

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración de un derecho administrativo común en Latinoamérica. Principios y estándares desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Miguel Alejandro López Olvera**

SUMARIO: I. Introducción. II. La reserva de ley como principio de mejora regulatoria y límite entre la ley y la regulación. III. Estándares sobre mejora regulatoria desde el SIDH. IV. Debido proceso, participación ciudadana y libertad de pensamiento y expresión como estándares para garantizar la calidad de las regulaciones. V. Control judicial de las regulaciones. Control de convencionalidad. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo latinoamericano se ha construido y desarrollado bajo paradigmas tradicionales que se originaron en Europa después de la Revolución francesa. El hilo conductor bajo el cual actúan las administraciones públicas en América es básicamente el principio de legalidad, anclado a ideas, reglas y paradigmas que, en su gran mayoría, ya no son compatibles con

* Investigador Titular “B” de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

los derechos humanos, especialmente con el *corpus iuris* internacional.¹

En su momento, resultó loable la idea de someter a la Administración pública a la letra de la ley, en el entendido de que “la ley es la expresión de la voluntad general”. Sin embargo, con el avance del reconocimiento de los derechos humanos, primero como concepto jurídico y luego con la incorporación de más y más derechos humanos a los sistemas jurídicos, hoy resulta trascendente analizar la posibilidad de la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* o derecho común latinoamericano en materia administrativa desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).²

Pensamos que, precisamente, uno de los paradigmas que puede ayudar a conseguir ese fin es la delimitación del principio de reserva de ley que ha sido reconocido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Como sabemos, el constitucionalismo latinoamericano reconoce la facultad reglamentaria de los presidentes de la República, cuya finalidad originaria era compartir la función legislativa del Estado, pero, con el paso del tiempo, especialmente con la llegada del llamado Estado neoliberal, esa facultad reglamentaria, hoy llamada regulatoria, se extendió a los otros poderes estatales (legislativo y judicial) y, en general, a todos los órganos y organismos pertenecientes al poder ejecutivo, así como a todos los órganos estatales, incluso a los particulares.

¹ Jorge Rivero Evia explica que el concepto “*corpus iuris* internacional” es “el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) susceptibles de ser interpretados y aplicados para dar coherencia y armonía al contenido de una norma vinculante en la jurisdicción supranacional. Véase Rivero Evia, Jorge, “*Corpus iuris* internacional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, IJ-UNAM-PJF, 2014, t. I, p. 258.

² Véase Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en Bogdandy, Armin von; Fix-Fierro, Héctor y Morales Antoniazzi, Mariela (coords), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, IJ-UNAM-MPIL, 2014, pp. 3-23.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

La llamada “política regulatoria”, que ahora se desarrolla a partir de la “gobernanza regulatoria”,

Implica métodos para que un gobierno, de cualquier orden territorial, identifique un problema de política pública y analice las alternativas, tanto regulatorias como no regulatorias, que tiene para atenderlo. Si se opta por la opción regulatoria se requieren también procesos sistematizados para el desarrollo de una norma o la adaptación de una regulación existente. Posteriormente, una gobernanza regulatoria efectiva debe asegurar que las reglas sean observadas y se les dé cumplimiento. Para cerrar el ciclo, una buena gobernanza regulatoria requiere evaluar las normas para asegurarse de que cumplen con los objetivos para los que fueron creadas o, en caso contrario, hacer las reformas pertinentes.³

Es decir que, en la actualidad, los congresos ya no desarrollan y pormenorizan la totalidad de una determinada materia establecida en la Constitución, sino que expiden leyes que crean instituciones y órganos, y les asignan competencias regulatorias para que sean estas últimas las que den contenido a esa determinada materia, situación que pone en tensión la tutela de los derechos humanos.

En el presente trabajo subrayamos esta problemática latinoamericana, que puede ser resuelta bajo el estándar del principio de la reserva de ley y de la gobernanza regulatoria a través de los criterios derivados tanto del SIDH como de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), así como de los tratados de libre comercio.

En el primer apartado destacamos la creación y la importancia del principio de reserva de ley convencional desde el SIDH, a través de la opinión consultiva (OC) 6/86, denominada “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. También señalamos las obligaciones convencionales a cargo de los congresos, así como de las administraciones públicas en materia regulatoria, a partir de los estándares interamericanos y desde la OCDE, así como de los tratados de libre comercio.

³ Véase OCDE, *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios: guía práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos*, México, OCDE, 2016, p. 18.

En el segundo apartado analizamos los estándares sobre mejora regulatoria que se han desarrollado, principalmente por la OCDE, pero que también promueven los modernos tratados de libre comercio, así como las obligaciones derivadas de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención).

También enfatizamos los problemas que existen en los países latinoamericanos respecto de las amplias facultades regulatorias que en la actualidad tienen las administraciones públicas. Asimismo, analizamos el ciclo de la gobernanza regulatoria para que se expidan regulaciones acordes con los derechos humanos.

En el tercer apartado exponemos tres derechos humanos que se reconocen en la Convención y que, según la jurisprudencia de la Corte IDH son también de aplicación a los procedimientos legislativos y administrativos, incluidos los procedimientos de expedición de regulaciones por parte de las administraciones públicas.

En el cuarto apartado estudiamos los mecanismos de control existentes para verificar la compatibilidad de las regulaciones que expiden las administraciones públicas en Latinoamérica con las disposiciones y la jurisprudencia del SIDH.

Y, finalmente, cerramos con algunas conclusiones derivadas de las reflexiones hechas en el presente trabajo.

Consideramos que bajo estos estándares desarrollados tanto por la OCDE como por la Corte IDH, sí es posible pensar en la creación de un derecho común latinoamericano en materia administrativa.

II. LA RESERVA DE LEY COMO PRINCIPIO DE MEJORA REGULATORIA Y LÍMITE ENTRE LA LEY Y LA REGULACIÓN

2.1. Principio de reserva de ley convencional

En los sistemas jurídicos latinoamericanos se ha desarrollado el principio de reserva de ley como un límite tanto a la potestad regulatoria de los órganos estatales que tienen esta competencia

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

como a la facultad que tienen los congresos para expedir las leyes ordinarias.

