

# Praxis

de la  
Justicia Fiscal y  
Administrativa

Revista de Investigación Jurídica

Julio - Diciembre 2017

22

Alfonso SANTIAGO

Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ

Juan Manuel OTERO VARELA

Noé A. RIANDE JUÁREZ

Aida del Carmen SAN VICENTE PARADA

Magda Zulema MOSRI GUTIÉRREZ

Miguel BUITRÓN PINEDA

Rabindranath GUADARRAMA MARTÍNEZ

Gonzalo URIBARRI CARPINTERO

José Antonio RUMOROSO RODRÍGUEZ

Guillermo A. TENORIO CUETO



**TFJA**  
TRIBUNAL FEDERAL  
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA



---

**Mag. Carlos Chaurand Arzate**

Presidente  
Tribunal Federal de Justicia Administrativa

---

**JUNTA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN**

**Mag. Carlos Chaurand Arzate**

Mag. Juan Ángel Chávez Ramírez  
Mag. Adalberto Gaspar Salgado Borrego  
Mag. Julián Alfonso Olivas Ugalde  
Mag. María del Consuelo Arce Rodea

---

**COMITÉ EDITORIAL EXTERNO**

**Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa**

Dr. Jorge Albertsen, Dr. Javier Barnés, Dr. Luis José Béjar, Dr. José Antonio Caballero, Dr. José Luis Caballero, Dr. Juan Carlos Cassagne, Dr. Juan Cianciardo, Dr. Oscar Cuadros, Dr. Carlos Espinosa, Dr. Pablo Gutiérrez, Dr. Carlos Hakansson, Lic. Fauzi Hamdan, Dr. José Antonio Lozano, Dr. Henry Mejía, Dr. José Antonio Moreno, Dr. Javier Pérez, Dr. Carlos del Piazzo, Dr. Jaime Rodríguez-Arana, Dr. José Roldán, Dr. Javier Saldaña, Dr. Alfonso Santiago, Dr. Jaime Orlando Santofimio, Dr. Rubén Spila, Dr. Fernando Toller, Dr. Rafael Valim

---

**CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES**

**EN MATERIA DE DERECHO FISCAL Y ADMINISTRATIVO**

**Dr. Guillermo A. Tenorio Cueto**

Director General

Lic. Mauricio Estrada Avilés  
Subdirector Académico  
Lic. Alejandra Abril Mondragón Contreras  
Jefa de Departamento  
LDG Dulce María Castro Robelo  
Jefa de Departamento de Diseño  
Lic. Diana Karen Mendoza García  
Técnico Administrativo  
C. María de los Ángeles González González  
Secretaria

---

**DICTAMINADORES DE ESTE NÚMERO**

Dr. José Juan Anzures, Dra. Miluska Obregoso, Dr. Juan Manuel Acuña, Dr. José María Soberanes, Dr. Luis José Béjar Rivera, Mtro. Rodrigo González, Mtra. María Rivero, Dr. Guillermo A. Tenorio Cueto, Dr. Ramón Narvárez, Dr. Guillermo Gabino Vázquez Robles, Dr. Carlos Espinosa Berecochea, Dr. Sinuhé Reyes

---

**PORCENTAJE DE TRABAJOS RECHAZADOS**

Para este número fueron rechazados el 23% de los trabajos presentados

---

**2017**

Publicación editada por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa con domicilio en Insurgentes Sur 881, Torre "O", Col. Nápoles, Del. Benito Juárez, C. P. 03810, Ciudad de México, [www.tfja.mx](http://www.tfja.mx).

Se prohíbe la reproducción parcial o total, la comunicación pública y distribución de los contenidos y/o imágenes de la publicación, incluyendo almacenamiento electrónico, temporal o permanente, sin previa autorización que por escrito expida el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

ISSN: En trámite.



## CONTENIDO

### Artículos de investigación

El alcance del control jurisdiccional de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada .....	7
<i>Alfonso Santiago</i>	
Las medidas cautelares y provisionales de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Función y alcances .....	37
<i>Marcos del Rosario Rodríguez</i>	
Mecanismos Alternos de Solución de Controversias (MASC) en las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas. Su marco jurídico y evolución.....	63
<i>Juan Manuel Otero Varela</i>	
Las "buenas prácticas" en materia de protección de datos, recomendables para periodistas y particulares que hacen públicos datos personales .....	87
<i>Noé A. Riande Juárez</i>	
Las raíces románticas de la Escuela Histórica del Derecho. (Una aproximación a las ideas del Racionalismo Jurídico y del Empirismo Jurídico).....	115
<i>Aida del Carmen San Vicente Parada</i>	
Las Nuevas Funciones del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en el Sistema Nacional Anticorrupción .....	137
<i>Magda Zulema Mosri Gutiérrez</i>	
<b>Artículos de opinión</b>	
El Impuesto al Ajuste Fronterizo .....	149
<i>Border Adjustment Tax (BAT)</i>	
<i>Miguel Buitrón Pineda</i>	
El Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, un nuevo paradigma de justicia fiscal .....	151
<i>Rabindranath Guadarrama Martínez</i>	
Interpretación y Ética Judicial .....	173
<i>Gonzalo Uribarri Carpintero</i>	
La obligación de los contribuyentes de llevar la contabilidad electrónica. Reflexiones jurídico-filosóficas respecto al pronunciamiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	179
<i>José Antonio Rumoroso Rodríguez</i>	
<b>Reseñas de libros</b>	
Libertad de expresión y Derecho de Autor en campañas políticas en Internet.	185
<i>Guillermo A. Tenorio Cueto</i>	



## EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, PERSPECTIVA ARGENTINA Y COMPARADA

Alfonso SANTIAGO<sup>1</sup>

### SUMARIO

*I. Introducción. II. Argumentos favorables a limitar el control de constitucionalidad de las políticas públicas a la exclusiva determinación de si ellos lesionan el contenido esencial de un derecho reconocido constitucionalmente. III. Argumentos a favor de un control amplio de razonabilidad de las políticas públicas al momento de ejercer el control de constitucionalidad, que comprende el juicio de estricta necesidad. IV. Postura propuesta. V. Fuentes de información.*

### RESUMEN

El rol que está llamado a cumplir el Poder Judicial en el ámbito de las políticas públicas ha sido y es uno de los temas más controvertidos desde el inicio y expansión del control de constitucionalidad a cargo de los jueces que pusiera el juez Marshall en el ya célebre caso *Marbury* a comienzos del siglo XIX.

En el presente trabajo nos planteamos analizar el grado e intensidad que está llamado a tener el control de razonabilidad de las políticas públicas.

### PALABRAS CLAVE

Control constitucional. Políticas públicas. Razonabilidad. Proporcionalidad. Oportunidad. Necesidad. Derechos humanos.

### ABSTRACT

The role that the Judiciary is called to play in the field of public policies has been and is one of the most controversial issues since the beginning and expansion of the constitutional control by judges that Judge Marshall put in the already celebrated *Marbury* case at the beginning of the 19th century.

In this work, we intend to analyze the degree and intensity is called to have the control of reasonability of public policies.

### KEY WORDS

Constitutional control. Public politics. Reasonableness. Proportionality. Opportunity. Need. Human rights.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y miembro correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid.

## I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene cuatro partes bien diferenciadas. En la primera de ellas, pretendemos hacer una presentación del tema, mediante distintas referencias jurisprudenciales del Derecho comparado y la formulación de la cuestión que nos proponemos resolver. En la segunda y tercera parte daremos argumentos tanto a favor o en contra de una y otra postura acerca del alcance del control de razonabilidad judicial de las políticas públicas. Finalmente, en la cuarta parte expondremos y fundaremos nuestra postura sobre la cuestión planteada.

La creciente y progresiva juridización y judicialización de los procesos sociales como políticos ha provocado que los tribunales no solo definan sino tutelen los derechos constitucionales de quienes son parte en el proceso, sino que, en ocasiones, examinen en profundidad y se pronuncien sobre la razonabilidad de las políticas públicas implementadas por los poderes políticos. Incluso parecería que, en muchos casos, el eje central de discusión se ha trasladado de la determinación y protección del derecho constitucional afectado en el caso concreto a la razonabilidad de la política pública en sí misma considerada.

Por otra parte, se advierte una tendencia creciente a configurar aquellas políticas en sede judicial cuando, a criterio de los magistrados, se descubre una omisión inconstitucional o una determinada insuficiencia legislativa en la protección de determinados derechos o bienes tutelados en las cartas magnas. Esta última tendencia ha llevado en ocasiones a los tribunales constitucionales a transformarse de legisladores negativos en legisladores positivos, con todas las consecuencias y dificultades que ello acarrea<sup>2</sup>.

Un reciente proyecto de ley, elaborado en Brasil, propone la creación de un proceso específico para el control de constitucionalidad y razonabilidad de las políticas públicas por parte del Poder Judicial, regulando minuciosamente todos los aspectos relativos a ese control<sup>3</sup>. Se trata de la propuesta de un nuevo tipo de proceso constitucional que se sumaría a los ya existentes en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional.

La intensificación del control de la razonabilidad de las políticas públicas plantea importantes cuestiones constitucionales en relación con el principio de división de poderes y a posibles riesgos de extralimitación judicial, que han dado lugar a un fuerte debate público y doctrinario sobre el rol que les corresponde a los jueces en las modernas democracias constitucionales. Se habla también así del riesgo de la "sobrejudicialización" de los procesos políticos y sociales<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Puede verse sobre este tema el libro *Constitutional Courts as positive legislators*, Cambridge University Press, que recoge –bajo la coordinación de Allan Brewer– los informes de más de 50 países del mundo, presentados en el XVIII Congreso Internacional de la International Academy of Comparative Law, llevado a cabo en Washington, Estados Unidos, entre los días 25 y 31 de julio de 2010.

<sup>3</sup> *Cfr.* Berizonce, Roberto y Verbic, Francisco, "Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño", *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, número 56, septiembre de 2013, pp. 106-121.

<sup>4</sup> *Cfr.* Lo sostenido por la Corte Suprema argentina en Fallos, 328:2429 y 3573 (2005).

En el ámbito del Derecho Constitucional norteamericano, a partir del fallo del caso “*Brown*” sobre integración racial en las escuelas en 1954, se ha planteado un intenso debate doctrinal<sup>5</sup> y político acerca de la legitimidad y efectividad de las decisiones judiciales para brindar “remedios estructurales” (*structural remedies*) a los problemas sociales de cierta envergadura que se dan en determinada sociedad<sup>6</sup>. Así, se ha señalado que el “remedio estructural” que persigue esta novedosa forma de intervención judicial en la administración de la cosa pública, parte de la premisa de que la calidad de nuestra vida social se ve afectada en gran medida por la acción u omisión de organizaciones burocráticas de gran escala y no tanto por la acción de individuos que pueden actuar fuera o dentro de estas organizaciones.

En particular, esta postura parte de la creencia de que los derechos constitucionales fundamentales no pueden ser plenamente asegurados si no se lleva a cabo la reforma profunda de las estructuras y políticas públicas vinculadas con aquellos. Por tanto, si la demanda “estructural”, que solicita un “remedio estructural”, se entiende como aquella en la que el juez, a fin de proteger determinados bienes constitucionales, se ve en la necesidad de reformar una determinada organización o política pública, a fin de eliminar la amenaza a los valores constitucionales que proviene del *statu quo* gubernamental o administrativo. De esta manera, el remedio estructural no se pone en marcha ante incumplimientos episódicos o puntuales de las mandas constitucionales, por lo que el juez no busca sancionar una conducta puntual o eliminar del sistema jurídico una norma que no se adecua al texto de la Ley Suprema.

Por el contrario, aquel se ve enfrentado a corregir una “condición social” o una interacción continua, que no depende necesariamente del marco jurídico aplicable, sino del modo en que determinada organización viola o amenaza sistemáticamente ciertos derechos fundamentales.

---

<sup>5</sup> Pueden verse al respecto, entre otros, los siguientes trabajos: Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995. Jacob, Herbert *et. al.*, *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996.

Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges*, New York, Oxford University Press, 2000.

Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

Amar, Vikram y Tushnet, Mark, *Global Perspectives on Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind, *Comparative Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2011.

<sup>6</sup> Sigo en este punto la muy interesante exposición del Dr. Martín Oyhanarte sobre “*Structural Remedies* y fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en las II Jornadas Institucionales para Ministros de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina, organizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, en mayo de 2011.

Durante las décadas de 1970 y 1980, la doctrina estadounidense saludó con entusiasmo y defendió enfáticamente la utilización de estas herramientas<sup>7</sup>. La doctrina actual, en cambio, tiene una visión más madura y matizada de las decisiones judiciales que buscan brindar remedios estructurales a ciertos problemas sociales. En particular, es casi unánime la doctrina que rescata al menos algunos valores positivos que ha entrañado la utilización de la teoría de los remedios estructurales, siempre que ello ocurra en el contexto adecuado. Esto se hace especialmente evidente en materia de segregación racial y valoración positiva, conforme fue sostenido en los casos "*Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*" y su progenie<sup>8</sup>.

En junio del 2012, la Corte Suprema norteamericana ha convalidado por estrecho margen la constitucionalidad de la Ley de Salud impulsada por el gobierno de Obama en el 2010 –*Obamacare*– en un claro ejemplo de control judicial de constitucionalidad de una ley que contenía una política pública decidida por los poderes políticos. Sin embargo, el 30 de junio de 2014 el mismo Tribunal en los casos "*Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services et. al., petitioners v. Hobby Lobby Stores, Inc. et. al.*" (Docket 13–354) y "*Conestoga Wood Specialties Corporation et. al., v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services et. al.*" (Docket 13–356) dispuso, por 5 a 4 votos, que el mandato contraceptivo dictado por el Departamento de Salud (HHS), que obliga a empresas con fines de lucro pertenecientes a dueños con convicciones religiosas contrarias al aborto a financiar cuatro métodos anticonceptivos que tienen efecto abortivo, lesionaba la libertad religiosa protegida por la Constitución y la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993 (*Religious Freedom Restoration Act*, RFRA). Integrandó ambas decisiones se puede apreciar una convalidación general de la política de salud decidida por los órganos políticos y una declaración de inconstitucionalidad de algunos aspectos de esa norma por entender que en el caso concreto se lesionaban los contenidos esenciales del derecho de libertad religiosa de los actores.

Por su parte, en el ámbito latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana –tal vez el tribunal constitucional más activista en nuestros días– ha creado la categoría jurisprudencial de la declaración de "estado de cosas inconstitucional", que tiene lugar cuando un número importante de causas que llegan a su instancia plantean problemas similares

<sup>7</sup> En este punto es inevitable citar el clásico trabajo de Fiss, Owen, "The Supreme Court 1978 Term Forward: The Forms of Justice," *Harvard Law Review*, número 1, noviembre de 1979, pp. 1-58. Así como el de otros autores que en aquel momento impulsaron este instituto: Fletcher, William A., "The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy," *The Yale Law Journal*, número 4, marzo 1982, pp. 635-697. Frug, Gerald E., "The Judicial Power of the Purse," *University of Pennsylvania Law Review*, número 4, abril de 1978, pp. 715-794. Gewirtz, Paul, "Remedies and Resistance," *The Yale Law Journal*, número 4, marzo de 1983, pp. 587-681. Nagel, Robert F., "Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies," *Stanford Law Review*, número 4, abril de 1978, pp. 661-724.

<sup>8</sup> V. gr. Balkin, Jack M. "What Brown teaches us about Constitutional Theory," *Virginia Law Review*, número 6, octubre de 2004, pp. 1537-1577 y los trabajos allí citados.

en relación a la posible afectación de derechos constitucionales como consecuencia de determinadas políticas públicas decididas u omitidas por los poderes públicos.

La mencionada declaración habilita al Tribunal Constitucional a analizar la conformidad de las políticas públicas con los derechos fundamentales y los principios constitucionales en el marco de problemas sociales que están produciendo crisis masivas de gran repercusión social. En esta línea, el “estado de cosas inconstitucional” es considerado como el último recurso institucional dentro del orden estatal, en manos del Tribunal, para resolver o prevenir problemas sociales que tienen una marcada proyección e incidencia públicas. Es así que la resolución de estas cuestiones, con frecuencia relacionadas con los derechos sociales, demanda la adopción de determinados procedimientos y medidas judiciales que desbordan el tradicional control de constitucionalidad de leyes y normas. De allí que su adopción se traduzca en la necesidad de establecer procedimientos para el análisis y debate de las políticas públicas, elaborar programas, estándares e indicadores, asignar recursos y efectuar su posterior control y seguimiento, etc.

El Tribunal Constitucional colombiano ha recurrido a esta modalidad de actuación en al menos cuatro oportunidades para:

- a) Atender la grave situación carcelaria colombiana;
- b) Invalidar un sistema de crédito para la vivienda cuyas condiciones fueron consideradas altamente perjudiciales para los deudores;
- c) Proteger a las poblaciones desplazadas con motivo de la violencia política, que experimentaban las graves consecuencias sociales del desarraigo; y
- d) Remediar la demora de las cajas jubилatorias en reconocer u otorgar las prestaciones jubилatorias.

La postura adoptada por la Corte colombiana en estos casos ha provocado un profundo debate social y académico acerca del rol de los tribunales constitucionales en un sistema de democracia constitucional.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ha incursionado en el análisis de razonabilidad de las políticas públicas y ordenado la instrumentación de algunas de ellas, especialmente cuando en sus sentencias impone al Estado condenado el dictado de medidas para que no se repitan en el futuro las violaciones ya advertidas y condenadas, de modo que se haga efectiva la garantía de no repetición<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Se puede consultar al respecto la excelente tesis doctoral elaborada por María Carmelina Londoño Lázaro, *La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano*, defendida en la Universidad Austral en septiembre de 2013.

Consideramos que si bien las problemáticas antes señaladas se pueden verificar en relación a toda clase de derechos constitucionales, son aun más frecuentes en materia de derechos sociales.

A lo largo de su historia, y más intensamente en las últimas décadas, la Corte Suprema argentina ha tenido que juzgar acerca de la constitucionalidad de leyes que instrumentaban políticas públicas en numerosísimas ocasiones. Baste citar, entre otros muchos, los siguientes casos: Empresa Plaza de Toros<sup>10</sup>, Hileret<sup>11</sup>, Ercolano<sup>12</sup>, Avico<sup>13</sup>, Inchauspe<sup>14</sup>, Cine Callao<sup>15</sup>, Peralta<sup>16</sup>, Cocchia<sup>17</sup>, Montalvo<sup>18</sup>, Arriola<sup>19</sup>, Quisbert Castro<sup>20</sup>, Clarín<sup>21</sup>, etc. En los últimos años, nuestro máximo Tribunal convocó a audiencias públicas en relación a algunos casos con relevancia y repercusión social que tenía a su decisión, en las que se expusieron y debatieron las políticas públicas decididas por los otros poderes<sup>22</sup>. También, el Presidente de la Corte Suprema comenzó a hablar de la necesidad de que los tres poderes acordaran políticas públicas y se creó dentro del Tribunal un ámbito para su estudio y discusión. No deja de llamar la atención y sorprender, por lo novedoso, esta aproximación de nuestro máximo Tribunal a la temática del análisis, discusión y, en algunos casos, definición de las políticas públicas que tradicionalmente le era ajeno.

A la vez, hay quienes advierten en los últimos años un progresivo paso de un control judicial de constitucionalidad y razonabilidad más general, limitado, discrecional<sup>23</sup>, a otro más intenso, estricto, reglado en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Ese paso vendría de la mano de la creciente adopción por parte de nuestro máximo

---

<sup>10</sup> Fallos, 7:150 (1869).

<sup>11</sup> Fallos, 98:20 (1903).

<sup>12</sup> Fallos, 136:161 (1922).

<sup>13</sup> Fallos, 172:21 (1934).

<sup>14</sup> Fallos, 199:483 (1944).

<sup>15</sup> Fallos, 247:121 (1960).

<sup>16</sup> Fallos, 313:1513 (1990).

<sup>17</sup> Fallos, 316:2624 (1993).

<sup>18</sup> Fallos, 313:1333 (1990).

<sup>19</sup> Fallos, 332-1963 (2009).

<sup>20</sup> Caso "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", CS, 24-IV-12.

