



BOLETÍN DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Año 27

Número 42 bis

Mayo-Agosto 2016

CONTENIDO

- I.- PRESENTACIÓN.....
- II.- INFORME ANUAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN 2015.....
- III.- INFORME DE DERECHOS HUMANOS 2016.....
- IV.- TALLER DE ELABORACIÓN DE SENTENCIAS.....
- V.- CONFERENCIA “FACULTAD DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE OPTAR POR LA REINCORPORACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES QUE OBTUVIERON RESOLUCIÓN JURISDICCIÓN FAVORABLE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 84 DE LA LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO CONFORME EL TEST DE PROPORCIONALIDAD”.....
- VI.- VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL MAGISTRADO ALBERTO LOAIZA MARTÍNEZ REFERENTE A LA FACULTAD DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE OPTAR POR LA REINCORPORACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES QUE OBTUVIERON RESOLUCIÓN JURISDICCIÓN FAVORABLE (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 84 DE LA LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO CONFORME AL TEST DE PROPORCIONALIDAD)

I.- PRESENTACION.

La edición 43 del boletín, correspondiente al cuatrimestre mayo-agosto de 2016, incluye el informe anual de acceso a la información 2015 y el informe de Derechos Humanos 2016, emitidos por este Tribunal, con los cuales se da a conocer al público las solicitudes en materia de transparencia y acceso a la información recibidas y respondidas, así como las acciones, programas y resultados en la promoción, respeto, protección y garantía de los Derechos Humanos, realizados por este Órgano Constitucional Autónomo.

Asimismo, da cuenta del taller: "Programa de Elaboración de Sentencias" impartido por la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, desarrollado en el mes de abril, como parte de las actividades de capacitación y actualización profesional, en el que participaron Magistrados, personal jurisdiccional y de apoyo del Tribunal.

El volumen hace una breve referencia a la conferencia "Facultad de la autoridad administrativa de optar por la reincorporación de los miembros de las instituciones policiales que obtuvieron resolución jurisdiccional favorable. Interpretación del artículo 84 de la ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado conforme el Test de Proporcionalidad", que sustenté con el carácter de integrante, el día 13 de junio, en la Jornada Académica 2016 de la Academia de Derecho Fiscal del Estado de Baja California.

Finalmente el boletín anexa el voto particular formulado por el suscrito, mediante el cual a través de un test de proporcionalidad, se sostiene que el artículo 84 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, no debe interpretarse como una prohibición absoluta para las autoridades administrativas de reinstalar a los miembros de las instituciones policiales que obtuvieron resolución favorable, sino como una opción libre para éstas, voto que sirvió de base para la conferencia descrita en el punto inmediato anterior.

Esperamos sea del agrado y utilidad al lector.

A t e n t a m e n t e:

Lic. Alberto Loaiza Martínez

Magistrado Presidente del Tribunal de lo
Contencioso Administrativo del
Estado de Baja California

II.- INFORME ANUAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN 2015.

En acatamiento a lo dispuesto por la fracción VIII, del artículo 39, de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California, en relación con el artículo 18, fracción VIII, del Reglamento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California, en materia de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se publica el siguiente informe anual de acceso a la información:

| | |
|---|---|
| NÚMERO DE SOLICITUDES DE INFORMACIÓN PRESENTADAS EN EL AÑO | 6 |
|---|---|

OBJETO DE LAS SOLICITUDES:

01/2015: Se solicitó informes sobre ingreso mensual de los Magistrados del Tribunal.

2/2015: Se solicitó copia fotostática de sentencias dictadas en asuntos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado de 2010 a mayo 2015.

03/2015: Se solicitó el mapa del organigrama estructural del Tribunal.

04/2015: Se solicitó versión pública de sentencias dictadas por la Primera Sala del Tribunal.

05/2015: Se solicitó informe sobre el sueldo bruto de los Magistrados del Tribunal.

06/2015: Se solicitó copia simple de todo lo actuado en un juicio radicado en la Primera Sala.

| | |
|--|---|
| SOLICITUDES PROCESADAS: | 6 |
| SOLICITUDES RESPONDIDAS: | 5 |
| SOLICITUDES PENDIENTES A DICIEMBRE DE 2015: | 1 |

| RESPUESTAS A LAS SOLICITUDES | |
|--|---|
| Afirmativa | 5 |
| No competencia | 0 |
| No interpuesta | 0 |
| Afirmativa parcial | 0 |
| Negativa (información confidencial o reservada) | 0 |
| Inexistencia de la información | 0 |
| Pendientes a diciembre 2015 | 1 |

Nota: La copia digital del informe anual de acceso a la información 2015 se encuentra disponible en el siguiente enlace:

http://tribunalcontenciosobc.org/art_transparencia/transp_2015/informe_trasp_2015.pdf

III.- INFORME DE DERECHOS HUMANOS 2016.



Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California

Informe sobre las acciones, programas y resultados de la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos 2016

Siendo seis de julio de dos mil dieciséis, a efecto de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, se rinde el siguiente:

INFORME

1.- El 29 de octubre de 2015 se realizó la conferencia denominada "La Perspectiva de Género en la Impartición de Justicia", impartida por la Maestra Marycarmen Color Vargas, Directora de Área de la Subdirección General de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El evento fue realizado en el Salón Candiles del Hotel Lucerna de la ciudad de Mexicali, Baja California, al que acudieron los Magistrados Numerarios y Supernumerarios, el personal jurisdiccional y de apoyo jurisdiccional del Pleno y Primera Sala, así como los Secretarios de Acuerdos y Actuarios de la Segunda y Tercera Sala.

La conferencia mencionada sirvió para promover e impulsar la igualdad entre hombres y mujeres, así como para capacitar al personal del Tribunal para la aplicación de la perspectiva de género en la impartición de justicia.

2.- En la página oficial del Tribunal se encuentra el Presupuesto Ciudadano, consistente en el desglose explicativo e ilustrado del origen, distribución, aplicación y objetivo de los recursos públicos aprobados y asignados en el presupuesto de egresos anual, medida que garantiza el derecho de los gobernados de conocer de una manera simple la forma en que el Tribunal dispone y ejerce el presupuesto que se le asignó.

3.- El personal del Tribunal recibe y atiende a las personas que acuden a nuestras oficinas con dudas sobre los actos impugnables ante este órgano y su procedimiento, entregando gratuitamente formatos de demanda para que el



GOBIERNO DEL ESTADO
DE BAJA CALIFORNIA

Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California

interesado sólo llene los espacios en blanco, facilitando así el acceso a la justicia administrativa en el Estado.

4.- El Pleno y las Salas del Tribunal han emitido diversas sentencias en las que se ha garantizado el respeto de los derechos humanos de los promoventes, ha suplido la deficiencia de la queja y declarado la nulidad oficiosamente de los actos impugnados en diversos juicios. Algunos ejemplos son:

| Resoluciones |
|--|
| Sentencia de Pleno dictada en el expediente 1532/2010 S.S. acumulado 2699/2010 S.S. |
| Sentencia de Pleno dictada en el expediente 505/2014 S.S. |
| Otorgamiento de suspensión en los expedientes 1199/2016 S.S., 87/2016 S.S., 97/2016 S.S. y 828/2014 S.S. |

5.- En la página oficial del Tribunal se encuentra un rubro denominado "Biblioteca Digital", en el que se encuentran diversos libros y artículos electrónicos sobre Derechos Humanos, con el propósito de difundir y promover su conocimiento, respeto, garantía y protección.

Alberto Loaiza Martínez

Magistrado Presidente



TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DEL ESTADO
DE BAJA CALIFORNIA

IV.- TALLER DE ELABORACIÓN DE SENTENCIAS.

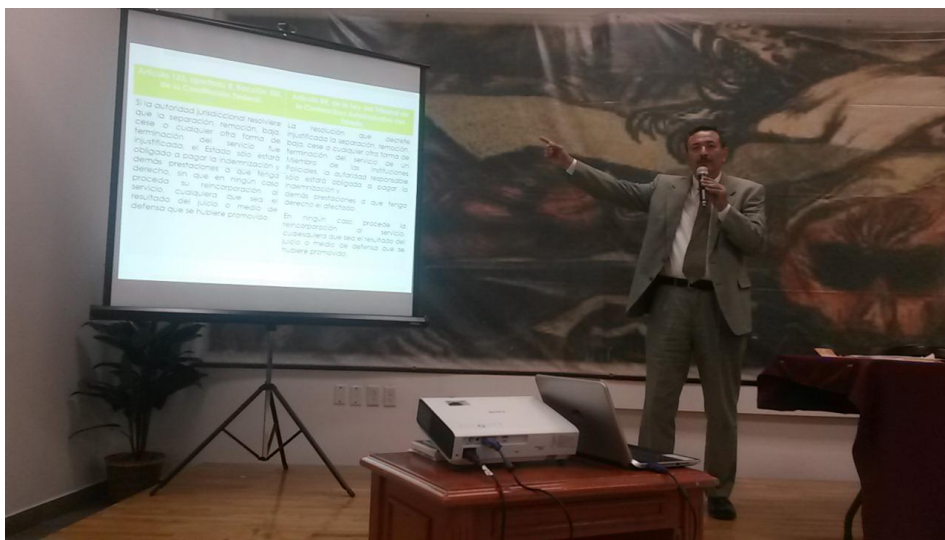
Los días 20 y 21 de abril de 2016 se llevó a cabo en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California el taller "Programa para la elaboración de sentencias", impartido por la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al cual acudieron los Magistrados Numerarios, personal jurisdiccional y de apoyo del Tribunal, así como personal de la Junta de Conciliación de Arbitraje del Estado, Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Mexicali y del Tribunal Unitario Agrario, con la finalidad de conocer el manual de elaboración de sentencias de la Sala Regional Monterrey y las características del modelo de sus sentencias, así como conocer la metodología de trabajo que utilizan los secretarios de estudio y cuenta de dicha Sala para elaborar una sentencia.





V.- CONFERENCIA “FACULTAD DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE OPTAR POR LA REINCORPORACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES QUE OBTUVIERON RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL FAVORABLE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 84 DE LA LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO CONFORME AL TEST DE PROPORCIONALIDAD”.