Por el principio de reserva legal, explica Gladys Camacho Cepeda, se delimita constitucionalmente un campo exclusivo de regulación normativa que está confiado al poder legislativo.⁴

El principio de reserva de ley, que encuentra su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe que en el reglamento se aborden materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso,⁵ como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación, la determinación de los elementos de los tributos,⁶ entre muchas otras.

Además de las precisiones anteriores, podemos destacar que, debido a la incorporación de la denominada “política de la desregulación” en los países latinoamericanos, lo que ha significado que los congresos hayan abierto la puerta para que las administraciones públicas de todos los poderes y órganos estatales, pero también incluso a particulares cuando prestan servicios públicos o cuentan con una autorización del Estado, puedan desarrollar y pormenorizar las disposiciones de una ley en sentido formal y material, tanto la doctrina como la jurisprudencia de cada país han impuesto una nueva dinámica del principio de reserva de ley, dividiéndolo en reserva de ley absoluta y reserva de ley relativa

La reserva de ley absoluta se refiere al límite que aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada

⁴ Camacho Cepeda, Gladys, “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado”, en Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), *Derecho administrativo chileno*, México, Porrúa, 2007, p. 167.

⁵ Tesis de jurisprudencia 1a./J. 122/2007, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 122. Véase Rebollo Puig, Manuel, “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, p. 87.

⁶ Tesis 2a./J. 29/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 70. En el mismo sentido, *Diario Oficial de la Federación* de 3 de junio de 2002, p. 150.

en forma exclusiva a la ley formal y material, es decir, a la norma expedida por el poder legislativo, ya sea nacional, federal o local.⁷

La reserva de ley relativa permite que otras normas regulen parte de una materia contenida en el texto de la Constitución, a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deben ajustarse.

En ese sentido, los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención, en diferentes artículos mencionan el concepto “ley”, sin precisar si este se refiere a normas generales emanadas de los congresos o normas emanadas de cualquier órgano estatal.

Ante esta ambigüedad, la República del Uruguay le hizo una consulta a la Corte IDH respecto del significado de la palabra “leyes” utilizada en el artículo 30 de la Convención. En concreto, le preguntó:

Cabe preguntarse acerca de la expresión leyes utilizada (en el artículo 30 de la Convención), en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal —norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución—, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico (párr. 2).

Ante ello, la Corte IDH, opinó “[...] que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.

Es relevante lo resuelto por la Corte IDH, en el sentido de que la expresión “ley” o “leyes” utilizada en la Convención hace referencia al principio de reserva de ley, de acuerdo con el cual —precisa la Corte IDH— “los derechos fundamentales solo pue-

⁷ Tesis aislada 2a. CXXXIII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XXIII, enero de 2006, p. 1301.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

den ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación”.⁸

La ley en el Estado democrático —sigue la Corte IDH— “no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad”.

Lo anterior significa que, tratándose de derechos humanos de fuente internacional, su desarrollo debe realizarse única y exclusivamente por una ley en sentido formal y material, lo que se traduce en una reserva de ley absoluta.

La Convención y la jurisprudencia interamericana reconocen derechos humanos que necesariamente impactan en el derecho administrativo de cada Estado, lo cual obliga a los congresos a desarrollarlos, limitarlos, restringirlos y/o garantizarlos por medio de disposiciones legislativas, tal como lo señala el artículo 2 de la Convención: “El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.⁹

Es por ello que la reserva de ley, como principio y límite a la función legislativa estatal, impone un mandato a los Estados para que solo por ley en sentido formal y material se respeten, se garanticen, se protejan, se limiten y se restrinjan los derechos humanos, y solo excepcionalmente¹⁰ exista “la posibilidad de delegaciones legislativas [...]”,¹¹ siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites im-

⁸ Corte IDH. OC-6/86. La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva de 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6, párr. 32.

⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 180.

¹⁰ Casarín León, Manlio Fabio, “Reglamento”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *op. cit.*, t. II, p. 1120.

¹¹ Véase García de Enterría, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970.

puestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención”.¹²

2.2. Obligaciones a cargo de los congresos. Estándares interamericanos

La Convención establece dos obligaciones esenciales a cargo de los Estados.¹³

Respecto de la primera, la Corte IDH ha señalado, en diferentes sentencias, que el artículo 1 de la Convención impone la obligación de “respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención”.¹⁴

Y respecto de la segunda obligación, ha dicho que “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.¹⁵

En particular, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller señalan que “la Corte IDH ha destacado la importancia de contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias”.¹⁶

¹² Corte IDH. OC-6/86..., *cit.*, párr. 36.

¹³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017.

¹⁴ Véase Corte IDH. *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrs. 164 y 165.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 166.

¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 1”, en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Querétaro, Fundación Konrad Adenauer-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, p. 45.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

Asimismo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que los Estados que suscriban un tratado internacional deben cumplir de buena fe sus obligaciones y no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales.¹⁷

Surgen, así, dos obligaciones directas para los congresos de los Estados parte para lograr la efectividad de los derechos y libertades previstos en la Convención: la primera, que expidan las leyes correspondientes con el objeto de desarrollar un determinado derecho humano reconocido en la Convención; la segunda, adecuar (reformular, derogar o abrogar) el texto de las leyes ya existentes a las disposiciones de la Convención.¹⁸

Uno de los deberes convencionales de mayor importancia para la armonización del derecho internacional de los derechos humanos con la normatividad interna —explican Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller— es la obligación de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y las libertades previstos en los tratados internacionales.¹⁹

Como sabemos, el derecho administrativo tiene su corolario en el principio de legalidad, cuyo contenido, ampliamente difundido y aplicado, predica que “la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores”.²⁰

Es decir que la “ley”, como “expresión de la voluntad general”, se convirtió, desde su aparición hasta su expansión y consa-

¹⁷ Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169, párr. 77.