<sup>21</sup> CS, 29-X-2013.

<sup>22</sup> *Cfr.* Las audiencias públicas convocadas en relación al saneamiento del Riachuelo, el derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, la ley de medios, responsabilidad de los buscadores en internet, etc.

<sup>23</sup> Afirma Mariano Sapag que: "En el derecho argentino se ha tomado, sobre todo, el modelo norteamericano de control de razonabilidad; su evolución histórica ha sido similar en ambos ordenamientos. El principio, tal como es aplicado por los jueces argentinos, carece de parámetros que permitan un grado de predicción sobre su modo de aplicación"; Sapag, Mariano, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado", *Dikaion*, año 22, número 17, diciembre de 2008, pp. 168 y ss.

Tribunal del examen de proporcionalidad elaborado por jurisprudencia alemana a la hora de juzgar la constitucionalidad de leyes que reglamentan los derechos constitucionales. Dicho examen comprende la realización de los tres juicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>24</sup>. Así, se pueden mencionar una serie de pronunciamientos recientes de nuestro máximo Tribunal en los que hace referencia a ese triple análisis de proporcionalidad, más allá de que efectivamente lo realice o no de modo estricto y preciso en la práctica<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> En un prolijo estudio de la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal que desarrolla esta evolución, señala Juan Cianciardo: “La Corte Suprema durante largo tiempo se limitó a evaluar si la norma cuestionada en el litigio afectaba o no ‘de modo sustancial’ los derechos en juego y de forma evidente o manifiesta. En caso de que se produjese una afectación de ese tipo, esa norma era declarada inconstitucional por ‘irrazonable’. El Tribunal, sin embargo, no elaboró una teoría acerca del tema, sino que se limitó –siguiendo también en esto a su par estadounidense a un proceso de inclusión y exclusión, es decir, a elaborar una serie de casos en los que resolvió si una norma concreta pasaba o no el *test*, eludiendo mayores abstracciones. A la genérica definición precedente, la Corte agregó lo siguiente: escapa de su competencia el examen de la ‘oportunidad, mérito o conveniencia’ de la norma analizada. Ese examen corresponde, según la visión expuesta, al Poder Legislativo. Dicho con otras palabras, una norma inoportuna, sin mérito o inconveniente no era considerada por nada de esto irrazonable o inconstitucional. Durante los últimos años la Corte Suprema o algunos de los jueces han revisado las dos afirmaciones del párrafo anterior. Esto se llevó a cabo del siguiente modo: a) Se amplió el análisis de la razonabilidad de la ley tomando en cuenta el rol que juega la finalidad de la norma cuya constitucionalidad se examina; b) Se asumió como un deber del Poder Judicial –expreso o indirecto– el examen de la oportunidad, mérito o conveniencia de las normas que reglamentan algunos derechos constitucionales (no todos)...; c) El juicio acerca de qué tan ‘sustancial’ es la afectación de los derechos en juego por parte de la norma cuya constitucionalidad se evalúa, en el caso, fue unido o relacionado con los dos juicios anteriores. También, en otro supuesto, se dividió el análisis de la restricción de un derecho en dos planos, según el contenido de la norma que amenaza el pleno goce de una garantía o derecho y el modo en que se decide poner práctica la operatividad de aquella disposición. Estos cambios tuvieron su origen en tres fuentes: la doctrina constitucionalista europea inspirada en la Ley Fundamental de Bonn, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de igualdad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como resultado de esto, la Corte Suprema argentina ha establecido en casos recientes que el principio de razonabilidad de la ley o principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios o subjuicios: adecuación, necesidad y razonabilidad o proporcionalidad en sentido estricto”. Cianciardo, Juan y Romero, Maximiliano J., “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad”, *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 425-492. Hemos tomado de este excelente trabajo algunas citas jurisprudenciales que agradecemos a sus autores.

<sup>25</sup> Así, en el caso Gualtieri del año 2009, ha sostenido nuestro máximo Tribunal que: “El balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad”; Fallos, 332:1769 (2009), voto concurrente del Dr. Maqueda, Considerando 10°. Más recientemente, ha dicho también que: “Una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos en el Considerando 3°, este Tribunal debe analizar la validez constitucional de las normas

En este trabajo nos proponemos tratar la compleja cuestión acerca sobre qué es lo que corresponde que hagan los jueces al resolver un caso en el que se plantea la constitucionalidad de una norma que establece una política pública. ¿Deben ellos limitarse a examinar si ella lesiona o no el contenido esencial de un derecho constitucional o han de examinar ampliamente la razonabilidad de la política pública fijada en esa norma? ¿Deben hacer las dos cosas? ¿Deben atender principalmente a uno de esos dos aspectos? Más allá de haberlo invocado en varios casos, ¿la Corte Suprema argentina ha aplicado con todas sus consecuencias el juicio de necesidad que integra el examen de proporcionalidad de la doctrina alemana? ¿El control de razonabilidad o proporcionalidad debe tener en todos los casos el mismo alcance o puede ser diferenciado según los distintos derechos que aparezcan involucrados?

Expondremos los argumentos a favor de un control judicial limitado a la afectación del contenido esencial de los derechos constitucionales, luego exponer los que fundamentan un control amplio de razonabilidad para, finalmente, dar nuestra opinión personal sobre el punto.

## **II. ARGUMENTOS FAVORABLES A LIMITAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS A LA EXCLUSIVA DETERMINACIÓN DE SI ELLOS LESIONAN EL CONTENIDO ESENCIAL DE UN DERECHO RECONOCIDO CONSTITUCIONALMENTE**

Para afirmar esta tesis se pueden mencionar, entre otros, los siguientes argumentos:

1) Corresponde distinguir claramente la función legislativa encargada de la fijación de las políticas públicas, del ejercicio del control de constitucionalidad en el marco de la función jurisdiccional encaminado a la protección de los derechos constitucionales que ellas pueden lesionar. Como bien ha señalado el juez Petracchi:

En el campo de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común que persiguen los poderes de policía tal como, con amplitud, los define la jurisprudencia del tribunal, el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a deci-

---

en su aspecto sustancial, es decir, su contenido. Para ello se debe evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad"; Fallos, 334:799 (2011), voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni. En el mismo caso, en su voto, los ministros Highton y Maqueda manifestaron que: "Una vez acreditado el cumplimiento de los recaudos referidos anteriormente, este Tribunal debe finalmente evaluar la razonabilidad de las normas en los términos de la relación entre los medios elegidos y los fines perseguidos en cuanto a su idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad, teniendo en cuenta que ese control de constitucionalidad no incluye el examen de conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones". Otras menciones a estos tres juicios que conforman el principio de proporcionalidad pueden verse también en los distintos votos que conforman el caso Clarín, CS, 29-X-2013.

siones al menos aceptables, en virtud del compromiso o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica en un Estado de Derecho: garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder del Estado, erigiéndose así en conquista irreversible del sistema democrático, en una de las formas más eficaces de resguardar la coexistencia social pacífica, asegurando el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica<sup>26</sup>.

Esta función de garantía de los derechos constitucionales es la propia y específica que tienen encomendada los jueces, mientras que la determinación de las políticas legislativas tendientes al bien común es una función propia y específica de los poderes legislativo y ejecutivo. Principalmente los poderes políticos fijan las políticas públicas orientadas al bien común y de modo derivado reglamentan los derechos constitucionales, mientras que los jueces primariamente velan por la tutela del contenido esencial de los derechos constitucionales, y de modo derivado, examinan de forma general la razonabilidad de las políticas públicas contenidas en las leyes. Así, tiene dicho la Corte Suprema argentina en numerosos precedentes que:

En ausencia de otra restricción constitucional, un Estado es libre para adoptar cualquier política económica que pueda razonablemente ser considerada conveniente para promover el bienestar general, y poner en vigor esa política por medio de la legislación adecuada a sus finalidades. Las Cortes carecen de autoridad para declarar esa política, o para ponerla de lado cuando ya ha sido declarada por el Poder Legislativo. Si las leyes sancionadas tienen una relación razonable con el justo propósito legislativo, y no son ni arbitrarias ni discriminatorias, las exigencias del debido proceso legal están satisfechas y el fallo judicial, a ese efecto, hacen de una Corte "*funtus officio*"<sup>27</sup>.

En cambio, si las políticas públicas instrumentadas a través de alguna ley lesionan el contenido esencial de un derecho, corresponde claramente la intervención judicial. Así en el caso "*Smith*"<sup>28</sup>, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que instauraron la indisponibilidad de los depósitos y prohibían el retiro en efectivo de las cuentas en una entidad financiera de montos superiores a los doscientos cincuenta pesos argentinos o dólares estadounidenses, por entender que esas normas violaban el contenido esencial del derecho a disponer de la propiedad. Según el voto mayoritario, "la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación

---

<sup>26</sup> Fallos, 308-2:2287.

<sup>27</sup> Fallos, 172:21 (1934).

<sup>28</sup> Fallos, 325:28 (2002).

para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento”.

El procedimiento legislativo, con base en la legitimidad democrática y la deliberación técnica, es el medio idóneo para la determinación de las políticas públicas, mientras que el proceso judicial en el que se ejerce el control de constitucionalidad es la vía adecuada para ver si ellas, en un caso concreto, lesionan el contenido esencial de un determinado derecho constitucional<sup>29</sup>. Cabe distinguir ambos procedimientos constitucionales, que tienen finalidades propias y distintas. El control judicial de razonabilidad está encaminado a la protección del contenido esencial e indisponible de los distintos derechos constitucionales<sup>30</sup>.

Se puede mencionar también aquí la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el *parlaméntsvoorbbehalt* o reserva del parlamento, desarrollada a partir de 1972, la cual establece que los principios democráticos y del Estado de Derecho exigen que sea aquel quien, a través del procedimiento legislativo ordinario, adopte las decisiones importantes para la convivencia pública, tanto las que se refieren a las derechos constitucionales como a la organización estatal, las políticas públicas o cualquier otra decisión de relevancia para la comunidad. Esas decisiones no pueden ser adoptadas en sede administrativa ni en sede judicial.

2) Es jurisprudencia permanente de la Corte Suprema que cabe distinguir entre el control de constitucionalidad y el examen de la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones legislativas y administrativas. Lo primero es función de los jueces, lo segundo les está claramente vedado en razón del principio de separación de poderes.

---

<sup>29</sup> El concepto de contenido esencial del derecho ya fue propuesto por Alberdi en el Artículo 20 de su proyecto de Constitución, fuente del actual Artículo 28, que señalaba: “Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia”; Alberdi, Juan B., *Proyecto de Constitución*, julio de 1852. Más recientemente, el artículo 19.2 de la Constitución alemana y el 53.1 de la Constitución española receptan este concepto del “contenido esencial de los derechos” y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de ambos países lo han ido desarrollando y concretando. El Artículo 19.2 de la Constitución alemana señala que “en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”, mientras que el 53.1 de la Constitución española señala que “sólo la ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

<sup>30</sup> Bidart Campos señala en relación al concepto de razonabilidad que “cabe sugerir que ese concepto jurídico indeterminado se esclarece cuando se penetra en el núcleo esencial de cada derecho. Tal núcleo es el que no tolera supresión o, en otros términos, es ese núcleo el que no puede extinguirse, alterarse, dañarse o frustrarse. Cuando el núcleo queda preservado, la limitación al derecho es razonable. Cuando el núcleo se afecta de la manera dicha, hay arbitrariedad e inconstitucionalidad”, Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. II-A, p. 809.

En este sentido, ha señalado la Corte Suprema que es “extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido *manifiesta incompatibilidad* con los preceptos constitucionales”<sup>31</sup>.

En otros pronunciamientos señaló que ello no solo era extraño al Poder Judicial, sino que le estaba constitucionalmente vedado. Así, el voto de mayoría en el caso Montalvo señaló que:

Los motivos dados por el legislador para incriminar la tenencia de estupefacientes remiten a cuestiones de política criminal que involucran razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sobre las cuales está vedado a esta Corte inmiscuirse so riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legislativa. La cuestión sobre la razonabilidad de una ley que dispone la incriminación penal de una conducta no puede llevar a que la Corte tenga que examinar la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar para combatir el flagelo de la droga, como no lo podría hacer para analizar si las penas conminadas para cualquier otro delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí (Fallos, 308:1392, voto de la minoría), salvo que las razones dadas por el legislador consagren una norma que atente contra las garantías constitucionales que, como se verá, no es el caso; o mediase una manifiesta desproporción entre los fines tenidos en mira por el legislador y los medios arbitrados para alcanzarlos<sup>32</sup>.

Las normas constitucionales ofrecen, en general, un marco de posibilidades y opciones igualmente válidas entre las que cabe elegir a los poderes políticos. Señalar que solo una de estas alternativas es la única constitucionalmente válida implica forzar la interpretación constitucional y extralimitar la función de control a cargo de los jueces. De modo general, corresponde una actitud deferente hacia el criterio legislativo que se ha fijado luego de la deliberación y decisión adoptada por los poderes políticos<sup>33</sup>.

3) Los derechos humanos protegidos constitucionalmente son vallas infranqueables a la consecución y logro de los objetivos de gobiernos, buscados a través de las políticas públicas, y es esta defensa la misión propia y específica del Poder Judicial.

Toda política pública que se encare desde los poderes públicos debe respetar los derechos que la Constitución Nacional reconoce a las personas y grupos sociales. De

---

<sup>31</sup> Fallos, 332:640 (2009), Considerando 7°.

<sup>32</sup> Caso Montalvo, Fallos, 313:1333 (1990).

<sup>33</sup> Así tiene dicho la Corte Suprema norteamericana que “un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines.” *Cfr. Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 547 (1934).

acuerdo a la concepción personalista y democrática que inspira a nuestro sistema político<sup>34</sup>, ellos actúan como vallas infranqueables a los objetivos comunitarios por legítimos y urgentes que ellos pudieran parecer a los poderes públicos<sup>35</sup>. Es esta función de protección de los derechos constitucionales y de control del poder público la que nuestro sistema político asigna a los tribunales integrantes de los poderes judiciales tanto nacionales como locales<sup>36</sup>.

En consonancia de lo que venimos exponiendo, ha dicho más recientemente nuestro máximo Tribunal que:

La mera conveniencia de un mecanismo para conseguir un objetivo de gobierno –por más loable que este sea– en forma alguna justifica la violación de las garantías y derechos consagrados en el texto constitucional. Así, se ha sostenido que es falsa y debe ser desechada la idea de que la prosperidad general constituya un fin cuya realización autorice a afectar los derechos individuales o la integridad del sistema institucional vigente. El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de los artículos 1° y 28 de la Constitución Nacional, sino que, por el contrario, deben integrarse con éstos, de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio y el quebrantamiento de las instituciones (Fallos, 247:646)<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> El Dr. Petracchi en su disidencia en el caso Montalvo sostiene que nuestra Ley Fundamental “prohíbe utilizar a la personas como meros instrumentos para alcanzar objetivos públicos que se reputan socialmente valiosos, desconociendo así que ellas constituyen fines en sí mismas”; Fallos, 313:1333 (1990).

<sup>35</sup> *Cfr.*, entre otros, Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Dòmenec, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 279 a 293.

<sup>36</sup> “Las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución. La acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política. Pero como esta, necesariamente, debe instrumentarse mediante normas jurídicas –*ubi societas ibi ius*–. Y bajo este aspecto, cabe la valoración judicial de los medios empleados. Esto no es otra cosa que constatar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado. Ese medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional”; Fallos, 307:326 (1985), dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema, al que se remitió el Tribunal.

<sup>37</sup> Fallos, 333:935 (2010), voto de la mayoría, Considerando 15°.

En la materia específicamente tributaria ha señalado la Corte Suprema que “escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos: 242:73; 249:99; 286:301). Salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades de esos órganos son amplias y discrecionales de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos: 7:331; 51:349; 137:212; 243:98)”; caso Hermitage, Fallos, 333:993 (2010), voto de la mayoría, Considerando 11°.

De acuerdo con esta concepción personalista que informa la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal<sup>38</sup>, la persona humana es un cierto fin en sí misma y no puede ser utilizada como medio<sup>39</sup>. Mediante la protección del contenido esencial de los distintos derechos humanos frente a las políticas públicas que pretendan desconocerlos, los tribunales constitucionales preservan este carácter personalista de nuestro sistema político y jurídico en los casos concretos sometidos a su jurisdicción.

Así, en relación al alcance del derecho a la vivienda y la razonabilidad de la política pública en la materia, sostuvo la Corte Suprema al resolver el caso Quisbert Castro:

[H]ay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces<sup>40</sup>.

La misión del Poder Judicial queda, por tanto, mejor definida, caracterizada y acotada si se expresa, en términos precisos, el contenido esencial de los derechos humanos.

Cabe diferenciar entre el derecho humano formulado como aspiración ética-jurídica, de lo que es estrictamente exigible ante los tribunales. Lo primero ha de inspirar a los poderes públicos, mientras que lo segundo es la guía que orienta el trabajo de los magistrados judiciales.

---

<sup>38</sup> “El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”; Fallos, 316:479, votos concurrentes.

<sup>39</sup> “El ser humano, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio de uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que debe ser considerado siempre y al mismo tiempo como fin en todas las acciones, tanto las dirigidas hacia sí mismo como hacia otro ser racional. Los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza, tienen solo un valor relativo cuando se trata de seres irracionales, y por esto se llaman cosas; pero los seres racionales se denominan personas, porque su naturaleza ya los señala como fines en sí mismo, es decir, como algo que no puede ser usado como medio. Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio.” Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996, p. 50. Ver también Spaemann, Robert, *Personas, acerca de la distinción entre alguien y algo*, Pamplona, Eunsa, 2000.

<sup>40</sup> Caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, CSJN, 24-IV-12.

4) Entre los derechos constitucionales que han de ser tutelados por los tribunales del Poder Judicial se encuentra el del debido proceso sustancial, conforme al cual toda ley, norma o acto estatal tiene que ser mínimamente razonable y legítima en cuanto a los fines que persigue y a los medios que elige<sup>41</sup>.

Sí, es función propia de los jueces proteger ese derecho y para ello verificar, al momento de realizar el control de constitucionalidad, que todas las decisiones estatales satisfacen estándares básicos de razonabilidad<sup>42</sup>. Entre estos criterios se pueden señalar los siguientes:

- Legitimidad del fin perseguido;
- Legitimidad, adecuación al fin y proporcionalidad del medio elegido, que debe satisfacer parámetros básicos de racionalidad<sup>43</sup>;
- Ello no abarca la posibilidad de declarar la invalidez de la decisión si se considera que existe otro medio que el juzgador, estima más conveniente o menos restrictivo de los derechos<sup>44</sup>, salvo los supuestos de evidente y grave despro-

---

<sup>41</sup> Ya en el caso *Mugler vs. Kansas* de 1887, la Corte Suprema norteamericana, en un caso en que se analizaba la constitucionalidad de una ley que prohibía la venta de bebidas alcohólicas, había sostenido: “si la norma dictada para la protección de la salud, la moralidad pública o la seguridad pública, no tiene ninguna relación sustancial con estos objetivos, o invade de un modo palpable los derechos fundamentales, es el deber de los tribunales juzgarlas y dar plena vigencia a la Constitución”; *Cfr.* *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 (1887).

<sup>42</sup> A los jueces “les está encomendado establecer, en los casos concretos sometidos a su decisión, si los otros poderes del Estado actuaron dentro de los límites de su competencia; si ejercieron sus facultades en forma razonable y no absurda o arbitraria”; Fallos, 300:700 (1978).

<sup>43</sup> En este sentido, ha expresado nuestro máximo Tribunal que las “leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad”; Fallos, 319:2151. También ha sostenido que “la razonabilidad –según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada– quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador” (Fallos, 171:348; 199:483; 200:450; 248:800, entre otros). En otras oportunidades ha afirmado que “las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en la medida en que resulten razonables y mantengan adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y que eviten conducir a una desnaturalización de los derechos constitucionales del afectado...” (CSJN, Fallos, 332:2468, 333:993 y otros). También se ha dicho que aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional “cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran”; caso *Arriola*, Fallos, 332:1963 (2009).