Los días 13,14, 16 y 17 de junio la Academia de Derecho Fiscal del Estado de Baja California llevo a cabo la Jornada Académica 2016 en el auditorio de la Casa de la Cultura Jurídica en la ciudad de Tijuana, Baja California. El Magistrado Alberto Loaiza Martínez impartió el día 13 de junio la conferencia “Facultad de la autoridad administrativa de optar por la reincorporación de los miembros de las instituciones policiales que obtuvieron resolución jurisdiccional favorable. Interpretación del artículo 84 de la ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado conforme el Test de Proporcionalidad”.



VI.- VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL MAGISTRADO ALBERTO LOAIZA MARTÍNEZ REFERENTE A LA FACULTAD DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE OPTAR POR LA REINCORPORACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES QUE OBTUVIERON RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL FAVORABLE (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 84 DE LA LEY DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO CONFORME AL TEST DE PROPORCIONALIDAD).

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE EMITIDO POR EL MAGISTRADO ALBERTO LOAIZA MARTÍNEZ

Formulo voto razonado respecto de la resolución de Pleno de fecha doce de mayo de dos mil dieciséis, que resuelve los recursos de revisión planteados por las partes.

RECAPITULACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA

El problema jurídico a resolver consistió en determinar si el artículo 84, penúltimo y último párrafos¹, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, relativo a los efectos de las sentencias que declaran injustificada la separación de un miembro de una institución policial, cuyo texto es similar al artículo 123, apartado B, fracción XIII, segundo párrafo², de la Constitución Federal, es una prohibición para la autoridad administrativa de reinstalar al que obtenga una resolución jurisdiccional que declare injustificada su separación, o bien, prevé una opción para la autoridad administrativa de decidir libremente sobre la reinstalación.

¹Artículo 84.-...

La resolución que decreta injustificada la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio de un Miembro de las Instituciones Policiales, la autoridad responsable sólo estará obligada a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho el afectado.

En ningún caso procede la reincorporación al servicio, cualesquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

² Artículo 123.-...

Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

El Pleno resolvió que el precepto de referencia no debe interpretarse como una prohibición absoluta para las autoridades administrativas de reinstalar a los miembros de las instituciones policiales que obtuvieron resolución favorable, sino como una opción libre para éstas conforme a las siguientes consideraciones:

- Que al resolver un problema jurídico distinto no existe tesis al respecto, conforme al Acuerdo 5/2003 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de veinticinco de marzo de dos mil tres, relativo a las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, y para la verificación de la existencia de la aplicabilidad de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte, el cual establece que la tesis es una expresión por escrito en forma abstracta de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto. Que este criterio jurídico deriva en su integridad de la considerativa fundamental de la resolución correspondiente y que se entiende por parte considerativa fundamental, la concerniente al planteamiento del problema y las razones de su solución. Que la tesis está necesariamente ligada al problema jurídico planteado y no es divisible el problema jurídico planteado y las razones de su solución.

- Que no existe jurisprudencia por contradicción de tesis sobre la opción de la autoridad administrativa de reinstalar a los miembros de las instituciones policiales que obtuvieron resolución favorable, en razón que conforme al criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para que exista contradicción de tesis es necesario que haya un razonamiento en el que la diferente interpretación ejercida gire en torno a un mismo problema jurídico, y en la jurisprudencia 2a./J. 103/2010 se analizó un problema diferente al de la opción. Dicho de otra manera, existiría contradicción de tesis si una de los tribunales colegiados contendientes hubiera sostenido el criterio de la optatividad por parte de las autoridades administrativas y otro hubiera sostenido un criterio contrario.

- Que la referida jurisprudencia no es aplicable al caso porque las razones que la sustentaron consistentes en que la norma constitucional establece una prohibición absoluta a reinstalar, al haber privilegiado el Constituyente Permanente el interés general por el combate a la corrupción y la seguridad por

encima de la afectación que pudiera sufrir el afectado, justifica la interpretación propuesta por el actor consistente en que la reinstalación es optativa para las autoridades administrativas, con la ventaja que esta última interpretación es pro persona conforme el artículo 1 constitucional.

- Que sí es factible interpretar el artículo 84 de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado como una opción libre de la autoridad administrativa para reinstalar, y no como prohibición absoluta, por lo siguiente:

- Conforme los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³, ante la oscuridad o insuficiencia de la letra de los preceptos de la Constitución debe acudir a los mecanismos que permitan conocer los valores que se pretendieron salvaguardar por el Constituyente y al fijar el alcance de un determinado precepto constitucional debe atenderse a los principios establecidos en ella arribando a una conclusión congruente y sistemática.

- Que los preceptos que tienen relación con el tema en orden descendiente son, el 123, apartado B, fracción XIII, 21 y 1.

- Que los valores que se pretendieron salvaguardar por el constituyente son:

- Con el artículo 123, apartado B, fracción XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la creación de un mecanismo eficiente en el combate a la corrupción que impide la reincorporación de los elementos que a juicio de la autoridad son nocivos para las instituciones. El constituyente enfatiza que la reforma no debe afectar la carrera policial de los considerados por la autoridad como buenos elementos.