¹⁸ Véase Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014, pp. 131-141.

¹⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 1”, *cit.*, p. 76.

²⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17a. ed., Bogotá, Temis, 2011, p. 304.

gración, en el elemento central de desarrollo del derecho administrativo latinoamericano: “el principio de legalidad constituye una limitación a la actividad de la administración, por cuanto significa que ella no puede hacer todo cuanto quiera sino solamente aquello que le permite la ley”.²¹

En ese sentido, las leyes de los países latinoamericanos, si bien ya regulan y garantizan algunos de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, no se han armonizado para incorporar todos y cada uno de los derechos humanos contenidos en la Convención y en otros tratados,²² especialmente aquellas normativas que establecen procedimientos y competencias para la expedición de regulaciones.

También es importante incluir los debidos controles en las leyes que permiten la expedición de regulaciones a particulares, tanto administrativos como jurisdiccionales, para que además respeten los derechos procesales y materiales.

2.3. Obligaciones de las administraciones públicas en materia regulatoria. Estándares interamericanos

Siguiendo con las ideas anteriores, podemos decir que, efectivamente, las administraciones públicas están sujetas al imperio de la ley, pero a la ley que es acorde con los derechos humanos.

En ese sentido, la Corte IDH ha señalado que

[...] es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos

²¹ *Idem.*

²² La expresión otros tratados abarca “cualquier tratado internacional aplicable a los Estados americanos”. Véase Corte IDH. OC-1/82. “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Opinión consultiva de 24 de septiembre de 1982. Serie A, núm. 1.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.²³

Lo anterior significa que las administraciones públicas, en la expedición de sus regulaciones, deben respetar los derechos humanos de fuente internacional, entre los que podemos identificar el debido proceso, la participación, la libertad de pensamiento y expresión, entre otros.

Pero también los particulares que tienen autorizaciones u obligaciones legales para expedir regulaciones internas deben respetar los derechos humanos de fuente internacional, ya que el Estado puede incurrir en responsabilidad por la falta de vigilancia en el respeto a los derechos humanos.²⁴

Si la ley que establece competencias y procedimientos para la expedición de regulaciones no reconoce los derechos humanos anteriores, “La Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención les compete a todos los órganos del Estado incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.²⁵

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH señaló que “cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”.²⁶

²³ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

²⁴ López Olvera, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración pública*, México, Novum, 2014.

²⁵ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276.

²⁶ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México...*, *cit.*

Un punto importante a destacar es que la doctrina tradicional todavía habla de “reglamentos” y no de “regulaciones”, situación que muestra la necesidad de construir un nuevo lenguaje desde los derechos humanos, así como una teoría que ayude a establecer límites entre las obligaciones de los congresos y las facultades de las administraciones públicas y de los particulares para desarrollar y pormenorizar las disposiciones de la ley.

Gary Banks, presidente del Comité de Política Regulatoria de la OCDE, destaca que “Una buena regulación es fundamental para que nuestras economías funcionen de manera eficiente y cumplan importantes objetivos sociales y medioambientales”.²⁷

Pero no solo el contenido de la regulación debe respetar los derechos humanos tutelados; también el procedimiento de expedición de la regulación debe respetarlos, ya que una regulación puede ser violatoria de derechos humanos tanto en su contenido material como en la forma en la que se expidió.

Por un lado, y principalmente, la Corte IDH destaca que “en el ámbito de su competencia todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”,²⁸ el cual “consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte”.²⁹

Por otro lado, la OCDE, que es el organismo internacional que promueve la política de la gobernanza regulatoria integral, señala que esa política debe cumplir con su finalidad de generar regulaciones que impacten positivamente en la economía y en la sociedad.³⁰

²⁷ Banks AO, Gary, “Palabras del presidente del Comité de Política Regulatoria de la OCDE”, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, OCDE, 2012, p. 2.

²⁸ Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282.

²⁹ Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7, San José, Corte IDH, 2021, p. 10.

³⁰ Véase OCDE, *Guía para mejorar la calidad regulatoria de trámites estatales y municipales e impulsar la competitividad de México*, México, OCDE, 2012, p. 86.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

También es importante destacar que desde el comercio internacional se promueve la calidad regulatoria a través de una mayor transparencia, análisis objetivo, rendición de cuentas y predictibilidad para facilitar el comercio internacional, la inversión y el crecimiento económico, así como reducir o eliminar requisitos regulatorios innecesariamente gravosos, duplicados o divergentes.³¹

III. ESTÁNDARES SOBRE MEJORA REGULATORIA DESDE EL SIDH

3.1. Problemática latinoamericana

Como sabemos, en toda la región, uno de los problemas más importantes es la abundante legislación y regulación que da vida a nuestros derechos administrativos. Los ordenamientos jurídicos latinoamericanos otorgan amplias potestades regulatorias a una variedad de órganos estatales,³² diferentes a los congresos, sin que existan límites o mecanismos claros de control para la expedición de esas regulaciones.

Desde hace varias décadas las constituciones han ampliado la facultad reglamentaria a muchas autoridades, especialmente a las administrativas, pero también se ha otorgado esa facultad a los particulares, con el argumento de que la actividad administrativa es dinámica y requiere una adecuación rápida a la realidad, pero la verdad de la situación es que este dinamismo regulatorio ha dejado de lado el respeto de los derechos humanos. Cada vez hay más regulaciones en los sistemas jurídicos y cada vez hay más leyes con menos contenido de la materia que deben desarrollar.

En la actualidad, y desde hace algunas décadas, la labor de los congresos se ha trasladado a las administraciones públicas. Ahora son los funcionarios administrativos, e incluso los par-

³¹ Artículo 28.2, “Objeto y Disposiciones Generales”, del capítulo 28, Buenas Prácticas Regulatorias del TMEC.