<sup>44</sup> “No corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió (Fallos, 273:418) y que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (Fallos, 277:225)”; “Es extraño al Poder Judicial juzgar acerca de la oportunidad o conveniencia de los instrumentos fiscales elegidos por el legislador o sobre la eficacia de los

porción entre ellos, lo que llevaría a considerar irracional la elección realizada por la autoridad pública<sup>45</sup>.

Sintetizando su propio criterio jurisprudencial en la materia, ha establecido recientemente nuestro máximo Tribunal que:

Tradicionalmente, ha sostenido este Tribunal que si bien los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional no son absolutos y deben ejercerse en el marco de las leyes que los reglamentan, ello se encuentra supeditado a que éstas sean razonables, lo que implica que deben satisfacer un fin público, responder a circunstancias justificantes, guardar proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido y carecer de iniquidad manifiesta (Fallos, 248:800; 243:449; 243:467). Asimismo, cabe recordar que la medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos (Fallos, 313:1638), de modo que la razonabilidad de las mayores restricciones que se impongan deben valorarse en función de la identidad de la crisis que busca superarse (Fallos, 330:855, Considerando 34º)<sup>46</sup>.

Con el alcance limitado que hemos expuesto, corresponde que los jueces examinen la razonabilidad de las políticas públicas formuladas legislativamente para preservar de este modo el contenido esencial del derecho al debido proceso sustantivo<sup>47</sup>.

---

medios escogidos para alcanzar los fines propuestos, por lo que su cometido ha de limitarse a decidir si, en los casos en que conoce, ha habido manifiesta incompatibilidad con los preceptos constitucionales"; Fallos, 332:640 (2009).

<sup>45</sup> Así, en el voto del Dr. Zaffaroni en el caso Arriola se puede leer que "si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1º de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno".

<sup>46</sup> Fallos, 334:516 (2011).

<sup>47</sup> Miller, Gelli y Cayuso hacen una acotación muy interesante en relación a la diferente utilización y alcance del derecho al debido proceso sustantivo en la jurisprudencia de las Cortes Supremas norteamericana y argentina: "El concepto del debido proceso sustantivo ha sido invocado en formas muy distintas en la Argentina y en los Estados Unidos. Aunque quizá conceptualmente en ambos países la garantía del debido proceso podría ser considerada la que hace posible la protección de la generalidad de los derechos de la Constitución, en la práctica de los tribunales norteamericanos pocos jueces la invocaron para interpretar la razonabilidad de derechos constitucionales específicos, sino que la usan como alternativa a su enmienda IX –similar al artículo 33 de la Constitución Nacional– para fundar derechos no enumerados que surgen del concepto de la libertad. Recuerde que el juez Harlam en el caso 'Griswold v. Connecticut' utilizó el concepto de debido proceso sustantivo para fundar el derecho a la privacidad. En los Estados Unidos es una garantía general contra la acción arbitraria que es invocada cuando no hay otra norma constitucional más específica aplicable. Cuando el derecho afectado es un derecho enumerado en la Constitución, la Corte estadounidense siempre evalúa la limitación de este derecho a la luz de reglas de interpretación específicas que su jurisprudencia ha desarrollado sobre este mismo derecho"; Miller, Jonathan, Gelli, María Angélica, Cayuso, Susana, *Constitución y*

5) Si el Poder Judicial considera que en algún caso concreto hay una omisión o insuficiencia de la política pública en relación a la protección de un determinado derecho, debe limitarse a declararlo así en el caso concreto y exhortar a los poderes políticos a sanar ese vicio, pero sin reemplazarlo en lo que son sus legítimas competencias y atribuciones, mediante el dictado en sede judicial de la política pública.

Esa es la actitud que les corresponde adoptar a los jueces ante las omisiones o insuficiencia de los desarrollos legislativos.

6) La falta de respeto de estos límites naturales convertiría al Poder Judicial, en particular a la Corte Suprema, en una tercera cámara legislativa, en una superlegislatura, desequilibrando fuertemente la división de poderes y haciendo inviable en buena medida el gobierno de un Estado.

Los tribunales no están para desplazar, reemplazar ni suplir las funciones propias de los poderes políticos con base electoral. No son actores ni jugadores del juego político sino árbitros finales, limitados y autolimitados del juego democrático.

Recientemente, el *Chief Justice* Roberts de la Corte Suprema norteamericana, en su decisivo voto en el caso en el que se decidió la constitucionalidad de la ley que obligaba la contratación de un seguro de salud a todos los norteamericanos, afirmó: "No consideramos si la ley representa una buena política. Ese juicio es confiado a los líderes elegidos de este país. Solo cuestionamos si el Congreso tiene el poder, bajo la Constitución, de promulgar las disposiciones". Sin embargo, ello no es óbice para examinar en una situación concreta si la política establecida en esta ley viola un determinado derecho constitucional, por ejemplo, la libertad religiosa de quienes consideran inmorales y contrarias a sus convicciones religiosas algunas de las prácticas médicas que obligatoriamente deben ser atendidas de acuerdo con las disposiciones normativas, como lo ha hecho en los casos citados en el apartado inicial de este trabajo.

---

*derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1987, t. I, p. 225. Esto responde a los distintos modos en que se elabora y opera el derecho y la jurisprudencia en la tradición jurídica norteamericana y argentina. En el ámbito estadounidense hay una cierta y connatural resistencia a elaborar y actuar de acuerdo con concepto y categorías jurídicas generales y abstractas, aplicables a todos los asuntos y derechos. Prefieren elaborar y aplicar criterios y estándares jurisprudenciales derecho por derecho. Hay jurisprudencia específica sobre libertad de expresión, igualdad, libertad religiosa, etc. En cambio, la tradición jurídica y jurisprudencial argentina, más afín a la tradición continental europea, tiende a elaborar criterios y categorías generales aplicables, en principio, a los distintos derechos y garantías constitucionales. Esto es lo que ha ocurrido en nuestro medio respecto del concepto de razonabilidad y del derecho al debido proceso sustantivo aplicable a las distintas cuestiones y materias. Esa diversidad de tradiciones y enfoques también incide en los distintos modos en que el principio de proporcionalidad, de origen europeo, ha sido recibido en nuestro medio y en Estados Unidos. Mientras que en este último país lo ha resistido por su carácter general y abstracto, no elaborado con base en los contenidos y características propias de cada derecho, en nuestro medio se está acogiendo de modo abierto y positivo, empleándolo en el análisis de validez de toda clase de normas y actos que involucran derechos de muy diversas clases.

### III. ARGUMENTOS A FAVOR DE UN CONTROL AMPLIO DE RAZONABILIDAD DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS AL MOMENTO DE EJERCER EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, QUE COMPRENDE EL JUICIO DE ESTRICTA NECESIDAD

Expondremos aquí los principales argumentos que fundan la postura acerca de que los jueces deben realizar un control amplio e intenso de la razonabilidad de las leyes y políticas públicas decididas por los poderes políticos, incluido el juicio de necesidad. Es decir, han de determinar si la limitación legislativa de los derechos constitucionales era imprescindible para alcanzar el objetivo establecido y si no existía otro medio alternativo, menos limitativo del derecho, para alcanzarlo. En caso de no ser imprescindible o de existir otro medio idóneo que limite menos el derecho, corresponderá la declaración de inconstitucionalidad de la norma examinada.

1) Los derechos humanos son, según la concepción de Alexy, mandato de optimización que exigen la protección más amplia posible de cada uno de los derechos y ello solo es posible mediante un examen intenso de razonabilidad en todos los casos.

Debe darse a los derechos constitucionales la tutela más amplia posible. Por eso, si la restricción no era necesaria o existen otros medios alternativos que son menos restrictivos del derecho, corresponde la invalidación de la ley reglamentaria<sup>48</sup>. El principio *pro homine*, cenit y guía de toda la problemática *iushumana*, refuerza esta interpretación.

2) El derecho al debido proceso sustantivo, si es tomado en serio y protegido con la intensidad que es debida, exige el examen a fondo del medio elegido por el legislador para instrumentar la política pública y verificar si era el menos restrictivo del derecho constitucional afectado.

---

<sup>48</sup> Juan Cianciardo critica la postura tradicional que exime a los tribunales de hacer el control de oportunidad, mérito y conveniencia de las leyes y da para ello seis argumentos: en primer lugar, los derechos se consideran operativos y corresponde a los jueces otorgar máxima operatividad a ellos; en segundo lugar, los derechos tienen una "vertiente positiva" de acuerdo con la cual los órganos públicos cumplen una función activa de promoción, por lo que los jueces también están llamados a promoverla y asegurarla; en tercer lugar, considera el autor que, si no se analiza la conveniencia de las regulaciones, se puede terminar justificando fuertes injerencias en los derechos fundamentales, o al menos, admitirlas sin mayor fundamentación; en cuarto lugar, la misma idea de principio, propia de todo derecho, significa que deben ser optimizados y entonces no cabe limitar su aplicación cuando están llamados a su maximización; en quinto lugar, considera que la teoría jurídica contemporánea reconoce que es imposible una aplicación mecánica de la ley y que los jueces no pueden escapar de la valoración; por último, el juicio de necesidad debe armonizarse con el de autocontención o la declaración de inconstitucionalidad como la *última ratio* del ordenamiento jurídico. Cfr. Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, pp. 80 y ss.

No es plenamente razonable y proporcional la limitación de un derecho si existen otros medios menos restrictivos igualmente idóneos para alcanzar las finalidades de una determinada política pública<sup>49</sup>.

3) La ciencia jurídica y la jurisprudencia constitucional han ido desarrollando metodologías que permiten examinar con más profundidad la razonabilidad de las políticas públicas y de ese modo lograr una mayor protección de los derechos humanos. Así, la Corte Suprema norteamericana ha elaborado su doctrina de los diversos grados de escrutinio judicial<sup>50</sup>. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y la doctrina

---

<sup>49</sup> Ha señalado el Tribunal Constitucional alemán que el juicio de necesidad exige que “la medida sancionada por el legislador sea apropiada y necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es apropiado, cuando por su naturaleza favorece el resultado deseado; es necesario cuando el legislador no tiene la posibilidad de elegir otro medio así de eficaz, pero que no conlleve un daño al derecho fundamental o que signifique un daño menor”; y que la restricción de los derechos “no debe tener una intensidad que no guarde relación con la importancia del objeto y los inconvenientes que se imponen al ciudadano”.

<sup>50</sup> Sintetizando la doctrina de los escrutinios elaborada por la Corte Suprema norteamericana, señala Mariano Sapag: “Con el objetivo de mantener el orden económico, la seguridad jurídica y evitar el subjetivismo judicial, la Corte norteamericana diseñó tres tipos de *tests* o estándares de revisión legal, denominados ‘escrutinios’ (*scrutiny*), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad, pero fundamentalmente para esta última. Estos escrutinios se tratan, en definitiva, de distintos niveles de intensidad en el control de razonabilidad de las leyes. El primer escrutinio, y el más exigente, es el ‘escrutinio estricto’ (*strict scrutiny*) según el cual una norma o clasificación que regula un derecho fundamental o aquellas ‘libertades preferidas’, se presume inconstitucional. Para superar el *test*, el Estado debe probar que el acto se dictó con la finalidad de promover un interés estatal ‘imperioso’ (*compelling state interest*) y, además, que es necesario y se encuentra ‘confeccionado a la medida’ (*narrowly tailored*). El segundo *test* se conoce como el ‘escrutinio intermedio’ (*intermediate scrutiny*), mediante el cual se controlan las regulaciones estatales al ejercicio de derechos en aras de intereses estatales legítimos, no ya imperiosos, sino ‘importantes’. La norma se presume inconstitucional: el Estado debe probar que existe una relación sustancial frente a una finalidad gubernamental, no ya imperiosa, sino importante. En el examen de los medios, la Corte exige que sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. No se requiere que la norma se encuentre confeccionada a la medida, pero no significa esto que el tribunal no pueda realizar un juicio de necesidad, o eficiencia, sobre los medios adoptados tomando en consideración, hipotéticamente, otras medidas ‘menos discriminatorias’. Lo cierto es que la distinción entre este estándar y el anterior es una cuestión de grados: se aplicará uno u otro de acuerdo con el carácter de la medida y el derecho regulado. Siempre se debe tratar de derechos constitucionales aunque, a diferencia de este *test*, el escrutinio estricto se aplica generalmente a aquellas ‘libertades preferidas’. El tercer escrutinio es el *rational basis review*, o control de relación razonable. Se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro de los supuestos de aplicación de los dos escrutinios anteriores. Este *test* exige que la medida, que en este caso se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida, que debe ser legítima, y que los medios resulten adecuados a la misma. El *rational basis review* es el examen

constitucional europea han ido desarrollando una metodología para la aplicación del principio de proporcionalidad, que está integrado por los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*, que permite realizar un análisis profundo acerca de la razonabilidad de una política pública<sup>51</sup>. Estando disponible esa metodología de análisis corresponde su recepción jurisprudencial en nuestro país.

La Corte Suprema argentina ha comenzado a utilizar este instrumento. Dado que esta metodología de análisis jurídico se encuentra disponible, corresponde que ella sea empleada en el examen de la razonabilidad de toda política pública que limita derechos constitucionales.

4) La Corte IDH ha señalado expresamente en su Opinión Consultiva 5/85 que en materia de libertad de expresión corresponde la aplicación del principio de necesidad y solo sería "convencional" una limitación a este derecho si no existiese otro medio menos limitativo a ese derecho humano<sup>52</sup>. Cabría considerar el carácter vinculante de dicha juris-

---

por excelencia de leyes que regulan la propiedad. La realidad es que la mayor parte de ellas lo logran atravesar. Estos tres niveles de control de razonabilidad son aplicados con frecuencia por la Corte Suprema estadounidense, particularmente en el análisis de la razonabilidad de las leyes que establecen clasificaciones y pueden resultar violatorias del derecho a la igualdad"; Sapag, Mariano, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

<sup>51</sup> Javier Barnes ha definido el principio de proporcionalidad en los siguientes términos: "[E]l principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser "susceptible" de alcanzar la finalidad perseguida, "necesaria" o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles –ley del mínimo intervencionismo–) y "proporcional" en sentido estricto, es decir, "ponderada" o equilibrada por derivarse de aquélla con más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades"; Cfr. Barnes, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, número 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 500. Para un panorama general del contenido del concepto de proporcionalidad y su recepción en los distintos ordenamientos jurídicos, puede consultarse: Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, New York, Cambridge University Press, 2013.

<sup>52</sup> En relación al derecho de libertad de expresión, ha dicho la Corte IDH que "la 'necesidad' y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo"; Cfr. Opinión Consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, "La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

prudencia y extenderla a los demás derechos constitucionales, especialmente a aquellos que tengan un valor particular.

Es sabido que nuestra Corte Suprema ha establecido que la jurisprudencia de la Corte IDH es pauta insoslayable e imperativa para los jueces argentinos que deben seguir los estándares que ella fija. Entre estos está el principio de proporcionalidad con su regla de la necesidad.

5) De acuerdo a lo que venimos sosteniendo, este análisis intensivo de razonabilidad debe extenderse a toda clase de derechos constitucionales pero, sin duda, cabe reconocer que la Corte Suprema argentina ya lo está empleando en la práctica en relación a algunos derechos o libertades preferidas, entre las que cabe mencionar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, donde ya se han utilizado las metodologías y estándares del escrutinio estricto proveniente de la jurisprudencia norteamericana<sup>53</sup>, el derecho de

---

<sup>53</sup> *Cfr.*, caso Repetto, Inés María v. Prov. de Buenos Aires, Fallos, 311:2272 (1988), Considerando 7° del voto de los jueces Petracchi y Bacqué, en el que se establece que las distinciones entre nacionales y extranjeros, en cuanto contradigan el Artículo 20 de la Constitución Nacional, se hallan afectadas por una “presunción de inconstitucionalidad” que solamente puede ser revertida mediante la acreditación de un interés estatal insoslayable que justifique la medida; caso Hooft, Pedro Cornelio Federico v. Prov. de Buenos Aires, Fallos, 327:5118 (2004) en el que se sostiene que una norma que contradice las prohibiciones explícitas de distinción establecidas en los Artículos 1 y 23, Convención Americana de Derechos Humanos, se encuentra afectada por una presunción de inconstitucionalidad y es sometida a un escrutinio más intenso; caso Gottschau, Evelyn Patrizia v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fallos, 329:2986 (1006), en igual sentido a Hooft; caso Mantecón Valdés, Julio v. Estado Nacional Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 331:1715 (2008), en igual sentido a Hooft. y Gottschau. También puede mencionarse el caso González de Delgado, Cristina y otros v. UNC, Fallos, 323:2659, Considerandos 8° y 9° del voto concurrente del juez Petracchi, que analizando la validez de distinciones basadas en el sexo se afirmó que aun cuando alguna distinción o discriminación sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican a los fines de la eventual justificación son muy exigentes; y se citó tanto el Derecho europeo (donde tales distinciones se ven afectadas por una presunción de ilegitimidad que implica el desplazamiento de la carga probatoria), como el derecho estadounidense (donde se aplica un escrutinio intermedio de acuerdo con el cual quien defiende una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquella sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos). Estas referencias están tomadas del trabajo de Sánchez Brígido, Rodrigo y Elías, José S., “Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia”, *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina*, JA 2012-IV, pp. 903-925.

libertad de expresión en lo que hace a sus contenidos<sup>54</sup>, la inviolabilidad de la correspondencia<sup>55</sup> y el domicilio<sup>56</sup>, etc.

Correspondería extender a las distintas clases de derechos constitucionales los criterios estrictos de control de razonabilidad ya adoptados por la Corte Suprema para algunos derechos constitucionales.

6) A través de algunos mecanismos como las acciones de clase, las audiencias públicas y la posibilidad de los *amicus curiae*, se puede permitir la participación y representación de todos los que se sientan afectados por una determinada política pública que está siendo sometida a revisión judicial de razonabilidad, permitiéndose de ese modo escuchar las distintas voces interesadas en su concreción.

7) Es necesario advertir y tomar debida cuenta del cambio significativo del rol que le corresponde a los jueces, en particular a los tribunales constitucionales, que han asumido funciones suprajurisdiccionales y han comenzado a tener un creciente peso en el gobierno del Estado moderno. Esto le permite intervenir de manera más activa que en el pasado, en el control, diseño y efectividad de las políticas públicas del Estado.

---

<sup>54</sup> En el ámbito de la libertad de expresión, los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni sostuvieron que “las restricciones a la libertad de expresión que están basadas en el contenido del mensaje deben ser juzgadas con escrutinios más severos que aquellas que no presentan ese rasgo... cuando el gobierno intenta restringir el discurso (...) basado en su contenido, se invierte la usual presunción de constitucionalidad (...) El escrutinio estricto que se aplica en estos casos exige que quien dictó la restricción pruebe mucho más que la mera razonabilidad de la norma: debe acreditar que ésta es necesaria para el logro de un apremiante interés público y que está ajustadamente diseñada para servir a ese interés, CS, 7/6/2005, Asociación de Teleradiodifusoras Argentina y otro v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Fallos, 328:1825, Considerando 9° del voto en disidencia parcial de los jueces Belluscio, Petracchi y Zaffaroni.

<sup>55</sup> Sintetizando el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano, en el caso Dessy [Fallos, 318:1894 (1995)], donde estaba en juego el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de un recluso, señalan Sánchez Brígido y Elías que “atento el señalado carácter eminente del derecho constitucional en juego... para restringir válidamente la inviolabilidad de la mencionada correspondencia, se requiere (...) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial o importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión; que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto y que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro. A su vez, fines y medios deberán sopesarse con arreglo a la interferencia que pudiesen producir en otros intereses concurrentes y que cortapisas tan profundas a garantías individuales reconocidas por la Ley Fundamental (...) no pueden generar otra consecuencia que la de una grave presunción de inconstitucionalidad. De acuerdo con estos jueces existen distintas apreciaciones, cotejos y escrutinios cuyas modalidades de aplicación traducen (...) respuestas arregladas a la especificidad de los conflictos y al diferente emplazamiento de los diversos derechos y garantías que viene dado, principalmente, del sistema de valores consagrado por la Ley Fundamental”; *op. cit.*

<sup>56</sup> Así, en el voto del Dr. Petracchi en el caso Fiorentino [Fallos, 306:1752 (1984)], sobre la garantía de inviolabilidad del domicilio, se puede leer que “la íntima conexión existente (...) con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías y que, por ello, deben ser consideradas con particular detenimiento y según pautas especialmente rigurosas”.