- Con el artículo 21, las bases del sistema de seguridad pública sustentada en la carrera policial, el principio de profesionalismo y el derecho humano de los elementos de las

³ Tesis P. XII/2006 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 25 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, correspondiente al mes de febrero de dos mil seis y tesis P. XXVIII/98 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 117 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, correspondiente al mes de abril de mil novecientos noventa y ocho.

instituciones policiales a un proyecto de vida como medios para proteger el bienestar y seguridad de los mexicanos.

- Con el artículo 1 constitucional, el derecho a la dignidad el cual se encuentra además implícito en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro País. Entre estos derechos se encuentra el derecho al libre desarrollo de la personalidad que comprende poder desarrollar un proyecto de vida y escoger la profesión o actividad laboral.

- Que para fijar el alcance del artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Federal se debe realizar una interpretación restrictiva, sistemática y teleológica en concordancia con los artículos 1 y 21 antes mencionados.

- Que los derechos, principios y/o intereses constitucionales en conflicto consisten en: el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los miembros de las corporaciones policiales, el principio de profesionalismo, que es uno de los principios rectores de la carrera policial y el interés público del combate a la corrupción mediante la no reincorporación al servicio de los malos elementos.

- Que la restricción para reincorporar, aún cuando se haya declarado injustificada la terminación de la relación administrativa incide en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en el principio de profesionalismo que sustentan la carrera policial, por lo que al tratarse de una restricción a principios y derechos constitucionales amerita una interpretación restrictiva que permita que la restricción cumpla su cometido pero afectando los derechos y valores en conflicto sólo lo racionalmente justificable.

- Que la interpretación sistemática y teleológica implica que la porción normativa del artículo 123, apartado B, fracción XIII, "sin que en ningún caso proceda la reincorporación al servicio" debe interpretarse en concordancia con la porción normativa relativa al profesionalismo de las instituciones de seguridad pública y al libre desarrollo de la personalidad.

- Que la prohibición absoluta de reinstalar no es racionalmente justificable porque igualmente se puede lograr el

fin de la restricción dejando a elección de la autoridad el reinstalar o bien indemnizar.

- Que interpretar que la norma constitucional no establece una prohibición de reincorporar para la autoridad, sino un permiso para hacerlo, es una interpretación que lesiona en menor grado el principio de profesionalismo contenidos en el artículo 21 constitucional y el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y al proyecto de vida implícito en el artículo 1 de la Ley Suprema, a la vez que se logra el fin perseguido por el constituyente, de establecer un mecanismo eficaz para la depuración de las corporaciones policiales, manteniendo el equilibrio con la carrera policial como lo pretendió el constituyente.

- Que otra técnica de la interpretación sistemática consiste en recurrir a la presunción de que existe constancia terminológica, por lo que, en el caso, se debía analizar el uso que el Constituyente ha dado a la palabra ningún(a), por ser un vocablo contenido en el texto del artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución: “sin que en ningún caso proceda la reincorporación”.

- El constituyente ha utilizado el enunciado “ninguno” sin que sea sinónimo de prohibición, previo a la reforma del 18 de junio del año 2008, el artículo 19 de la Constitución Nacional, establecía que “ninguna detención podría exceder de 72 horas”; sin embargo, el legislador ordinario en el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales consideró que este plazo debía prorrogarse cuando lo solicitara el indiciado. Así, el legislador interpretó el artículo 19 antes citado, en el sentido de que la palabra ninguna detención no era una prohibición absoluta sino que estaba condicionada a la falta de petición del indiciado.

- Que aplicando la técnica de la constancia terminológica y cambiando lo que hay que cambiar: “sin que en ningún caso proceda la reincorporación” significa: “sin que en ningún caso proceda la reincorporación, salvo que la autoridad así lo elija”.

- Que si la teleología de la reforma al artículo 123 de la Constitución Nacional consistió en establecer un mecanismo eficaz de separación de los elementos considerados malos por la

autoridad y no tuvo intención impedir la continuación en el servicio de los buenos elementos, con el derecho de elección, entre reincorporarlos o indemnizar por parte de la autoridad, se cumple con la finalidad de la reforma constitucional y a la vez se lesionan en menor medida los principios de profesionalismo y carrera policial, así como los derechos humanos de desarrollo de la personalidad y de proyecto de vida.

Razón del voto

Considero que existe un argumento adicional importante para justificar, que el artículo 84, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no debe interpretarse como una prohibición absoluta para las autoridades administrativas de reinstalar a los miembros de las instituciones policiales que obtuvieron resolución favorable, sino como una opción libre para éstas.

El argumento está relacionado con el principio de proporcionalidad, el cual constituye:

“un criterio adecuado para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y correlativamente, un criterio apropiado para fundamentar, en sus aspectos sustanciales, las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes interviene en la órbita de tales derechos.”⁴

“Por aspectos sustanciales de control de constitucionalidad se comprende la parte de este enjuiciamiento que versa sobre la relación entre el contenido de los derechos fundamentales y el contenido de la ley.”⁵

El principio de proporcionalidad, se trata únicamente de un esquema que permite estructurar el examen de constitucionalidad de las leyes a manera de una controversia entre argumentos y réplicas.⁶

Ante la falta de familiaridad en México, sobre todo de parte de los tribunales ordinarios por lo novedoso del tema, de la forma en que los tribunales constitucionales hacen el control de constitucionalidad de las normas ordinarias utilizando el principio de proporcionalidad, también conocido como de prohibición de exceso⁷ o de razonabilidad⁸, para la

⁴ Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2007, p 70. 3ª, ed.

