar a precisiones y antecedentes sobre la seguridad de la vida cotidiana que se manifiestan en formas distintas en los distintos grupos y países. En la mayoría de los países uno de los elementos centrales de la inseguridad económica es la intensificación del problema del desempleo¹⁴⁹”.

Las modificaciones de las políticas de los gobiernos en materia de redistribución del ingreso y seguridad social han agravado estas fuentes de falta de seguridad económica. Influenciados por las nuevas ideologías y alentados por los factores recién señalados, en la mayoría de los países han recortado los subsidios a los artículos de consumo masivo,

¹⁴⁹ *Ibidem* P.185

elevado los cargos por servicios sociales y reducidos el nivel y la gama de prestaciones en el marco de programas de seguridad social y bienestar”¹⁵⁰.

Las características que Dharam Ghai menciona de aquellos países integrados a la globalización, también se pueden percibir en México desde hace algunos años. Dicho en palabras más sencillas, el interés político sirve a los intereses económicos, y como él mismo explica muchas de las políticas que ahora se implementan afecta la seguridad económica de los gobernados. Si bien no se puede vivir del asistencialismo social, cierto es que en un país en el que el salario mínimo no es suficiente para solventar la canasta básica, no será posible procurarse todos los demás derechos humanos reconocidos en nuestra constitución, tales como una vivienda digna, salud, entre otros. Lo que coloca al gobernado en una situación de indefensión frente al estado, porque visto desde un punto legal, el gobierno de México no provee a sus gobernados las condiciones necesarias para permitir su libre desarrollo.

En México, se vive en un contexto muy parecido que el autor describe como consecuencia de la ausencia de lo que él llama seguridad humana:

“Las personas intentan de diversas maneras lograr la seguridad de sus medios de subsistencia. Los procesos de la globalización amplían y crean nuevas posibilidades, pero no todas son lícitas o benignas y no todos los beneficiarios son indigentes o personas sin medios. Cada vez más personas recurren a formas ilícitas y clandestinas para hacer su fortuna o complementar sus míseros ingresos. Miles de personas que realizan actividades por cuenta propia¹⁵¹”.

Uno de los efectos de la globalización es la polarización de clases sociales, los ricos aumentan su fortuna y los sectores sociales de bajos recursos son cada vez más

¹⁵⁰ Jolly, Richard, Emereji Louis, Ghai Dharam, Lapeyre Frédéric Informe sobre el desarrollo humano, Editorial PNUD, España, 1998. Pp.186-189.

¹⁵¹ *Ibidem*. P.189.

desfavorecidos. Un Estado en el que la seguridad jurídica no se garantiza, facilita la proliferación de actividades ilícitas. Por ejemplo:

“El valor del comercio de armamentos y drogas ilícitas asciende a miles de millones de dólares y en esta actividad participa una compleja cadena de industriales, cultivadores, comerciantes, bancos, minoristas, consumidores. El robo y la estafa también adaptan diversas formas. El comercio de sexo y pornografía ha adoptado nuevas modalidades y se caracteriza por una perversidad cada vez mayor. Algunos empresarios incluso han descubierto formas de enriquecerse trasladando ilícitamente a las personas y traficando en órganos humanos¹⁵²”

Demás está decir que el panorama que Ghai describe encuadra perfecto con el México de hoy en día. Los índices de violencia y delincuencia han aumentado en los últimos años de manera exponencial, de acuerdo con el IMCO “la paz en México se deterioró un 4.9% entre 2017 y 2018, además la tasa de homicidios nacional aumentó 80.5% entre 2015 y 2018”¹⁵³. Los estudios del recientemente citado autor, resultan útiles a modo de comprobación, debido a que reiteran la teoría de Radbruch. Pues demuestra como los cambios constantes y rápidos afectan en primer lugar a la seguridad jurídica, la cual tal como efecto dominó impacta en la seguridad económica y en lo que él llama seguridad humana. La ausencia de los elementos de la seguridad jurídica según Radbruch, la ausencia de la estabilidad, en este caso, aumentado por las condiciones económicas globales, constituye un impedimento para su consolidación.

¹⁵² Jolly, Richard, Emereji Louis, Ghai Dharam, Lapeyre Frédéric Informe sobre el desarrollo humano, Editorial PNUD, España, 1998. P,189.

¹⁵³ IMCO, citado el 10 de noviembre de 2019, <https://imco.org.mx/uncategorized/indice-paz-mexico-via-instituto-la-economia-la-paz/>

3.2.3 La seguridad jurídica y su relación con la legalidad

La seguridad jurídica, al tratarse de un concepto amplio, se ve relacionado con muchos otros principios. Uno de ellos es la legalidad. Existe una relación tan estrecha entre ambos valores, que en ocasiones son confundidos.

La razón por la que se desarrolla este punto a esta altura de la investigación, es porque la legalidad mal aplicada, conlleva a la ausencia de seguridad jurídica y para demostrarlo, es necesario de terno a desglosar la importancia de la legalidad, de forma tal que sea más sencillo comprender la relación que antes se menciona.

Diego García Ricci, en cooperación con la CNDH, publica “Estado de Derecho Y Principio de Legalidad”, la cual pertenece a la colección de textos sobre Derechos Humanos. A lo largo de esa obra destaca el origen de la legalidad, el cual se remonta a la aparición del estado de Derecho, entendiéndose por este:

El Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho; es decir, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley. El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el imperio de la ley: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la “voluntad genera¹⁵⁴”

El estado de derecho según Ricci es la consecuencia del hartazgo social en contra del poder monárquico, caracterizado por sus excesos, arbitrariedades y absolutismo. Pues tal y como él dice:

“Tanto individuos como sectores sociales no sólo buscaron seguridad para sus personas, bienes y propiedades, sino, además, exigieron garantías y protección efectiva para su libertad. La defensa de la libertad, de la seguridad y de la propiedad sólo podría alcanzarse a través de la ley¹⁵⁵”.

¹⁵⁴ García, Diego, Estado de Derecho y principio de legalidad. Editorial CNDH, México, 2011, P.20.

¹⁵⁵ *Ibidem*, P.20.

En aquella época la legalidad resultó ser la solución a sus problemas, tener un compendio de reglas que normara la actividad y la función de sus representantes fue uno de los primeros pasos para el estado de Derecho.

Incluso cita a John Adams a quien se le atribuye el éxito de la constitución vigente más antigua, y que en el marco de gobierno de la Constitución de Massachusetts de 1780 indica la importancia de un: *government of laws and not of men*¹⁵⁶ o “gobierno de leyes, no de hombres”, .

El contrato social, explicaba de una forma más racional la concesión de autoridad a un determinado grupo de personas, basándose en el consentimiento de la población, lo que derivó en los conceptos de soberanía popular y de igualdad. El estado de Derecho, cimentado sobre el contrato social debería generar una cohesión entre el gobierno y los gobernados, situación que Rousseau explica de la siguiente manera:

“Los hombres voluntariamente pactan, consienten, convienen en renunciar a su fuerza y libertad originales para asegurar su conservación. Para ello, forman, por agregación, una suma de fuerzas, una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a otros, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”. Así, cada individuo pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo¹⁵⁷”.

Esta forma de organización también aporta otras figuras como el parlamentarismo, la constitución como ley suprema, además de la contemplación de los derechos del hombre como principal preocupación. Es como consecuencia de lo anterior, que si debiéramos enumerar los rasgos fundamentales de derechos sería pertinente recurrir a los siguientes puntos:

¹⁵⁶ Constitución de Massachusetts, Volumen 8, citado el 20 de noviembre de 2019. <http://www.masshist.org/publications/adams-papers/index.php/view/PJA08p270>

¹⁵⁷ García, Diego, Estado de Derecho y principio de legalidad. Editorial CNDH, México, 2011, P.24.

“1) la división de poderes; 2) la garantía de los derechos fundamentales; 3) la primacía de ley por ser expresión de la voluntad general frente a las demás normas jurídicas, y 4) la soberanía nacional¹⁵⁸”

Para este autor el Estado de Derecho también responde al paso del absolutismo al liberalismo, tratándose de un modelo que ha sido adoptado por la mayoría de los países, sin embargo, reducir el Estado de derecho a los cuatro puntos anteriores, puede traer como consecuencia un Estado de derecho lleno de vicios, que se aleja del propósito inicial. Es por eso que Elías Díaz, propone cuatro requisitos más.

Siendo el primero de ellos el “Imperio de la ley”. Entendiéndose por ley:

“La creada por el órgano de representación popular, esto es, el Parlamento, pues no debe perderse de vista que la ley es la “concretización racional de la voluntad general”. Las leyes ordinarias se conexionan y subordinan a la Constitución ley fundamental¹⁵⁹”.

En otras palabras, es necesario que el ordenamiento jurídico de un Estado, se organice jerárquicamente, y que estas sean necesariamente creadas por el poder legislativo, consecuencia de la elección popular, lo que nos lleva al segundo punto: la división de poderes: la cual, es justificada por Elías Díaz, como medida que previene el regreso al absolutismo. Se trata de una forma de proteger el respeto a los derechos y las libertades fundamentales. La división de poderes, como dice García Ricci orientado por palabras del jurista español Elías Díaz, debe siempre limitarse por factores como “controles políticos y sociales, como podría ser la censura de la opinión pública, la oposición y el propio sistema de elecciones periódicas, entre otros¹⁶⁰”

Es en este momento en el que se puede comenzar a vislumbrar la fuerte relación entre la seguridad jurídica y la legalidad, los dos requisitos anteriores de la legalidad, son

¹⁵⁸ García, Diego, Estado de Derecho y principio de legalidad. Editorial CNDH, México, 2011, P.33.

¹⁵⁹ Díaz, Elías, El Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Editorial Taurus, Madrid, 2010, P 53.

¹⁶⁰ García, Diego, *Op. cit.* P.33.

también características de un Estado de Derecho, por lo tanto, impactan también positiva o negativamente en la seguridad jurídica, o dicho en palabras de Elías Díaz:

“No existe el Estado de Derecho cuando no exista un sistema judicial que garantice adecuadamente seguridad jurídica para todos; cuando falten las garantías procesales; cuando no sean respetados los derechos de los detenidos y procesados; cuando el poder político se inmiscuya en la impartición de justicia; cuando exista impunidad, y cuando se haga uso excesivo de las jurisdicciones especiales en oposición a la ordinaria¹⁶¹”.

De la importante aportación de Elías Díaz al estudio del derecho, vale la pena retomar que los últimos dos requisitos son la legalidad de la administración de derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material. En cuanto al primero busca que la administración pública se someta a la ley, limitando sus actos a los que se contemplen en la misma, pues para el autor se trata de una forma de brindar seguridad jurídica a los gobernados. Este tercer requisito, nos recuerda la obligación de las autoridades que se establece en la Constitución nacional, principalmente en el artículo dieciséis, el cual establece la obligación de fundar y motivar. El cumplimiento de esta obligación contribuye: en primer lugar, a delimitar las acciones de las autoridades a aquello establecido y permitido por la ley, apegándose al principio de legalidad. En segundo lugar y simultáneamente al punto anterior, informa al gobernado el motivo por el cual procede de esa manera la autoridad, el fundamento por el cual resulta competente para resolver el asunto en cuestión y en resumen brinda una forma de seguridad jurídica.