## IV. POSTURA PROPUESTA

Una vez examinados los argumentos que sostienen una y otra postura, nos inclinamos por la siguiente tesis:

Cuando un tribunal analiza la constitucionalidad de una política pública su función ha de estar guiada por las siguientes pautas:

1) Principal y fundamentalmente tiene que examinar si las determinaciones de la ley en el caso concreto sometido a su juzgamiento lesionan significativamente el contenido esencial de algún derecho constitucional de las partes del pleito, y en tal caso, invalidarla<sup>57</sup>. Este juicio es distinto y más decisivo que el de la razonabilidad de la política pública establecida en la ley<sup>58</sup>. A la hora de la definición de ese contenido esencial de los distintos derechos es importante atender al bien humano que está protegido y a su mayor o menor disponibilidad, a la finalidad que se pretende alcanzar con su reconocimiento<sup>59</sup>, a su armonización con otros derechos<sup>60</sup> y con las justas exigencias del bien común en una

---

<sup>57</sup> En este sentido ha afirmado la Corte Suprema argentina que “la compatibilidad constitucional de un sistema, como el establecido en las leyes de consolidación, depende de la adecuación del medio al fin perseguido, es decir, que en el supuesto concreto no se destruya la sustancia del derecho reconocido en la sentencia”; Fallos, 331:391 (2008). También el juez Maqueda en su disidencia parcial en el caso Clarín (CS, 29-X-2013) ha sostenido que “[d]entro de los límites del Tribunal para examinar la validez constitucional de este tipo de facultades, no se advierte que por sí solo y en la forma en que ha sido cuestionado por el grupo actor, el régimen de multiplicidad afecte irrazonablemente su derecho a la libertad de expresión...” (disidencia parcial del juez Maqueda, Considerando 34°).

<sup>58</sup> Afirma Juan Cianciardo que “[l]a postura de la Corte argentina no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios, y otra la razonabilidad entendida como no-alteración de los derechos en juego”; Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, op.cit., p. 98. El mismo autor sostiene que “(...) desde el punto de vista de la protección y promoción integral de los derechos, proporcionalidad y contenido esencial se complican: la garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional”; *Ibidem*, p. 99.

<sup>59</sup> “Los derechos tienen (...) un fin al que tienden, que les da su valor y dignidad en el ordenamiento, ya que han sido reconocidos con un sentido determinado: ser el medio técnico-jurídico para que la persona y la comunidad logren determinado bien fundamental. En consecuencia, los derechos son en realidad *delimitables* o *determinables*: a través de la interpretación y decisión constitucionales es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos –el cual debe ser razonablemente establecido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina– de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo”. Toller, Fernando M., “La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II, pp. 1258-1259.

<sup>60</sup> Por eso consideramos que en el reconocimiento de cada derecho hay junto a un mandato de “optimización”, otro más relevante que es de “armonización” con otros derechos y con las exigencias del bien común.

sociedad democrática<sup>61</sup>, para lo cual puede ser muy útil la jurisprudencia ya establecida por el propio tribunal.

2) Deben también examinar la razonabilidad básica de la ley que contiene la política pública<sup>62</sup>: que ella persiga fines constitucionalmente válidos y que haya elegido medios legítimos y proporcionales para alcanzarlos<sup>63</sup>. El juzgador debe, por tanto, realizar los juicios de adecuación y de proporcionalidad, según lo que propone la doctrina alemana en la materia, para asegurar esos parámetros básicos de razonabilidad y verificar así el respeto de los contenidos esenciales del derecho constitucional al debido proceso substantivo.

3) De modo general, no corresponde a la función judicial evaluar la conveniencia de una política pública<sup>64</sup> ni controlar o invalidar, por irrazonable, una determinada política pública por entender que existe otra mejor o menos restrictiva de los derechos en

---

<sup>61</sup> Cfr. Artículo 32 de Convención Americana de los Derechos Humanos.

<sup>62</sup> “El gran desafío legal para el abogado que pugna por los derechos humanos en nuestro tiempo es darle contenido a este concepto de ‘razonabilidad’ y abogar a favor de métodos de análisis de control de constitucionalidad de mayor intensidad”; Miller, Jonathan, Gelli, María Angélica, Cayuso, Susana, *op. cit.*, p. 225.

<sup>63</sup> Así, en el voto de los doctores Lorenzetti y Highton en el caso Clarín (CS, 29-X-2013) se puede leer: “corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines. Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma” (voto de los doctores Highton y Lorenzetti, Considerando 38°, en la causa “Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa”, decidida el 29 de octubre de 2013).

<sup>64</sup> Ha señalado al respecto la Corte Suprema en el caso Verbitsky: “A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas”; Fallos, 328:1146 (2005), Considerando 27° del voto de la mayoría.

juego<sup>65</sup>, salvo supuestos donde sean claras, manifiestas e innegables las ventajas de uno sobre otro, ya que en ese caso estaríamos frente a un supuesto de irrazonabilidad notoria que encuadraría en el supuesto mencionado en el punto anterior<sup>66</sup>. Por tanto, en principio no corresponde aplicar con toda su fuerza y alcance el juicio de necesidad estricto tal como ha sido formulado por la doctrina europea.

4) Existen materias muy determinadas donde cabe admitir un control de razonabilidad diferenciado y más intenso, como ocurre en el caso de las leyes que establecen

---

<sup>65</sup> Así, en el voto mayoritario del caso Clarín, se puede leer que “los jueces no deben decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos, 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda). La elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos, 322:842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos, 313:1333) Así, en el caso, la tarea del Tribunal no es la de decidir si la Ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines. Si se trata de una ley moderna o inadecuada a las circunstancias actuales, si debió o no tener en cuenta el principio de convergencia tecnológica, si implica un avance o un retroceso en el campo de los servicios audiovisuales, si tendrá un impacto positivo o negativo en la calidad del servicio, son todas cuestiones que quedan libradas al exclusivo ámbito de decisión de los otros poderes y que de ningún modo pueden justificar la declaración de inconstitucionalidad de la ley...” (Considerando 50°). En el mismo sentido, en lo concerniente a otro tramo de la regulación presente en la Ley 26.522, se reforzó la idea al señalarse que “...si para lograr los objetivos de fomentar la diversidad y pluralidad de voces en el mercado de televisión por cable era *necesario* fijar un límite de licencias y de abonados, o si existían otras alternativas menos restrictivas –inclusive hasta la posibilidad de no regular el mercado– es una decisión que corresponde al legislador y que los jueces no pueden revisar. En definitiva, es atribución del Congreso determinar si se va a adoptar una política represiva o preventiva respecto del abuso de posición dominante...” (Considerando 51°). En el mismo sentido, el Dr. Petracchi sostiene en su voto que “...la función de esta Corte al ejercer el control de constitucionalidad no consiste en examinar los méritos de los medios elegidos por el Congreso para alcanzar los fines propuestos, sino que exclusivamente le corresponde expedirse sobre la constitucionalidad de aquéllos. Así, en el caso, su tarea no es la de establecer si la Ley 26.522 se adecua a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces...” (Considerando 39°). Por su parte, ha sostenido el juez Maqueda en su voto en el caso Clarín que “la decisión acerca de cuál es la mejor forma de regular una materia como la que aquí se examina pertenece privativamente al Congreso. Si se intentara fundar un pronunciamiento en la mera discrepancia con el criterio seguido por el legislador, se estaría penetrando en el terreno del que los magistrados han sido excluidos por obvias razones vinculadas con la forma de gobierno que la Constitución adopta...” (Considerando 19°).

<sup>66</sup> Como bien, señala el Tribunal Constitucional español, la “Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de razonabilidad viene a hacer efectivo el cumplimiento de dicha prohibición.”

distinciones en razón de la raza, el sexo, la nacionalidad, etc., regulan algunos aspectos de la libertad de expresión<sup>67</sup>, o afectan la libertad religiosa<sup>68</sup>. Allí el control de razonabilidad puede ser más intenso, como lo viene haciendo ya nuestro máximo Tribunal.

5) Debido a lo anterior, no obstante que en más de un pronunciamiento nuestra Corte Suprema haya dicho que ella realiza un control de razonabilidad con base en los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, nos parece que solo efectúa dos de ellos: el de adecuación y el de proporcionalidad. Expresamente ha señalado que no le corresponde y le está vedado juzgar sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones de otros poderes. Tampoco existen casos en los que haya dicho que ella debe únicamente considerar como constitucional la decisión legislativa que menos restrinja un determinado derecho, ni ha invalidado una decisión legislativa por considerar que existía otra menos limitativa del derecho en cuestión. Más allá de invocar y hacer referencia al juicio de necesidad, no lo ha aplicado en la práctica<sup>69</sup>. Por suerte ello ha sido así, porque de haberlo empleado de modo serio y consistente habría invadido competencia de otros poderes y producido un desequilibrio institucional.

Tutela del contenido esencial de todos los derechos humanos, aseguramiento de la razonabilidad básica de las políticas públicas y control diferenciado e intensivo para algunos derechos relacionados con bienes humanos fundamentales, son los tres aspectos centrales de nuestra postura. Nos parece que la solución propuesta:

- a) Se funda en los principios de legitimidad democrática y equilibrio de poderes;
- b) Preserva el diseño constitucional del proceso judicial a su finalidad específica, sin confundirlo con el procedimiento legislativo;

---

<sup>67</sup> Remitimos a lo señalado en la nota 50. Por su parte, la doctora Argibay en su voto en disidencia del caso Clarín sostuvo que “si bien el Estado no puede ser cuestionado por las mayores o menores bondades de las herramientas que ha elegido para alcanzar sus propósitos de desconcentrar el mercado, sí corresponde exigir la demostración de que no ha recortado la expresión de ideas, tanto desde el punto de vista de quien se expresa como del público que recibe esa información, más allá de lo necesario para alcanzar sus objetivos” (Considerando 22°).

<sup>68</sup> Así, la ley norteamericana que reglamenta la libertad religiosa prohíbe al gobierno federal tomar cualquier medida que signifique una restricción sustantiva para el ejercicio de la religión, salvo que esa medida sea el medio menos restrictivo de cumplir con el interés sustancial estatal en juego. Según el fallo de la Corte norteamericana en el caso Hobby Lobby, el mandato contra-ceptivo del Departamento de Salud “oprime gravemente el ejercicio de la religión” de quienes se oponen por convicciones morales a dichas prácticas. “Si los propietarios se adhieren al mandato de HHS, facilitarán el aborto, y si no se adhieren, pagarán una multa muy alta, hasta 1,3 millones de dólares por día, cerca de 475 millones de dólares al año, en el caso de una de estas empresas.” “Es obvio que estas consecuencias son equivalentes a una fuerte opresión.”

<sup>69</sup> En relación a la utilización en la práctica de la doctrina de los escrutinios por la Corte Suprema norteamericana, señala Mariano Sapag que “salvo en materia de derecho de igualdad, en cuanto al debido proceso legal, en general, la Corte ha venido aplicando el escrutinio menos riguroso: el *rational basis review*, lo que implica que resulta muy dificultoso franquear la fuerte presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas”; *op. cit.*, p. 169.

- c) Reserva a los jueces la delicada y trascendente misión de definir y proteger el contenido esencial de los derechos constitucionales;
- d) Evita que los tribunales se pronuncien sobre temas complejos y debatidos cuya definición requiere de estudios técnicos y decisiones políticas que trascienden al Poder Judicial;
- e) Se basa en la concepción de los derechos constitucionales no solo como mandatos de optimización sino, fundamentalmente, de armonización;
- f) Impide que los jueces definan políticas públicas que luego serían de difícil instrumentación y cumplimiento efectivo, afectando así la credibilidad del Poder Judicial, no serían susceptibles de revisión por otros órganos de gobierno y que requieran de un manejo presupuestario ajeno al quehacer judicial;
- g) Mantiene abierto el cauce constitucional, el debate político, sin pensar que para los diversos, complejos problemas humanos y sociales, la Constitución consagra una sola solución que debe ser hallada y definida por los jueces.

## V. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

- ALBERDI, Juan B. *Proyecto de Constitución (1852)*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2113/16.pdf>.
- AMAR, Vikram y TUSHNET, Mark, *Global Perspectives on Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- BALKIN, Jack M. "What Brown teaches us about Constitutional Theory", *Virginia Law Review*, número 6, octubre de 2004, pp. 1537-1577.
- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- BARNES, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, número 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 500.
- BERIZONCE, Roberto y VERBIC, Francisco, "Control judicial de políticas públicas. A propósito de un proyecto de ley brasileño", *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, número 56, septiembre de 2013, pp. 106-121.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. II-A, p. 809.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Constitutional Courts as positive legislators. A Comparative Law study*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- CIANCIARDO, Juan y ROMERO, Maximiliano J., "Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad", *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 425-492.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, pp. 80 y ss.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Dòmenec, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 279 a 293.
- FISS, Owen, "The Supreme Court 1978 Term Forward: The Forms of Justice", *Harvard Law Review*, número 1, noviembre de 1979, pp. 1-58.
- FLETCHER, William A., "The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy", *The Yale Law Journal*, número 4, marzo 1982, pp. 635-697.
- FRUG, Gerald E., "The Judicial Power of the Purse", *University of Pennsylvania Law Review*, número 4, abril de 1978, pp. 715-794.

- GEWIRTZ, Paul, "Remedies and Resistance," *The Yale Law Journal*, número 4, marzo de 1983, pp. 587-681.
- GINSBURG, Tom y DIXON, Rosalind, *Comparative Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.
- JACOB, Herbert *et. al.*, *Courts, Law & Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Santillana, 1996, p. 50.
- LONDOÑO LÁZARO, Carmelina, *La prevención de violaciones a los derechos humanos: estudio sobre la garantía de no repetición en el sistema interamericano*, tesis doctoral, Universidad Austral, 2013.
- MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica, CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1987, t. I, p. 225.
- NAGEL, Robert F., "Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies," *Stanford Law Review*, número 4, abril de 1978, pp. 661-724.
- OYHANARTE, Martín, "Structural Remedies y fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación," *II Jornadas Institucionales para Ministros de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la República Argentina*, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, 2011.
- SÁNCHEZ Brígido, Rodrigo y ELÍAS, José S., "Tipos de control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia," *Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina*, JA 2012-IV, pp. 903-925.
- SAPAG, Mariano, "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado," *Díkaion*, año 22, número 17, diciembre de 2008, pp. 168 y ss.
- SPAEMANN, Robert, *Personas, acerca de la distinción entre alguien y algo*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges*, New York, Oxford University Press, 2000.
- TATE, C. Neal y VALLINDER, Torbjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995.
- TOLLER, Fernando M., "La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test," en FERRER Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. II, pp. 1258-1259.

## 2. Otras fuentes

BREWER, Allan, *XVIII Congreso Internacional de la International Academy of Comparative Law*, Washington, Estados Unidos, 25 y 31 de julio de 2010.

*Caso Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa* (CS, 29-X-2013).

Caso *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 661 (1887).

Caso *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502, 547 (1934).

Caso "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", CS, 24-IV-12.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85, de 13 de noviembre de 1985, "La colegiación obligatoria de periodistas (Artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Convención Americana de los Derechos Humanos, [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos.

*Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina*, JA 2012-IV, pp. 903-925.



## **LAS MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES DE LA COMISIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FUNCIÓN Y ALCANCES**

Marcos DEL ROSARIO RODRÍGUEZ<sup>1</sup>

### **SUMARIO**

*I. Introducción. II. Antecedentes. III. Definición. IV. Tipos de medidas cautelares y provisionales. V. Objeto. VI. Requisitos de procedencia. VII. Otorgamiento. VIII. Obligatoriedad. IX. Supervisión de las medidas. X. Levantamiento de las medidas y provisiones cautelares. XI. Algunos casos de medidas y provisiones cautelares en México. XII. Consideraciones finales. XIII. Fuentes de información.*

### **RESUMEN**

El propósito del presente trabajo es analizar las medidas, tanto cautelares como provisionales, de la Comisión y de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, las circunstancias en que operan y sus características, con referencia a las ordenadas para México.

### **PALABRAS CLAVE**

Derechos humanos. Medidas cautelares. Medidas provisionales. Sistema Interamericano. Convención Americana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to analyze the precautionary and provisional measures of the Inter-American Commission and Court of Human Rights, the circumstances in which they operate and their characteristics, with a reference to Mexico.

### **KEY WORDS**

Human rights. Precautionary measures. Provisional measures. Inter-American System. American Convention on Human Rights. Inter-American Court of Human Rights.

---

<sup>1</sup> Investigador nivel 1 del Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT.

\* Agradezco la colaboración y asistencia de la Lic. Ingrid Estefanía Fuentes Robles, cuya participación fue determinante en el desarrollo y culminación del presente artículo.

## I. INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos humanos siempre ha sido un tema de gran relevancia, tanto en el ámbito interno como internacional. Transgredir prerrogativas tales como la vida, integridad física y libertad de una persona, ha provocado que las autoridades jurisdiccionales de un Estado busquen la manera de investigar las situaciones, encontrar a los responsables de tal transgresión y sancionarlos. Sin embargo, en el ámbito internacional las autoridades no solamente se han limitado a investigar y sancionar, sino que han buscado la manera de prevenir la existencia de actos y hechos que violen los derechos humanos de las personas en toda comunidad, pueblo, Estado o región.

Es por tal motivo que se han originado figuras para prevenir un daño a los derechos humanos y fundamentales de las personas. Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos las medidas cautelares y provisionales que solicitan u ordenan la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH), respectivamente, han tomado gran importancia en los Estados, ya que a través de ellas se busca que en situaciones de gravedad y urgencia por las que atraviesan algunas personas, se actúe antes de la decisión definitiva sobre un caso, con el fin de que no se violenten sus derechos, no obstante sean vulnerados, sea posible su reparación.

El propósito del presente análisis es conocer qué son las medidas tanto cautelares como provisionales, en qué circunstancias operan, así como sus características. Se verán algunos casos de medidas provisionales que ha ordenado la CORTE IDH, que han tenido mayor impacto en el sistema interamericano, así como las ordenadas a México.

## II. ANTECEDENTES

En el marco internacional, las medidas cautelares aparecen desde principios del siglo XX, en los Estatutos de la Corte Centroamericana de Justicia (1907) en el artículo XVIII<sup>2</sup>.

También se localizan en los Tratados *Bryan*, suscritos en 1913 por iniciativa de los Estados Unidos de América. Posteriormente, las medidas cautelares aparecen consagradas en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, hoy Corte Internacional de Justicia, así como en la norma del artículo 40 de la Carta de San

---

<sup>2</sup> Convención para el establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana (Washington, 20 de diciembre de 1907). Véase *Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, agosto de 1911, número 1, t. I; Arias Ramírez, Bernal, "Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos", *Revista IIDH*, volumen 43, enero-junio de 2006, p. 85.

Francisco, referida a las potestades del Consejo de Seguridad en cuanto al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales”<sup>3</sup>.

En los Tratados *Bryan* se establecían Comisiones de Investigación como parte de la solución pacífica de conflictos. Esas Comisiones recibieron poder de ordenar medidas preventivas, enderezadas a obtener las pruebas requeridas por la investigación o a preservar a título provisional los derechos de cada una de las partes, mientras el informe final era expedido<sup>4</sup>.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aparece dicha figura en 1980, en el Artículo 26 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el cual se establece la adopción de medidas cautelares, las cuales proceden en casos urgentes, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. Importante mencionar a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, en donde se encuentra el fundamento de las medidas provisionales, en el Artículo 63.2.

### III. DEFINICIÓN

El exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asdrúbal Aguiar Aranguren señala que: *“las medidas cautelares, provisionales, asegurativas, pre-cautelarias o bien conservativas, son la expresión concreta de un principio general de derecho procesal que ordena garantizar el equilibrio de las partes en todo litigio y permite que la jurisdicción realice, en la práctica, las consecuencias de la responsabilidad sujeta al contradictorio”*<sup>5</sup>.