³² Véase, por ejemplo, Santos de Aragão, Alexandre (coord.), *O poder normativo das agencias reguladoras*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

ticulares, los que legislan a través de los diferentes instrumentos regulatorios. Hay cinco problemas importantes que observamos: i) exceso de regulaciones; ii) déficit en la calidad de las regulaciones; iii) falta de controles en los procedimientos regulatorios; iv) violaciones a derechos humanos a través de las regulaciones, pero también, v) omisiones regulatorias.

En la mayoría de los países latinoamericanos se ha incorporado la política de la mejora regulatoria,³³ pero no con una finalidad de garantía de los derechos humanos, sino más bien con la idea de simplificar los procedimientos, incorporar las tecnologías de la información, evitar la corrupción, que los costos de los trámites sean menores y mayores sus beneficios, y es por ello que en este capítulo se tomarán como base ambas visiones, tanto la del SIDH como la de la OCDE.

La propia OCDE ha dicho que “el desarrollo de una política regulatoria orientada a la mejora permanente del ambiente normativo ha reemplazado conceptos previos como el de ‘desregulación’ [...]. De hecho, la reciente crisis financiera internacional dejó muy claro que la desregulación excesiva implica riesgos serios”.³⁴

Asimismo, Gladys Camacho Cepeda explica, desde el sistema jurídico chileno, que “con gran preponderancia, destaca la posibilidad de que el gobierno produzca, previa habilitación legal, normas con fuerza de ley con competencia para regular las materias reservadas por la Constitución a la norma legal”.³⁵

Demasiada intervención administrativa —señala Carla Huerta— “conlleva el riesgo de un desequilibrio entre los objetivos

³³ Véase Gallo Aponte, William Iván y Pinilla Rodríguez, Diego Enrique, “Las transformaciones de la regulación inteligente y la incorporación de instrumentos de mejora regulatoria en el derecho administrativo. Un análisis comparado”, *Revista de Derecho Público*, vol. 17, núm. 93, mayo-junio de 2020, pp. 215-239; Ferney Moreno, Luis y Gallo Aponte, William Iván, “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019, pp. 246-271.

³⁴ Véase OCDE, *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios...*, cit., p. 19.

³⁵ Camacho Cepeda, Gladys, op. cit., p. 168.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

perseguidos y los resultados probables de una intervención en nombre del interés general, así como de la limitación de la posibilidad de actuación de los particulares y del sacrificio de derechos que en principio deben poder ejercerse libremente”.³⁶

Sin embargo, tanto la Convención como los estándares desarrollados por la Corte IDH establecen un conjunto de principios que deben tomar en cuenta los Estados parte para desarrollar, limitar o garantizar los derechos humanos contenidos en la Convención, especialmente aquellos órganos que cuentan con competencias legislativas (congresos) o regulatorias, y que son los que dan vida a los derechos administrativos latinoamericanos, tanto nacionales como federales, locales y municipales.

En ese sentido, la Corte IDH llegó a la conclusión “de que la obligación general de respetar y garantizar los derechos tenía que *articularse con otros derechos*”.³⁷

La OCDE también ha establecido algunas directivas para que los Estados incorporen sus políticas de gobernanza regulatoria, pero complementada con el debido respeto y garantía de los derechos humanos, mediante los principios de la progresividad y de la interrelación.

3.2. La gobernanza regulatoria

3.2.1. Etapas

La denominada política de la gobernanza regulatoria consiste en una serie de principios e instrumentos cuya finalidad es promover la prosperidad económica, generar beneficios sociales y económicos, así como fortalecer la democracia y el Estado de derecho.

³⁶ Huerta, Carla, “Desregulación y mejora regulatoria: técnicas jurídicas contra las barreras administrativas a la economía”, en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado mexicano*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015, p. 199.

³⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Pelayo Möller, Carlos María, “Artículo 1”, *cit.*, p. 50.

En ese sentido, la Asamblea General de la ONU, como actor principal del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, señaló en la Resolución sobre la “Promoción de un orden internacional democrático y equitativo”, que “la democracia no es solo un concepto político, sino que también tiene dimensiones económicas y sociales”, y que, además, “[...] la democracia, el respeto de todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo, una gobernanza y una administración transparentes y responsables en todos los sectores de la sociedad y una participación efectiva de la sociedad civil forman parte esencial de los fundamentos necesarios para lograr un desarrollo sostenible centrado en la sociedad y en el ser humano”.³⁸

Es por ello que las políticas de la OCDE, las directrices de los tratados internacionales de comercio internacional y el *corpus iuris* internacional no se deben ver de manera aislada, sino de manera complementaria e interdependiente:³⁹ “la promoción y protección de los derechos humanos debe basarse en el principio de cooperación y diálogo genuino a fin de fortalecer la capacidad de los Estados [...] para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos en beneficio de todas las personas”.⁴⁰

Así, la política de mejora regulatoria integral debe atender las diferentes etapas del ciclo de gobernanza regulatoria, desde la concepción y el diseño de las normas hasta su evaluación *ex post*, pasando por todos los procesos involucrados en la implementación, cumplimiento e inspección.⁴¹

Las etapas del ciclo de la gobernanza regulatoria son: diseño, evaluación *ex ante*, cumplimiento, inspección y evaluación *ex post*, así como la participación de los actores sociales que son y pueden ser impactados por las regulaciones y los trámites que

³⁸ ONU, Resolución A/RES/68/175, Promoción de un orden internacional democrático y equitativo, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2013.

³⁹ Véase Mejía Rivera, Joaquín, *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, especialmente el cap. VII.

⁴⁰ ONU, Resolución A/RES/68/175, *cit.*

⁴¹ OCDE, *Guía para mejorar la calidad regulatoria...*, *cit.*, p. 100.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

de las mismas se derivan. Nosotros agregamos el marco legal y la profesionalización.

En este apartado nos referiremos al caso mexicano, para vincular estas etapas con la realidad del ordenamiento jurídico nacional.

3.2.2. Marco legal que regule el procedimiento de expedición

El establecimiento en una ley en sentido formal y material del procedimiento bajo el cual se expedirán las regulaciones también es muy importante; además, con ello se garantizan los principios de reserva de ley y de legalidad.

