

SOBERANÍA, GLOBALIZACIÓN Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

José Ma. SERNA DE LA GARZA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El principio de soberanía en la Constitución mexicana.* III. *Derecho público y el concepto de soberanía.* IV. *La apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales.* V. *Principios fundamentales y regímenes internacionales.* VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN¹

La globalización y la llamada gobernanza global están teniendo un impacto en el derecho público de los Estados nacionales. Principios constitucionales relativos a la soberanía, protección de derechos humanos, federalismo, entre otros, comienzan a tener una dinámica que obedece no solo a impulsos externos, sino a fenómenos y procesos identificadas con la globalización.²

Lo dicho en el párrafo anterior bien puede aplicarse al Estado mexicano, mismo que en las últimas dos décadas se ha abierto hacia regímenes internacionales diversos.³ A su vez, la mencionada apertura ha comenzado a generar cruces o intersecciones entre esos regímenes y el derecho interno. En particular, destacan las intersecciones que impactan a principios fundamentales contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

¹ El presente ensayo forma parte de un trabajo más amplio, elaborado en el marco de un proyecto conjunto con el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, que deberá ser publicado en el segundo semestre de 2014.

² Este es el punto de partida de mi trabajo titulado *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, p. 1.

³ El examen de cuáles son esos regímenes es el núcleo principal del presente ensayo, como se verá más adelante.

Estos fenómenos representan un quiebre con el principio de soberanía como se le ha entendido a lo largo de décadas. Ya no se puede aceptar sin más la idea de que el poder soberano se expresa en el momento constituyente, produciendo así un instrumento esencialmente nacional, cuya fuerza como norma superior deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo, en respuesta a las percepciones nacionales, a las necesidades nacionales y a los valores nacionales.⁴ Por ello es que algunos autores hablan de la “erosión” de la soberanía.⁵ Y otros hablan de una “transfiguración” del Estado-nación soberano.⁶

La apertura del Estado mexicano a regímenes internacionales diversos, tal y como se expresa en las intersecciones entre esos regímenes y principios constitucionales básicos, nos lleva a preguntarnos cómo debiéramos entender las estructuras fundamentales del derecho público en el México de hoy. El presente ensayo representa un esfuerzo para dar una respuesta a esta interrogante.

En primer lugar, examinamos el principio de soberanía en la Constitución mexicana de 1917, como articulador del Estado y del poder en México, y más específicamente, como el fundamento del sistema democrático y del sistema federal. En segundo lugar, examinamos varias de las principales construcciones doctrinales creadas para dar un fundamento al derecho público mexicano (constitucional y administrativo). En este apartado, veremos cómo todas ellas encuentran tal fundamento en el principio de soberanía. En tercer lugar, haremos una breve mención de los regímenes internacionales a los que México se ha abierto: el sistema interamericano de derechos humanos, los tratados de libre comercio (destacando en particular el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN), y la influencia que ejercen distintas instituciones de la gobernanza global económico-financiera (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). Finalmente, esbozamos algunas conclusiones que en general versan sobre la necesidad de elaborar categorías descriptivas y normativas para entender y sistematizar lo que bien puede llamarse un “nuevo derecho público”.

⁴ Uso aquí una concepción formulada por Saunders, Cheryl, “Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm.. 1, 2006, p. 50.

⁵ Shue, H., “La erosión de la soberanía”, en MacMahan, J. y McKim, R. (coords.), *La moral del nacionalismo*, vol. 2, España, Gedisa, 2003, pp. 211-238.

⁶ Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, México, UNAM, 2008, p. 411.

II. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El principio de soberanía en la trayectoria constitucional de México, sirvió para dotar de justificación e identidad al nuevo Estado surgido en 1821. Pero incluso desde antes de lograr la independencia de España, diversos textos constitucionales se refirieron a dicho principio como la base de todo el arreglo político-institucional, y como escudo contra cualquier intento de justificar posibles invasiones extranjeras. Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Apatzingán de 1814⁷ cuyo artículo 5o. dispuso que “la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la constitución”. Asimismo, el artículo 11 de dicha Constitución estableció que las tres atribuciones de la soberanía son: “la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares”. Finalmente, el artículo 9o. de la Constitución de 1814 dispuso que ninguna nación tiene el derecho “para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones”.