El cuarto y último requisito de la legalidad, que habla de los derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material. Este cuarto punto tiene como función, colocar los derechos humanos al centro de cualquier estrategia de acción por parte de las autoridades¹⁶². García Ricci, secunda las ideas de Elías Díaz, y

¹⁶¹ García, Diego, *Op. cit* P.35.

¹⁶² Díaz, Elías, *Op. cit* Pp 40-55.

refuerza la idea de que en algún tiempo los derechos humanos representaron el triunfo de la burguesía, y se trataba de derechos no universales, a los que solo unos cuantos tenían acceso. El día de hoy el objetivo es su universalidad. Sin embargo, hay un punto en su teoría que parece no ser coherente. Pues él nos dice:

“El objetivo de todo Estado de Derecho no sólo es otorgar seguridad y certeza jurídicas, sino, además, garantizar los derechos humanos [...]En el sistema económico capitalista, asegura, se protegen más la libertad y la seguridad jurídica que la igualdad y la propiedad¹⁶³.

Sin embargo, en este último punto nos permitimos diferir de las palabras del autor, y optaremos por inclinarnos a la teoría de Radbruch, pues recordando, lo que ya se ha dicho sobre la seguridad jurídica a lo largo de esta investigación, no puede existir la seguridad jurídica sin igualdad y viceversa.

El derecho se caracteriza por su relativismo axiológico, el derecho en su forma más pura, se trata de un concepto abstracto, cuya finalidad no tiene un límite preciso, no se puede deducir tampoco en un cien por ciento de la naturaleza, es un concepto a priori, que descansa sobre la idea de la justicia, que es por su parte otro concepto meta-jurídico, la seguridad jurídica, entonces define y precisa su utilidad, es el valor que vela por todos los demás valores, y que vuelve realizable al derecho. Por lo tanto, la afirmación de Elías Díaz que sentencia que es un error priorizar a la seguridad jurídica, cae en lo absurdo, pues sin seguridad jurídica, la libertad y la propiedad (que son los derechos que, en específico, él piensa deben ser tutelados), no podrían garantizarse nunca., pues son en todo caso una consecuencia natural de la seguridad jurídica.

Después de revisar lo que implica el principio de legalidad, podemos concluir este punto con la definición que aporta el Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de legalidad:

¹⁶³ García, Diego, Estado de Derecho y principio de legalidad. Editorial CNDH, México, 2011, P.34.

“Régimen político estatuido por la ley fundamental de estado. En este último sentido se habla de gobierno legal con referencia al establecido de acuerdo con las normas de la Constitución. Por ello los gobiernos de facto son insanablemente ilegales, salvo cuando proceden de una revolución triunfante para un cambio de régimen y hasta tanto se sancione la nueva constitución por el poder constituyente¹⁶⁴”.

El mismo concepto, es definido por el Diccionario Jurídico Elemental, como:

“Calidad de legal o proveniente de la ley, régimen político fundamental de un estado, especialmente el establecido por sus constitución¹⁶⁵”.

De acuerdo con ambos diccionarios, la legalidad es un régimen político establecido por la Constitución de cada Estado, entonces, todo lo legal, es aquello que se realiza conforme a la ley y si se realiza conforme a la ley, es justo, o en teoría lo es. Este modelo, sin embargo, presenta debilidades. Las cuales Ricci ejemplifica con la llegada del Nacional Socialismo en Alemania, cuando Hitler dictó una serie de leyes contrarias a los derechos humanos para un grupo específico de la población, para él: “Las grandes crisis ocurridas durante las primeras décadas del siglo XX demostraron que el modelo de Estado liberal de Derecho no fue suficiente para evitar las arbitrariedades y abusos cometidos por las autoridades estatales, enmascarados a través de las leyes¹⁶⁶.”

La solución que Ricci encuentra a este problema, se basa en el cuarto principio de Elías Díaz, centrar la legalidad en los derechos humanos.

“El Estado constitucional de Derecho establece como requisito de validez para todas las leyes el de adecuarse y subordinarse al contenido de la Constitución. Eso quiere decir que no sólo deben cumplir con el procedimiento de creación previsto en la Constitución, como lo sostenía el positivismo jurídico, característico del Estado liberal de Derecho, sino que, además, deben estar acordes con los valores ético-políticos y los derechos fundamentales previstos en ella¹⁶⁷”.

Este nuevo rol que desempeña la constitución, propicia que países como México, se caractericen por la frecuente reforma a este máximo ordenamiento. Cada reforma

¹⁶⁴ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales, Editorial Heliasta, Argentina, 2000, P 563.

¹⁶⁵ *Ibidem*, P.229

¹⁶⁶ García, Diego, Estado de Derecho y principio de legalidad. Editorial CNDH, México, 2011, P.40.

¹⁶⁷ *Ibidem*, P.40.

propuesta por un Presidente, por ejemplo, es una forma de cambiar la dirección hacia la que se dirigirá el país, y una forma de marcar su paso por la historia. El Estado constitucional soluciona algunos de los problemas que se pueden generar con el régimen de legalidad, mas no resuelve todos.

Por lo tanto, la legalidad puede también constituir un obstáculo para la seguridad jurídica, esto cuando regresamos a lo que sucedió durante la Alemania nazi. Si bien es cierto que nuestro país no llega a esos niveles, y que al menos de manera escrita, el gobierno pretende respetar los tratados internacionales en materia de derechos humanos, también es cierto que existe cierta manipulación por parte de los legisladores, quienes haciendo uso de las facultades que su posición les confiere, dictan normas que benefician al sector al que ellos pertenecen. Por citar un ejemplo, de acuerdo con el Código Penal para el Estado de Quintana Roo, un delito como “aprovechamiento ilícito del poder” señalado en el numeral 252, sanciona a servidores públicos con una pena de dos a diez años de prisión por cometer alguno de los supuestos que a la letra dicen:

- I. Obtenga bajo cualquier pretexto, para sí o para cualquier otra persona, parte del sueldo de uno o más de sus subalternos, dádivas y otros servicios.
- II. Obligue a terceros a realizar negocios jurídicos que reporten beneficio económico para sí o para cualquier otra persona.
- III. Obligue a uno de sus subalternos a que le entreguen fondos, valores o cualquier otra cosa que se haya confiado a éstos y se los apropie o disponga de ellos indebidamente por interés privado, o sea en su favor o de cualquier otra persona.
- IV. Realice en provecho propio o de cualquier otra persona, actos de desposesión de bienes a un particular.
- V. Satisfaga indebidamente algún interés propio o de cualquier persona.

Algo similar ocurre con el delito de “abuso de autoridad”, tipificado en el artículo 253 del mismo código, el cual sanciona a los funcionarios que cometan el acto ilícito ahí contemplado, con una pena de seis meses a tres años de prisión. Para el delito de cohecho, señalado en el artículo 255 se sanciona en uno de los supuestos de la siguiente manera:

“Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y

Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a doscientos días multa¹⁶⁸

Mientras que cuando se trata de que un servidor público cometa Peculado, la sanción mínima sería la siguiente:

“Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a doscientos días multa (Código penal Q. Roo, artículo 256, fracción IV, párrafo tercero”.

Cuando se trata de Concusión, el cual encontramos en el artículo 257 del mismo código, la pena mínima va de “de seis meses a dos años de prisión y de cien a doscientos días multa”.

El motivo por el cual son citados estos ejemplos es por lo siguiente: de acuerdo con el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 202

“Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delitos dolosos y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años (...) el Ministerio Público podrá solicitar la reducción hasta de una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa”

En cada uno de los casos citados, no se supera la media aritmética, por lo tanto, en caso de que algún servidor público cumpla con los elementos del tipo penal, la sanción puede ser remarcablemente disminuida. Lo grave del asunto es que hablamos de delitos que causan un detrimento notable dentro del estado, que afectan de muchas formas a la ciudadanía, y sin embargo las penas son muy bajas, no son proporcionales al perjuicio causado y aun así son perfectamente legales ¿De qué forma afecta entonces este tipo de casos a la seguridad jurídica? Para responder a esta interrogante, además de lo que se ha explicado previamente respecto a este concepto, resulta útil recurrir a la definición del

¹⁶⁸ Código Penal para Q. Roo, artículo 255 inciso b, párrafo cuarto

Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales el cual define a la Seguridad jurídica como:

“Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representan la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. A su vez la seguridad limita, y determina las facultades y los deberes de los de los poderes públicos. Como es lógico la seguridad jurídica solo se logra en los Estados de derecho, porque en los regímenes autocráticos y totalitarios, las personas están siempre sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder¹⁶⁹”

En el ejemplo específico que se plantea, el principio de legalidad no se ve violentado, no así la seguridad jurídica. Pues atendiendo a la definición del diccionario esta representa la aplicación objetiva de la ley, la seguridad jurídica marca la diferencia entre un estado democrático y un estado totalitario, gobernado arbitrariamente. Luego entonces, esta legislación alejada de la objetividad, que no procura que los servidores públicos respeten los bienes del pueblo que representan ¿no es entonces una forma indirecta de afectar los derechos de los ciudadanos? ¿Violenta su derecho humano a un gobierno democrático?, al marcar un trato diferente entre ciudadanos, de acuerdo a su cercanía con el poder ¿viola el principio de igualdad ante la ley?

Al ser la seguridad jurídica el medio que consolida los demás derechos y valores jurídicos ¿se ve está afectada debido a las prerrogativas que gozan sus administradores?

Lo lógico sería pensar que mientras más poder se tiene, más responsabilidades y obligaciones se adquieren, sin embargo, como se constata a través de este ejemplo, en México los errores de los servidores públicos se perdonan con facilidad.

Ejemplos como el que se acaba de plantear encontraremos y en diferentes materias son fáciles de encontrar, sin embargo, no es el propósito de esta investigación la

1. ¹⁶⁹ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales, Editorial Heliasta, Argentina, 2000, p 906.

compilación de ejemplos de violación a la seguridad jurídica en el país. Por lo que nos limitaremos a este ejemplo.

3.3 La seguridad jurídica de acuerdo a la concepción internacional.

En esta tesis se ha hecho énfasis al papel que desempeña la Constitución al momento de hablar de la seguridad jurídica. Es por esto que se considera pertinente mencionar cuál es la visión que se tiene respecto al máximo ordenamiento en otras partes del mundo, iniciando por la perspectiva de esta en el derecho español.

Los derechos humanos se encuentran tutelados a nivel nacional dentro de la Constitución, la seguridad jurídica como derecho de esta índole debe estar contenido dentro de la Constitución, y esta tiene la obligación de sentar las bases que los garanticen. Bajo esta línea de razonamiento, resulta conveniente citar a una publicación de la CNDH, que para su veinticinco aniversario, hace una investigación dedicada a “Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa”, escrito por Francisco Javier Díaz Revorio en el 2015. Para este autor, a diferencia de lo que ocurre con los derechos:

“Los deberes constitucionales no han sido en general un objeto de tratamiento doctrinal amplio y profundo. Aunque no hay algún estudio, no se puede decir que el concepto de deber constitucional y el análisis de los distintos deberes enunciados con tal condición en nuestra forma fundamental haya sido un objeto prioritario dentro del derecho¹⁷⁰.