El exjuez cita en su trabajo *“Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”* a Adolfo Maresca, quien respecto de las medidas establece que: *“entendidas en el sentido estricto del término son providencias que, pendiente la solución de una controversia internacional, puede disponer el órgano competente para pronunciar una decisión obligatoria entre las partes, a fin de que no se vean menoscabados en modo alguno los derechos aún no comprobados”*<sup>6</sup>.

En la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Artículo 63.2, se encuentra el fundamento de las medidas provisionales, al establecer que: *“En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aun no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”*

---

<sup>3</sup> Aguiar Aranguren, Asdrúbal, *“Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”* como se cita en Nieto Navia, Rafael, *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, p. 20.

<sup>4</sup> Nieto Navia, Rafael, *op. cit.*

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 20.

De la misma manera, se encuentra en el Artículo 27.1 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se determina que: “En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención”.

En el Artículo 76.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se regulan a las medidas provisionales y se señala que: “La Comisión podrá solicitar medidas provisionales a la Corte en situaciones de extrema gravedad y urgencia cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas. Al tomar esta decisión, la Comisión considerará la posición de los beneficiarios o sus representantes”.

Por otra parte, las medidas cautelares se contemplan en el Reglamento de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en su Artículo 25: “...la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daños irreparables a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano”.

Así también, el Artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos confiere una atribución importante a la Comisión Interamericana para: “Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos”.

#### **IV. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES**

##### *1. Medidas urgentes*

Las medidas urgentes o como las establece el Reglamento de la CORTE IDH en su artículo 27.6, son aquellas dictadas por el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente, y si fuere posible, con los demás Jueces a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte Interamericana en su próximo período de sesiones.

##### *2. Medidas cautelares*

Son las *solicitadas* por la Comisión Interamericana y su fundamento se encuentra en el Artículo 25 del Reglamento de esta misma.

##### *3. Medidas provisionales*

Son las *tomadas u ordenadas* por la Corte Interamericana cuando se encuentra en sesiones ordinarias o extraordinarias, mediante las cuales *ordena* al Estado adoptar las medidas que sean necesarias para proteger los derechos del promovente o para preservar una

*situación jurídica*. Estas medidas tienen sustento convencional<sup>7</sup>, por lo que se estiman como obligatorias.

## V. OBJETO

Las medidas cautelares y provisionales tienen como objeto proteger los derechos humanos en los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Antônio Augusto Cançado Trindade expresa que las medidas provisionales buscan asegurar que tanto la sentencia como el fondo del asunto no sean perjudicados o menoscabados por las acciones ilegales o inadecuadas de las partes *pendente lite*<sup>8</sup>.

Se puede advertir que el objeto de las medidas cautelares es: “evitar la sucesión o agravación de daños irreparables a las personas, en casos en donde se encuentre comprometida la eventual responsabilidad del Estado y sea ella objeto de debate en los órganos del sistema, sea en la Comisión o en la Corte”<sup>9</sup>.

La importancia de las medidas cautelares se encuentra en que “cumplen un rol fundamental en la vida del proceso, cuya eficacia depende, muchas veces, de la existencia y alcance que se le reconozca a aquellas. El tiempo imprescindible para resolver los pleitos, la mora derivada del recargo de tareas –prácticamente universal– de los tribunales o la naturaleza de los afectados, van tornando cada día más inconcebible la idea de un proceso sin protección cautelar”<sup>10</sup>.

### 1. Funciones

Las medidas cautelares y provisionales cumplen con dos funciones; por un lado la función *cautelar*, y por el otro, la función *tutelar*. La función cautelar tiene como objetivo preservar una situación jurídica que esté bajo el conocimiento de la CIDH mientras se resuelve la petición o caso. La función tutelar tiene como fin proteger los derechos humanos y preservar su ejercicio<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela Margarita, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Temis, 2008, p. 370.

<sup>8</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, “The evolution of provisional measures of protection under the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)”, *Human Rights Law Journal*, vol. 24, números 5-8, noviembre de 2003.

<sup>9</sup> Nieto Navia, Rafael, *op. cit.*, p. 35.

<sup>10</sup> A. Vallefín, Carlos, *Protección internacional de los derechos humanos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p.148.

<sup>11</sup> Cfr. Arango Olaya, Mónica, “Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano”, *Anuario de Derechos Humanos*, número 10, 2014, p. 178. Y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, medidas cautelares, otorgamientos y ampliaciones, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>, consultado en noviembre de 2014.

## 2. *Derechos protegidos por las medidas*

Todos los derechos humanos que protege la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentran sujetos a protección, por tanto se puede solicitar u ordenar las medidas cautelares o provisionales, respectivamente, según el caso.

Bien dice Asdrúbal Aguiar que, para la aplicación de las medidas, se han de relacionar con hechos o situaciones que pongan en peligro derechos humanos fundamentales, es decir, aquellos que bajo ningún respecto pueden verse menoscabados o limitados en su ejercicio, ni siquiera en situaciones de emergencia constitucional<sup>12</sup>.

Las medidas cautelares o provisionales pueden ser aplicadas a cualquier derecho protegido por la Convención, ya que todos pueden ser vulnerados de forma grave y encontrarse en el supuesto de la urgencia. Sin embargo se debe analizar cada caso en concreto, para identificar el derecho a proteger. Como señala el maestro Sergio García Ramírez: “la gravedad, urgencia e irreparabilidad han de medirse en relación con el bien comprometido”

## 3. *Protección individual y colectiva*

El Reglamento de la Comisión en su Artículo 25.3 establece que: “Las medidas cautelares podrán proteger a personas o grupos de personas, siempre que el beneficiario o los beneficiarios puedan ser determinados o determinables, a través de su ubicación geográfica o su pertenencia o vínculo a un grupo, pueblo, comunidad u organización”.

Por lo tanto, la protección puede ser directamente para una o varias personas, las cuales son reconocidas y totalmente identificables. Algunos de los casos donde se han otorgado medidas provisionales a grupos determinados en situaciones de riesgo de vulneración a sus derechos son: *Cárcel Urso Branco vs. Brasil*, *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia*, y *Comunidad de la Paz de San José de Apartadó vs. Colombia*.

## **VI. REQUISITOS DE PROCEDENCIA**

Tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como los Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana, señalan ciertos requisitos que deben cubrirse para que puedan solicitarse las medidas cautelares y ordenarse las provisionales.

Derivado de lo dispuesto en la Convención, y particularmente en el Reglamento de la Comisión Interamericana, se puede desprender que son tres requisitos para poder ordenar o dictar medidas provisionales: 1) *extrema gravedad*, 2) *urgencia* y 3) *para evitar daños irreparables a las personas*.

Por otra parte, en el caso de las medidas cautelares, el Reglamento de la Comisión solo dispone que se solicitarán en situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano. Se hace notar que en las medidas cautela-

---

<sup>12</sup> Nieto Navia, Rafael, *op. cit.*, p. 26.

res no se establece el término “*extrema gravedad*,” simplemente basta con que la situación sea grave para poder solicitar dichas medidas.

### 1. *Extrema gravedad y urgencia*

La gravedad, como define el exjuez Aguiar, parece aludir tanto a la jerarquía del derecho humano cuya inminente violación busca ser prevenida o cuando menos atenuada en sus efectos perjudiciales, cuanto a la importancia de las acciones, omisiones o violaciones que pueden atribuirse al Estado presuntamente responsable.

La gravedad del requerimiento ha de responder a la defensa de esos derechos o ámbitos de libertad que, con bastante propiedad, la doctrina ha definido como inatacables por mandatos o prohibiciones, es decir, por las normas de clausura del sistema de libertades<sup>13</sup>.

La extrema gravedad implica que un derecho vulnerado se encuentre en un grado más intenso o elevado que el estado de gravedad, esto es, que el grado de afectación ha mermado con mayor fuerza el patrimonio o esfera jurídica de las personas.

La urgencia del asunto: “*debe guardar relación directa con la inminencia de un perjuicio a los derechos humanos salvaguardados por la Convención Americana; ya que, de sucederse el perjuicio irreparable, la restitución en tanto que efecto principal de la responsabilidad por hecho ilícito resultaría absolutamente nugatoria*”<sup>14</sup>.

La amenaza o riesgo involucrado resulta inminente, es por lo que la respuesta para remediarlo debe de ser inmediata. No se puede esperar, ya que de hacerlo, el daño que puede causar a la persona tiene la inmensa posibilidad de convertirse en irreparable.

Para valorar este aspecto, la CIDH ha considerado elementos como: *a) la existencia de ciclos de amenazas y agresiones que demuestran la necesidad de actuar en forma inmediata; y b) la continuidad y proximidad temporal de las amenazas, entre otros*<sup>15</sup>.

Por otro lado, el Reglamento de la Comisión, en el Artículo 25.2, establece que: “la ‘gravedad de la situación’ significa el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano”. Y respecto de la urgencia establece que: “la ‘urgencia de la situación’ se determina por la información indicativa que el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar”.

---

<sup>13</sup> Nieto Navia, Rafael, *op. cit.*, pp. 25 y 26.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 25.

<sup>15</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, medidas cautelares, otorgamientos y ampliaciones, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>, consultado en noviembre de 2014.

## 2. Irreparabilidad del daño

Este concepto alude a la imposibilidad de rescatar, preservar o restituir el bien amenazado a través de alguna medida posterior a la lesión causada<sup>16</sup>.

Respecto de este punto, el Reglamento de la CIDH señala que el daño irreparable implica la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización.

De lo anterior se puede dilucidar que la gravedad o extrema gravedad y urgencia de una situación tienen que conllevar a un riesgo inminente, que implique la posibilidad de que el daño que se pudiese producir, si no se actúa de inmediato y se aplican las medidas necesarias, sea de carácter irreparable, y por lo tanto, no se proteja al bien tutelado (derechos humanos) por la Convención, constituciones y demás normas que reconozcan a los derechos humanos.

## VII. OTORGAMIENTO

### 1. Sujetos legitimados

En las medidas cautelares, la Comisión a iniciativa propia o a solicitud de parte, puede *solicitar* a un Estado que las adopte, mientras que en las medidas provisionales puede ser tanto la Corte quien puede *ordenarlas* por oficio, en cualquier estado del procedimiento, o bien, si son asuntos de los que aún no tiene conocimiento, puede actuar a solicitud de la Comisión<sup>17</sup>.

Para presentar la solicitud de medidas provisionales, la Comisión Interamericana considerará ciertos criterios de procedencia, los cuales están establecidos en el Artículo 76 del Reglamento de la Comisión y son los siguientes:

- a) Cuando el Estado concernido no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión;
- b) Cuando las medidas cautelares no hayan sido eficaces;
- c) Cuando exista una medida cautelar conectada a un caso sometido a la jurisdicción de la Corte;
- d) Cuando la Comisión lo estime pertinente al mejor efecto de las medidas solicitadas, para lo cual fundamentará sus motivos.

Una razón por la cual la Comisión puede solicitar medidas provisionales es cuando estima que el Estado respectivo no ha dado o no dará cumplimiento, a la medida cautelar. Puede suceder que en un primer momento la Comisión otorgue una medida cautelar, y

---

<sup>16</sup> García Ramírez, Sergio, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, p. 107.

<sup>17</sup> Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículos 27.1 y 27.2.

una vez transcurrido un tiempo determinado, y el contexto y circunstancias lo reclamen, decida solicitar una provisional<sup>18</sup>.

Cuando la Corte advierte que las medidas cautelares adoptadas por la Comisión no han producido los efectos requeridos, en cuanto a la salvaguarda de los derechos humanos y que el gobierno del Estado parte en la *litis* tampoco ha adoptado las medidas adecuadas de tutela, constituyen “circunstancias excepcionales”, que hacen propicia la expedición de medidas provisionales, para evitar daños irreparables a las personas<sup>19</sup>.

Tratándose de casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la CORTE IDH, se da la facultad a las víctimas, o a las presuntas víctimas, o a sus representantes, para presentar una solicitud, la cual debe tener relación con el objeto del caso<sup>20</sup>.

## 2. *Solicitud*

### A. *Contenido*

Las medidas cautelares que se presentan a la CIDH deberán contener, entre otros elementos: a) los datos de las personas propuestas como beneficiarias o información que permita determinarlas; b) una descripción detallada y cronológica de los hechos que sustentan la solicitud y cualquier otra información disponible; y c) la descripción de las medidas de protección solicitadas<sup>21</sup>.

### B. *Presentación ante la autoridad competente*

Tratándose de medidas cautelares y a solicitud de parte, se debe presentar la correspondiente solicitud ante la Comisión a través de: a) la Presidencia, b) cualquiera de los Jueces y c) la Secretaría; por cualquier medio de comunicación.

Sin embargo, quien reciba la solicitud, deberá ponerla de inmediato en conocimiento de la referida Presidencia<sup>22</sup>.

## 3. *Consideraciones de la Comisión*

Para considerar una solicitud de medidas cautelares, la Comisión deberá tener en cuenta lo siguiente:

- a) Si se ha denunciado la situación de riesgo ante las autoridades pertinentes o los motivos por los cuales no hubiera podido hacerse;

---

<sup>18</sup> González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y Desafíos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 168.

<sup>19</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3ª. ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 518 como se cita en González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 169.

<sup>20</sup> Artículo 27.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>21</sup> Artículo 25.4 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>22</sup> Artículo 27.4 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- b) La identificación individual de los beneficiarios propuestos de las medidas cautelares o la determinación del grupo al que pertenecen o están vinculados; y
- c) La expresa conformidad de los potenciales beneficiarios, cuando la solicitud sea presentada por un tercero, salvo en situaciones en las que la ausencia de consentimiento se encuentre justificada<sup>23</sup>.

#### 4. *Requerimiento de información*

Antes de tomar una decisión respecto de la solicitud se podrá requerir información relevante.

Respecto de medidas cautelares, la Comisión podrá requerirle al Estado dicha información. Sin embargo, existe una excepción cuando la inmediatez del daño potencial no admita demora. En dicha circunstancia, la Comisión revisará la decisión adoptada lo más pronto posible o, a más tardar, en el siguiente período de sesiones, teniendo en cuenta la información aportada por las partes<sup>24</sup>; por lo que adoptará la decisión sin requerir información a las autoridades estatales, como sucedió, por ejemplo, en el reciente Caso Estudiantes de la Escuela Rural "Raúl Isidro Burgos".

Tratándose de las medidas provisionales, la Corte, o en su ausencia, la Presidencia, podrá requerir información tanto a la Comisión, al Estado o a los representantes de los beneficiarios, cuando así lo considere posible o indispensable<sup>25</sup>.

#### 5. *Prueba para otorgarla*

Para Abreu Burelli, las partes a quienes les corresponde probar sus afirmaciones de hecho deben soportar la carga de la prueba, y agrega lo siguiente:

No es, sin embargo, una exigencia rígida, pues en muchos casos el Estado demandado deberá cooperar en el establecimiento o existencia de un hecho alegado por la Comisión, o por la víctima, en su caso, en virtud del principio consagrado en el artículo 24 del Reglamento de la Corte sobre la cooperación de los Estados, interpretado extensivamente por el Tribunal para aplicarlo a la obtención de la prueba cuando ello no sea posible a la víctima o a sus representantes. Por tanto, se mantiene el principio de que quien alegue un hecho debe probarlo, así generalmente sucede, sin que el Estado, cuando esté en mejores condiciones, quede exonerado de contribuir al establecimiento de un hecho, aun cuando no lo hubiese alegado<sup>26</sup>.

Respecto de cómo probar en situaciones de extrema gravedad y urgencia para

---

<sup>23</sup> Artículo 25.7 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>24</sup> Artículo 25.5 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>25</sup> Artículo 27.5 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>26</sup> Burelli, Abreu, "La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", como se cita en Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela Margarita, *op. cit.*, pp. 427 y 428.

evitar un daño irreparable, la Corte ha aplicado la apreciación *prima facie*, esto implica la aparición de evidencias que de primera intención permitan suponer, razonablemente, que existen los extremos solicitados por la norma.

Por ende, no se requiere alcanzar la prueba plena, esto es, la que acredita cierto hecho más allá de toda duda razonable y consigue, por lo mismo, la persuasión del juzgador<sup>27</sup>.

Tal y como ocurrió en el caso de "Chunimá", en donde se advirtieron amenazas de muerte a varias personas, además del secuestro y asesinato del que habían sido víctimas otras personas pertenecientes al mismo grupo, se interpuso una solicitud para garantizar y proteger sus derechos e integridad física, a lo que la Comisión concluyó que los antecedentes acompañados por los denunciantes presentaban, a primera vista, un caso grave de riesgo inminente e irreparable para la vida e integridad corporal de miembros de organismos de derechos humanos y sus familiares<sup>28</sup>.

#### 6. Ampliación y modificación

Se pueden actualizar estos supuestos siempre que la situación siga estando en gravedad y urgencia, y en consecuencia, el riesgo inminente de que si se levantan las medidas se produzca un daño irreparable, o también cuando las medidas ordenadas no han sido lo suficientemente efectivas para proteger el derecho, por lo tanto, deban modificarse para que así cumplan con su propósito.

#### 7. Resolución fundamentada

Toda decisión, ya sea de otorgamiento, ampliación, modificación o levantamiento de medidas cautelares debe emitirse mediante resolución fundamentada que incluirá, entre otros elementos:

- a) La descripción de la situación y de los beneficiarios;
- b) La información aportada por el Estado, de contar con ella;
- c) Las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad;
- d) De ser aplicable, el plazo de vigencia de las medidas cautelares; y
- e) Los votos de los miembros de la Comisión<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Como refiere García Ramírez, Sergio en la presentación a la primera edición de Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela Margarita, *op. cit.*

<sup>28</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, *Las medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1998, pp. 560 y 561.

<sup>29</sup> Artículo 25.7 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Es importante resaltar lo que establece el Reglamento de la Comisión respecto del otorgamiento de las medidas y su adopción por el Estado, cuando se dice que no constituirán prejuzgamiento sobre violación alguna de los derechos protegidos en la Convención u otros instrumentos aplicables<sup>30</sup>.

#### 8. *Desechamiento de la solicitud*

En caso de que la Corte deniegue la solicitud de medidas provisionales, la Comisión no puede considerar una nueva solicitud de las mismas, solo si se genera el supuesto de que existan nuevos hechos que así lo justifiquen. En todo caso, la Comisión podrá ponderar el uso de otros mecanismos de monitoreo de la situación<sup>31</sup>.

### VIII. OBLIGATORIEDAD

La obligación de los Estados de cumplir con las medidas y provisiones cautelares deriva del Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en donde los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

La Corte ha expresado que es deber de los Estados parte 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. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos<sup>32</sup>.

La Corte Interamericana ha recalcado el deber de prevención, el cual implica que todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos, tendrán que asegurar que las violaciones sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito, que sea susceptible de conllevar sanciones para los responsables, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por las afectaciones producidas en su persona<sup>33</sup>.

En relación a las medidas provisionales, se debe señalar que su carácter es vinculante, toda vez que su origen es convencional<sup>34</sup>, por lo que los Estados deben de acatar y cumplir dichas medidas. De la misma manera, el Artículo 68.1 establece que los Estados

<sup>30</sup> Artículo 25.8 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>31</sup> Artículo 25.13 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>32</sup> CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 julio 1988, párrafo 166 como se cita en Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela Margarita, *op. cit.*, p. 66.

<sup>33</sup> *Ibidem*, párrafo 175.

<sup>34</sup> Artículo 63.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partícipes.

Sin embargo, es importante señalar lo que establece el Artículo 62.3 de la Convención, en donde se determina que la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, o bien por convención especial. Por tanto, se advierte que los Estados parte que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte tienen el deber de cumplir con las obligaciones establecidas por dicho ordenamiento<sup>35</sup>.

Las medidas cautelares se encuentran contempladas en el Reglamento de la Comisión, razón por la cual algunos consideran que las decisiones por las cuales se solicita al Estado que las adopte, no producen efectos vinculantes, ya que se asimilan a una recomendación, por lo cual resulta discrecional su cumplimiento<sup>36</sup>. Sin embargo, con el principio básico del Derecho de los tratados, *pacta sunt servanda*, los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe<sup>37</sup>.