No haremos en este espacio una reseña del principio de soberanía como ha sido consagrado en los distintos textos constitucionales que ha tenido México.⁸ Nos limitaremos a señalar que la Constitución mexicana vigente desde 1917 configura normativamente el concepto de soberanía en sus artículos 39, 40 y 41. En el artículo 39, se dispone que: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. En el artículo 40 se establece que “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”. Finalmente, en el artículo 41 se dispone que:

⁷ El nombre oficial es Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814. Esta Constitución fue expedida por el grupo insurgente en plena lucha, pero no tuvo eficacia más allá del terreno que este grupo pisaba; ello no obstante, se le considera como el primer intento de organización constitucional independiente.

⁸ Para un estudio de este tema ver Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, UNAM, México, 1979, pp. 162 y ss.

El pueblo ejerce su *soberanía* por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus régimenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.⁹

Como se puede ver, la concepción de soberanía en estos artículos se refiere al sustento democrático (soberanía popular) que legitima al Estado; a la vez que sirve de base para organizar el arreglo federal (los Estados son libres y soberanos en lo que atañe a su régimen interior).

Por otra parte, considero que puede hablarse de una especie de idea de “soberanía a la defensiva” que puede encontrarse en diversos artículos de la Constitución, y que en mi opinión tienen que ver con el pasado del país como colonia, los intentos de recaptura de la ex-colonia por parte de diversas potencias extranjeras, y el trauma de la pérdida de la mitad del territorio nacional ante Estados Unidos de América. Se trata de disposiciones como las siguientes:

- 1) La Cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I establece que el Estado podrá conceder a los extranjeros el derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas, “siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo”.

Esta disposición se identifica con la Doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el principio de no intervención entre los Estados; y el principio de estatus igual (y no especial o preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

⁹ Énfasis añadido.

- 2) Existen límites en cuanto a la capacidad legal de los extranjeros para ser propietarios de bienes raíces dentro del territorio nacional. En este sentido, dispone el artículo 27 constitucional, fracción I, párrafo segundo: “En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas”.
- 3) El artículo 32 de la Constitución establece que el ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la propia Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad; y dispone asimismo que esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión. En este sentido, establece el artículo 32 en su párrafo tercero que en tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública, y que para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

En suma, el principio de soberanía ha sido fundamental como articulador del Estado y del poder en México, desde el comienzo mismo de su historia como Estado independiente. Su formulación como principio fundamental no difiere de cómo puede encontrarse en la experiencia constitucional de otros países, pero tiene peculiaridades que se explican por la experiencia histórica de México. Además, este carácter fundamental puede observarse en las principales construcciones doctrinales del derecho público mexicano (en sus vertientes constitucional y administrativa), como se verá en la sección siguiente.

III. DERECHO PÚBLICO Y EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

1. *Derecho constitucional*

A. *La soberanía según Felipe Tena Ramírez*

El libro clásico de derecho constitucional mexicano de Felipe Tena Ramírez inicia el capítulo I abordando el tema de la soberanía. Nos explica que para acercarse al concepto de Constitución, debemos tener en cuenta, pre-

viamente, el concepto de soberanía.¹⁰ De esta manera, trata la evolución histórica del concepto, su carácter polémico, y la problemática relativa a la determinación de quién es el titular de la soberanía y al ejercicio jurídico del poder soberano.¹¹

Tena vincula el principio de soberanía popular con el ejercicio del poder constituyente:

El pueblo, a su vez, titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no sólo a los órganos, sino también al poder que los creó. La potestad misma de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía), sólo cabe ejercerla por cauces jurídicos. La ruptura del orden constitucional es lo único que, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, permite que aflore en su estado originario la soberanía.¹²