La ley tendrá que regular todos y cada uno de los aspectos que señalamos en los siguientes apartados, así como garantizar los derechos humanos mencionados en el apartado IV, que son los derechos humanos al debido proceso, el de participación, y la libertad de expresión y pensamiento.

La reforma al artículo 25 de la Constitución mexicana, de 5 de febrero de 2017, incorporó la política de la mejora regulatoria y obligó al Congreso de la Unión a expedir la Ley General de Mejora Regulatoria, normativa que ya contempla algunas de las etapas del ciclo de la gobernanza regulatoria.

3.2.3. Diseño

En la etapa del diseño es importante tomar en consideración los aspectos recomendados por la OCDE, pero también los establecidos por los tratados comerciales, las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos, así como los instrumentos que señalan obligaciones en relación con la protección y cuidado del medioambiente.

Es muy importante, en esta etapa, poner en práctica el principio de la división de poderes, que sirve en esta materia para precisar con claridad la distribución de competencias

[...] de producción normativa entre el Legislativo y el Ejecutivo, el cual claramente se pronuncia por depositar en el primero las principales decisiones de política pública, reservando al segundo exclusivamente una facultad de ejecución y desarrollo, no de innovación o configuración normativa, lo que implica que solo cuando el legislador lo decida, respondiendo a los resultados del proceso democrático y en representación de la ciudadanía, pueden emitirse reglas que tengan sobre el ordenamiento jurídico el efecto configurador acordado por su jerarquía superior al resto de fuentes subordinadas, porque el proceso democrático deliberativo es el foro apropiado y apto para resolver sobre la suerte de los bienes de las personas.⁴²

Es decir que la regulación no puede más que ejecutar y desarrollar la ley, sin la cual no podría existir.

La OCDE también recomienda “Adoptar un enfoque integral, el cual considere como un todo las políticas, instituciones y herramientas, en todos los órdenes de gobierno y entre sectores, e incluya el papel de la legislatura para asegurar la calidad de las leyes”.⁴³

3.2.4. Profesionalización

Es importante la creación de instancias u órganos encargados de llevar a cabo la tarea de la profesionalización, no solo como mecanismos de control externo, sino también como mecanismos de control interno, previo a la expedición de las regulaciones, es decir, instancias que se encarguen de seleccionar a los mejores funcionarios del país para que desarrollen la función regulatoria. Esos funcionarios, encargados de desarrollar y ejecutar las diferentes etapas del ciclo regulatorio, deberán cumplir con los requisitos, las cualidades y los criterios de la profesionalización, para lo cual se deberá implementar un servicio profesional de carrera en materia regulatoria.

⁴² Tesis de jurisprudencia P./J. 47/2015 (10a.), Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 26, enero de 2016, t. I, p. 444.

⁴³ OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, cit., p. 6.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

Para cumplir con esta obligación, se pueden aplicar los criterios y directivas de la Convención y de la Corte IDH, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Comité de Derechos Humanos, pero también los señalados por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Las instancias y normas antes mencionadas señalan que

Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso. Si el acceso a la Administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política. Reviste especial importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden.⁴⁴

Regularmente, los funcionarios encargados de realizar la labor de la elaboración, revisión, aprobación y expedición de las regulaciones son trabajadores de confianza, es decir, de nombramiento y remoción directos, o al menos así está establecido en México, con lo cual se les resta independencia y autonomía. Por ello es que se deben seleccionar a partir de los criterios mencionados.

3.2.5. Evaluación *ex ante*

La OCDE recomienda adoptar prácticas de evaluación de impacto *ex ante*, así como incluir un análisis de impacto regulatorio, sin dejar de lado los efectos económicos, sociales y medioambientales, así como identificar las necesidades respecto de la protección de los derechos de los ciudadanos que justifiquen el uso de la regulación.

En ese sentido, es importante realizar el control de convencionalidad en cada proyecto de regulación que se pretenda ex-

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observación general 25.

pedir.⁴⁵ La Ley de Mejora Regulatoria de México sí establece la obligación de presentar ante la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria el análisis de impacto regulatorio.

Y la Ley también señala la obligación de tutela de los derechos humanos en la expedición de las regulaciones, así como el respeto a los principios de legalidad, subordinación a la ley y reserva de ley.

3.2.6. *Cumplimiento*

Una vez que la regulación pasó por todo el procedimiento para su expedición, que se cumplieron todas las etapas y que se verificó el cumplimiento de los derechos humanos, se debe publicar en el medio de difusión oficial y señalarse una fecha precisa de entrada en vigor.

A partir de la entrada en vigor, la regulación debe ser monitoreada por las diferentes autoridades encargadas del ciclo regulatorio, para identificar si existen demandas ante los tribunales que cuestionan la regulación como violatoria de derechos humanos, para vigilar los niveles de aceptación y de cumplimiento por parte de los destinatarios.

Todos estos datos que se recaban respecto del cumplimiento de la regulación son indispensables para poder hacer adecuaciones a la regulación. La autoridad también deberá monitorear a los particulares que expiden regulaciones, ya que son estas regulaciones las que tienen un nivel mayor de incompatibilidades con los derechos humanos.

3.2.7. *Inspección*

Una revisión constante y permanente del acervo regulatorio es muy importante. Tanto las autoridades competentes en la vigi-

⁴⁵ Véase Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

lancia en el ciclo regulatorio como las encargadas de la expedición y aplicación de cada regulación deben hacer una revisión cada determinado tiempo de la compatibilidad o no con los estándares derivados del *corpus iuris* internacional:

Si bien es deseable que la revisión abarque toda la regulación que conforma el acervo, con frecuencia los gobiernos enfrentan condiciones y limitantes que hacen necesario enfocar sus recursos y tiempo en aquellas que les sean de mayor interés y/o le ofrezcan un mayor impacto potencial.