Pues con la Constitución se repite el fenómeno del que habla Ortega y Gasset, cuando el filósofo dice:

“Al notar que no se puede vivir sin interesarse por unas u otras cosas, han creído que en efecto lo interesante eran estas cosas y no el interesarse mismo [...] No quiero decir con esto que todas esas grandes cosas sean ficticiamente valiosas;

¹⁷⁰ Díaz, Javier Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa, editorial CNDH, México, 2015, P 240.

solo meramente advertir que no es menos valioso ese poder de encenderse por lo estimable ¹⁷¹”

Así pues, sucede con la constitución española (al igual que con la Constitución nacional), que sus reformas y estudios se dirigen a los derechos que tutela, sin que en ningún momento los legisladores se hayan detenido a estudiar a la constitución misma y el modelo de país que esta procura a través de sus artículos. Lo que es un claro error, pues aprobar reformas que contravengan no jurídicamente sino ideológicamente la ley suprema sugiere un desorden en todos los niveles del estado. De esto se desprende la relevancia del principio básico de **deber constitucional**, algunos legisladores europeos lo consideran inexistente jurídicamente, pues los estudios se centran en los derechos. El principio básico del Estado de Derecho consiste en que los poderes se someten al ordenamiento jurídico y a la idea de que los ciudadanos están vinculados por el derecho, iniciando por la Constitución¹⁷² La sujeción a la constitución, dice el autor, es una consecuencia obligada que se deriva de su carácter de norma suprema, los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo. Esta sujeción implica que nadie contravenga lo que en ella se disponga.

De modo que, tal como lo expresa Francisco Javier Díaz, en la constitución española, en específico, se sigue de alguna manera el mismo propósito que en México, señalando que “el deber constitucional” es un criterio ignorado por los constitucionalistas españoles, pues al igual que en México, su ordenamiento supremo se aboca a normar sin regular el perfil doctrinal que debe seguir cada numeral. La importancia de determinar, el sentido que persigue una nación, dentro de la Constitución y por consecuencia en sus

¹⁷¹ Ortega y Gasset, José, El tema de nuestro tiempo Editorial Austral, España 2002, pp 34-35.

¹⁷² Díaz, Javier Estudios sobre los derechos y sus garantías en el sistema constitucional español y en Europa, editorial CNDH, México, 2015, pp 248-250.

demás ordenamientos, es primordial. Para enfatizar dicha importancia, resultan enriquecedoras las palabras de Ernest Geller, citadas por Florescano:

“Un grupo humano se constituye como una nación cuando sus miembros se reconocen mutua y firmemente ciertos deberes y derechos en virtud de su común calidad de miembros. Es ese reconocimiento del prójimo como individuo de su clase lo que los convierte en una nación¹⁷³” .

Posteriormente, dentro de su misma obra “Etnia, Estado y Nación”, Florescano fortalece la relevancia del concepto anterior al sentenciar que:

“La ambición de crear una nación de ciudadanos regidos por leyes iguales, unidos por valores comunes y animados por el propósito de crear un Estado soberano fue la aspiración obsesiva de los políticos mexicanos del siglo XIX¹⁷⁴” .

De lo anterior se resume que el concepto de Estado y el de nación, más allá de sus acepciones estrictas, implican una determinada cohesión social, proporcionada por una igualdad jurídica. La pregunta lógica inmediata, sería ¿cómo llegar a ese punto, que cada vez se vuelve más inalcanzable? Francia, preocupado por esas condiciones ha apostado por dirigir la mirada hacia la seguridad jurídica como posible solución.

3.3.1 La seguridad jurídica para el derecho francés.

El derecho mexicano de hoy, es el resultado de la mezcla con el derecho romano, el derecho francés, el derecho italiano e incluso del derecho germánico. Sin embargo, a pesar de adoptar las características de la tradición romano-germánica, también se ve fuertemente influenciado por el sistema anglosajón, especialmente en los últimos años. Siendo entonces, Francia, uno de los países con los que México mantiene una similitud jurídica que prevalece hasta la fecha, y siendo este el país fuente de inspiración de diversos movimientos claves a lo largo de la historia de nuestra república, resulta

¹⁷³ Florescano, Enrique, Etnia, estado y nación, Editorial Taurus, México, 2001, P. 15.

¹⁷⁴ *Ibidem*, P. 15.

interesante, detenerse a señalar los puntos de vista compartidos respecto a la seguridad jurídicas, así como las diferencias que nos separan.

M. Olivier Dutheill de Lamothe, miembro del Consejo Constitucional francés expone el 20 de septiembre de 2005, durante el recibimiento de altos magistrados brasileños en Francia, una de los temas de relevancia del momento, es decir lo que implica la seguridad jurídica vista desde el punto de vista del Juez Constitucional:

« La notion de sécurité juridique est absente, en tant que telle, de notre corpus constitutionnel. Elle ne figure ni dans le texte de la Constitution de 1958, ni dans celui du Préambule de 1946, ni même dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789¹⁷⁵».

Lo que en español se traduce de la siguiente manera:

“La noción de seguridad jurídica está ausente del cuerpo constitucional. Esta no figura ni dentro del texto de la Constitución (Francesa) de 1958, ni en aquella del preámbulo del 1946, ni así mismo dentro de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹⁷⁶”.

El escenario anterior, se repite dentro de la Carta Magna mexicana, esta no contempla expresamente el principio que estudiamos, sin embargo, intenta hacerlo prevalecer a través de distintos artículos, coincidentemente el 16 de la constitución nacional, que establece (entre otros) los mismos derechos que el 16 de la Declaración, la coincidencia de la omisión, no es obra de la casualidad, es sabido que la Constitución mexicana se inspiró en el trabajo francés.

M. Olivier Dutheillet continúa diciendo:

« Pour le Conseil constitutionnel, la sécurité juridique se rattache cependant à deux notions qui, bien que proches de celle de sécurité juridique, ne coïncident pas exactement avec celle-ci : la première est la notion de « sûreté » qui, aux termes de l’article 2 de la Déclaration, est l’un des droits naturels et imprescriptibles de l’homme avec la liberté, la propriété et la résistance à l’oppression. Mais, dans la Déclaration de 1789, la notion de sûreté correspond principalement à la notion d’habeas corpus, comme le précise expressément

¹⁷⁵ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securejuridique.pdf

¹⁷⁶ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, *Ibidem*.

l'article 7 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ¹⁷⁷ » ;

Lo que en nuestro idioma significa que:

“Para el juez constitucional, en cambio, la seguridad jurídica se remonta a dos nociones, que, si bien son próximas a la seguridad jurídica, no coinciden exactamente con esta. La primera noción es la de la “seguridad”, la cual en términos del artículo dos de la declaración, es uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, junto con la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión. Pero, en la declaración de 1789, la noción de seguridad corresponde principalmente a la noción del Habeas Corpus, tal como lo precisa el artículo 7 “ningún hombre puede ser acusado, ni detenido, más que en los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formas que ella prescriba”.

Lo que una vez más corresponde con la situación jurídica mexicana, en nuestro país se pretende garantizar algunos elementos integrantes de la seguridad jurídica, pero recordemos la teoría de Radbruch, la seguridad jurídica se configura con la suma de varios elementos, desde que uno se ausenta este derecho pierde fuerza y se desvanece su aplicación. Más adelante este autor agrega que:

La seconde notion est la notion de « garantie des droits » inscrite à l'article 16 de la déclaration : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ¹⁷⁸

Lo cual traducido al idioma español significa que:” La segunda noción, es la noción “garantía de derechos” inscrita en el artículo 16 de la declaración: “toda sociedad en la cual, la garantía de derechos no está asegurada, no la separación de poderes determinada, no tiene constitución” (Cfr.Exposé fait par M. Olivier Dutheillet de Lamothe, membre du Conseil constitutionnel, à l'occasion de l'accueil de hauts magistrats brésiliens, le 20 septembre 2005 / Cfr.Exposición hecha por el Magistrado

¹⁷⁷ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf

¹⁷⁸ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf

Olivier Dutheillet de Lamothe miembro del consejo constitucional, a la ocasión del recibimiento de los altos magistrados brasileños en septiembre de 2005.”

M. Olivier Dutheillet, recalca que, a pesar de los esfuerzos, El Consejo Constitucional, se ha siempre negado a consagrar la noción de seguridad jurídica como un principio constitucional. Por lo tanto, la seguridad jurídica, tal y como lo señala la doctrina francesa, y lo reafirma el Consejo Constitucional, se trata de una referencia implícita, de mayor control de constitucionalidad de las leyes de hoy (en Francia). Noción que se deriva del artículo 16 de la Declaración de 1789, más concretamente, el Consejo Constitucional, francés la aplica en dos sentidos: En primer lugar, para limitar las posibilidades retroactivas de la ley y en segundo lugar como exigencia para vigilar la igualdad de la ley.

En cuanto al primer caso, el cual versa sobre el rol esencial que juega la no retroactividad de la ley como elemento seguridad de orden jurídico, basándose en el artículo segundo del Código Civil Francés, el cual a su vez retoma el artículo octavo de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789:

”Nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit», o en castellano “nadie puede ser sancionado que en observancia de una ley establecida y promulgada antes del delito”.

Si bien el Consejo Constitucional se niega a darle un valor constitucional al principio de no retroactividad, fuera de la materia penal, esta se ha desarrollado, de tres maneras diferentes: en primer lugar, limitando la retroactividad de las otras leyes, en segundo lugar, protegiendo la economía de los contratos legalmente concluidos y en tercer lugar reforzando su control sobre las leyes de validación.

Grosso modo se pueden resumir las palabras de M. Olivier Dutheillet, diciendo que la limitación de la retroactividad de las otras leyes, se aplica primordialmente en el derecho fiscal, la decisión n° 98-404 DC del 18 de diciembre de 1998, señala que:

Le principe de non rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelle[...]le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée au droit individuel et l'intérêt général invoqué¹⁷⁹ .

Lo que se traduciría de la siguiente manera: “el principio de no retroactividad de la ley, carece de valor constitucional, en virtud de lo establecido en el artículo 8 de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, más que en materia penal, sin embargo, si el legislador tiene la facultad de adoptar las disposiciones fiscales retroactivas, él no puede hacer más que una consideración por motivo de interés general y bajo reserva de no privar las garantías legales de exigencia constitucional[...] El Consejo Constitucional ejerce un control de proporcionalidad entre la afectación causada al derecho individual y el interés general invocado”

La no retroactividad, es entonces otra forma de garantizar la seguridad jurídica, y al igual que los franceses, México comparte esta medida, respaldando este último derecho en el artículo 14 constitucional; una vez más, no se protege a la seguridad jurídica directamente, sino a través de otros principios, lo que es en realidad irónico, pues el objetivo de la seguridad jurídica *per se* es generar la certeza de los gobernados al respecto de todos sus derechos.