A partir de lo anterior concluye, siguiendo a Kelsen, que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan.¹³ Además, al ser expresión de la soberanía, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, y en razón de ello es que está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades: es la ley que rige las leyes y que autoriza a las autoridades. Esto es así porque es “emanación de la más alta fuente de autoridad”.¹⁴

Por otra parte, Tena aborda el tema de los límites del poder constituyente (y por implicación, del poder soberano). Así, identifica límites inmanentes (integrar un orden jurídico); limitaciones históricas (el reconocimiento de derechos fundamentales y la separación de poderes); limitaciones de carácter político (los factores reales de poder), y limitaciones de índole internacional (ve una tendencia a internacionalizar los derechos del hombre y el *jus belli*).¹⁵

¹⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 3.

¹¹ *Ibidem*, p. 7.

¹² *Ibidem*, p. 11.

¹³ A Tena le preocupa dejar bien claro que ningún poder ni gobernante alguno es soberano, pues todos encuentran sus fronteras en la Constitución.

¹⁴ Para emplear una expresión de Tena: la soberanía popular se expresa y personifica en la Constitución. *Ibidem*, pp. 11 y 16.

¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

De manera interesante, Tena observa en su libro, escrito en los años cuarenta del siglo XX, el inicio de una tendencia hacia la relativización del principio de soberanía, en su vertiente exterior, y nos dice lo siguiente:

La soberanía exterior, que había sido hasta hace poco un principio absoluto en la doctrina del Estado, ha comenzado a ser enjuiciada a la luz de necesidades nuevas, de realidades que se imponen y de una conciencia social y política preparada por la primera Gran Guerra y vigorizada por la segunda. Toda limitación a la soberanía exterior tiene que repercutir inevitablemente en la autodeterminación interna.¹⁶

Para Tena, lo que denomina el “dogma de la soberanía del Estado” había conducido a la separación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que aquél no conoce ni regula sino las relaciones entre los Estados, sin que pueda intervenir en las de cada Estado con sus súbditos, materia esta última reservada al derecho interno. Pero a su vez, las dos guerras mundiales habían revelado que la paz era incompatible con el antiguo principio de la soberanía absoluta y, sobre todo, dio razón a quienes sosténían que la conservación de la tranquilidad internacional depende, más bien que de la palabra de los gobiernos, de una atmósfera social donde imperen la libertad, la cultura y el bienestar general.¹⁷

El referido autor observaba cómo después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional había comenzado a dar pasos decididos para la construcción de un sistema global de protección de derechos humanos. Y esto lo interpretó como un nuevo intento de la Humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona. Tena fue premonitorio al dar la siguiente visión del futuro (la versión original del libro de Tena data de 1944, y después tuvo 18 ediciones):

Los quebrantos que el derecho internacional ha producido en el concepto de soberanía, con miras a limitar a los Estados inclusive en su poder constituyente, están lejos todavía de extirpar a una doctrina de tan hondas raíces. Y aunque la partida será ganada, a lo que parece, por el derecho internacional, podemos asegurar que hasta estos momentos el derecho positivo no ha acogido norma alguna internacional como límite jurídico del órgano constituyente.¹⁸

¹⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

¹⁸ *Ibidem*, p. 38.

Como se verá más adelante en el presente ensayo, esta última afirmación de Tena no es sostenible en la actualidad.

B. *La soberanía según Ignacio Burgoa*

Para Burgoa no es posible imaginarse al Estado, ni concebir su implicación o consistencia, sin los conceptos de “soberanía”, “poder constituyente” y “poder público”. Entre estos conceptos —afirma este autor— hay una “simbiosis intelectiva”, y están lógicamente interrelacionados.¹⁹ Y esto lo explica de la siguiente manera:

Hemos aseverado que la nación o pueblo en sentido sociológico, como grupo humano real coherente, decide darse una organización jurídica y política, creando al Derecho que a su vez da vida al Estado como persona moral. La causación de estos efectos obedece a un poder, actividad o dinámica que tiene como fuente generatriz a la misma comunidad nacional. Mediante tal poder, la nación se autodetermina, es decir, se otorga una estructura jurídico-política que se expresa en el ordenamiento fundamental o Constitución. La *autodeterminación* obviamente excluye la injerencia de cualquier sujeto distinto de la nación que pudiese imponer a ésta dicha estructura, o sea, que el poder que tiende a esta finalidad no está sujeto a ninguna potestad extraña a la comunidad nacional ni tampoco a la de cualquier grupo que dentro de ella esté comprendido. Por ello se afirma que el propio poder es soberano, en cuanto que no está sometido interior o exteriormente a ningún otro.²⁰

De manera similar a Tena, Burgoa identifica el principio de soberanía popular con el poder constituyente: en cuanto que tiende a estructurar primaria y fundamentalmente al pueblo mediante la creación de una Constitución en su sentido jurídico-positivo, es decir, como un conjunto de normas básicas y supremas.²¹

Para Burgoa, la nación o pueblo, su poder soberano de autodeterminación o constituyente y el orden jurídico primario fundamental, concurren en una síntesis dialéctica para crear al Estado como institución pública suprema dotada de personalidad jurídica. El Estado tiene una finalidad genérica que se manifiesta en varios fines específicos sujetos

¹⁹ Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 13a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 190.

²⁰ *Ibidem*, pp. 244 y 245.

²¹ *Ibidem*, pp. 248 y 249.

al tiempo y al espacio. Para conseguir tal finalidad, debe el Estado estar investido de poder. Esta actividad no es sino el poder público o poder estatal que se desenvuelve en las tres funciones clásicas y se ejercitan mediante múltiples actos de autoridad. Pero el poder no es soberano, sino que está limitado por el orden jurídico (por ello es que identifica *autodeterminación* con *autolimitación*).²²

C. La soberanía según Jorge Carpizo

Jorge Carpizo nos explica que la soberanía es la diferencia específica del Estado moderno. Es su característica principal y a veces su verdugo —afirma— por entregar al hombre a la opresión y a la tiranía, en lugar de ayudarlo en su lucha por conseguir la libertad.²³ Después de hacer un repaso de la idea de soberanía en connotados autores, desde Bodino y Rousseau hasta Jellinek, Kelsen y Heller (entre otros), y después de revisar el concepto de soberanía tal y como ha aparecido en los diversos documentos constitucionales que México tuvo a lo largo del siglo XIX, Carpizo nos da su interpretación del concepto de soberanía como se encuentra en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana de 1917.

De esta forma, al decir el artículo 39 que la soberanía nacional resiste esencial y originariamente en el pueblo, se quiso señalar —nos dice Carpizo— que México, desde su independencia como pueblo libre, tiene una tradición que no encadena, sino que ayuda a encontrar a las generaciones presentes su peculiar modo de vivir. México es una unidad que a través de la historia se ha ido formando, y que como nación tiene una proyección hacia el futuro, sin olvidarse de su pasado y presente.²⁴

Para Carpizo, la soberanía es la base de todas la demás decisiones jurídico-políticas fundamentales contenidas en la Constitución. Y en el enunciado del artículo 40 que dice: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal...”, ve la idea de libertad como la idea motriz en el concepto de soberanía como está en la Constitución.²⁵

²² *Ibidem*, pp. 245, 256 y 257.

²³ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, p. 162.

²⁴ *Ibidem*, p. 191.

²⁵ Carpizo sostiene que las decisiones jurídico-políticas fundamentales de la Constitución mexicana de 1917 son: los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre la Iglesia y el juicio de amparo. *Ibidem*, p. 192.

Y respecto el artículo 41, nos dice Carpizo que ante la imposibilidad de la democracia directa, como en las *polis* griegas, dicho artículo expresa que la soberanía se ejerce por medio de los poderes federales y de los poderes de los estados, según las competencias que el pueblo les ha otorgado en la Constitución.