Frente a un horizonte de recursos escasos, es aconsejable que los gobiernos maximicen el impacto de su esfuerzo buscando identificar las [regulaciones] cuya depuración o mejora traerían los mayores beneficios potenciales.⁴⁶

Esta obligación también debe extenderse a los particulares que tienen facultades o derechos para expedir regulaciones. Además, las oficinas o autoridades de mejora regulatoria deben ser competentes para inspeccionar las regulaciones expedidas por particulares.

3.2.8. Evaluación *ex post*

La evaluación *ex post* de regulaciones —señala la OCDE— “ayuda a evaluar las consecuencias y los resultados de las decisiones normativas. Las herramientas de evaluación *ex post* analizan la pertinencia, la eficacia y los efectos de las decisiones normativas, e identifican los resultados no deseados, las causas del fracaso y los elementos que contribuyen al éxito. Los resultados derivados de este instrumento de gestión constituyen una aportación de conocimientos para los tomadores de decisiones, al crear un circuito de retroalimentación que completa el ciclo de gobernanza regulatoria”.⁴⁷

Aunque también, desde la teoría sobre la socialización de las normas, Emma Consuelo Maza Calviño nos explica que la in-

⁴⁶ Véase OCDE, *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios...*, cit., p. 104.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 43.

fluencia de la regulación internacional puede entenderse como un proceso en tres etapas, y que estas tienen un ciclo de vida en el que el cambio producido por las mismas en cada etapa está caracterizado por diferentes actores, motivos y mecanismos de influencia.⁴⁸

Este conjunto de estándares que surgen de los organismos internacionales, sin duda, permitirán hacer una construcción doctrinal encaminada a la interamericanización de un derecho administrativo sólido, armónico, coherente y garante de los derechos humanos reconocidos en el SIDH.

IV. DEBIDO PROCESO, PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN COMO ESTÁNDARES PARA GARANTIZAR LA GOBERNANZA REGULATORIA

4.1. Problemática

En Latinoamérica, el procedimiento para la expedición de regulaciones no está establecido en leyes, pues en las constituciones y en las leyes solo se señalan las facultades de diferentes órganos que pertenecen a los poderes tradicionales (legislativo, ejecutivo y judicial) o a órganos constitucionales autónomos para expedir esas regulaciones. En lo que se ha avanzado en Latinoamérica es en la expedición de leyes de procedimiento administrativo, es decir, en las leyes que señalan los requisitos, las etapas, los pla-

⁴⁸ “La primera etapa del proceso es el ‘surgimiento de la norma’ (*norm emergence*), que se da cuando existe una convicción de que necesita cambiar algo. En esta etapa, los Estados adoptan una norma por razones políticas internas y si un suficiente número la pone en práctica alcanzará un umbral o ‘punto extremo’ (*tipping point*), para pasar a la etapa dos. En esta, los Estados adoptan la norma en respuesta a la presión internacional, incluso si no existe una coalición interna que impulse su aprobación, porque lo hacen para mejorar su legitimidad hacia el interior. La rápida ratificación de un tratado por muchos países puede ser señal de una ‘cascada de normas’ (*norms cascade*) internacional. Con el tiempo, en una tercera etapa, esta norma se acepta internamente y se vuelve incuestionable”. Maza Calviño, Emma Consuelo, *Derechos humanos: México: retórica sin compromiso*, México, Flacso, 2009, p. 15.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

zos, los medios de impugnación, etc., para la emisión de actos administrativos, pero no para la expedición de regulaciones.

En la mayoría de los países latinoamericanos no existen controles, ni internos ni externos, que permitan revisar, previo a la expedición de las regulaciones, su compatibilidad o incompatibilidad con el *corpus iuris* internacional.

En el caso de México, la Ley General de Mejora Regulatoria no establece un procedimiento para la expedición de regulaciones; cada poder y órgano estatal expide sus regulaciones con base en las facultades que les otorga la Constitución y las leyes específicas.

La Corte IDH, al interpretar los artículos 8 y 25 de la Convención, ha señalado que su aplicación también se debe extender a los procedimientos legislativos y administrativos, además de los jurisdiccionales.

Isaac Augusto Damsky explica que “para el derecho administrativo clásico cristalizado en las últimas décadas del siglo XX, como derivación de la forma de gobierno democrático representativa cerrada tradicional, el ejercicio de las funciones públicas estatales como lo es la función de control resultaba de resorte exclusivo y excluyente de los poderes del Estado, repeliendo la participación de los particulares y la sociedad civil”.⁴⁹

Pero con la incorporación de la Convención a los sistemas jurídicos internos, las cosas han cambiado: ahora se debe privilegiar la tutela de los derechos humanos, y especialmente en los procedimientos de expedición de regulaciones destacamos la aplicación de los derechos humanos al debido proceso, a la participación ciudadana y a la libertad de expresión y pensamiento.

4.2. El derecho humano al debido proceso

Para la Corte IDH, “El debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales

⁴⁹ Damsky, Isaac Augusto, *Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2019, p. 23

a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos”.⁵⁰

En el paradigmático caso *Baena Ricardo vs. Panamá*, la Corte IDH, señaló que

124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. [...].

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

Pero también en el caso *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte IDH extendió la protección del derecho humano al debido proceso, al precisar, que

118. El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adaptar decisiones que determinan derechos.

119. De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 152.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.

En ese sentido, en la expedición de las regulaciones, las autoridades correspondientes deben asegurar la aplicación del derecho humano al debido proceso, así como las respectivas garantías que derivan del artículo 8 de la Convención.

La garantía de audiencia, por ejemplo, que forma parte del núcleo central del debido proceso, se puede materializar a partir de diferentes mecanismos.

La audiencia al ciudadano implica, según Zulima Sánchez Sánchez, “desde el punto de vista del administrado una participación funcional en el procedimiento, y obliga a que las decisiones de la administración sean controladas no solo *a posteriori* sino que la toma de decisiones sea transparente, como así sucede con las decisiones del poder legislativo”.⁵¹

4.3. El derecho humano a la participación ciudadana

La participación de las personas ya se reconocía desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El artículo 6 señalaba que “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus representantes”.