### 1. *Cumplimiento*

Para dar acatamiento a las medidas provisionales, tanto la doctrina y la jurisprudencia han dado lugar a dos figuras, las cuales a continuación se describirán.

#### A. *Efecto útil*

Se describe como un mandato jurisdiccional de interpretación y de conformidad, según el cual toda decisión de la Comisión sobre medidas provisionales debe interpretarse de la manera que mayormente beneficie a la protección de los derechos humanos, lo que guarda relación con el principio de interpretación en beneficio de las personas, o principio *pro persona*.

La aplicación de las decisiones sobre medidas provisionales igualmente constituye un mandato jurisdiccional dirigido al Estado, que es a quien principalmente se dirigen las medidas provisionales, para que siempre actúe en beneficio de la protección de los derechos humanos de las personas<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Corzo Sosa, Edgar, "Las medidas provisionales: cumplimiento, impacto e incumplimiento" en Corzo Sosa, Edgar *et. al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p.162.

<sup>36</sup> Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela Margarita, *op. cit.*

<sup>37</sup> Salado Osuna, Ana y Corzo Sosa, Edgar, "Las medidas provisionales" en García Roca, Javier *et. al.* (coords.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos humanos*, Madrid, Thomson Civitas, 2012. p. 395.

<sup>38</sup> Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*, p. 165.

“El deber de los Estados a garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos se aplica asimismo al cumplimiento de las decisiones de la Corte sobre medidas provisionales. Por ello los Estados parte de la Convención Americana que aceptan la jurisdicción contenciosa de la Corte (art. 62), tienen el deber de acatar sus decisiones (art. 68)”<sup>39</sup>.

### B. *Planificación de las medidas provisionales*

La CORTE IDH ha dado origen a dicha práctica, la cual implica que las partes colaboren, negocien o participen con el fin de dar eficacia a las medidas que se ordenen, consecuentemente el compromiso de cumplir sea por colaboración voluntaria. Un ejemplo de esto es el caso Gutiérrez Soler y otros, respecto de Colombia (resolución de 9 julio de 2009), “donde la Corte reconoció los esfuerzos de mediación y coordinación realizados por las partes para efectiva implementación de las medidas, después de haber sido citados a una audiencia privada (Estados, beneficiarios y CIDH), destacando su actitud y disposición para una coordinación adecuada de las mismas; especialmente por la plena participación de los beneficiarios en la determinación de los riesgos y las medidas para reducirlos”<sup>40</sup>. Por lo anterior, se nota que la Corte manifiesta una intención de cumplimiento de las medidas a través de un diálogo y negociación entre las partes.

## 2. *Incumplimiento*

En aras de garantizar el cumplimiento de las medidas provisionales, la Corte tiende a otorgar prórrogas para su ejecución, y solo de manera excepcional, imputa a un Estado responsabilidad internacional por su desacato<sup>41</sup>.

Sin embargo, el incumplimiento de las medidas provisionales sí puede dar origen a la responsabilidad internacional. Para el exjuez Cançado Trindade, conforme al Artículo 63.2 convencional, la responsabilidad puede configurarse por el incumplimiento de las medidas provisionales sin necesidad de que la especie se encuentre en juicio ante la Corte. Un ejemplo de lo anterior puede evidenciarse en el caso Eloísa Barrios y otros, y en el asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó<sup>42</sup>.

En el informe anual que rinde la Corte Interamericana a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), señalará todas las medidas provisionales que haya ordenado, y cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Salado Osuna, Ana y Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*, p. 395.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 400.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 403.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 405.

<sup>43</sup> Artículo 27.10 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **IX. SUPERVISIÓN DE LAS MEDIDAS**

Para verificar que se esté dando el debido cumplimiento a las medidas aplicadas y que se proteja el derecho respectivo en cada caso, tanto la Comisión como la Corte han establecido mecanismos para su supervisión.

La Comisión, en lo relativo a las medidas cautelares, las evaluará con periodicidad, de oficio o a solicitud de parte. El propósito será mantenerlas, modificarlas o finalmente levantarlas.

Se le ha otorgado la facultad a la Comisión de que puede tomar las medidas de seguimiento apropiadas, tales como requerir a las partes interesadas información relevante sobre cualquier asunto relacionado con el otorgamiento, observancia y vigencia de las medidas cautelares. Estas medidas pueden incluir, cuando resulte pertinente, un cronograma de implementación, audiencias, reuniones de trabajo y visitas de seguimiento y revisión<sup>44</sup>.

A través de los informes de los Estados, de las observaciones de los beneficiarios a dichos informes y de las observaciones vertidas por la Comisión al informe de los Estados y a las observaciones de los beneficiarios, se llevará a cabo la supervisión de las medidas urgentes o provisionales<sup>45</sup>.

De la misma manera, la Corte podrá requerir de otras fuentes de información, los datos relevantes sobre el asunto que permitan apreciar la gravedad y urgencia de la situación y la eficacia de las medidas. Para su consecución, también podrá pedir los peritajes e informes que considere oportunos<sup>46</sup>.

Por otro lado, también la Corte, o en su ausencia la Presidencia, podrá convocar a la Comisión, beneficiarios o representantes y Estado a una audiencia pública o privada sobre las medidas provisionales<sup>47</sup>.

## **X. LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS Y PROVISIONES CAUTELARES**

### *1. Solicitud por parte del Estado*

En cualquier momento el Estado puede solicitar a la Comisión que deje sin efectos las medidas cautelares vigentes. Antes de que la Comisión decida sobre tal asunto, solicitará observaciones a los beneficiarios de aquellas<sup>48</sup>.

La Comisión podrá levantar o revisar una medida cautelar, cuando los beneficiarios o sus representantes, en forma injustificada, se abstengan de dar respuesta satisfactoria a la Comisión sobre los requerimientos planteados por el Estado para su implementación<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> Artículo 25.10 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>45</sup> Artículo 27.7 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>46</sup> Artículo 27.8 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>47</sup> Artículo 27.9 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>48</sup> Artículo 25.9 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>49</sup> Artículo 25.11 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

## 2. *Cuando cesen o dejen de existir los requisitos*

Como se advirtió, para otorgar las medidas cautelares o provisionales se tienen que reunir tres requisitos (gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño), por consiguiente, cuando alguna de estas condiciones se ausenta, se deben levantar las medidas, por lo que corresponde a la Corte valorar sobre la pertinencia de continuar con ellas.

## **XI. ALGUNOS CASOS DE MEDIDAS Y PROVISIONES CAUTELARES EN MÉXICO**

Para evidenciar de mejor forma los alcances y efectos de las medidas y provisiones cautelares del Sistema Interamericano, a continuación se mencionarán algunos casos relevantes en los que el Estado mexicano se ha visto exigido a implementarlas. Lo anterior permitirá evidenciar los requisitos y condiciones que deben permear para el establecimiento, permanencia y levantamiento de tales cauciones, tomando en cuenta las consideraciones y especificaciones de cada asunto.

### 1. *Fernández Ortega y otros*

Solicitud de medidas provisionales presentada por la Comisión Interamericana con fecha 7 de abril de 2009, para que México protegiera la vida e integridad personal de Obtilia Eugenio Manuel y su familia; 41 miembros de la Organización del Pueblo Indígena Tlapaneco, A. C.; Inés Fernández Ortega y su familia; 29 miembros de la Organización de la Montaña Tlanichollan, así como los familiares de los señores Raúl Lucas Lucía y Manuel Ponce Rosas.

Los hechos del presente caso se produjeron en un contexto de importante presencia militar en el Estado de Guerrero. La señora Fernández Ortega es una mujer indígena perteneciente a la comunidad Me'phaa, residente en Barranca Tecoani, en la referida entidad. Al momento de los hechos tenía casi 25 años, estaba casada con el señor Prisciliano Sierra, con quien tenía cuatro hijos.

El 22 de marzo de 2002, la señora Fernández Ortega se encontraba en su casa en compañía de sus cuatro hijos, cuando un grupo de aproximadamente once militares, vestidos con uniformes y portando armas, ingresaron a su casa. Uno de ellos la tomó de las manos y, apuntándole con el arma, le dijo que se tirara al suelo. Una vez en el suelo, otro militar, con una mano, tomó sus manos y la violó sexualmente mientras otros dos militares miraban. Se interpusieron una serie de recursos a fin de investigar y sancionar a los responsables de los hechos. No obstante, estos no tuvieron éxito.

La petición de medidas cautelares se hizo el 14 de junio de 2004 y se otorgaron el 14 de enero de 2005, las cuales se ampliaron el 27 de junio de 2008.

La Resolución de 9 de abril de 2009 de la Presidencia de la Corte, ratificada el 30 de abril de ese mismo año dispuso: "requerir al Estado que mantenga las medidas que

estuviere implementando, así como también adopte, de forma inmediata, las medidas complementarias que sean necesarias para proteger la vida e integridad de las siguientes personas, tomando en consideración la gravedad de la situación y las circunstancias particulares de riesgo”.

Las Resoluciones posteriores de 23 de diciembre de 2009, 23 de noviembre de 2010 y 31 de mayo de 2011 mantuvieron las medidas.

En la Resolución de 20 de febrero de 2012, se levantaron las medidas provisionales de la Corte con fecha 30 de abril de 2009, respecto de ciertas personas, pero exigió al Estado seguir adoptando las medidas complementarias que fueran necesarias para proteger la vida e integridad personal de: a) Otilia Eugenio Manuel y determinados familiares; b) Inés Fernández Ortega y determinados familiares; c) 41 integrantes de la Organización del Pueblo Indígena Tlapaneco, A.C. y d) 18 miembros del Centro de Derechos Humanos de la Montaña.

### *2. Rosendo Cantú y otra*

Por escrito de 18 de diciembre de 2009 se solicita una ampliación con el caso relacionado al de Fernández Ortega, para que se proteja la vida e integridad personal de Valentina Rosendo Cantú y su hija, Yenis Bernardino Rosendo. Ambas viven solas en la ciudad de Chilpancingo (capital del Estado de Guerrero), lejos de su comunidad, “como consecuencia de la [alegada] violación sexual que sufrió [la primera] a manos de militares”.

En la resolución de 2 de febrero de 2010, la Corte requirió al Estado mexicano que adoptase, de manera inmediata, las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad personal de las personas señaladas, tomando en consideración la situación y las circunstancias particulares del caso.

Posteriormente, en la resolución 1° de julio de 2011, la Corte decidió mantener las medidas provisionales a favor de las promoventes.

### *3. Digna Ochoa y Plácido*

El 11 de noviembre de 1999 la Comisión solicitó, ante la Corte, ordenar medidas provisionales en favor de Digna Ochoa y Plácido, Edgar Cortéz Morales, Mario Patrón Sánchez y Jorge Fernández.

Lo anterior derivado de los siguientes hechos. El 9 de agosto de 1999, Digna Ochoa y Plácido, abogada de la organización no gubernamental denominada Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, fue secuestrada durante un espacio de cuatro horas por desconocidos, quienes sustrajeron sus pertenencias e identificaciones personales.

Posteriormente, ella junto con los miembros de dicho Centro, recibió mensajes de correo con amenazas que aparecieron en sus oficinas.

El 9 de septiembre de 1999, la Comisión solicitó al Estado adoptar medidas cautelares para proteger la vida e integridad física de los miembros de dicho Centro. Tiempo

después, el 28 de octubre de 1999, de nueva cuenta fue secuestrada la señora Digna Ochoa e interrogada sobre las actividades e información personal de cada uno de los miembros de ese Centro.

Mediante resolución de 17 de noviembre de 1999, se requirió a México que adoptara medidas para proteger la vida e integridad de los beneficiarios de las medidas, así como asegurar que las personas que trabajan o que acuden a las oficinas del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez puedan ejercer sus funciones o gestiones sin peligro a su vida o integridad personal.

El Estado mexicano informó sobre el cumplimiento de las medidas que había adoptado y también hizo una solicitud de levantamiento de tales cauciones. Ante esto la Comisión, en su escrito de observaciones de 22 de agosto de 2001, estableció que consideraba que las medidas provisionales ordenadas por la Corte habían cumplido con el objeto de salvaguardar la vida y la integridad personal de Digna Ochoa y Plácido y de las demás personas indicadas en la Resolución de 17 de noviembre de 1999 y Resolución de 28 de agosto de 2001 y que, con base en la información disponible, particularmente en la comunicación de los peticionarios de 21 de agosto de 2001, la Comisión no tenía objeción al levantamiento de las medidas provisionales.

Por tanto, mediante resolución de la Corte se levantaron y dieron por concluidas las medidas provisionales a favor de Digna Ochoa y Plácido, Edgar Cortéz Morales, Mario Patrón Sánchez y Jorge Fernández Mendiburu, miembros del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, así como de las personas que trabajan o que acuden a sus oficinas.

#### *4. Asunto del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros*

El 22 de octubre de 2001 la Comisión solicitó a la Corte medidas provisionales en favor de los integrantes de la organización no gubernamental de derechos humanos denominada Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y de los abogados Pilar Noriega García, Bárbara Zamora López y Leonel Rivero Rodríguez, derivado de los siguientes hechos.

La señora Digna Ochoa fue asesinada en la oficina de su colega Pilar Noriega García en la Colonia Roma, Ciudad de México; junto al cuerpo de la víctima se encontró un mensaje que contenía una amenaza a los integrantes del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez.

Autoridades locales de procuración de justicia manifestaron públicamente que la ejecución extrajudicial de la abogada podía ser a consecuencia de las actividades profesionales de defensa de derechos humanos. Digna Ochoa desarrollaba tales tareas, en directa y estrecha colaboración con los abogados citados, por lo que la vida de estos estaba en peligro.

Por Resolución de 25 de octubre de 2001, a través del Presidente de la Corte, se requirió al Estado que adoptase las medidas necesarias para proteger la vida e integridad de los miembros del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y de los abogados Pilar Noriega García, Bárbara Zamora López y Leonel Rivero Rodríguez. El día 30 de noviembre de 2001 se ratificó la Resolución del Presidente de la Corte.

El 20 de abril de 2004 se levantaron las medidas provisionales ordenadas por la Corte el 30 de noviembre de 2001 a favor de los miembros del Centro de Derechos Humanos en cuestión, pero se señaló al Estado mexicano que mantuviera las medidas para los abogados Pilar Noriega García, Bárbara Zamora López; y a favor de Eusebio Ochoa López e Irene Alicia Plácido Evangelista, padres de Digna Ochoa y Plácido; y de los hermanos Carmen, Jesús, Luz María, Eusebio, Guadalupe, Ismael, Elia, Estela, Roberto, Juan Carlos, Ignacio y Agustín, todos Ochoa y Plácido. Esto último origina el siguiente caso a comentar.

##### *5. Caso Estudiantes de la Escuela Rural "Raúl Isidro Burgos"*

En la Resolución 28/2014 de la Comisión, con fecha 3 de octubre de 2014, se solicitan medidas cautelares al Estado Mexicano (MC/409/14).

El Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinola, A.C., la Red Guerrerense de Organismos Civiles de Derechos Humanos y el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez presentaron una solicitud de medidas cautelares el 30 de septiembre de 2014 ante la Comisión para proteger la vida e integridad personal de 43 personas presuntamente desaparecidas o no localizadas, en el marco de supuestos hechos de violencia ocurridos el 26 de septiembre de 2014, así como de los estudiantes heridos identificados en la solicitud y familiares de otros estudiantes o personas que fueron atacados.

En dicha Resolución se realiza un resumen de hechos y argumentos proporcionados por los solicitantes de las medidas cautelares.

La Escuela Rural "Raúl Isidro Burgos" también conocida como "Escuela Normal Rural de Ayontzinapa" en la cual la mayor parte de la población estudiantil son hijos de campesinos, indígenas y personas pertenecientes a grupos marginados, habían iniciado a lo largo del país diversas acciones de protestas en razón de reformas al sistema educativo rural.

El 26 de septiembre de 2014, 80 estudiantes se dirigían a la ciudad de Chilpancingo a bordo de autobuses. Al salir de la central de autobuses, varias patrullas los estaban esperando y cerraron el paso para dar comienzo a una serie de disparos en su contra sin advertencia alguna. Los estudiantes bajaron de los autobuses y los policías empezaron a disparar en ráfagas. Los que permanecieron en otro autobús fueron bajados por la policía y supuestamente fueron arrestados alrededor de 20 y 25 estudiantes. Algunos de los estudiantes se dispersaron y llamaron a medios de comunicación en la zona.

El mismo día, a las 24:00 horas, llegó “una camioneta RAM color rojo”, de la cual bajaron personas y empezaron a disparar causando así la muerte de dos estudiantes y 5 personas heridas.

Al siguiente día, el 27 de septiembre de 2014, algunos estudiantes fueron a la Fiscalía de la Zona Norte de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Guerrero, relataron los hechos y pidieron visitar a sus compañeros arrestados (de los 20 y 25 estudiantes), sin embargo supuestamente el Director de Seguridad Pública les dijo que no había ninguna persona en los separos, tal situación fue supuestamente verificada por los mismos estudiantes al visitar el área.

Posteriormente, el Ministerio Público encontró el cadáver de un estudiante que tenía visibles huellas de tortura, sin ojos y desollado del rostro. Los solicitantes de las medidas cautelares establecen que son 43 estudiantes desaparecidos y afirman que los presuntos hechos serían una desaparición forzada masiva en contra de personas percibidas como disidentes políticos.

La Comisión, analizando todos los hechos de los solicitantes, determinó que se cumplen los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño.

El requisito de gravedad se encuentra cumplido en razón de las “supuestas” muertes de estudiantes y heridos. En el marco de supuestas acciones de protesta estudiantil habrían intervenido, con presunto uso excesivo de fuerza, autoridades estatales y que, horas más tarde, un supuesto grupo armado atacó a estudiantes y personas que se encontraba en el lugar de los supuestos hechos.

El requisito de urgencia se colma a la luz de las necesidades inmediatas de protección en el presente asunto, propias de la naturaleza del mecanismo de las medidas cautelares.

Por otra parte, el requisito de irreparabilidad del daño se actualiza toda vez que la vida e integridad personal constituye la máxima situación de irreparabilidad.

En suma, la Comisión consideró que se estableció, *prima facie*, que los derechos a la vida e integridad personal de los 43 estudiantes están en riesgo.

Los beneficiarios de la medida cautelar son los 43 estudiantes y los que resultaron heridos, quienes estarían ingresados en un hospital. Respecto de los familiares de las personas supuestamente afectadas o sobrevivientes de los supuestos hechos del 26 de septiembre de 2014, la Comisión necesita y considera que se presente más información sobre quiénes podrían ser los propuestos beneficiarios y si comparten la misma situación y factores de riesgo. Así también, se necesita que el Estado aporte información relativa a esta situación de los probables beneficiarios y alternativas para su protección.

La Comisión, por lo tanto, plasmó en la referida Resolución su decisión en los siguientes términos:

- a) Que se adopten las medidas necesarias para determinar la situación y el paradero de los 43 estudiantes identificados, con el propósito de proteger sus derechos a la vida y a la integridad personal;
- b) Que se adopten las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal de los estudiantes heridos, identificados en el presente procedimiento, quienes actualmente estarían ingresados en un hospital;
- c) Que se concierten las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes; y
- d) Que se informe sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de la presente medida cautelar.

Como punto final, solicitó que México informara en los próximos 10 días, a partir de la emisión de la Resolución, sobre la adopción de las medidas y actualizara dicha información periódicamente.

El 12 de noviembre de 2014 se firmó un acuerdo para la incorporación de asistencia técnica internacional, desde la perspectiva de los derechos humanos en la investigación de la desaparición forzada de 43 estudiantes de la normal rural "Raúl Isidro Burgos" de Ayotzinapa, Guerrero, dentro de las medidas cautelares MC/409/14 y en el marco de las facultades de monitoreo que la CIDH ejerce sobre la situación de los derechos humanos en la región.

México solicitó la asistencia técnica internacional respecto de la investigación de los 43 estudiantes desaparecidos. El objetivo de esta es dar seguimiento a las medidas cautelares de la Comisión establecidas en la Resolución 28/2014.