Por último, distingue Carpizo los conceptos de soberanía interna y soberanía externa. La primera, es la que se ejerce sobre una región determinada del globo terrestre, y es la línea que limita hasta dónde es aplicable válidamente el derecho de un Estado. Esta dimensión de la soberanía se manifiesta en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana (arriba referidos). Sin embargo, deplora Carpizo que dicha Constitución no contenga ninguna disposición expresa sobre la soberanía externa. Ello no obstante, nos dice este autor que los diversos artículos de la Constitución en los que se habla de tratados internacionales (artículos 76.I, 89.X y 133), suponen el reconocimiento de que éstos solo se dan entre Estados soberanos e iguales.²⁶ Es decir, al hablar de tratados, la Constitución está reconociendo la existencia de Estados soberanos e iguales, y hacer esto equivale a aceptar la noción de soberanía externa.²⁷

2. Derecho administrativo

A. Los fundamentos del derecho administrativo según José Ma. del Castillo Velasco

Del Castillo Velasco afirma que el hombre ha sido creado para vivir en sociedad, y que la sociedad necesita el ejercicio del poder público. La sociedad humana se divide en naciones independientes, cada una de ellas tiene una vida propia e intereses y conveniencias que le son particulares, y por tanto el derecho de exigir de otras naciones que de ninguna manera intervengan en esa vida. Esos intereses y conveniencias, esa vida propia de cada nación constituye su independencia y su soberanía, y se componen

²⁶ Cuando Jorge Carpizo escribió estas ideas en su libro *La Constitución mexicana de 1917* (1979), no se había adicionado el artículo 89.X de la Constitución, en el cual se señala, desde la reforma de 11 de mayo de 1988, cuáles son los principios que debe seguir el Ejecutivo federal en la conducción de la política exterior de México, entre los que se encuentran la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la igualdad jurídica de los Estados, entre otros.

²⁷ *Ibidem*, p. 194.

de todas las esferas de la actividad individual y social que giran dentro de la nación y cuyas órbitas no deben chocar entre sí.²⁸

Para la armonía de esas diversas esferas de actividad —afirma Del Castillo Velasco— no bastan la acción de individuos aisladamente considerados. Es tarea del poder público, y es el deber del gobierno. Así, la ciencia administrativa provee el desarrollo y perfeccionamiento del individuo y de la sociedad, a la armonía de las diversas esferas de actividad que forman una nación libre y soberana, y respeta y fomenta y asegura la actividad individual que es la base de la fuerza y del poderío de la prosperidad y engrandecimiento de las naciones.²⁹ Por ello es que el referido autor define al derecho administrativo como el conjunto de leyes y disposiciones que en cada nación (se entiende, soberana) forma su administración particular.³⁰

B. *El fundamento del derecho administrativo según Gabino Fraga*

El libro clásico de derecho administrativo de Gabino Fraga, define al derecho administrativo como la rama del derecho público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa. Por ello es indispensable saber en primer término en qué consiste la actividad estatal; en segundo lugar, cuáles son las formas que el Estado utiliza para realizar esa actividad y caracterizar entre ellas a la función administrativa; y en tercer lugar, cuál es el régimen a que se encuentra sujeta dicha actividad.³¹

En el capítulo II de su obra, se propone analizar los diversos criterios que la doctrina ha utilizado para dar un fundamento y para señalar el campo de aplicación del derecho administrativo. Nos explica Fraga que uno de esos criterios (predominante en el siglo XIX) es el de la existencia de la soberanía o poder público, visión según la cual es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos (que en eso consiste la soberanía), resulta inadecuada la aplicación del derecho privado que solo regula relaciones entre personas con voluntades iguales. Según Fraga, esta idea se complementaba con una distinción entre los diversos actos

²⁸ Castillo Velasco, José Ma. del, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, t. I, 1874. Versión facsimilar publicada por la UNAM, México, 1994, pp. 5 y 6.