Con el tiempo, el contenido de esa disposición se incluyó en los tratados internacionales, especialmente en los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que disponen que los ciudadanos gozarán del derecho a “Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”.

⁵¹ Sánchez Sánchez, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 189.

Posteriormente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, al interpretar el artículo 25 del Pacto, señaló, que “La dirección de los asuntos públicos, [...] es un concepto amplio que se refiere al ejercicio del poder político. Incluye el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y administrativo. Abarca todos los aspectos de la Administración pública y la formulación y aplicación de políticas internacionales, nacionales, regionales y locales”.

En el mismo sentido, la Corte IDH, al interpretar lo dispuesto en el artículo 23 de la Convención, en el caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*, señaló que “la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y practicas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio”.⁵²

La transparencia, el acceso a la información pública y la publicidad de las actuaciones de las administraciones públicas en los procedimientos de expedición de regulaciones son esenciales, ya que no se puede opinar, es decir, participar activamente y con calidad por parte de la ciudadanía, si no se tienen los fundamentos y las razones por las cuales la Administración pretende expedir una nueva regulación.⁵³

Siempre se debe poner a disposición del público todos los documentos de los expedientes regulatorios, incluidos los análisis de sustento, así como las razones de las decisiones regulatorias y los datos concernientes en donde consten las motivaciones y las razones.

⁵² Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párr. 173.

⁵³ Bruno dos Santos, Marcelo; Fernández Lamela, Pablo M. y López Olvera, Miguel Alejandro, “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto No. 1.172/03”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP*, núm. 315, 2004.

4.4. Libertad de pensamiento y expresión

Para que la participación de las personas sea efectiva en los procedimientos de expedición de regulaciones, es indispensable que se garantice la libertad de pensamiento y de expresión.

Este derecho humano está reconocido en el artículo 13 de la Convención, el cual “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Según la Corte IDH,

Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Con gran acierto, Zulima Sánchez Sánchez precisa: “Es evidente que poco se puede participar si no se está informado”.⁵⁴ La transparencia y el acceso a la información pública son dos derechos humanos que, a su vez, sirven de garantía a la libertad de pensamiento y expresión, así como a la participación de las personas.

Patricia Galeana opina que hay que generar una cultura de transparencia “[...] en la que gobierno y ciudadanía cobren conciencia de su utilidad. En materia política, el ejercicio del derecho a la información permite establecer a la democracia como

⁵⁴ Sánchez Sánchez, Zulima, *op. cit.*, p. 188.

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

forma de vida. Una ciudadanía informada es más participativa y puede defender mejor sus derechos. Una autoridad que cuenta con archivos organizados, está en posibilidad de tomar mejores decisiones”.⁵⁵

La libertad de pensamiento y de expresión, así como la democracia, forman parte de un conjunto de derechos que aportan los elementos más importantes para el proceso deliberativo respecto de los contenidos de las regulaciones que se someten a la opinión de la ciudadanía, ya que aseguran que las personas puedan expresarse libremente respecto de los contenidos de las regulaciones.

V. CONTROL JUDICIAL DE LAS REGULACIONES. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Todos los actos regulatorios de los poderes públicos, los órganos estatales y de cualquier autoridad, incluso de los particulares, deben ser controlados por autoridades independientes, autónomas e imparciales, tanto previo a su emisión como posteriormente en su ejecución, y deben estar sujetos a los controles políticos, jurídicos y jurisdiccionales estatales.

Los mecanismos de control también deben adecuarse a las obligaciones señaladas en la Convención, ya que, como explica Manlio Fabio Casarín León,

La creciente complejidad de las actividades estatales ha puesto de manifiesto problemas de constitucionalidad de actos normativos, que equivalen en su contenido a auténticos reglamentos expedidos por una pluralidad de órganos estatales, en su mayoría ubicados en el ámbito de la Administración pública (circulares, acuerdos, decretos, normas oficiales mexicanas, lineamientos, manuales de organización, criterios, reglas de carácter general, entre otros), donde se discute la competencia para expedirlos y el alcance de sus disposiciones en relación a la seguridad jurídica y derechos fundamen-

⁵⁵ Galeana, Patricia, “Información, archivos y democracia”, en Fox, Jonathan *et al.* (coords.), *Derecho a saber. Balance y perspectivas cívicas*, México, Fundar, 2007, p. 369.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

tales de los destinatarios, así como a los principios de primacía y reserva de ley.⁵⁶

Al respecto, el artículo 25 de la Convención reconoce el derecho humano a la tutela judicial efectiva, el cual, según la Corte IDH, “contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes”.⁵⁷

Sin embargo, la doctrina pretoriana mayoritaria en Latinoamérica no permite el control jurisdiccional en el desarrollo de los procedimientos regulatorios; la regla es la posibilidad de impugnación posterior a su publicación en el medio de difusión oficial.

Luiz Guilherme Marinoni señala que “cuando se piensa en el derecho a la efectividad en sentido lato, [...] la tutela jurisdiccional debe ser oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva”.⁵⁸

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH:

- el control de convencionalidad es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- El control de convencionalidad es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública, y

⁵⁶ Casarín León, Manlio Fabio, *op. cit.*, p. 1121.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam...*, *cit.*, párr. 116.

⁵⁸ Marinoni, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007, p. 220.

- su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.⁵⁹

Además, cuando una autoridad jurisdiccional —que puede ser nacional, federal o local, y dependiendo del modelo adoptado por cada país— conozca de casos sobre regulaciones presentados posterior a la publicación en el medio de difusión oficial, tiene que contar con amplias facultades para dictar medidas reparatorias o de no repetición, con la finalidad de expulsar del ordenamiento jurídico una regulación que sea violatoria de derechos humanos, tanto en el procedimiento para su expedición como también en cuanto a la materia que regula, así como con la posibilidad de poder obligar a la autoridad competente a incluir las garantías o derechos omitidos u ordenar la repetición del procedimiento de expedición.