Se acordó entre los beneficiarios de las medidas cautelares y el Estado incorporar un Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes en materia de derechos humanos para verificar las acciones iniciadas por México. En este documento se determinó que el Grupo tendrá, entre sus atribuciones, elaborar planes de búsqueda en vida de las personas desaparecidas, analizar si se han realizado todas las acciones para encontrarlos, si se están empleando los medios tecnológicos más adecuados y actualizados para su localización, así como de posibles fosas clandestinas, y analizar si se han contado con las condiciones necesarias para el trabajo de identificación forense. De ser el caso, deberá recomendar acciones para acelerar el plan de búsqueda, qué medios tecnológicos se deben usar, y de igual manera, qué condiciones adicionales requieren los equipos periciales respecto de identificación forense.

Otra atribución del Grupo Interdisciplinario es analizar técnicamente las líneas de investigación para determinar responsabilidades penales. Puede actuar como coadyuvante en las investigaciones y presentar denuncias penales. Así también, puede proponer la aplicación de medidas adicionales para la seguridad de las personas que colaboren en las investigaciones.

Finalmente, tendrá la facultad de analizar la intervención del Estado para desarrollar un Plan de Atención Integral a las víctimas y sus familiares, y recomendar qué acciones se puedan tomar para brindar la atención y reparación completa necesaria a las víctimas y sus familiares.

El Estado garantizará a los expertos de dicho Grupo el acceso a los expedientes de las investigaciones; a la información pública gubernamental relacionada con los hechos; instalaciones, recursos, medios e infraestructura para realizar su trabajo; seguridad y formalización de la asistencia técnica a través de un instrumento normativo.

La vigencia de este grupo es de seis meses, pero podrá extenderse el tiempo que se necesite para cumplir su objetivo.

El acuerdo finalizó con las formalidades legales y procedimientos internos a través de adenda firmada el 28 de noviembre de 2014, por parte del Estado, el Subsecretario para Asuntos Multilaterales y de Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación y la Subprocuradora Jurídica y de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de la República; y por parte de los beneficiarios, el Mtro. Mario Patrón Sánchez, del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C.

## **XII. CONSIDERACIONES FINALES**

Las medidas y provisiones cautelares interamericanas constituyen medios de garantía de suma solvencia, pues permiten de forma inmediata y efectiva mantener la vigencia de los derechos humanos previstos en el orden convencional, cuando existe una clara e inminente exposición de estos ante una violación, que en caso de materializarse, puede generar daños irreparables en la esfera jurídica de las personas.

Si bien el establecimiento de medidas y provisiones cautelares no conlleva un pre-juzgamiento, sí implica en aras de garantizar la tutela de los derechos humanos, adentrarse a las causas de fondo del asunto y tener un diagnóstico profundo e inmediato, sobre los alcances de los hechos y actos que pueden producir la violación de dichos derechos.

Cada día es más notoria la incidencia de las medidas cautelares y provisionales en la conservación de los parámetros convencionales al interior de los Estados, lo cual trae un beneficio directo a las personas y sus derechos, lo cual no debe derivar en una dependencia permanente hacia estos medios cautelares, eximiendo así la responsabilidad y obligación de los Estados en respetar y proteger los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las medidas y provisiones poseen una naturaleza excepcional, y solo cuando los Estados no aplican de modo eficaz sus medios de control suspensivo, ante la posible violación irreparable de un derecho, es que aquellas deben emplearse, de ahí que los

Estados tienen el deber primigenio de asegurar la regularidad de los derechos y no cumplir de modo parcial con dicho deber.

Por último, si bien existen algunas posiciones que niegan el carácter vinculante de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana, a diferencia de las medidas provisionales instauradas por la Corte Interamericana, ya que estas sí están expresamente previstas en la Convención Americana, no debemos olvidar que los principios fundamentales son fuente directa de Derecho y que se erigen como ejes rectores para mantener la vigencia y primacía de los derechos humanos. En este caso, si no hay una referencia expresa en la Convención, no debe ponerse en duda la vinculatoriedad de las medidas cautelares, pues sustentadas en el principio *pacta sunt servanda*, cumplen su función de ser medios de garantía efectiva en la vigencia y ejercicio de los derechos humanos.

### XIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

#### 1. Bibliografía

- A. VALLEFIN, Carlos, *Protección internacional de los derechos humanos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p.148.
- AGUIAR ARANGUREN, Asdrúbal, "Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos" como se cita en NIETO NAVIA, Rafael, *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, p. 20.
- Anales de la Corte de Justicia Centroamericana*, agosto de 1911, número 1, t. I.
- ARANGO OLAYA, Mónica, "Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto B. con El Salvador y el fortalecimiento de la protección de los derechos reproductivos en el sistema interamericano", *Anuario de Derechos Humanos*, número 10, 2014, p. 178.
- ARIAS RAMÍREZ, Bernal, "Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos", *Revista IIDH*, volumen 43, enero-junio de 2006, p. 85.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, "The evolution of provisionals measures of protection under the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)", *Human Rights Law Journal*, vol. 24, números 5-8, noviembre de 2003.
- CORZO SOSA, Edgar, "Las medidas provisionales: cumplimiento, impacto e incumplimiento" en CORZO SOSA, Edgar *et. al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 162.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *Las medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1998, pp. 560 y 561.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, p. 107.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Transformaciones y Desafíos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 168.
- REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela Margarita, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Temis, 2008, p. 370.

SALADO OSUNA, Ana y CORZO SOSA, Edgar, "Las medidas provisionales" en GARCÍA ROCA, Javier *et. al.* (coords.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de derechos humanos*, Madrid, Thomson Civitas, 2012, p. 395.

## 2. Normatividad reglamentaria

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 3. Sitios de Internet

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, medidas cautelares, otorgamientos y ampliaciones, <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, medidas provisionales, [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda\\_medidas\\_provisionales.cfm?lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_medidas_provisionales.cfm?lang=es).



## **MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC) EN LAS ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS, SERVICIOS Y OBRAS PÚBLICAS. SU MARCO JURÍDICO Y EVOLUCIÓN**

Juan Manuel OTERO VARELA<sup>1</sup>

### **SUMARIO**

*I. Introducción. II. Marco jurídico de los MASC y del arbitraje en los contratos del Estado. III. Regulación de los MASC en la contratación administrativa. IV. Conclusiones. V. Fuentes de información.*

### **RESUMEN**

Este trabajo tiene como finalidad exponer la introducción y evolución de los medios alternativos de solución de controversias y el arbitraje, en las disposiciones jurídicas que regulan la contratación pública federal, así como los desafíos que, en la práctica, presenta esta materia tanto al sector público como al privado.

### **PALABRAS CLAVE**

Medios alternos. Solución de controversias. Arbitraje. Contratos administrativos. Obra pública. Adquisiciones. Arrendamientos. Servicios. Sector público.

### **ABSTRACT**

This paper aims to expose the introduction and evolution of alternative means of dispute resolution and arbitration in the legal provisions governing federal public procurement, as well as the challenges that in practice presents this matter both to the public sector like the private one.

### **KEY WORDS**

Alternate means. Settlement of disputes. Arbitration. Administrative contracts. Public work. Acquisitions. Leases. Services. Public sector.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Es una realidad que los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) y los mecanismos alternos al monopolio de la jurisdicción estatal, como es el caso del arbitraje, han ido permeando poco a poco en el quehacer de la actividad de la Administración Pública

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho; Maestro en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, Campus México. Profesor Investigador de Derecho Administrativo en la misma institución de educación superior. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Miembro asociado del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

y en una gran variedad de materias que son objeto de regulación del Derecho Público<sup>2</sup> y, particularmente, del Derecho Administrativo.

Por lo que hace a este último, es sobresaliente el desarrollo que estos medios han alcanzado en muy pocos años, particularmente en el ámbito de la contratación pública, debido a múltiples factores que encuentran su común denominador en la globalización, como un fenómeno primordialmente de índole económico, como referiremos un poco más adelante, al abordar brevemente su evolución.

Este periplo no ha sido terso ni sencillo, dado que implica la conjugación de figuras jurídicas que parecieran ser irreconciliables, sobre todo si se toma en consideración que parten de sistemas jurídicos, principios, reglas, objetivos y fines originalmente distintos y me atrevo a enfatizar esto último, debido a la tendencia cada vez más marcada a emparentarlos, flexibilizando los esquemas clásicos del *regime administratif*, de los que abrevan los sistemas normativos de México y buena parte de Iberoamérica, para poder asimilar el andamiaje jurídico que protege los intereses de los agentes económicos de gran calado, es decir, de los grandes inversores que, naturalmente, no abundan en nuestras latitudes y que utilizan figuras jurídicas de corte anglosajón, diseñadas, perfeccionadas, auspiciadas y difundidas por estos, a través de los organismos internacionales que les brindan protección y auxilio, y que les son propias para la consecución de sus fines particulares<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Un ejemplo de ello es el caso de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 29 de diciembre de 2014, cuyas disposiciones de orden público y de interés social, en términos del Artículo 1º de dicho ordenamiento, tienen por objeto "...establecer los principios, bases, requisitos y condiciones de los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal que conduzcan a las Soluciones Alternas previstas en la legislación procedimental penal aplicable." Con la finalidad de "...propiciar, a través del diálogo, la solución de las controversias que surjan entre miembros de la sociedad con motivo de la denuncia o querrela referidos a un hecho delictivo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad". Indicando como medios procedentes para tales efectos a la mediación (Artículo 21), la conciliación (Artículo 25) y la junta restaurativa (Artículo 27).

<sup>3</sup> La llamada supraestatalidad normativa que supone la creación de Derecho por instancias exteriores al Estado. En este sentido, son cada vez más los supuestos en que el Derecho aplicable a nuestro país, tanto en el orden externo como interno, proviene de normas internacionales a las cuales México se ha sometido voluntariamente y que tienden, a su vez, a generar importantes normas de segundo grado, como ocurre en el caso del lavado de dinero, medidas anticorrupción, ambientales y económicas, entre muchas otras cuestiones. De acuerdo con lo anterior, pareciera que el imperio del Derecho entendido como monopolio del Estado, ya no es efectivo en términos absolutos; sin embargo, la norma jurídica estatal sigue siendo decisiva para la admisión de otras formas de regulación, incluso de otros reguladores distintos a los instituidos formalmente por un Estado constitucional de Derecho. Esta fuerza normativa estatal debe ser suficiente para movilizar los recursos del poder público para garantizar la eficacia del Derecho no estatal. *Cfr.* Arbos, Xavier, "La crisis de la regulación estatal", *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, número 71, enero-marzo de 1991, p. 260.

En este sentido, abordamos este trabajo desde la perspectiva del contrato administrativo en materia de adquisiciones y arrendamiento de bienes muebles, la prestación de servicios de cualquier naturaleza y la obra pública con sus servicios relacionados, dejando de lado, por cuestiones de tiempo y espacio, otros contratos que suscribe el Estado, como es el caso de la asociación público-privada y los proyectos en materia energética. También nos limitaremos a la materia federal, pues bajo el Derecho mexicano, cada entidad federativa, tiene facultades para expedir sus propias leyes de contratación, acorde a lo preceptuado por el Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello con independencia de los poderes legislativo y judicial, así como los órganos públicos dotados de autonomía constitucional y las empresas productivas del Estado, que también gozan de un régimen jurídico propio en la materia.

Por lo que hace a la figura del arbitraje, es necesario establecer una precisión de inicio respecto del alcance del presente trabajo, dado que nos enfocaremos primordialmente al arbitraje en la contratación administrativa, tomando en consideración la taxonomía de Ignacio Granado Hijelmo<sup>4</sup>.

Este trabajo tiene como finalidad exponer cómo han sido introducidos los MASC y el arbitraje en diversas disposiciones jurídicas que regulan la contratación pública federal, para poder destacar las complejidades que han sido sorteadas durante su evolución y los retos que en la práctica presenta la materia a los operadores jurídicos, tanto del sector público, como del privado.

---

<sup>4</sup> De acuerdo con este autor, se puede distinguir entre: a) el arbitraje administrativo, entendido como aquel en que la Administración, actuando como tal, es decir, en tutela de un interés público y revestida con facultades de *imperium*, es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje ajeno para dirimirlo; b) el arbitraje privado con la Administración, que de acuerdo con este autor refiere al caso de la Administración cuando no actúa como tal sino sometida al Derecho privado y desprovista de facultades de *imperium*, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la doctrina de los actos administrativos separables del fondo privado del asunto; c) la actividad arbitral de la Administración, que aparece siempre que la Administración actúa como árbitro en un conflicto ajeno, ya sea entre particulares o bien, inter-administrativos, y d) la actividad de multitud de órganos administrativos con funciones cuasi-jurisdiccionales, que se caracterizan porque resuelven asuntos en que está interesada la propia Administración en el ejercicio de sus potestades de *imperium*, pero la decisión no se adopta por un órgano arbitral ajeno a la Administración, sino por órganos propiamente administrativos, aunque dotados de un estatuto de imparcialidad más o menos amplio. Cfr. Granado Hijelmo, Ignacio, "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación," *Revista Jurídica de Navarra*, Navarra, número 39, enero-junio de 2005, pp. 39-56.

## II. MARCO JURÍDICO DE LOS MASC Y DEL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO

### 1. *Evolución de los MASC en México*

Si bien podemos advertir la existencia de diversos MASC en nuestro derecho, incluso durante la época colonial, los alcances de este trabajo nos obligan a ser un poco más concretos, por lo que podríamos señalar que la justicia alternativa ha tomado un papel preponderante en México a partir de las últimas dos décadas del siglo XX, con motivo de su adhesión al *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*<sup>5</sup> desde el 25 de julio de 1986, fecha en que el Gobierno Federal suscribió el protocolo correspondiente, que más tarde sería aprobado por el Senado de la República el 11 de septiembre y ratificado el 9 de octubre del mismo año<sup>6</sup>.

La adhesión de México a este Acuerdo trajo como consecuencia su apertura comercial al exterior, así como la adopción de diversos principios normativos característicos del mismo, como la no discriminación; el tratamiento de nacional; la reciprocidad y la cláusula de nación más favorecida, entre otras disposiciones<sup>7</sup>.

A este primer paso en la política de apertura económica se dieron otros que confirman su determinación de fomentar el intercambio económico en términos competitivos con otros mercados, tal es el caso de la suscripción de diversos acuerdos y tratados internacionales, bilaterales y multilaterales, en materia de comercio, como el Tratado de Libre Comercio México-Estados Unidos-Canadá (TLCAN)<sup>8</sup>; el de México-Colombia-Venezuela (TLC-G3)<sup>9</sup>; el TLC México-Costa Rica<sup>10</sup>; TLC México-Bolivia<sup>11</sup>; TLC México-Nicaragua<sup>12</sup>; TLC México-Chile<sup>13</sup>;

---

<sup>5</sup> Conocido por sus siglas en inglés como GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Para obtener un panorama histórico general del GATT, Cfr. Tamames, Ramón, *Introducción a la economía internacional*, Madrid, Alianza, 1983, pp. 62-79.

<sup>6</sup> La información acerca de la aprobación del Protocolo de Adhesión de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, así como su texto, puede ser consultada en la sección de tratados internacionales de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la liga siguiente: [http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestratratado\\_nva.sre?id\\_tratado=138&depositario=0&PHPSESSID=0842bb8038cb1a08e7160a3a42bc242f](http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=138&depositario=0&PHPSESSID=0842bb8038cb1a08e7160a3a42bc242f), accedido el 25 de marzo de 2017.

<sup>7</sup> Cfr. Álvarez Soberanis, Jaime, "El ingreso de México al GATT. La problemática de nuestra adhesión," *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, número 36, septiembre-diciembre de 1979, pp. 702 y ss.

<sup>8</sup> DOF de fecha 20 de diciembre de 1993.

<sup>9</sup> DOF de fecha 9 de enero de 1995.

<sup>10</sup> DOF de fecha 10 de enero de 1995.

<sup>11</sup> DOF de fecha 11 de enero de 1995.

<sup>12</sup> DOF de fecha 11 de julio de 1998.

<sup>13</sup> DOF de fecha 28 de julio de 1999.

el de México-Unión Europea (TLCEUM)<sup>14</sup>; TLC México-Israel<sup>15</sup>; TLC México-Uruguay<sup>16</sup> y el AAE México-Japón<sup>17</sup>, entre otros.

Estos compromisos de carácter internacional generaron en México la necesidad de adecuar su Derecho interno, con el objeto de contar con un entramado normativo moderno y acorde a los estándares supranacionales, a efecto de atraer la inversión extranjera y brindar seguridad jurídica a la comunidad internacional.

Aunado a lo anterior, la estructura estatal había venido sufriendo un adelgazamiento importante, mediante la desincorporación de un buen número de empresas integrantes del sector paraestatal<sup>18</sup>, con la finalidad de hacer más eficiente su operación y propiciar la desregulación, entendida esta última como un fenómeno de "...desplazamiento de normas intervencionistas, propias del Estado social, por otras cuya función se limita a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado"<sup>19</sup>.

Es por ello que durante este período se puede observar la aprobación o modificación de un número importante de disposiciones normativas, con la finalidad de adecuar el marco jurídico nacional con el internacional, tal es el caso de la reforma efectuada en 1993 al Código de Comercio (Co.Co.)<sup>20</sup>, a través de la cual se modificaron las disposiciones relativas al arbitraje comercial, para hacerlas congruentes con la Ley Modelo sobre la materia, emitida por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>21</sup>.

Otro caso similar al expuesto, que además será motivo de un análisis particular en este trabajo, es la promulgación de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (LAOP) en

---

<sup>14</sup> DOF de fecha 26 de junio de 2000.

<sup>15</sup> DOF de fecha 28 de junio de 2000.

<sup>16</sup> DOF de fecha 14 de julio de 2004.

<sup>17</sup> DOF de fecha 31 de marzo de 2005.

<sup>18</sup> Entre los años de 1983 y 1991 se desincorporaron cerca de 969 empresas del sector público, de las 1,155 que existían originalmente. *Cfr.* Tamayo, Jorge, "Las entidades paraestatales en México: origen, evolución y perspectivas", *Revista de Administración Pública*, México, número 82, enero-junio de 1992, pp. 297-317. Actualmente existen únicamente 60 empresas de participación estatal mayoritaria a nivel federal, que forman parte de la Administración Pública Paraestatal, sin contar las cuatro empresas filiales de Petróleos Mexicanos. *Cfr.* Relación de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal sujetas a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento, publicada en el DOF de fecha 15 de agosto de 2014.

<sup>19</sup> Marcilla Córdoba, Gema. "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, número 28, 2005, pp. 240 y ss.

<sup>20</sup> *Cfr.* Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el DOF de fecha 22 de julio de 1993.

<sup>21</sup> En este sentido Fernández Rozas, José Carlos, "La Constitución mexicana y el arbitraje comercial", *Cuestiones Constitucionales*, México, número 16, enero-junio de 2007, pp. 159-204, [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932007000100006&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932007000100006&script=sci_arttext&tlng=pt). ISSN 1405-9193, accedido el 25 de marzo de 2017.

ese mismo año<sup>22</sup>, que tuvo por objeto actualizar el marco jurídico de las compras gubernamentales y la contratación de obra pública para hacerlo acorde a la política económica de corte neoliberal, así como a los compromisos internacionales signados por México hasta ese momento<sup>23</sup>, ejemplo de ello es la incorporación del arbitraje como medio de solución de controversias en estos contratos de carácter claramente administrativo<sup>24</sup>.

En el mismo sentido se reformaron la *Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios*<sup>25</sup> y la *Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica*<sup>26</sup>, para facultar a Petróleos Mexicanos (PEMEX) y a la Comisión Federal de Electricidad (CFE) a pactar acuerdos arbitrales sobre actos jurídicos que hayan sido celebrados conforme a las leyes federales o a disposiciones de carácter internacional, cuando tal circunstancia convenga para el mejor cumplimiento de su objeto.

Disposiciones como las que anteceden trajeron como consecuencia que en junio de 2008<sup>27</sup> se reformara el Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>28</sup>, para adicionar al ya previsto derecho fundamental de acceso a la impartición

---

<sup>22</sup> Publicada en el DOF mediante Decreto de fecha 30 de diciembre de 1993.