²⁹ *Ibidem*, p. 7

³⁰ *Ibidem*, p. 9.

³¹ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 13.

del Estado, separándolo en dos categorías: actos de autoridad y actos de gestión. En los primeros, el Estado obra dictando órdenes, prohibiciones, reglamentaciones, imponiendo unilateralmente su voluntad, mientras que en los segundos actúa como un particular podría hacerlo en la administración de su patrimonio. A partir de esta distinción, se concluía que el derecho administrativo solo tenía su campo en la realización en los actos de autoridad, dejando los actos de gestión bajo un régimen de derecho privado.

Ahora bien, afirma Fraga que aun admitiendo la idea del poder soberano, es difícil admitir que el Estado tenga dos voluntades, una superior y otra igual a los particulares. Además, observa una falta de claridad en la distinción arriba referida, porque no existe ninguna actividad ejercida por el Estado de la que pueda decirse que sea inconcebible verla ejercitada por los particulares (incluso funciones de policía y justicia, que en algún tiempo han sido ejercidas por particulares). Y finalmente, nos dice Fraga que el Estado, incluso al realizar actos de gestión, siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y gozando de privilegios de los que no disfrutan los particulares.³²

Por otro lado, Gabino Fraga considera la idea de un sector de la doctrina francesa que buscó colocar la noción de “servicio público” como fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo. Pero desechó esta idea por limitada, al poner su atención en una sola vertiente de la acción administrativa (el servicio público) y no ver otras (como el poder de policía, el poder de fomento y el poder de intervención en la esfera de los particulares).

Propone entonces Fraga que con el concepto de *atribución* se puede sistematizar el derecho administrativo:

... dicho concepto no excluye, sino por el contrario se compagina con las nociones de poder y de servicio público, ya que si la ley otorga la atribución al Estado es por una parte en razón de que tal otorgamiento se hace porque el Estado puede proceder en forma distinta de cómo proceden los particulares en sus mutuas relaciones y por la otra, porque sólo el propio Estado puede prestar servicios que, o bien exceden de las posibilidades de la iniciativa privada, o bien no tienen un carácter remunerativo pero que de todos modos son indispensables para satisfacer las necesidades públicas.³³

³² *Ibidem*, p. 21.

³³ *Ibidem*, p. 24.

La noción de atribución implica un régimen especial, el del derecho público, que es exigido en la organización y funcionamiento del Estado, en tanto que éste tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los particulares y que deben realizarse por medios que éstos no disponen, como es “el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional”.³⁴

En cuanto a las relaciones del derecho administrativo y el derecho constitucional, nos dice Fraga que el derecho constitucional encierra todas las normas que se refieren a la estructura misma del Estado, a la organización y relaciones entre los poderes públicos y a los derechos fundamentales de los individuos. En relación con el Ejecutivo, la Constitución solo establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también el Judicial) requieren para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, concluye Fraga que las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas, y las actividades patrimoniales del Estado, la actividad administrativa, han de tomar como base los principios constitucionales respectivos.³⁵

Como se puede ver en el breve repaso que hemos hecho de las opiniones de algunos de los juristas mexicanos más connotados, el concepto de soberanía ha sido la piedra de toque del derecho público mexicano. En una síntesis general, la narrativa se podría resumir de la siguiente manera: en el momento constituyente, se manifiesta el poder soberano del pueblo, al definir una norma de la más alta jerarquía para organizar al Estado. La conexión directa con ese poder soberano es la fuente de autoridad suprema de la Constitución y el gran título de legitimidad del poder (de los poderes constituidos). Se trata, además, de una norma que expresa la identidad de una nación (frente a otras naciones) y que establece los principios básicos de su organización política. Asimismo, de dichos principios básicos derivan normas más específicas relativas a la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La justificación del ejercicio de poder por parte de estos órganos radica en la conexión con la Constitución, que es expresión del poder soberano. Por último, las normas que se refieren al poder Ejecutivo confor-

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Ibidem*, pp. 94-96.

man el derecho administrativo, conectado estrechamente con el derecho constitucional, pero distinto en cuanto al objeto específico de regulación. El derecho público es así concebido como un circuito cerrado, en donde la interconexión entre los distintos componentes fluye en una trayectoria que no admite, en principio, salidas ni entradas de agentes externos.