⁵ *Ibíd*em, p 70.

⁶ *Ibíd*em o.74 y 75.

⁷ *Ibíd*em, p 47.

comprensión del voto resulta necesario ser exhaustivo y sencillo en la explicación, remitiendo a las fuentes que soportan el estudio.

Es factible interpretar el artículo 84 de la LTCABC como una prohibición impuesta a la autoridad para reinstalar?

De establecer una prohibición de reinstalar para la autoridad el artículo 84 de la LTCABC ¿resultaría constitucional, o infringiría el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a un proyecto de vida del miembro de la institución policial?

Interpretar el citado artículo como una prohibición absoluta para reincorporar a los miembros de las instituciones policiales al servicio, vulneraría el derecho humano del miembro de la institución policial al libre desarrollo de la personalidad. Además, dicha interpretación afectaría el derecho del individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, la manera en que lograría la meta y objetivos que para él son relevantes, entre los que se comprende la libertad de escoger su profesión o actividad laboral. Una interpretación en tal sentido no aprobaría las fases del principio de proporcionalidad relativas a la necesidad de la medida y de la proporcionalidad de la medida en sentido estricto.

Control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos

El Pleno de la SCJN consideró, en la tesis aislada P. LXIX/2011(9a.) con número de registro 160525, que los tribunales ordinarios están facultados para inaplicar normas ordinarias que no se ajusten a los derechos humanos previstos en la Constitución o en los Tratados Internacionales de los que México sea parte. Esta solución extrema, como lo ha sostenido el Máximo Tribunal, es un último recurso que sólo procede si no es posible efectuar una interpretación adecuada, que atribuya a la norma un sentido que la haga conforme con la Constitución y/o con los Tratados.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su

⁸ Boulin Victoria, Ignacio A., Decisiones razonables, el uso del principio de razonabilidad de la motivación administrativa, Marcial Pons, Argentina, 2014, 2014, pp. 73.

aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Para hacer una interpretación constitucionalmente válida del último párrafo artículo 84, de la LTCABC es necesario seguir las reglas establecidas por la Primera Sala en la jurisprudencia 1a./J. 2/2012 (9a.) con número de registro 160267, de rubro y texto siguientes:

RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS.

Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros

derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Metodología para aplicar el Principio de proporcionalidad (de prohibición de exceso o de razonabilidad)

Las reglas previstas en la tesis anterior, fueron expuestas de manera didáctica por la Primera Sala de la SCJN, en el Amparo en revisión 237/2014, que desarrolla los pasos o etapas a seguir para aplicar el principio de proporcionalidad como herramienta para controlar la constitucionalidad y/o convencionalidad de una norma. A través de esta metodología se determina el alcance de un derecho fundamental y la extensión de su protección, trazando una distinción indispensable entre ambos. De acuerdo con esta distinción, el examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse mediante un análisis en dos etapas, siguiendo los pasos que se describen a continuación:

Primera etapa: Debe establecerse si la medida legislativa impugnada o interpretada incide en un derecho fundamental, es decir, si lo afecta.

Para lograr lo anterior, por un lado, debe interpretarse la norma infra constitucional con la finalidad de determinar los alcances de la prohibición u obligación que esta establece y, por otro lado, debe interpretarse la norma que establece el derecho fundamental en juego, con la finalidad de fijar el alcance o contenido prima facie de éste.

Si la norma interpretada no incide en el derecho fundamental al tener la presunción de ser constitucional se da por terminada la primera etapa y con esto se da fin al ejercicio de aplicación

del principio de proporcionalidad. Por el contrario, de incidir, debe pasarse a la segunda etapa.

Segunda etapa: Debe establecerse si la norma que incide en el derecho fundamental es constitucional. Es decir, si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca la extensión protectora del derecho fundamental. Sólo será constitucional si cumple con todos los requisitos del principio de proporcionalidad: (a) una finalidad constitucionalmente válida, (b) idoneidad, (c) necesidad y (d) proporcionalidad en sentido estricto.

El incumplimiento de uno de los elementos de este principio demuestra la inconstitucionalidad en la norma y vuelve innecesario el estudio de los demás requisitos.

Elementos o Subprincipios:

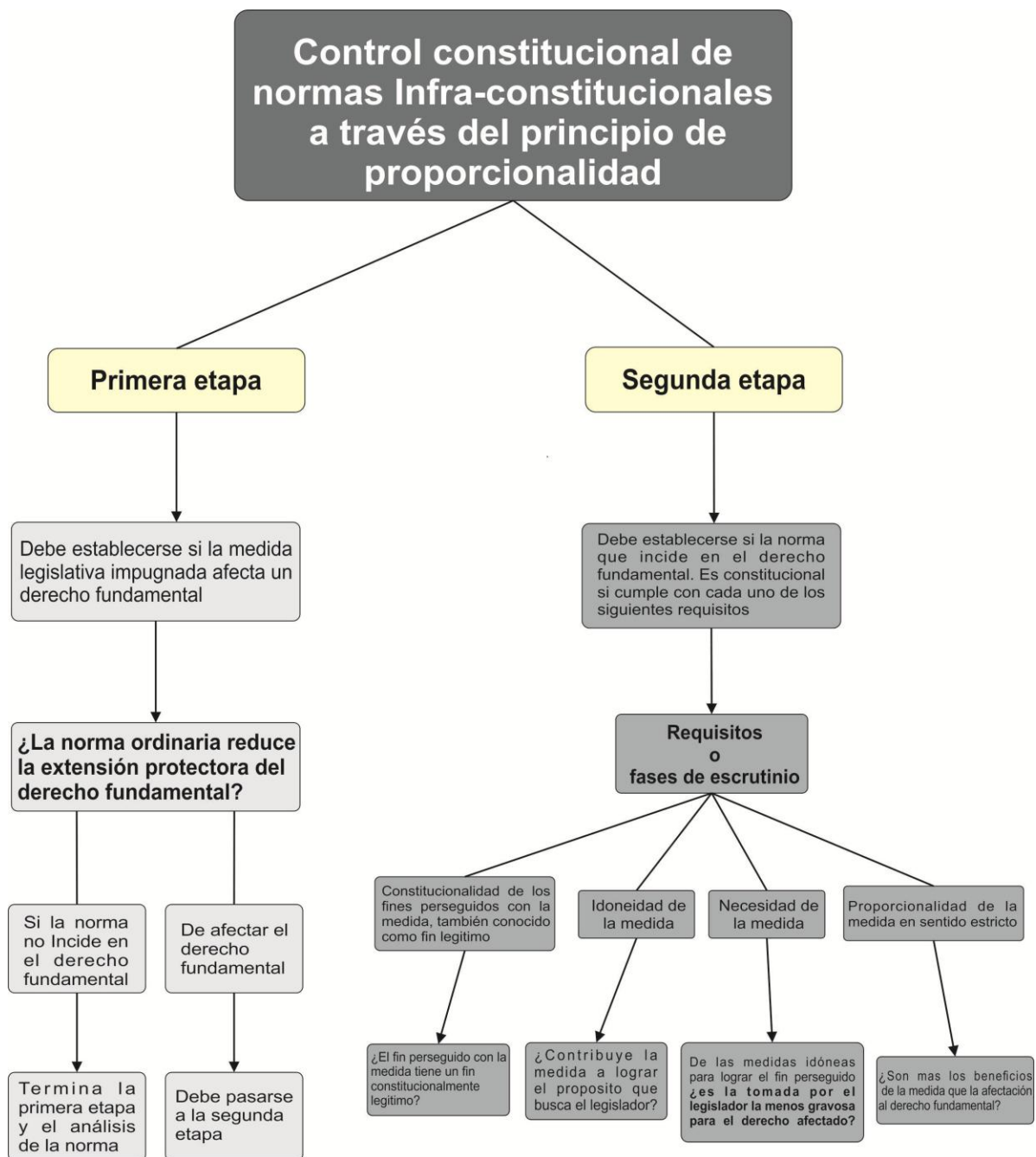
(a) Constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida, también conocido como fin legítimo. No cualquier propósito puede justificar la limitación de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos fundamentales.

(b) Idoneidad de la medida. Se considera que es idónea la medida si la correlación entre medio y fin es positivo, con independencia de su nivel de eficacia. En otras palabras, es idónea la medida si contribuye en algún modo o en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador.

(c) Necesidad de la medida. Se satisface esta exigencia cuando entre los medios idóneos para la consecución de un fin legítimo, se elige el menos gravoso o restrictivo para el derecho afectado. El escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno.

(d) Proporcionalidad de la medida en sentido estricto. En esta fase se requiere realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación, desde la perspectiva de los fines que se persiguen con los costos que necesariamente se producirán desde los derechos fundamentales.

Los anteriores pasos o etapas son ilustrados en el siguiente esquema:



Aplicación del principio de proporcionalidad al último párrafo del artículo 84 de la LTCABC, en relación con el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y al derecho humano al proyecto de vida

A. Primera etapa:

¿La norma ordinaria reduce la extensión protectora del derecho fundamental?

Sí. Si el enunciado “en ningún caso procede la reincorporación al servicio” se interpreta como una prohibición para reincorporar, se afecta el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que implica el derecho del individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, la manera en que lograría la meta y los objetivos que para él son relevantes, entre los cuales se encuentra la elección de la profesión o actividad laboral.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada P. LXVI/2009 con número de registro 165822, desarrolló los aspectos que comprende el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.

De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.

Una prohibición para reincorporarse implica que el miembro de la corporación policial no podría dedicarse a la actividad profesional que libremente eligió, y, decidir a qué actividad profesional dedicarse, evidentemente forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho como lo expresa la tesis citada, deriva el derecho personalísimo, a elegir en forma autónoma su proyecto de vida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en relación al proyecto de vida, lo siguiente:

“El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”⁹

En especial la carrera policial tiene la peculiaridad de ser un proyecto de vida auspiciado por el propio constituyente permanente, como se advierte de la exposición de motivos del artículo 21 de la Constitución Nacional, que establece las bases sobre las cuales se debe regir la seguridad pública en todo el país.