¹⁷⁹ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf

La segunda forma en la que la seguridad jurídica, se ve protegida, a través de la no retroactividad en Francia, es por medio de la protección de la economía de los contratos legalmente concluidos. En este sentido, el consejo Constitucional ha emitido diversas decisiones, pero es suficiente, para fines de esta tesis citar la decisión del n° 2002-465 DC du 13 de enero 2003, la cual indica lo siguiente:

*Que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*¹⁸⁰

Dicho en nuestro idioma “que el legislador no intervendrá en los contratos legalmente concluidos con una afectación que no sea justificada por los motivos de interés general suficientes, sin desconocer las exigencias resultantes de los artículos 4 y 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano”

La referencia que hace el Consejo Constitucional a los artículos 4 y 16 de la Declaración como bien dice el autor, implican estar fundamentados sobre la base de la libertad contractual y del principio de seguridad jurídica.

La tercera forma es el refuerzo al control sobre las leyes de validación. Se trata de un término ajeno al derecho mexicano, sin embargo, dentro del derecho francés de acuerdo con Dalloz, que a su vez cita a los *Études juridiques du Sénat. Le régime juridique des validations législatives* (“Estudios jurídicos del senado. El régimen jurídico de validación legislativa”) las define como aquellas:

“Leyes votadas por el parlamento, que tienen por objeto “validar”, es decir otorgar una legal retroactividad a los actos jurídicos. Hoy en día, en razón del constante aumento de recursos de este tipo de leyes, son sometidas a un control estricto y regular de su conformidad frente al Consejo Constitucional, la Corte de Casación o la Corte Europea de derechos del hombre, especialmente aquellas que son susceptibles de intervenir en los derechos y las libertades fundamentales. Una ley de validación debe respetar las decisiones de justicia definitivas, el principio de no

¹⁸⁰ Conseil Constitutionnel, citado el 11 de mayo de 2018, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/2002465DC.htm>.

retroactividad de la ley penal, la exigencia de un objetivo de interés general suficiente o imperioso, en fin debe tener un alcance limitado¹⁸¹”.

Lo que propone el autor es un refuerzo a este control, de por sí estricto, las leyes de validación según él atentan en contra del principio de seguridad jurídica. Él señala que el Consejo Constitucional, después de haberlo admitido de manera relativamente amplia, ha sido obligado a suavizar su jurisprudencia por la influencia de la Corte europea de derechos del hombre. El Consejo Constitucional había admitido fundar sus actos sobre el principio de proporcionalidad entre el interés general invocado y la afectación de los derechos del gobernado.

En párrafos atrás se había hablado de que otra forma garantizar la seguridad jurídica dentro de la república francesa, es vigilar la calidad de la ley:

*L'inflation législative et la dégradation de la qualité de la loi sont des phénomènes trop connus et trop analysés pour qu'il soit nécessaire d'y revenir*¹⁸²

Traducido al español: “La inflación legislativa y la degradación de la calidad de la ley son fenómenos demasiado conocidos y analizados sobre los que es necesario reflexionar”.

Pierre Mazeaud, Presidente del Consejo Constitucional en el 2005, citado por Dutheillet, clasifica la degradación de la ley de la siguiente manera:

“Malas formas o errores legislativos, la ley que duda, defectos en la claridad o en la legibilidad, o bien disposiciones no normativas o neutros legislativos¹⁸³”.

¹⁸¹ Dalloz, citado el 14 de mayo de 2018, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-saviez-vous/article/les-lois-de-validation/h/3f67210147f28307573688b823e864e7.html>

¹⁸² La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securejuridique.pdf

¹⁸³ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securejuridique.pdf

Para mejorar esta calidad legislativa, Dutheillet dice que el Consejo Constitucional utiliza el principio de seguridad jurídica al servicio de dos objetivos. La claridad de la ley y la normatividad de la ley. *La clarté de la loi est évidemment un élément essentiel de la sécurité juridique*, “la claridad de la ley es evidentemente un elemento esencial de la seguridad jurídica”. Por lo tanto el criterio que se sigue en el hexágono de acuerdo con lo señalado en el artículo 34 de la Constitución francesa, consiste en que: “*une disposition législative qui est incompréhensible et donc inapplicable est entachée d’incompétence négative*”¹⁸⁴, traducándose de la siguiente manera : “una disposición legislativa que es incomprensible es por lo tanto inaplicable, es marcada como incompetencia negativa”

“La incompetencia negativa es una noción propia del derecho administrativo, y es definida como el acto de la autoridad competente, consistente en no utilizar plenamente las facultades que le son atribuidas por la ley. Se trata de una técnica de control, con la finalidad de hacer respetar la reserva de la ley. La incompetencia negativa es un medio contencioso susceptible de ser invocado por la defensa del conjunto de competencias del legislador previstas en la constitución”¹⁸⁵.

Es decir, la falta de precisión en la ley, provoca que las autoridades que deberían ser competentes, declinen su competencia en el asunto debido a la oscuridad de la ley en cuestión. Para evitar esta situación después de una decisión del 29 de julio de 2004, lo que ahora se prevé es que:

Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. A cet égard le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur

¹⁸⁴ Legifrance, citado el 11 de mayo de 2018, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019241018&cidTexte=LEGITEXT000006071194&dateTexte=20080725>.

¹⁸⁵ incompétence négative, citado el 11 de mayo de 2018.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-34/-l-incompetence-negative-dans-la-qpc-de-la-double-negation-a-la-double-incomprehension.104697.html>,

*les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.*¹⁸⁶

Es decir: “Incumbe al legislador ejercer plenamente la competencia que le confía la constitución y en particular, en su artículo 34. Bajo esta idea, el principio de claridad de la ley, que deviene del mismo artículo de la constitución, y el objetivo de valor constitucional de la intangibilidad y de acceso a la ley, que deviene de los artículo 4, 5, 6 y 16 de la Declaración de 1789, le imponen adoptar las disposiciones suficientemente precisas y formulas inequívocas, con el fin de proteger a los sujetos de derecho de las interpretaciones contrarias a la Constitución o contra un riesgo de arbitrariedad, sin dejar sobre las autoridades administrativas o jurisdiccionales el cuidado de arreglarla reglas donde la determinación no ha estado confiada por la constitución que por la ley”.

A pesar de que se subestima en ocasiones la importancia de la claridad de la ley, una ley oscura genera más conflictos que soluciones, en México, muchos de los legisladores carecen de la preparación necesaria para desempeñar su trabajo con calidad, si este problema se suscita a nivel Federal, se agrava a nivel estatal o municipal, en Quintana Roo, por ejemplo existen numerosas leyes y reglamentos realizados por personas que ignoran cualquier tipo de técnica legislativa, y en ocasiones hasta de reglas ortográficas básicas. Lo cierto es que poco se hace para solucionar estos problemas que afectan la seguridad jurídica de los mexicanos.

Ahora bien, por cuanto a la normatividad de la ley, el mismo autor expone que la problemática gira alrededor de aquellas disposiciones que carecen de valor normativo, las cuales pasaron a ser consideradas como inconstitucionales, exceptuado a aquellas de carácter adjetivo y que atienden a cuestiones de fondo. Este nuevo criterio se originó de los conflictos en materia de educación, en 1999, de salud y seguridad social en el mismo año y en materia de seguridad interior en el 2002. Esto bajo el fundamento del artículo sexto de la declaración de 1789:

La loi est l'expression de la volonté générale ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relative à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution,

¹⁸⁶ Conseil Constitutionnel, citado el 11 de mayo de 2018, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2017687QPC.htm>.

*la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit, par suite, être revêtue d'une portée normative*¹⁸⁷.

Lo que en español se traduce como: “la ley es la expresión de la voluntad general, que resulta de este artículo (el sexto) como el conjunto de otras normas de valor constitucional relativas al objeto de la ley, que, bajo reserva de disposiciones particulares previstas en la constitución, la ley, tiene por vocación enunciar reglas que deben por lo tanto estar revestidas de un carácter normativo.”

En el caso de México, las leyes que carecen de carácter normativo, parecen no ser tan graves, pues no es un tema que inquiete a los legisladores, esto ocurre en la mayoría de los casos, cuando se aprueba una ley siguiendo intereses políticos, se pierde de vista el propósito de esta y se aprueban y publican sin mucha revisión.

Finalmente, el autor concluye regresando a las causas de esa paradoja a través de las siguiente pregunta:

“¿Cómo la noción de seguridad jurídica, que está ausente en la constitución y que no está expresamente consagrada por la jurisprudencia del Consejo Constitucional, puede jugar en esta, un rol tan grande, que se encuentra al origen y a la vez los principales cambios a lo largo de los últimos y las principales presiones que hacen pesar sobre el legislador?¹⁸⁸”.

Las razones de acuerdo con M. Olivier Dutheillet de Lamothe, son dos. Por un lado, menciona: que la exigencia de la seguridad jurídica beneficia al efecto unificador de los derechos de la unión europea y de la convención europea de los derechos del hombre. La Corte de Estrasburgo y la de Luxemburgo tienen en efecto reconocer en ambas el principio de la seguridad jurídica. De ahí en fuera su influencia sobre las jurisdicciones francesas, y especialmente sobre el juez constitucional francés, es hoy en día cierto.

¹⁸⁷ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf

¹⁸⁸ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf

Por otra parte, la afirmación del principio de seguridad jurídica responde al movimiento profundo de complejidad creciente del derecho. Frente a este desorden de derecho, el principio de seguridad jurídica aparece como la última rama de la cual se desprende las jurisdicciones supremas para mantener el orden y permitir al derecho cumplir con su misión¹⁸⁹.

Esta pregunta que plantea Dutheillet de Lamothe, es compartida por el espíritu de esta tesis, en el caso del derecho francés, la seguridad jurídica a pesar de no ser un principio expresamente consagrado en la Constitución, si está presente en los criterios de solución de conflictos. La diferencia con México se distingue al momento de dimensionar el alcance del principio. Las autoridades nacionales los han acotado de tal manera que no puede ser usado ni retomado de la misma forma que se hace dentro del país europeo en cuestión. Ambos Estados, comparten ciertas deficiencias respecto a la seguridad jurídica dentro del ordenamiento, sin embargo, en el derecho francés se retoma indirectamente el concepto de Radbruch, y así lo usa como herramienta útil.