En el caso de *los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH señaló que “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”.⁶⁰

Es decir que la tutela judicial efectiva debe contemplar mecanismos capaces de impedir una violación a los derechos humanos de las personas, por ejemplo, contemplar la competencia de los jueces para dictar medidas cautelares dentro de los procedimientos regulatorios, con el objeto de permitir que un proyecto de regulación potencialmente violatorio de derechos humanos sea suspendido, hasta en tanto no se determine que efectivamente sus disposiciones pueden causar daños a las personas o, por el contrario, que es compatible con el *corpus iuris* internacional.

⁵⁹ Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7, cit., p. 10

⁶⁰ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284, párr. 165.

VI. CONCLUSIONES

El análisis de los temas estudiados en el presente capítulo, además de aportarnos una visión general de las problemáticas que se presentan en la actualidad en los derechos administrativos latinoamericanos respecto de su regulación, nos lleva a formular las siguientes conclusiones.

Primera. Los Estados latinoamericanos deben establecer, atendiendo a los principios, las finalidades y los derechos humanos reconocidos en cada uno, una teoría sobre la reserva de ley que sea capaz de imponer límites claros y precisos respecto de la expedición de las leyes a cargo de los congresos, así como para las competencias regulatorias de cada autoridad estatal.

Segunda. Las reglas, los principios y los controles establecidos por la OCDE, los tratados de libre comercio, la Convención y la Corte IDH en materia de gobernanza regulatoria, son de aplicación por parte de todas las autoridades estatales, y los congresos tienen la obligación de expedir una ley que señale las etapas del ciclo regulatorio, el procedimiento de expedición, así como la tutela de los derechos humanos.

Tercera. Los procedimientos para la expedición de regulaciones, obligatoriamente, deben respetar los derechos humanos al debido proceso, a la participación ciudadana y a la libertad de pensamiento y expresión, para otorgarles legitimación democrática.

Cuarta. El control de convencionalidad no es exclusivo de los procesos jurisdiccionales, es una obligación a cargo de todas las autoridades estatales. Y tratándose de la expedición de regulaciones, deben existir controles sobre el respeto de los derechos humanos, tanto al interior de cada autoridad regulatoria como también mecanismos externos, previo a su expedición, pero también posterior a su publicación y en su ejecución.

BIBLIOGRAFÍA

BANKS AO, Gary, “Palabras del presidente del Comité de Política Regulatoria de la OCDE”, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, OCDE, 2012.

- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, IIJ-UNAM-MPIL, 2014.
- BRUNO DOS SANTOS, Marcelo; FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo M. y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “La participación pública y el acceso a la información: herramientas para mejorar la calidad institucional. Comentarios al decreto No. 1.172/03”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública RAP*, núm. 315, 2004.
- CALDERÓN M., Hugo Haroldo, *Derecho administrativo guatemalteco*, México, UNAM-Porrúa, 2004.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys, “Las modalidades de la actividad administrativa y los principios que rigen la actuación de la administración del Estado”, en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.), *Derecho administrativo chileno*, México, Porrúa, 2007.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, UNAM, 2017.
- CASARÍN LEÓN, Manlio Fabio, “Reglamento”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, IIJ-UNAM-PJF, 2014, t. II.
- Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 7, San José, Corte IDH, 2021.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor, *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Navarra, Thomson, 2008.
- DAMSKY, Isaac Augusto, *Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2019.
- DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho administrativo uruguayo*, México, UNAM-Porrúa, 2005.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

- FERNEY MORENO, Luis y GALLO APONTE, William Iván, “De la simplificación administrativa a la calidad regulatoria”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 17, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, “Artículo 1”, en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2a. ed., Querétaro, Fundación Konrad Adenauer-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, *Las obligaciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017.
- GALEANA, Patricia, “Información, archivos y democracia”, en Fox, Jonathan *et al.* (coords.), *Derecho a saber. Balance y perspectivas cívicas*, México, Fundar, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970.
- HUERTA, Carla, “Desregulación y mejora regulatoria: técnicas jurídicas contra las barreras administrativas a la economía”, en RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *Derecho y economía informal. Retos de política pública del Estado mexicano*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Tratado de la facultad reglamentaria*, México, Porrúa, 2007.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *El control de convencionalidad en la Administración pública*, México, Novum, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007.
- MAZA CALVIÑO, Emma Consuelo, *Derechos humanos: México: retórica sin compromiso*, México, Flacso, 2009.
- MEJÍA RIVERA, Joaquín, *Diez cuestiones actuales sobre derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

- MORALES ANTONIAZZI, Mariela y CLÉRICO, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- MORELLO, Augusto M., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- OCDE, *El ABC de la mejora regulatoria para las entidades federativas y los municipios: guía práctica para funcionarios, empresarios y ciudadanos*, México, OCDE, 2016.
- OCDE, *Guía para mejorar la calidad regulatoria de trámites estatales y municipales e impulsar la competitividad de México*, México, OCDE, 2012.
- OCDE, *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, OCDE, 2012.
- RIVERO EVIA, Jorge, “Corpus iuris internacional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MARTÍNEZ RAMÍREZ, Fabiola y FIGUEROA MEJÍA, Giovanni A. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, IIJ-UNAM-PJF, 2014, t. I.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17a. ed., Bogotá, Temis, 2011.
- ROLDÁN XOPA, José, “Notas sobre constitución y reserva de ley”, *Lex. Difusión y análisis*, núm. 24, 1997.
- SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Valladolid, Lex Nova, 2004.
- SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre (coord.), *O poder normativo das agencias reguladoras*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

La reserva de ley y la mejora regulatoria en la configuración...

SILVA GARCÍA, Fernando, “El impacto normativo de las sentencias internacionales sobre derechos humanos: su evolución en el orden jurídico mexicano”, en CORZO SOSA, Edgar; CARMONA TINOCO, Jorge Ulises y SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo (coords.), *El impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Corte IDH-Tirant lo Blanch, 2013.

STRANGE, Tracey y BAYLEY, Anne, *Desarrollo sostenible. Integrar la economía, la sociedad y el medio ambiente*, México, OCDE-UNAM, 2013.