En la iniciativa presentada por el Titular del Poder Ejecutivo, el 5 de diciembre de 1994, para adicionar el artículo 21 Constitucional, se indicó:

Sistema Nacional de Seguridad Pública.

La iniciativa plantea definir a nivel constitucional las bases sobre las cuales debe regirse la seguridad pública en todo el país. El cambio que se propone demanda una nueva concepción de la profesionalización policial. Es preciso reforzar los procedimientos de evaluación permanente del desempeño profesional de los servidores públicos de seguridad. Se debe crear una verdadera carrera policial sustentada en un régimen de prestaciones económicas y sociales congruente con la importancia y el riesgo de su labor. Es necesario revalorar y dignificar al servidor de la seguridad pública para atraer a esta actividad a mexicanos que encuentren en ella un **proyecto digno de vida** profesional, sentando las bases de seguridad y reconocimiento social que merecen. Es necesario hacerlo en el ámbito federal y promover, con respecto a la soberanía de los estados y a la autonomía de los municipios, que estos esquemas sean de adopción generalizada (página 162, Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones, Tomo XIII).

Segunda etapa:

¿Es constitucional la medida conforme las cuatro elementos de escrutinio?

⁹ Caso Loayza Tamayo Vs. Perú (Reparaciones y costas), párrafo 148 de la sentencia.

a).- Constitucionalidad de los fines perseguidos por la medida

¿El fin perseguido con la medida tiene un fin constitucionalmente legítimo?

Sí, tiene un fin legítimo. La pretensión del legislador local fue ajustar el artículo 84 de la LTCABC, al texto del artículo 123, apartado B, fracción XIII. En este orden de ideas, remite a los fines del constituyente, por tanto, para conocer estos, deben analizarse los trabajos preparatorios de la reforma, de fecha 18 de junio de 2008, según los cuales, la finalidad de la reforma consistió en establecer un mecanismo de depuración de los elementos que a juicio de la autoridad se apartan de los principios de ética y dañan las instituciones.

b).- Idoneidad de la medida

¿Contribuye la medida a lograr el propósito que busca el legislador?

La medida es idónea porque contribuye a lograr el propósito que busca el legislador.

La prohibición de reincorporar al miembro de la institución policial, aun cuando haya obtenido sentencia favorable que declara injustificada la terminación de la relación administrativa, a cambio de una indemnización, logra el propósito de que no sea reincorporado el miembro que, a juicio de la autoridad, se apartó de los principios de ética y por ende daña a la institución. La medida es eficaz para lograr la depuración de estos elementos.

c).- Necesidad de la medida

¿De las medidas idóneas para lograr el fin perseguido es la de prohibir la reincorporación la menos gravosa para el derecho afectado?

No. La medida consistente en prohibir la reincorporación de un miembro de la institución policial que obtuvo sentencia favorable, declarando injustificada la determinación de la autoridad de dar por terminado el servicio de aquel, no es necesaria porque existen medios alternativos, contemplados en nuestro sistema jurídico, igualmente

idóneos, para impedir la reincorporación de un sujeto que obtuvo una resolución favorable.

Existe la posibilidad de que ante una resolución jurisdiccional favorable al actor, el demandado, sujeto pasivo, elija entre reinstalar o bien indemnizar. En otras palabras, el derecho de elegir corresponde al demandado condenado y no al actor.

Por ejemplo, en materia laboral, la Constitución Nacional, artículo 123, apartado A, fracción XXII, contempla la excepción a favor del patrón de los supuestos en los cuales, no obstante que despidió a un obrero sin causa justificada, no está obligado a reinstalarlo, sino que puede optar por el pago de una indemnización.

Al respecto, el artículo 123, apartado A, fracción XXII de la Constitución Nacional establece lo siguiente.

“XXII. El patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. La Ley determinará los casos en que el patrono podrá ser eximido de la obligación de cumplir el contrato, mediante el pago de una indemnización.

El artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo establece los supuestos en los cuales el patrón queda eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de indemnizaciones.

“Artículo 49.- El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes:

- I. ...*
- II.*
- III.*
- IV. ...*
- V.”*

La medida consistente en que la autoridad tenga el derecho de optar entre reincorporar en el servicio a un miembro de la institución policial, o bien indemnizarlo, es una medida menos restrictiva de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y al proyecto de vida, en comparación con la prohibición de la reincorporación y logra la misma eficacia en la depuración de los considerados malos elementos en

opinión de la autoridad. Esta última es quien decide si reincorpora o no, atendiendo a si considera que se trata de un elemento bueno o malo.

d).- Proporcionalidad en sentido estricto de la medida

¿Son más los beneficios de la medida que la afectación al derecho fundamental?

No. La prohibición absoluta de reinstalar a los miembros de las instituciones policiales que obtuvieron sentencia favorable, no es una medida proporcional en sentido estricto ya que genera una ventaja mínima para el combate a la corrupción y el orden público, frente a la afectación muy intensa al desarrollo de la personalidad del miembro de la institución policial, pues al no ser reincorporado se le al impide el desempeño de la actividad profesional que eligió como proyecto de vida.