3.3.1.1 La seguridad jurídica en el derecho administrativo francés

Si de derecho administrativo se trata, el enfoque que se le da en Francia es diferente. Antes de desarrollar el tema, es importante señalar, que a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, el derecho administrativo es fundamental dentro del orden jurídico y de la sociedad en general. Se trata de una materia que ha ido evolucionando rápidamente con los años, sin dejar de requerir precisión. Dentro de las facultades de derecho, del país de la *marseillais*, la materia de derecho administrativo es una de las más importantes, en

¹⁸⁹ La sécurité juridique, citado el 11 de mayo de 2018, [tps://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/securitejuridique.pdf)

ocasiones, estudiada en prácticamente todos los semestres de las carreras afines al derecho. Mientras que, en nuestro país, el derecho administrativo empieza prácticamente a desarrollarse, la importancia que se le atribuye, es poca en comparación con lo que ocurre en el país europeo en cuestión, tal y como lo muestra de la evolución de la materia. El doctor en derecho público Fabien Bottini, y maestro de la Universidad de Havre, hace un análisis del papel de la seguridad jurídica para el derecho administrativo, luego del *arret* (es decir la sentencia que surge gracias al principio de contradicción en un litigio) *CE, ASS., 16 julio 2007, Société Tropic Travaux Signalisation*. Para él, esta desempeña una doble función, por un lado, se trata de un refuerzo a las garantías que se ofrecen a los justiciables y por otro lado significa crecimiento de los poderes del juez. Una forma, según el autor, de reconocer el derecho de los gobernados y de reforzar sus garantías, es evitar el cambio de su situación jurídica por la generación constante de jurisprudencias en sentidos opuestos. Como solución, el Consejo de Estado, considera, que tomando en cuenta el imperativo de la seguridad jurídica y de no afectar la situación legal adquirida, un cambio de jurisprudencia, no tiene que ser necesariamente aplicado, sugiriendo como mejor opción, apegarse a la jurisprudencia europea ¹⁹⁰.

El problema, en palabras (traducidas) de Bottini, se agrava cuando en el 2004, surgen de jurisprudencias opuestas, sobre un tema importante, una postulaba que la interpretación jurisprudencial de una misma norma no podía ser diferente según la época de los hechos considerados y la segunda postura afirmaba que nadie podía valerse de un derecho adquirido de una jurisprudencia antes fijada. Para evitar este tipo de

¹⁹⁰ UNICAEN, citado el 15 de mayo de 2018
<https://www.unicaen.fr/puc/html/ecriture/revues/crdf/crdf6/crdf0615bottini.pdf>

contradicciones el juez constitucional retoma el artículo 16 de la Declaración de 1789, y le otorga una doble dimensión a la seguridad jurídica, una objetiva y una subjetiva¹⁹¹.

La objetiva, según Bottini, implica garantizar las normas ya establecidas, mientras que la subjetiva, ordena mantener la situación jurídica ya adquirida, implementando cuando sea necesario las medidas transitorias necesarias en los cambios brutales del estado de derecho. De esta forma, según el doctor Bottini, el principio de seguridad jurídica toma la forma de un principio de *confiance legitime* o confianza legítima, que la define como *la confiance que les destinataires de regles ou de decisions de l'Etat sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, du mois pour un cerain temps, des situations etablies sur la bas de ces regles ou de ces decisions*¹⁹², es decir “la confianza que los destinatarios de las reglas o decisión del Estado, tienen el derecho de tener estabilidad, por lo menos por cierto tiempo, las situaciones establecidas sobre las bases de estas reglas o decisiones”. Este último enfoque que señala el autor, en el que desglosa de forma simple, lo que la seguridad jurídica debe implicar para los gobernados, recuerda la teoría, repetidamente citada a lo largo de esta tesis, del jurista alemán Radbruch. El Consejo de Estado francés, se percató de la inestabilidad que generaba el cambio drástico del sentido de las jurisprudencias sobre una misma ley, y la manera en la que resultaban afectados los ciudadanos, por lo tanto, aunque no hace mención del estudioso alemán, es claro que retoman su teoría, al señalar que la estabilidad de la ley es una forma de proporcionar seguridad jurídica. Desde 1990 se empezó a retomar este principio, y la tendencia desde el año 2006 para el derecho francés, se orienta a elevar el principio de seguridad jurídica, como elemento determinante de la decisión de un juez, sin importar la

¹⁹¹ UNICAEN, citado el 15 de mayo de 2018
<https://www.unicaen.fr/puc/html/ecrire/revues/crdf/crdf6/crdf0615bottini.pdf>

¹⁹² UNICAEN, citado el 15 de mayo de 2018
<https://www.unicaen.fr/puc/html/ecrire/revues/crdf/crdf6/crdf0615bottini.pdf>

materia. El mismo autor recuerda que la consagración de este principio no debe solo ser un objetivo sino un imperativo que debe madurar con el tiempo. En paráfrasis del autor, es interesante recordar, que durante algún tiempo la seguridad jurídica en Francia, fue sacrificada en nombre del “progreso del derecho”, y ahora es tomado en cuenta y se tiene un mayor respeto por él.

Otro de los “nuevos” roles que se le atribuye a la seguridad jurídica, dentro del derecho administrativo francés, según el mismo artículo, es el de aumentar los poderes del juez. De acuerdo con el autor se trata de un efecto causa-consecuencia, es decir, que, si se vuelve a ponderar la seguridad jurídica, para lograrlo se necesita otorgar más poderes al juez. Parte de ese control consiste en modular o precisar el tiempo durante el cual surtirá efecto la jurisprudencia.

La consécration du principe de sécurité juridique a conduit le conseil d'Etat à rejeter l'applicabilité de l'un des revirements qu'il opère aux situations qui lui sont antérieures sous réserve des actions en justice engagées¹⁹³ o en español “la consagración del principio de seguridad jurídica ha conducido al Consejo de Estado a rechazar la aplicación de uno de los cambios de criterios que operan en las situaciones que le son anteriores, bajo reserva de las acciones de justicia contraídas”.

Esta precisión, dice el autor, indica implícitamente que el refuerzo de las garantías acordadas pasa por el poder del juez superior del orden administrativo, este último se reservará el derecho de apreciar en el tiempo los efectos de estos cambios de interpretación. Las partes tienen la oportunidad de invitar a los magistrados a hacer uso de este poder en un sentido u otro, aun si bien esta facultad no está expresamente otorgada a los magistrados, tampoco está impedida. Aunque finalmente quien debe hacer uso de este poder son las altas cortes quien deberá hacer la determinación. Esto con el objetivo

¹⁹³ UNICAEN, citado el 15 de mayo de 2018
<https://www.unicaen.fr/puc/html/ecriture/revues/crdf/crdf6/crdf0615bottini.pdf>

de reducir la rapidez de la evolución de las decisiones. Si este poder se concediera, de acuerdo con el autor, existen dos hipótesis posibles.

Algo que vale la pena resaltar del derecho francés es que :

*Si nombre d'auteurs se sont effrayés de la perspective de la consécration du principe de sécurité juridique en droit français, l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 116 juillet 2007 montre qu'elle peut être source de progrès pour les particuliers. Car elle permet de faire en sorte que des changements indépendants de leurs volontés ne bouleversent par trop brutalement leur situation juridique, en leur donnant le temps de s'adapter au nouvel état de droit. Ce principe ainsi certaines des mutations qui affectent le droit administratif français*¹⁹⁴,

Lo que se traduce de la siguiente manera: “Un número de autores se asustan de la perspectiva de la consagración del principio de la seguridad jurídica el « arret » rendido por el Consejo de Estado el 16 de julio del 2007 muestra que ella puede ser fuente del progreso para los particulares. Porque permite hacer una serie de cambios independientes sin alterar brutalmente su situación jurídica, donándoles el tiempo de adaptarse a un nuevo estado de derecho. Este principio explica ciertas mutaciones que afectan el derecho administrativo francés”. Esta cita indica, que aun en los países más desarrollados, en este caso particular, en Francia, se ha presentado la necesidad de retomar la seguridad jurídica, como solución a los problemas que se han generado dentro del derecho, sin importar la materia jurídica de la que se trate, la seguridad jurídica representa una herramienta útil, para mejorar determinadas situaciones como las expuestas previamente, sin perder de vista el sentido del derecho. El mismo autor reconoce en el artículo que la solución propuesta de aumentar el poder del juez, con el fin de modular la vigencia y sentido de la jurisprudencia, además de ser útil para preservar la seguridad jurídica, puede representar un riesgo político, pues no se exenta la posibilidad de que alguien tome provecho de eso.

¹⁹⁴ UNICAEN, citado el 15 de mayo de 2018
<https://www.unicaen.fr/puc/html/ecrire/revues/crdf/crdf6/crdf0615bottini.pdf>

Además debe retomarse del ejemplo francés recabado, la apertura para replantearse la función de la seguridad jurídica dentro del mundo jurídico, la mala aplicación del derecho ha generados vicios, que ahora se deben erradicar , por lo tanto, las medidas que se comienzan a plantear en ese país, pueden servir de parte aguas, para que un país como México, lleno de complicaciones al momento de legislar y aplicar la ley, tome en cuenta y se vuelva pionero en estas medidas, retomando la importancia del principio de la seguridad jurídica.

CAPÍTULO IV

Medios de consolidación de la seguridad jurídica.

4.1. El ejemplo de Teotihuacán.

Lo cierto es que encontrar una fórmula infalible, que instaure la seguridad jurídica dentro de país, sería la materialización de los anhelos de un pueblo lleno de carencias. Para lograrlo se requiere encontrar un modelo político-económico-social, además de varios años de estudios y análisis multidisciplinario.

El derecho, como bien dice Trinidad García, está sujeto a la vida humana, la cual para el autor, representa lo siguiente:

“La vida humana es vida de relación, las actividades de los hombres se desenvuelven las unas al lado de las otras, bien pretendiendo a alcanzar propósitos independientes entre sí o un común objeto¹⁹⁵”

El derecho es fluctuante:

“Es un elemento de coordinación que surge naturalmente y constituye una condición de vida colectiva [...] la destrucción progresiva de los componentes sociales acarrearía la de la entidad total ¹⁹⁶”.

Es decir que los componentes del derecho están vivos, lo que lo vuelve una ciencia llena de variables y cambios abruptos, y lo mismo sucede con las materias que se relaciona, tales como la economía y la sociología, por citar algunas, todas ellas estrechamente vinculadas con la actividad humana. La cuestión es que, se necesitan años para comprobar si un modelo o una política pública dará resultados exitosos, y no se descarta la posibilidad de que en ese periodo las variables dadas pueden cambiar y dejando, al modelo a prueba obsoleto.

¹⁹⁵ García, Trinidad, Apuntes de introducción al estudio del derecho, México, Ed. Porrúa, 1980, p. 9.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 10.

Anteriormente, dentro de esta misma tesis, se mencionó el ejemplo del país francés, señalando los medios que puso a prueba para que la seguridad jurídica, lograra ser un derecho cada vez más tangible.

Un ejercicio interesante, sería dirigir la mirada hacia dentro de México, a un pasado más distante, y sin embargo con un vínculo más fuerte que con el ejemplo francés: ¿Cuáles eran algunas de las medidas que tomaban los pueblos prehispánicos?

Enrique Florescano, recuerda que:

“En la Venta y San Lorenzo (reino zapoteco y maya, respectivamente) los principales monumentos celebraban al gobernante como cabeza de la sociedad, exaltaban su función de jefe de guerra y combinaban sus cualidades de ejecutor de las ceremonias dedicadas a propiciar la fertilidad y la protección de los antepasados¹⁹⁷”.