Ahora bien, ¿qué pasa si el circuito cerrado comienza a dar señales de apertura?; ¿cuáles son las implicaciones de una posible apertura del sistema jurídico, en relación con los conceptos de soberanía, poder y autoridad públicos? En el siguiente apartado nos proponemos examinar algunos fenómenos que pueden identificarse como ejemplos de la apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales diversos.

IV. LA APERTURA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO A REGÍMENES INTERNACIONALES

En los últimos 20 años, México ha experimentado una apertura de su sistema jurídico hacia regímenes internacionales diversos. Se ha tratado de una apertura de carácter más bien sectorial, pues no ha implicado el ingreso en una estructura normativa e institucional más densa y compleja como sería el caso, por ejemplo, de la Unión Europea.

Son varias las manifestaciones de la referida apertura. En primer lugar, se encuentra la influencia del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de México,³⁶ y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cridh),³⁷ han significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación y aplicación distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida que se la compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta y aplica los referidos derechos en México.

El ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado, en primer término, la co-existencia de las “garantías individuales y sociales” (“Derechos Humanos” a partir de la reforma cons-

³⁶ México ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 7 de mayo del mismo año.

³⁷ México aceptó la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, misma que fue publicada en el DOF el 24 de febrero de 1999.

titucional del 10 de junio de 2011) previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás instrumentos que forman parte del SIDH. Asimismo, con dicho ingreso el Estado mexicano (entiéndanse incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención³⁸ y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José, *adoptando* “... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.³⁹

En segundo lugar, otra manifestación de la apertura se puede ver en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito por los gobiernos de México, Estados Unidos de América y Canadá, que entró en vigor el 10. de enero de 1994.⁴⁰ Como se sabe, sus objetivos principales son: la eliminación de barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa; el incremento de las oportunidades de inversión; la protección de la propiedad intelectual; el establecimiento de procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias; así como el fomento de la cooperación trilateral, regional y multilateral. En este rubro, cabe recordar que México ha tenido que reformar su sistema jurídico de acuerdo a los estándares del TLCAN en múltiples materias (entre las que destacan, entre muchas otras, las materias de comercio exterior y régimen de la inversión extranjera).

En tercer lugar, debemos mencionar también el fenómeno que Stephen Zamora ha denominado como las ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican

³⁸ Artículo 1o. de la CADH: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

³⁹ Artículo 2o. de la CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁴⁰ Aquí nos hemos centrado en el TLCAN, pero en realidad México ha suscrito al menos 16 tratados o acuerdos de libre comercio más, tal y como aparece en la página web de la Secretaría de Economía de México (www.economia.gob.mx).

una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades internacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los Estados Unidos (el profesor Zamora es estadounidense) encontrarían completamente inapropiada.⁴¹

Puede mencionarse en esta misma línea el estudio de Sergio López Ayllón, quien vincula buena parte de los extensos y profundos cambios jurídicos ocurridos en México a partir de la década de los ochenta (privatización, desregulación, racionalización del marco regulatorio), a recomendaciones explícitas de organismos financieros internacionales, y al tránsito de una economía cerrada a una abierta. Según López Ayllón, esto implicó adoptar y dar mayor peso a una serie de instrumentos internacionales, lo que a su vez obligó a adaptar las normas e instituciones internas al marco jurídico externo, especialmente en los sectores más expuestos al intercambio con el exterior.⁴²

Por su parte, en su estudio sobre el impacto de la globalización en la reforma del Estado en América Latina, Fix y Ayllón vinculan la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales como el BM y el FMI, lo que en algunos casos —afirman— implicó reformas normativas sustanciales.⁴³

⁴¹ Zamora, Stephen, “Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 640-641.