Es mínima la protección al combate a la corrupción y al orden público, por lo siguiente:

Primero.- La corrupción que se pretende erradicar con la prohibición de reincorporar no es de naturaleza objetiva sino subjetiva. Es la que a juicio de la autoridad exista y no la que está probada en el proceso. Al miembro de la institución policial que obtuvo resolución favorable, conforme a nuestro sistema jurídico, no puede llamársele corrupto. La sentencia que declara injustificada la terminación del servicio deja sin efecto este acto de autoridad que le atribuye ya sea la comisión de una conducta indebida o que no reúne un requisito de permanencia.

Segundo.- No todas las causales de responsabilidad tienen relación con el combate a la corrupción. La constitución de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 109, fracción III, dispone: *“Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afectan la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de su empleo, cargo o comisiones”*.

Tercero.- Los requisitos de permanencia en un principio no tienen relación directa con la corrupción de los miembros de las instituciones policiales, sino que su propósito es garantizar cumplan con un perfil profesional que les permita desempeñar las funciones. No regulan la comisión de conductas que impliquen responsabilidad administrativa. En los trabajos preparatorios de la reforma de 18 de marzo

de 1999, al artículo 123, apartado B, fracción XIII, en el cual se estableció la posibilidad constitucional de dar por terminada la relación administrativa de un miembro de la institución policial por no reunir los requisitos de permanencia, se advierte, del debate en la Cámara de Diputados, que se diferenció entre requisito de permanencia y causal de responsabilidad, señalándose que los primeros no tienen relación con actos delictivos o incumplimiento de funciones. Diputado Felipe Urbeola Ledezma:

“Por otro lado, dice por aquí que se prohíbe la reinstalación a los cesados; no se trata de cesarlos, se trata de removerlos del cargo. El cese se da cuando una persona ha actuado mal; el cese es cuando ha cometido un acto delictivo o incumple con sus obligaciones. En este caso estamos hablando de la remoción del cargo, porque no cumple con los requisitos de ley y en este sentido yo sí quiero ser muy enfático.”

Por último, hacer un breve repaso de la relación del tercer párrafo de la fracción XIII del apartado B del artículo 123, que dice lo siguiente:

Los miembros de las instituciones policiales de los municipio, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la Federación, es decir, todos los que se dediquen a la actividad policiaca podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes establecen. Esto debe de quedar claro, la única causa por la cual pueden ser removidos es el incumplimiento de requisitos. Esta disposición constitucional no es aplicable para aquellos que cometen actos delictivos o que violentan o incumplen con su función, para eso existen otras disposiciones: las leyes adecuadas, las leyes orgánicas y en algunos casos las de los prestadores de servicios públicos.”

Como se advierte, interpretar el artículo 84 de la LTCABC como una prohibición absoluta de reincorporar al miembro de la institución policial, resultaría inconstitucional, porque no se aprueban las fases de escrutinio de necesidad de la medida y de proporcionalidad en sentido estricto.

Lo anterior significa que debe realizarse una interpretación que resulte constitucional. De lo contrario se tendría que inaplicar la norma.

ATENTAMENTE

MAGISTRADO ALBERTO LOAIZA MARTÍNEZ

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA.

INTEGRACIÓN

PLENO

LIC. ALBERTO LOAIZA MARTÍNEZ
MAGISTRADO PRESIDENTE

LIC. MARTHA IRENE SOLENO ESCOBAR
MAGISTRADA NUMERARIA

LIC. CARLOS RODOLFO MONTERO VÁZQUEZ
MAGISTRADO NUMERARIO TITULAR DE LA PRIMERA SALA

SALAS

LIC. CARLOS RODOLFO MONTERO VÁZQUEZ
MAGISTRADO NUMERARIO TITULAR DE LA PRIMERA SALA

LIC. FLORA ARGUILÉS ROBERT
MAGISTRADA SUPERNUMERARIA TITULAR DE LA SEGUNDA SALA.

LIC. ROBERTO ALFONSO VIDRIO RODRÍGUEZ
MAGISTRADO SUPERNUMERARIO TITULAR DE LA TERCERA SALA.

LIC. CLAUDIA CAROLINA GÓMEZ TORRES
SECRETARIA GENERAL DE ACUERDOS

C.P. BEATRIZ LUNA MENDÍVIL
JEFA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA

Publicación Cuatrimestral, año 27, número 43. Publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California. Publicación electrónica.

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

PLENO Y PRESIDENCIA

AV. JUSTO SIERRA Y AV. DE LOS LAURELES #1101
LOCALES "D" Y "E" FRACC. LOS PINOS CP 21230
TELS. (01-686) 554-84-88 y 554-31-19
MEXICALI, B.C.

PRIMERA SALA

AV. JUSTO SIERRA Y AV. DE LOS LAURELES #1101
LOCAL "B" FRACC. LOS PINOS CP 21230
MEXICALI, B.C.
TELS. Y FAX (01-686) 557-25-80 Y 557-25-20

SEGUNDA SALA

CALLE SACRAMENTO O AVENIDA DE LAS GARDENIAS,
NUMERO 4208, FRACCIONAMIENTO LAS PALMAS
TIJUANA, B.C.
TEL Y FAX (01-664) 971-01-45 Y 971-01-46

TERCERA SALA

CALLE 11 ESQ. RYERSON #297
ZONA CENTRO
TEL Y FAX (01-646) 178-61-06 Y 178-61-09
ENSENADA, B.C.