Si estudiaran en unos miles de años a la sociedad mexicana alrededor de los años dos mil, probablemente pensarían en un primer momento que, al menos en este aspecto, no ha habido mucho cambio entre el clásico y el siglo XXI, esto basándose las prerrogativas de las que gozan los políticos en México, los honores que le rinde la sociedad, la cantidad de publicidad que se propaga en redes sociales y medios impresos.

Con la diferencia de que durante el periodo clásico predominaba:

“La tradición de gobiernos centralizados en un individuo al que se le confieren atributos divinos o semidivinos, está la tradición política del centro de México, que muestra rasgos diferentes. Por un lado, debe decirse que, así como en el área maya ahaw es un término que confunde el rango social con el oficio, también entre los nahuas tlatoni y teuctli son términos que denotan ambas condiciones. Entre los mexicas un tlatoni era al mismo tiempo un teuctli (señor) y un pilli (noble). Esto confirma la tesis de que en la tradición mesoamericana los estratos nobles se identificaban con el grupo dirigente”.

Sin embargo, eso no era todo, conscientes de la necesidad de un contrapeso se muestra que:

“En el altiplano central se desarrollaron organizaciones sociales que delimitaron el poder de los gobernantes. El ejemplo más inmediato es el de Teotihuacán, la

¹⁹⁷ Florescano, Enrique, Etnia, estado y nación, Editorial Taurus, México, 2001, P. 135

gran urbe cuyo arte público oculta al gobernante en lugar de exaltarlo. Esther Pasztory, al observar la deliberada intención de evitar la representación del gobernante y el propósito de exaltar los símbolos colectivos en las formas de residencia urbana, los cultos religiosos y las manifestaciones artísticas, sugiere que el Estado Teotihuacano estuvo asentado en fuertes grupos corporativos (calpoltin, barrios, gremios) que alentaron la existencia de valores colectivos en el orden social, político y cultural”.

Un elemento interesante es el control de los dirigentes sobre el pueblo y la reacción de estos a la sumisión:

“Según esta interpretación, el confinamiento forzado de los campesinos y artesanos en el interior de la ciudad, y el uso de los templos, plazas y edificios como lugares de peregrinación y culto colectivo, serían la prueba de que los dirigentes ejercieron un control fuera de lo común sobre la mayoría de la población. A su vez, esta compulsión política habría generado una tensión provocada por el peso de las demandas colectivas frente a la capacidad de los gobernantes para atenderlas. Como resultado de esta tensión, los gobernantes dieron una respuesta privilegiada a las demandas sociales y un papel especial a la expresión de los valores colectivos. Quizá por eso como sugiere Pasztory, Teotihuacán es la ciudad mesoamericana donde hay menos personajes individuales y descuellan más los grupos y los valores colectivos¹⁹⁸”

Si bien, como ya se mencionó, en algunas civilizaciones mesoamericanas la figura del gobernante, representaba a un individuo de naturaleza superior a los demás, el caso de Teotihuacán, ofrece una particularidad, que merece ser retomada. En este caso se destacan dos elementos: por un lado, el control ejercido de los gobernantes sobre el pueblo y por otro lado la fuerza de las demandas de los habitantes. El resultado obtenido, fue el fortalecimiento de los valores colectivos. El arte, por su parte, confiere una manera de comprobar esta ideología.

Si trasladáramos el modelo de Teotihuacán, a nuestros días, tendríamos que añadir ciertos límites, por ejemplo, que el control ejercido sobre los gobernados, debe guardar el debido respeto a los derechos humanos, pero sin perder de vista el objetivo: mantener el orden social y el fortalecimiento de los valores colectivos. Una sociedad organizada, es una sociedad que respeta la ley. Una sociedad que respeta la ley voluntariamente, es una

¹⁹⁸ *Ibidem* Pp. 135-136.

sociedad que aprueba las normas porque está consciente porque se trata de una obligación justa que trae provecho para todos. Por lo tanto, si domina un orden, muy posiblemente existe armonía entre los individuos que forman la colectividad, y si existe armonía se fomenta la cohesión social, favoreciendo a los valores colectivos.

Las dificultades se proliferan, cuando alguno de los elementos que intervienen en la cadena antes descrita, se altera. Empezando por el hecho de que una sociedad va a resistirse a obedecer normas arbitrarias, injustas, poco claras o muy cambiantes. La sociedad Teotihuacana nos demostró, cual es el resultado de la convergencia de por lo menos cuatro de principios que según el jurista alemán, Radbruch, forman la seguridad jurídica. Un derecho preciso, basado en buenas costumbres, un derecho que sea practicable y estable. Estos elementos explican la razón de ser de la seguridad jurídica, pues tal como ya se explicó en capítulos anteriores, no solo conlleva certeza de las normas, sino del resultado que el cumplimiento de estas implica. Lo que pretende la seguridad jurídica es proteger las libertades de los gobernados, legalmente fundadas, siendo, por lo tanto, ser sinónimo de protección a la ciudadanía y bienestar social.

La sociedad Teotihuacana del periodo clásico, también demuestra la importancia de un control sobre la sociedad, y la necesidad de un contrapeso. Es menester que los gobernados, sean una colectividad activa, conscientes de la importancia de su participación. Ya se ha dicho y demostrado que un poder absoluto, es altamente frágil, y con facilidad se vuelve tiranía. Hoy en día existen diversos medios a través de los cuales la sociedad pudiera exponer su descontento por el daño causado a su esfera jurídica. Un ejemplo de esto, que no es novedoso es el juicio de amparo. Definido de la siguiente manera:

“El juicio de amparo es un procedimiento [...] mediante la interposición del juicio constitucional quien se ve agraviado en sus derechos individuales públicos provoca la intervención de un juez federal para que examine si el acto que se

reclama se considera violatorio de sus garantías individuales- es o no constitucional. El efecto del otorgamiento del amparo será el nacimiento de una obligación a cargo de la autoridad responsable, bien de abstenerse de realizar el acto que se reclama, cuando todavía no se ha realizado, o bien de volver las cosas al estado que guardaban antes de realizado¹⁹⁹”

Y es que:

“En la organización democrática pueden encontrarse bases de garantías de los derechos fundamentales: cuando un individuo goza efectivamente de derechos políticos, cuando puede efectivamente designar un gobernante y provocar su remoción, el derecho político constituirá garantía del derecho individual público, porque interesará al gobernante no desmerecer en el concepto de las personas que lo designan y esto no lo logrará sino respetando los derechos fundamentales de los individuos²⁰⁰ ”

La voz del ciudadano debe ser escuchada, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, otorga una de las garantías más importantes del derecho público: el derecho de petición.

“Artículo 8o. Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.”²⁰¹

“Para la aplicación de este derecho debe ser garantizada o lo que es lo mismo, debe haber ciertos poderes cuya existencia permita al ciudadano conseguir que las reglas dejen de ser simples pretensiones abstractas dirigidas a la voluntad de los hombres, para convertirse en actos concretos²⁰²”.

Y en este punto retomamos una vez más, los elementos de la seguridad jurídica que menciona Radbruch (dos de los seis totales), la importancia de un derecho positivo, preciso, basado en hechos, es decir en necesidades sociales reales y que sea factiblemente llevados a cabo.

¹⁹⁹ Azuela Mariano, Garantías, Poder judicial de la federación, México, 2012, P.71-73

²⁰⁰ *Ibidem* Pp.71-73

²⁰¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁰² Maynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, México, 2011, P.253.

Más adelante, dentro del libro “Introducción al estudio del derecho”, Máynez, cita a Jellinek y sus proposiciones, que complementan la teoría del jurisconsulto alemán y ratifican lo esencial de la seguridad jurídica.

“Jellinek encuentra que esos medios (medios de garantía del derecho público) son de tres tipos: a) las garantías sociales; b) garantías políticas; c) garantías jurídicas²⁰³”

Siguiendo el objeto de esta investigación, nos centraremos en las últimas. Las garantías jurídicas, se distinguen de las sociales y políticas en que su acción puede ser calculada de antemano con toda certidumbre, Jellinek, las subdivide en dos categorías: la primera está formada por las que tienen como fin primordial asegurar la observancia del derecho objetivo; la segunda, por las que tienden principalmente a hacer respetar los derechos del individuo. Las instituciones jurídicas a través de las cuales esas garantías pueden realizarse, divídanse a su vez en cuatro especies:

“1) control de los actos de órganos o miembros del Estado por autoridades superiores (controles administrativos, financieros, parlamentarios); 2) sistema de responsabilidad de los funcionarios estatales; organización jurisdiccional; 4) otros medios como el ejercicio del derecho de petición²⁰⁴”.

Luego entonces, el derecho de petición, es un derecho subjetivo, y para que se lleve a cabo se necesita de la estructura que genera la seguridad jurídica. Ciertamente es que, en México, tales medios generan un impacto débil en la sociedad. Los intentos por abrir esas líneas de comunicación entre gobernantes y gobernados son pocas veces fructíferos, por ejemplo, los medios propuestos de participación ciudadana, son generalmente no vinculantes para las autoridades, lo que nos devuelve a lo que Máynez llama “pretensiones abstractas”.

²⁰³ Maynez, Eduardo, *Apud* Jellinek, Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, México, 2011, P.253.

²⁰⁴ Maynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, Editorial Porrúa, México, 2011, P.253.

Sin embargo, como bien lo ilustra el ejemplo de la sociedad Teotihuacana, existen dos partes en esta ecuación: población y gobierno. Si el gobierno no cumple como debería con su parte, la población tiene la obligación civil de exigir el cumplimiento de sus obligaciones. La apatía de la sociedad mexicana es tal, que es la minoría de la población, quienes se involucran en la participación activa para la resolución de conflictos de ésta índole. Para que la seguridad jurídica pueda consolidarse, es necesaria una población que trabaje por conseguirla. El juicio de amparo es una herramienta útil, pero se necesita más. En México se han normalizado las problemáticas. Los ciudadanos dejan de notar las irregularidades en el pavimento, por ejemplo, porque se han acostumbrado a esquivarlas, cuando lo normal y lo justo es que la administración pública se esmere por solucionar los detalles más pequeños y los conflictos más graves, así se trate de hueco en la acera, las deficiencias en la educación, o los derechos sociales y políticos, etc.

4.2 La importancia del concepto

Wilhem von Humboldt, en su obra “Los límites de la acción del Estado”, hace una reflexión al respecto de la seguridad, que resulta pertinente citar en este momento:

“Sin seguridad el hombre no puede formar sus fuerzas ni percibir los frutos de las mismas, pues sin seguridad no existe libertad. Pero la seguridad es al mismo tiempo, algo que el hombre no puede procurarse a sí mismo²⁰⁵”

En esta cita de Humboldt se vislumbran puntos importantes. El primero: que la seguridad no es algo que el individuo pueda generarse individualmente, sino que requiere de la intervención del Estado, es decir, de un actuar conjunto de población, territorio y gobierno. Pero esencialmente enfatiza la importancia de que el gobierno la procure a los gobernados. Más adelante el autor añade:

²⁰⁵ Von Humboldt, Wilhem, Los límites de la acción del Estado, Editorial Tecnos, España, 1988, P.50

“si antes alejaba yo el cuidado del Estado de muchos campos, por entender que la nación puede velar por estos intereses tan bien como el estado y sin los daños que la intervención de esta lleva aparejados, ahora tengo, por idénticas razones, que preconizarlo respecto a la seguridad, que es lo único que el individuo no puede conseguir con sus solas fuerzas. Creo por tanto que puedo establecer este primer principio positivo, que más adelante habrá de determinarse y delimitarse con mayor precisión: que el mantenimiento de la seguridad, tanto frente al enemigo como frente a las disensiones interiores debe constituir el fin del estado y el objeto de su actividad²⁰⁶”.