⁴² “Una parte importante de las modificaciones en el subsistema jurídico mexicano se explica dentro de esta dinámica, particularmente en la legislación relacionada con los distintos sectores económicos. El ejemplo más evidente de esta situación se encuentra en la legislación aplicable al comercio exterior (incluyendo la operación de las aduanas), la inversión y la propiedad intelectual. Su evolución se explica fundamentalmente en su adecuación a las nuevas condiciones de operación del modelo económico y su articulación con el marco regulatorio internacional y las obligaciones de México derivadas de éste”. López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, 1997, pp. 203-208.

⁴³ Reportan Fix-Fierro y Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80% de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “The Impact

Lo anterior nos lleva a establecer la siguiente hipótesis: frente a los fenómenos arriba referidos, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad.

V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y REGÍMENES INTERNACIONALES

El artículo 40 de la Constitución mexicana define cuáles son sus principios fundamentales en los siguientes términos:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Ahora bien, en México se han dado diversos debates en torno a cuáles son los principios fundamentales, y si pueden o no ser alterados por el proceso de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la Constitución mexicana. En esta discusión, la doctrina ha ofrecido distintas respuestas, lo cual demuestra el grado de subjetividad que ha imperado en la discusión sobre este tema. Por ejemplo, Carpizo ha señalado que las “decisiones fundamentales” de nuestro orden constitucional son: los derechos humanos, la soberanía popular, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre las iglesias y el juicio de amparo. Además, ha señalado este autor que dichos principios no pueden ser reformados por el poder revisor, “sino únicamente por el pueblo”.⁴⁴

Por su parte, Rabasa señala como un principio que no puede ser cambiado por el poder reformador de la Constitución, el de la forma de gobierno. Mientras que Mario de la Cueva argumenta que el poder revisor no puede modificar la esencia de la Constitución que le dio vida. Este autor no aclara cuál es dicha “esencia”, aunque sugiere que los derechos individuales y sociales son parte de ella. Por último, Burgoa considera como principios fundamentales la forma del Estado, la forma de gobierno, el sistema electoral, las garantías del gobernado, las garantías

of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 792-795.

⁴⁴ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1983, p. 280.

sociales, las garantías del trabajador, las declaraciones fundamentales en materia socioeconómica y cultural y el juicio de amparo, y propone que cualquier reforma a la Constitución que afecte sustancialmente alguno de estos principios, debiera ser sometida a referéndum popular, una vez cumplido el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, para que entre en vigor.⁴⁵

Para los efectos del presente ensayo, tomaremos como base los principios enunciados en el artículo 40 de la Constitución, a los que añadiremos el principio de protección de derechos humanos y la propiedad de la nación sobre los recursos minerales, los cuales perfectamente pueden derivarse del texto y del espíritu de la norma fundamental mexicana. Así, en las siguientes páginas examinaremos los puntos de intersección de regímenes internacionales diversos, con los principios fundamentales de derechos humanos, democracia, sistema federal, Estado laico y propiedad de la nación sobre los recursos minerales, contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

VI. CONCLUSIÓN

En vista de los fenómenos esbozados, ¿cómo debiéramos entender las estructuras fundamentales del derecho público en México hoy? En mi opinión, el análisis de los puntos de cruce entre los principios fundamentales de la Constitución mexicana y diversos regímenes internacionales en los que el Estado mexicano se encuentra inmerso, nos lleva a concluir que ya no se puede entender el derecho público vigente en el territorio mexicano únicamente a partir de la Constitución. Como ya hemos apuntado, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad. Incluso puede afirmarse que la interpretación y evolución de los principios fundamentales hoy, se insertan en una dimensión supranacional, internacional y comparada.

⁴⁵ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1968, pp. 234-237; Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 127-174, y Burgoa, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, México, Porrúa, 1994. Todas estas obras son citadas por González Schmal, Raúl, “¿Una reforma constitucional puede ser inconstitucional?”, en *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 324.