Este segundo punto fortalece la idea del rol fundamental de la seguridad dentro de la vida de los gobernados, importancia que ya ha sido justificada en capítulos anteriores.

Más adelante Humboldt continúa diciendo:

“En efecto el estado solo debería intervenir cuando se trate de actos que supongan una intromisión directa y declarada en un derecho ajeno... Hay diferentes grados de injusticia e iniquidad entre las acciones que se realizan sin salirse de los límites del derecho propio [...] La amplitud del concepto tiene una importancia extraordinaria pues si se extiende se restringe demasiado, vuelven a confundirse los límites aunque sea con otro nombre²⁰⁷”.

Humboldt con la cita anterior nos recuerda la importancia del estado para la resolución de problemas ligados a la seguridad, partiendo desde los tipos de injusticias a los que la seguridad debe hacer frente y prosiguiendo con lo delicado en la redacción del concepto, pues se busca que sea claro sin ser invasivo ni laxo. En el mismo sentido el autor añade:

“No es posible por tanto pensar en la rectificación de estos límites sin una determinación precisa de la extensión de aquel concepto. Es necesario además examinar y analizar los medios de que el estado puede o no valerse²⁰⁸”.

Es decir, antes de que los legisladores se aventuren a dar una definición, además de analizar el concepto per se, deben estar conscientes de las atribuciones a las que pueden recurrir, o atribuirse sin invadir esferas de competencias, y por tal motivo él hace énfasis en lo siguiente:

²⁰⁶ Von Humboldt, Wilhem, Los límites de la acción del Estado Editorial Tecnos, España, 1988, P.50

²⁰⁷ *Ibidem* P. 110.

²⁰⁸ *Ibidem* P.110.

“La seguridad es, por tanto – si esta expresión no se considera demasiado escueta y quizá, por ello mismo, oscura- la certeza de la libertad concedida por la ley. Ahora bien, esta seguridad no resulta perturbada por todos los actos que impidan al hombre ejecutar una cualquiera de sus fuerzas o cualquier disfrute de su patrimonio, sino solo por aquellos actos que lo hagan contrariamente a derecho²⁰⁹”.

En esta parte Humboldt aclara que la seguridad, (y como es notorio, se refiere a la seguridad jurídica), necesita que se haga un énfasis en el concepto.

Por lo tanto, una de las propuestas para la consolidación de la seguridad jurídica en nuestro país, es la existencia de un concepto rector explícito dentro del máximo ordenamiento legal: la constitución.

La seguridad jurídica debe ser más que un valor jurídico o un principio abstracto del derecho, la seguridad jurídica deber pasar a ser un derecho reconocido, encargado de proteger las demás garantías individuales y sociales, un derecho con una estructura. Legalmente se han desarrollado múltiples justificaciones para dispensar la mala impartición de justicia, la mala legislación o la ineficacia de la administración pública, y a su vez se ha restado fuerza a la voz de la ciudadanía. La seguridad jurídica, tiene el potencial de ser aquel derecho fundamental que no dispense ninguna de esas omisiones.

4.3 El fortalecimiento del derecho administrativo

En el 2004 la corte contemplaba que el derecho administrativo no requería de un proceso jurisdiccional porque existen diferencias notorias en el proceso:

“En materia administrativa los actos son dictados en forma unilateral por la autoridad y no siempre se tramitan mediante un procedimiento; por tanto, no existe una verdadera controversia entre la autoridad y un particular. En algunos casos, la autoridad administrativa da inicio al procedimiento a través de una orden dirigida al particular, quien debe acatarla o combatirla a través del juicio de nulidad o del recurso que prevea la ley que rige a ese acto. En cambio, en el ámbito jurisdiccional la autoridad es sólo mediadora en la controversia suscitada entre los particulares, y el procedimiento se lleva a cabo a través de una serie de actos concatenados que son provocados por las propias partes en el proceso, es decir,

²⁰⁹ *Ibidem*, P.110.

un procedimiento jurisdiccional inicia con la presentación de la demanda y culmina con la sentencia definitiva, y se forma con una serie de etapas que prevé la ley adjetiva y que sujeta a los particulares; es decir, la presentación de la demanda trae como consecuencia que se lleve a cabo el emplazamiento de la contraparte; el ofrecimiento de pruebas trae como consecuencia su admisión y desahogo; sin embargo, puede suceder que una vez presentada la demanda no se lleve a cabo el emplazamiento, en virtud de que el actor desista de la acción o de la instancia; asimismo, el ofrecimiento de pruebas no implica necesariamente su admisión y desahogo, porque las partes podrían desistir del ofrecimiento o no realizar los actos necesarios para su desahogo”.²¹⁰

Conscientes de la carga que constituye la corrupción en el sistema, el 27 de mayo de 2015 se publicó una reforma constitucional al artículo 113, que originó la creación del Sistema Nacional Anticorrupción, y a su vez obligó a reformar el marco jurídico nacional en materia administrativa, el 18 de julio de 2016 se publicó la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. Para mejor regulación del sistema de promulgaron y aprobaron siete leyes secundarias, entre las que se encuentra la Ley General de Responsabilidades Administrativas, la cual de acuerdo con su artículo segundo tiene como objeto general establecer los principios y obligaciones que rigen el actuar de los servidores públicos, definir las faltas administrativas graves y no graves, establecer las sanciones por faltas de particulares, establecer mecanismos de prevención y fomentar políticas públicas eficaces. Esta ley está cimentada sobre la legalidad, la objetividad, la honradez, el profesionalismo, la integridad, la rendición de cuentas y la eficiencia como principios rectores. Más a pesar de los aparentes esfuerzos del gobierno federal, muchas de las áreas integrantes de SNA, carecen de recursos para operar debidamente, los órganos de fiscalización superior son los principales encargados de encubrir los fraudes a la hacienda pública, cometidos por los altos mandos de los poderes legislativos, ejecutivo y judicial de cada estado, y a su vez los representantes de los órganos de fiscalización superior encabezan los comités que supervisan la operatividad del sistema anticorrupción. Si socialmente el derecho

²¹⁰ Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, febrero de 2004, Pág. 973

administrativo adquiere popularidad este se transformaría en una herramienta, un medio del que puede disponer un particular cuando la autoridad actúe arbitrariamente. El desconocimiento de la ley por parte de los mexicanos empeora las condiciones actuales. Lo que nos lleva al siguiente tema.

4.4 Técnica legislativa.

La técnica legislativa, es definida en 1917 dentro del “Diccionario universal de términos parlamentarios” como:

“Una parte del derecho parlamentario que tiene como objeto de estudio el conocimiento de los pasos que se adoptan para la elaboración y adecuada redacción de las leyes en general y de las disposiciones normativas particulares, así como para sus reformas o enmiendas. Por tratarse de un saber específico sistematizado, está encuadrado en lo que algunos denominan Teoría de la Legislación”²¹¹

Este conocimiento técnico, preciso y especializado deber ser manejado por los principales de promulgar las leyes que rigen en la república y en cada entidad federativa, es decir los diputados y/o senadores según sea el caso.

De acuerdo con el artículo 55 y 58 de la Constitución mexicana, se establecen los requisitos para ser diputado y senador respectivamente. Existen requisitos de edad, de lugar de nacimiento, respecto a su ocupación anterior, por citar algunos ejemplos, pero en ningún momento, la preparación académica es señalado como requisito.

Cuando un mexicano promedio, aplica para la obtención lícita de algún empleo se le solicita como mínimo un nivel de educación básica, en contraste, para ser un representante social, para encargarse de promover las reformas necesarias en diversas materias, para analizar la creación de nuevas leyes que van afectar el desarrollo social, económico, cultural, es decir la esfera jurídica de millones de personas, no es necesario un nivel mínimo de estudios.

²¹¹ Berlín, Francisco Diccionario universal de términos parlamentarios, Editorial Senado de la República, México. 1997. P.720.

De acuerdo con una publicación del 2007 la página oficial del Honorable Congreso de la Unión, la escolaridad de los diputados de la legislatura anterior a esa fecha era la siguiente:

Nivel de escolaridad	Total	Desglose por partido
Sin escolaridad	8	PAN 2; PRD 1; PRI 2; PV 3
Primaria	2	1 PRD; 1 PRI
Secundaria	13	PAN 5; PRD 4; PRI 4
Educación Comercial (equivalente a secundaria)	7	PAN 3; PRD 2; PRI 1; PV 1
Educación Técnica (equivalente a secundaria)	21	PAN 10; PRD 6; PRI 3; Convergencia 1; Alternativa 1 ²¹²

El ejemplo anterior si bien no es reciente comprueba que temas como la técnica legislativa están lejos de fortalecerse o priorizarse.

Existen ejemplos que han causado más polémica, como el caso de Carmen Salinas, “En el 2015, la actriz Carmen Salinas se postuló como candidata a una diputación federal por el PRI y lo logró, lo que se convirtió en fuente de muchas críticas por los medios nacionales y usuarios de las redes sociales²¹³”.

A la lista también podemos agregar a Cuauhtémoc Blanco, “el famoso exfutbolista que se posicionó como uno de los máximos goleadores del equipo mexicano de fútbol América, entró al ámbito político en 2015, cuando en representación del Partido Socialdemócrata (PSD) logró la alcaldía de Cuernavaca. (y) La gubernatura del estado de Morelos para 2018. El PSD, mismo partido que lo ha lanzado para ambos puestos aseguró en 2016 que el exfutbolista había pedido al partido 7 millones de pesos para aceptar ser candidato para alcalde de Cuernavaca²¹⁴”.

De acuerdo con “El economista” casos similares hay muchos, y esta práctica no es novedosa, como ejemplo Irma Serrano “La tigresa”, quien en 1998 fue diputada federal

²¹² Cámara de diputados, citado el 20 de noviembre de 2018, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-V-17-12.pdf>,

²¹³ El economista, citado el 30 de mayo de 2018, <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Famosos-que-han-buscado-puestos-politicos-y-no-te-imaginas-20180112-0027.html>.

²¹⁴ El economista, citado el 30 de mayo de 2018, <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Famosos-que-han-buscado-puestos-politicos-y-no-te-imaginas-20180112-0027.html>.

por el PRD, y luego senadora del estado de Chiapas, o más recientemente el caso de Sergio Mayer, quien, a pesar de haber estudiado administración de empresas, su carrera laboral se ha centrado en el espectáculo y su actuación dentro de la política ha dado mucho que desear.

Los enlistados son solo casos conocidos, pero lo cierto es que actualmente existen representantes públicos “democráticamente” electos, que no saben incluso leer ni escribir. Si la preparación de nuestros gobernantes es tan deficiente, es evidente que su desempeño también lo será.

Más adelante el diccionario citado en este subtema confirma que:

“En México, los estudios de técnica legislativa han sido relegados en virtud de que poco se ha investigado y escrito sobre la materia, lo que ha propiciado la improvisación en la elaboración y redacción de las leyes, así como una precaria bibliografía sobre el particular. En el mejor de los casos, las referencias sobre el tema forman parte del contenido del derecho constitucional, por lo que es analizado en forma muy general²¹⁵”

Lo que la Constitución refiere en realidad es únicamente al proceso legislativo, no la redacción de la norma. La falta de investigación sobre técnica legislativa en México y su pobre aplicación por parte de los senadores, y los diputados locales o federales, demuestra el poco interés de las autoridades por la seguridad jurídica.

La relación de la legalidad con la seguridad jurídica (*vid.supra* capítulo tres), fortalece la relevancia de una buena técnica legislativa.

A lo largo de esta investigación se ha dicho que concordamos con Radbruch al afirmar que para que la seguridad jurídica sea garantizada se necesita que el derecho sea positivo, preciso, estable y practicable. Por lo tanto si se sigue el proceso constitucionalmente establecido para la promulgación de una ley esta si será positiva, pero al ser elaborada por personas con un perfil académico tan bajo y sin la técnica adecuada, es altamente

²¹⁵ Berlín, Francisco Diccionario universal de términos parlamentarios, Editorial Senado de la República, México. 1997. P.721.

probable que no sea precisa, al existir imprecisiones no será fácilmente practicable, más aun si no cuenta con estudios multidisciplinarios previos a su aprobación, que respalden y comprueben su efectividad, y como consecuencia, ante las lagunas surge la necesidad de reformar. Esta situación se vuelve cíclica, hasta llegar al punto en el que los gobernados desconocen qué ley está vigente y cual no, persistiendo por un lado la ignorancia que impide el cumplimiento cabal de las obligaciones como ciudadanos, y por otro lado debilita la cultura de exigencia de los gobernados hacia las autoridades.

Se dice que la fórmula que representa la seguridad jurídica en México, es aquella que obliga a que los actos de autoridad que afectan la esfera jurídica de los gobernados, sean fundados y motivados. Dichos actos son innumerables, desde algo de observancia general como la promulgación de una ley, como la autorización del presupuesto de egresos de la república o de los estados, o la aprobación de las leyes de ingresos de cada municipio en el país, hasta una orden de aprehensión. Todos estos ejemplos son actos de autoridad, cuya legalidad depende de una norma vigente, la cual, sin contemplar a la seguridad jurídica como derecho rector, puede obtener como resultado actos de autoridad legales y arbitrarios.

Es decir, con repercusiones colectivas o individuales, cada paso que den las autoridades es sinónimo de una afectación a la esfera jurídica y es nuestro derecho como ciudadanos velar por el respeto de nuestra seguridad jurídica a través de los medios de consolidación antes mencionados.

Conclusión

Al término de la investigación cualitativa realizada a lo largo de esta investigación, se concluye que la seguridad jurídica en México, sigue sin ser un derecho humano percibido y gozado por la mayor parte de los habitantes del territorio nacional. A pesar de su reconocimiento por parte de la SCJN, para efectos prácticos su efectividad se limita a ser un criterio oficial del estado sin ser puntualmente observado.

El concepto de la seguridad jurídica en el derecho ha ido cambiado con el paso del tiempo, su evolución, tal como se demostró documentalmente en el desarrollo de este trabajo, igual que cualquier objeto estudiado por las ciencias sociales, se ha visto determinada por las exigencias y variables del hombre en sociedad. El primero paso de esta evolución, radica en adquirir conciencia de que una nación que no garantiza la dignidad de sus gobernados no puede constituir un “estado de derecho”.

Holísticamente se ha demostrado que el concepto de seguridad jurídica en el país ha prosperado, pasando de ser un principio general a ser concebido como un derecho per se. La historia ha comprobado los esfuerzos que se han hecho para garantizarla. Es reconocido como tal por la SCJN, además de ser parcialmente instituido en la Constitución Política en diversos artículos, sin embargo, los resultados no son efectivos. Estos resultados son la consecuencia de ignorar el conjunto de elementos que realmente integran a este derecho estudiado. Recordando en primer lugar que no se trata de un derecho autónomo sino de uno que requiere, sin excepción, de la garantía de todos los demás derechos.

La seguridad jurídica ha sido aceptada como un derecho humano inherente a cualquier persona, y como tal debe ser garantizado y procurado por el estado. Es universal, interdependiente de otros derechos, sin lugar a dudas es indivisible y sobre todo tiene que ser de aplicación progresiva. Es un derecho cuya providencia debe ser plena y su aplicación palpable. Todo este conjunto de obligaciones del estado mexicano para con la población, respecto a la seguridad jurídica está siendo gravemente ignorado. La realidad es que la seguridad jurídica es aquel derecho que determina el derecho en sí, la seguridad jurídica desempeña un rol medular, debido a que su aportación radica exactamente en la efectividad de los otros valores y derechos en la sociedad. Que una vez siendo efectivos garantizan la dignidad humana.

Es imperativo, que no sea contemplada como un concepto ambiguo. Que el derecho sea positivo, preciso, practicable y estable son características ínsitas de la seguridad jurídica y todos estos elementos tienen un mismo propósito: salvaguardar la dignidad humana dentro del estado.

Es cierto que existen factores externos como la globalización o los modelos económicos, que aceleran o frenan el desarrollo de un país. Existe evidencia de que el crecimiento acelerado que se vive complica la armonía en la sociedad, lo que dificulta garantizar la seguridad jurídica debido a los cambios tan polarizados y continuos. Más esto no es excusa suficiente, los países más desarrollados orientan su labor legisladora a hacer frente a este crecimiento acelerado, porque las bases de su democracia ya están firmes.

Sin embargo, es un hecho comprobado que la pobreza en un país es un índice que demuestra la ausencia de seguridad jurídica, porque la ley tiene problemas para afrontar los retos de la modernidad debido a que las bases de un sistema democrático y un estado

derecho son deficientes. Si las necesidades básicas de la población no son cubiertas, el resto son considerados como lujos.

Conscientes de la problemática, podemos buscar y encontrar soluciones a los atrasos en materia de seguridad jurídica en nuestra propia historia. El México prehispánico, nos enseña momentos donde el sistema de contrapesos al poder era real y eficiente, este sistema significó en gran medida el origen de su estructura social sólida. Como otro medio de consolidación, es menester retomar la importancia del concepto de seguridad jurídica, como elemento central de un estado derecho, pues el desconocimiento de sus alcances, desprotege su observancia. Y como ente de cohesión está el derecho administrativo, su fortalecimiento es la clave de la efectividad en la aplicación del derecho objeto de estudio de esta tesis, los límites de los actos de autoridad deben ser claros, la transparencia real y no simulada es uno de los principales agentes de cambio, si no existe coherencia en el sistema jurídico y la aplicación de la ley, estamos en presencia de un simulacro de justicia.

La relación de la legalidad y la seguridad jurídica es estrecha, por lo tanto, la técnica legislativa es una pieza clave que debe prevalecer; la labor legislativa debe estar en manos de personas capacitadas, personas con el conjunto de conocimientos necesarios para promulgar el marco legal que salvaguardará la dignidad de los mexicanos.

PROPUESTA

Luego de dar lectura a los temas expuestos a lo largo de la presente investigación, la propuesta es fácilmente identificable. No obstante, persiguiendo el propósito de enfatizarla y delinearla, se retomará en un primer momento el concepto vigente y formalmente válido en la actualidad (A), el cual es el resultado de la evolución histórica abordada en los primeros dos capítulos de la investigación, sirviendo este de contraste de un segundo concepto enunciado posteriormente, propuesta expresa de esta tesis(B), el cual es holístico, certero, y probadamente eficaz por su aplicación en otros países, (información detallada en los capítulos tercero y cuarto de este mismo documento investigativo). Por lo tanto, este segundo concepto integra las teorías de grandes jurisconsultos, y la aplicación de otros medios.

A. CONCEPTO ACTUAL

“Se advierte una definición clara del contenido del derecho humano a la seguridad jurídica, imbibido en el artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual consiste en que la persona tenga certeza sobre su situación ante las leyes, o la de su familia, posesiones o sus demás derechos, en cuya vía de respeto la autoridad debe sujetar sus actuaciones de molestia a determinados supuestos, requisitos y procedimientos previamente establecidos en la Constitución y en las leyes, como expresión de una voluntad general soberana, para asegurar que ante una intervención de la autoridad en su esfera de derechos, sepa a qué atenerse.”

B. CONCEPTO INTEGRAL, TRANSVERSAL Y HOLÍSTICO

La seguridad jurídica es un derecho humano que garantiza el reconocimiento de todos los demás derechos contenidos en la constitución y los tratados internacionales. El estado garantizará a la seguridad jurídica como derecho humano a través de la creación de un concepto específico instituido constitucionalmente, que contemple que el derecho debe ser positivo, preciso, practicable y estable. Derecho, que será protegido a través de reformas que aumenten los requisitos necesarios en materia de escolaridad y excelencia por parte de los gobernantes, preponderando la técnica legislativa, y volviendo así a la ley más estable y por lo tanto se traducirá en una sociedad mejor informada que pueda acceder y perfeccionar el sistema de contrapesos gobierno-gobernados. Porque un estado que no garantiza la dignidad humana de su pueblo no es un estado derecho, y para llegar a ese estado garantista, se precisa seguridad jurídica.

La complejidad de la seguridad jurídica como un derecho humano, así como la complejidad de todos los elementos que la integran, ha vuelto que su concepción dentro de los textos legislativos sea difícil de incorporar para los legisladores. Su reconocimiento explícito, positivo y vigente ha demostrado, mediante el derecho comparado al cual se ha hecho alusión en la presente investigación, que cumple lo considerado en la hipótesis que guía esta investigación. El contexto social de México, expuesto en los capítulos anteriores, demuestra la imperiosa necesidad de sentar las bases sólidas que la seguridad jurídica ofrece, las cuales contribuyen al ejercicio y reconocimiento de los derechos humanos. El reconocimiento que esta investigación hace de la organización política y administrativa del México prehispánico, nos demuestra y comprueba una parte de lo que los modelos eurocentristas estudiados, han abordado.

Por la naturaleza de la investigación queda pendiente por comprobar si dentro de nuestro país, el reconocimiento de la seguridad jurídica como derecho humano así como de los elementos que la conforman, dentro de la legislación nacional vigente, significaría un parte aguas en la efectividad del reconocimiento de los derechos humanos, y en consecuencia actúe como un detonador de cambio social y económico en México