<sup>23</sup> En la exposición de motivos se advierte lo siguiente: “...en la presente iniciativa se pretende conformar un marco jurídico idóneo para que la obra pública, así como las adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios en general, que lleven a cabo las dependencias y entidades de la administración pública federal, se realice con criterios de eficacia y eficiencia; con transparencia en su invitación y adjudicación; con un equilibrio en cuanto a la integración de los respectivos contratos; con estricta disciplina y control presupuestal; promoviendo la simplificación administrativa y la descentralización de funciones; y facilitando la coexistencia de tratados internacionales que abarquen estas disciplinas.” Cfr. Exposición de motivos de la Iniciativa de Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, presentada por el Ejecutivo Federal el 25 de noviembre de 1993, a la LV Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Consultada en la liga siguiente: <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/186.html>, accedido el 25 de marzo de 2017.

<sup>24</sup> Cfr. Artículo 15, cuarto párrafo, de la LAOP.

<sup>25</sup> Cfr. Artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, publicada en el DOF de fecha 22 de diciembre de 1993.

<sup>26</sup> Cfr. Artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicada en el DOF de fecha 22 de diciembre de 1993.

<sup>27</sup> “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado en el DOF de fecha 18 de junio de 2008.

<sup>28</sup> “Artículo 17. [...]”

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

[...]

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.” “[...]”

de justicia a cargo de un juez o tribunal preestablecido en ley<sup>29</sup>, el deber para el legislador de establecer mecanismos alternos de solución de controversias, abriendo la posibilidad de que sean los propios individuos quienes solucionen sus conflictos por sí mismos, es decir, en forma autocompositiva como en el caso de la negociación y la mediación, o a través de terceros ajenos a la justicia ordinaria, pero bajo un esquema igualmente heterocompositivo, del cual es ejemplo típico el arbitraje<sup>30</sup>, aunque no el único.

Bajo este contexto, coincidimos con Luis Miguel Díaz en el sentido de que el uso de los MASC "...es una opción para fortalecer el sistema de impartición de justicia en nuestro país. No se trata de acortar la responsabilidad del Poder Judicial sino de racionalizar el uso de sus recursos y al mismo tiempo de brindar al individuo y a la sociedad opciones para el manejo de sus conflictos"<sup>31</sup>.

## 2. Breves comentarios al marco jurídico de los contratos estatales

El marco jurídico de la contratación estatal en el Derecho mexicano se encuentra pulverizado en diversas disposiciones normativas, no existe una ley que aglutine las contrataciones públicas y mucho menos que indique todos los procedimientos, formas, tipos y características de dichos instrumentos jurídicos, lo que hace que el análisis de esta materia en México sea complejo, debido a lo heterogéneo de su regulación, ya no solamente desde la perspectiva legal, sino también en el ámbito constitucional, en donde recientemente se ha incrementado su espectro.

Para esbozar un panorama sobre el particular, podemos decir que actualmente existen al menos tres grandes rubros o bloques de contratos estatales que pueden ser perfectamente identificados desde el texto de la Constitución Política y hasta su legislación reglamentaria o especial.

De acuerdo con lo anterior, podríamos empezar por el bloque más fácilmente identificable, el más visible y conocido, por ser la base de los contratos administrativos en nuestro Derecho, el Artículo 134 constitucional, que refiere a los procedimientos de con-

---

<sup>29</sup> ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tesis VI.1o.A. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1096.

<sup>30</sup> Para Marta García las dos figuras características de la heterocomposición son el arbitraje y el proceso, *Cfr.* García Pérez, Marta, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Navarra, Aranzadi, 2011, pp. 12 y ss. En el mismo sentido Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10ª. ed., México, Oxford University Press, 2005, p. 12.

<sup>31</sup> Díaz, Luis Miguel, "¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?"; *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, volumen 9, enero de 2009, [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542009000100023&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100023&lng=es&nrm=iso), accedido el 25 de marzo de 2017.

tratación de las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realice la Federación, los Estados y el Distrito Federal, que corresponde a los instrumentos jurídicos que son materia del presente análisis.

De este precepto se desprenden diversas leyes que reglamentan parte de la actividad contractual del Estado mexicano, como es el caso de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM).

Estas leyes aplican a plenitud para la Administración Pública Centralizada, y como regla general, para la Administración Paraestatal, en la cual hasta antes de las reformas estructurales en materia energética de 2013, se contemplaban algunas excepciones, consideradas como un estatuto o régimen especial de contratación, aplicable al caso de Petróleos Mexicanos (PEMEX) y de la Comisión Federal de Electricidad (CFE).

Por lo que hace a los poderes legislativo y judicial, estos tienen sus propios reglamentos, que regulan la forma en la cual celebrarán sus contratos administrativos, al igual que los entes constitucionales autónomos<sup>32</sup>, y las empresas productivas del Estado, entre otros entes públicos.

En otro segmento al expuesto tenemos a la Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP), que a pesar de hacer referencia al mencionado Artículo 134 constitucional, su objeto atiende a un segundo bloque, previsto en el quinto párrafo del Artículo 25 de la misma Carta Magna, que faculta al Estado a "...participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo".

Como consecuencia del precepto de referencia, la LAPP busca crear un marco jurídico para formalizar asociaciones de la Administración Pública Federal con particulares, para la prestación de servicios al sector público o al usuario final, incluidos aquellos en los que se requiera construir infraestructura provista total o parcialmente por el propio particular, mediante esquemas de financiamiento distintos a los contemplados por la LAASSP y por la LOPSRM, buscando una mayor agilidad en la asignación de dichos proyectos, así como la asunción equitativa de riesgos en el desarrollo de los mismos, mediante una relación contractual de largo plazo.

Finalmente, dentro del tercer rubro se encuentran los instrumentos jurídicos relacionados con la reciente reforma constitucional en materia energética, previstos en el Artículo 27, párrafos sexto y séptimo, de la Constitución Política, que establecen un nuevo régimen en las operaciones relacionadas con proyectos de generación de energía eléctrica, así como en materia de petróleo e hidrocarburos, que desplaza en gran medida al con-

---

<sup>32</sup> Como ejemplo destacamos al Banco de México (BANXICO), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información (INEGI), aunque no son los únicos consagrados por el Derecho mexicano como tales.

trato administrativo tradicional, en favor de contratos basados en el Derecho Mercantil, con la excepción parcial de la rescisión y terminación administrativa de contratos para la exploración y extracción de petróleo y gas.

Es debido a esta complejidad, aunada a los requerimientos de espacio y tiempo propuestos para este trabajo, que se hace necesario abordar el análisis de los MASC en el régimen de contrataciones regulado en la LAASSP y la LOPSRM únicamente, dejando para otro momento los regímenes especiales y los acaecidos con las reformas recientes.

### **III. REGULACIÓN DE LOS MASC EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

#### *1. Un primer antecedente: La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (LAOP)*

Como habíamos adelantado, en el año de 1993, durante el gobierno del Presidente Carlos Salinas de Gortari, se realizó la negociación y firma del TLCAN, que trajo como consecuencia la modificación de diversas leyes y la promulgación de otras tantas, como es el caso de la LAOP, que abrogó la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestaciones de Servicios Relacionados con Bienes Muebles<sup>33</sup> y la Ley de Obras Públicas<sup>34</sup>, para agrupar, en un solo ordenamiento, la planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento y control, de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles, la prestación de servicios y la obra pública con sus servicios relacionados<sup>35</sup>.

En este ordenamiento se estableció la posibilidad de pactar la cláusula arbitral en los contratos previstos en el mismo, respecto de aquellas controversias que determinara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante reglas de carácter general, previa opinión de las entonces Secretarías de Contraloría, y de Comercio y Fomento Industrial.

Esta disposición normativa significó sin duda un avance en la materia; sin embargo, acotaba su instrumentación al supuesto de que se hubiese pactado en forma primigenia en el contrato una cláusula arbitral, dejando de lado la posibilidad de poder convenir dicho mecanismo en forma posterior, además de que su aplicación se sujetó a la emisión de unas reglas de carácter general que nunca fueron emitidas por las dependencias competentes, haciendo nugatoria su estipulación.

La LAOP estuvo vigente hasta diciembre de 1999 y a pesar de que el objetivo de su expedición fue el de optimizar y modernizar la normativa relacionada con esta materia, para mejorar la operación de la Administración Pública Federal y propiciar la apertura comercial con los Estados Unidos de América y Canadá, a raíz de la entrada en vigor del TLCAN, la realidad es que su aplicación trajo confusión y arbitrariedad en los procedi-

---

<sup>33</sup> Publicada en el DOF mediante Decreto de fecha 8 de febrero de 1985.

<sup>34</sup> Publicada en el DOF mediante Decreto de fecha 30 de diciembre de 1980.

<sup>35</sup> *Cfr.* Artículo 1º de la LAOP.

mientos y las operaciones jurídicas relacionadas con esta actividad, desincentivando las compras gubernamentales y la obra pública<sup>36</sup>.

Esta razón, entre otras muchas, como la necesidad de precisar los procedimientos de adjudicación que corresponden a cada materia; el establecimiento de medidas que aporten mayor transparencia a dichos procedimientos y un mayor equilibrio en las relaciones entre la Administración y sus proveedores o contratistas, hicieron necesario volver al modelo legislativo anterior, separando la materia de obras públicas y sus servicios relacionados, de las adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, dando paso a la LAASSP y la LOPSRM.

## 2. *El marco jurídico vigente y su evolución. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM)*

Ambos dispositivos legales se promulgaron en el año 2000<sup>37</sup>, siendo importante destacar que para su elaboración se instauraron grupos de trabajo en los que participaron miembros del Congreso de la Unión, servidores públicos federales y miembros de las cámaras industriales y de comercio, que partiendo del análisis de la LAOP, rediseñaron la materia, mejorando notablemente la operación de la actividad contractual del Estado, la subsistencia de estos ordenamientos hasta la fecha son prueba de ello.

En materia de MASC, en ambos dispositivos se incluye la figura del arbitraje, que ya había sido regulada por su predecesora, la LAOP; sin embargo, también regulan la conciliación, como un procedimiento opcional de carácter extrajudicial, ante la entonces Secretaría de la Contraloría, hoy Secretaría de la Función Pública, que puede interponerse en cualquier momento, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Esta crítica se advierte incluso en la exposición de motivos de la Iniciativa de LOPSRM, presentada en 1998 por el entonces Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, ante la Cámara de Diputados, en la cual se señala que: "Este ordenamiento jurídico, que entró en vigor desde el día 1o. de enero de 1994, reunió en un ordenamiento legal a las anteriores leyes de adquisiciones [...] y de obras públicas, con el propósito de facilitar su interpretación y aplicación. Si bien ello significó un avance de técnica legislativa que se enriqueció con la regulación de aspectos innovadores en la materia, en la práctica este propósito se ha visto obstaculizado y desvirtuado por el efecto inverso que trajo aparejada la complejidad del esquema de la misma ley." *Cfr.* Diario de los debates No. 25, 5 de noviembre de 1998, primer período de sesiones ordinarias, segundo año, LVII Legislatura, Cámara de Diputados. Consultada en: <http://cronica.diputados.gob.mx/>, accedido el 25 de marzo de 2017.

<sup>37</sup> Se publicaron en el DOF de fecha 4 de enero de 2000.

<sup>38</sup> Con relación a la conciliación, el propio Ejecutivo Federal señala en la exposición de motivos de la iniciativa de LAASSP lo siguiente: "...en la aplicación de los términos establecidos en los contratos, pueden surgir discrepancias. En la práctica los proveedores o prestadores de servicios han ocurrido frecuentemente ante la Secretaría para exponer sus quejas e inquietudes. En variadas ocasiones esta dependencia ha procurado, con éxito, conciliar los intereses en disputa, lo que ha evitado que las partes ocurran ante las autoridades jurisdiccionales a dirimir sus controversias mediante procedimientos largos y costosos". *Cfr.* Diario de los debates No. 25, 5 de noviembre de 1998, *op. cit.*, nota 36.

A finales del año 2007, con motivo de un estudio auspiciado por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo<sup>39</sup>, en el que intervinieron representantes del sector público, organizaciones de la iniciativa privada, entidades internacionales de desarrollo y de la sociedad civil, se concluyó que: “...el Sistema de Contrataciones Públicas de México requería de modernización, simplificación y más flexibilidad para responder a las condiciones de rápido cambio que presenta el mercado”<sup>40</sup>. En este sentido, el estudio arrojó que:

El sistema debe ser más abierto y competitivo, y concentrarse menos en el cumplimiento y control, –destacando que– debía transformarse la idea prevaleciente sobre la naturaleza de la función de las contrataciones públicas; los responsables de la creación de políticas institucionales tradicionalmente habían considerado que las contrataciones públicas eran meramente una función administrativa y de control, sin embargo, el concepto moderno es que las contrataciones son una función estratégica del Gobierno para promover una mejor gestión fiscal y sustentar las políticas gubernamentales de desarrollo, como tales, su objetivo clave no es controlar sino promover la entrega eficiente y económica de bienes y servicios guiada por sólidos principios de transparencia, ética y rendición de cuentas. Los países miembros de la OCDE están cada vez más conscientes que los sistemas modernos de contrataciones públicas tienen más que ver con la información, coordinación, análisis y gestión que con la reglamentación, sin esta transformación conceptual, cualquier solución técnica corre el riesgo de fallar –concluyendo que– el antiguo enfoque de control dio como resultado reglas y requerimientos que generaron procesos pero no agregan valor, integridad y transparencia significantes<sup>41</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, en mayo de 2009 se reformaron ambos ordenamientos, con el objeto de: a) facilitar la inversión pública para que sirva de palanca para el desarrollo económico del país ante el escenario económico mundial adverso; b) flexibilizar y dar transparencia a la contratación de obra pública, a la adquisición y arrendamiento de bienes y servicios que realiza el sector público federal; y c) rediseñar integralmente el

---

<sup>39</sup> Banco Mundial/BID, México. *El Sistema Federal de Contratación Pública: Retos y Oportunidades*, México, 2007, [http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/estudios-diagnosticos/estudios-banco-mundial/estudio\\_sistema\\_de\\_contrataciones\\_en\\_mexico\\_bm\\_2007.pdf](http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/estudios-diagnosticos/estudios-banco-mundial/estudio_sistema_de_contrataciones_en_mexico_bm_2007.pdf), accedido el 25 de marzo de 2017.

<sup>40</sup> *Ibidem*, VI y VII. En el mismo sentido, Cfr. Secretaría de la Función Pública, *Libro Blanco. Transformación del Sistema de Contrataciones Públicas de la Administración Pública Federal, 2007-2012*, p. 32, [http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/transformacion\\_del\\_sistema\\_de\\_contrataciones\\_publicas\\_de\\_la\\_apf.pdf](http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/transformacion_del_sistema_de_contrataciones_publicas_de_la_apf.pdf), accedido el 25 de marzo de 2017.

<sup>41</sup> *Idem*.

Sistema de Contrataciones Públicas de la Administración Pública Federal, bajo un enfoque de eficiencia y obtención de las mejores condiciones para el Estado<sup>42</sup>.

Con motivo de estas reformas se adicionó a cada ordenamiento un Título, denominado "De la Solución de Controversias"<sup>43</sup>, al cual se integraron, además del Capítulo que regula la instancia de inconformidad que no analizaremos en este trabajo por tener una naturaleza diversa a los MASC, dos Capítulos más, uno "Del Procedimiento de Conciliación"<sup>44</sup> y el otro "Del Arbitraje, Otros Mecanismos de Solución de Controversias y Competencia Judicial"<sup>45</sup>, facilitando la posibilidad de acudir a estos esquemas.

En este sentido, tanto la LAASSP como la LOPSRM, establecen disposiciones normativas similares para la instrumentación de MASC aplicables a la solución de conflictos derivados de la administración de los contratos, por lo que a continuación abordaremos su análisis en forma común, haciendo la correlación correspondiente en cada caso.

#### A. *El procedimiento de conciliación*

La conciliación es uno de los MASC que han tenido mayor desarrollo por parte de los operadores jurídicos en todos los ámbitos, existiendo un consenso absoluto en el hecho de que se trata de un procedimiento en el que participa un tercero neutral, que asiste a las partes para resolver una controversia, generándose un verdadero debate respecto de los alcances que esta debe tener, e incluso se ha discutido si existe una diferencia entre la conciliación y la mediación<sup>46</sup>.

Como constancia de lo anterior, se puede observar que el estándar internacional es congruente con la postura unificadora de ambos esquemas, reduciéndolos a una diferencia prácticamente nominal, tal y como se desprende de la simple lectura de la *Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional* de la Comisión de Naciones Unidas

---

<sup>42</sup> Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y del Código Penal Federal, publicado en el DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

<sup>43</sup> Cfr. Título Sexto de la LAASSP y Título Séptimo de la LOPSRM.

<sup>44</sup> Cfr. Capítulo Segundo.

<sup>45</sup> Cfr. Capítulo Tercero.

<sup>46</sup> Dentro de la postura que pugna por distinguir entre la conciliación y la mediación se puede consultar a González de Cossío, Francisco, "Mecanismos alternativos de solución de controversias, notas sobre el creciente desarrollo del área", *Ars Iuris*, México, número 30, enero-junio de 2003, p. 39-67. Por su parte, para conocer la postura que expone que no hay diferencias de fondo entre ambos mecanismos, se sugiere revisar Estavillo Castro, Fernando, "Medios alternativos de solución de controversias", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, número 26, 1996, p. 394 y ss.

para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>47</sup>, pues define a la conciliación como: "...todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros ('el conciliador'), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia"<sup>48</sup>.

Por el contrario, la tendencia en el caso de México es opuesta a la que dicta el modelo normativo internacional, toda vez que se ha preferido ahondar en la distinción categórica entre la conciliación y la mediación, tal y como se puede apreciar de la revisión a la normativa que sobre el particular se ha ido generando, principalmente en la materia penal, aunque no deja de ser ejemplar para los efectos que comentamos.

En este sentido, tanto en la *Ley de Justicia Alternativa en la Procuración de Justicia para el Distrito Federal* (LJADF)<sup>49</sup>, como en la *Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal* (LNMASCP)<sup>50</sup>, se regula a la conciliación como un mecanismo a través del cual el tercero neutral se encuentra facultado para proponer a las partes una solución a su conflicto, planteando alternativas para llegar a ese fin<sup>51</sup>, mientras que en la mediación, esta misma persona participa como un mero facilitador de la comunicación entre las partes en conflicto, propiciando la comunicación y el entendimiento mutuo, a fin de que sean estas las que, en el libre ejercicio de su autonomía, busquen, construyan y propongan opciones de solución a su controversia<sup>52</sup>.

Más aún, en el cuerpo legal en segundo orden citado, se establece la diferencia específica entre ambos procedimientos, al señalar que: "*La conciliación se desarrollará en los mismos términos previstos para la mediación; sin embargo, a diferencia de esta, el Facilitador estará autorizado para proponer soluciones basadas en escenarios posibles y discernir los más idóneos para los Intervinientes, con respeto a los principios de esta Ley*"<sup>53</sup>.

También es común encontrar a la conciliación como un mecanismo intraprocesal, a través del cual se pretende que las partes involucradas en un proceso puedan buscar una solución sin tener que agotar todas sus instancias, evitando gastos, costas, dilaciones y

---

<sup>47</sup> Aprobada por la CNUDMI el 24 de junio de 2002. Este documento puede consultarse en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf), \_accedido el 25 de marzo de 2017.

<sup>48</sup> Cfr. Artículo 1º, párrafo 3, de la Ley Modelo.

<sup>49</sup> Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 3 de abril de 2012.

<sup>50</sup> Decreto publicado en el DOF de fecha 29 de diciembre de 2014.

<sup>51</sup> Cfr. Artículo 14, fracción I, de la LJADF y Artículo 25, de la LNMASCP.

<sup>52</sup> Cfr. Artículo 14, fracción II, de la LJADF y Artículo 21, de la LNMASCP.

<sup>53</sup> Cfr. Artículo 26, de la LNMASCP.

situaciones de incertidumbre que conlleven su desahogo<sup>54</sup>; sin embargo, en el caso que nos ocupa en particular, se trata de un procedimiento extraprocesal, dado que no se requiere la instauración de un proceso de carácter jurisdiccional.

Ahora bien, en el caso del procedimiento de conciliación previsto en la LAASSP y en la LOPSRM, es la Secretaría de la Función Pública la que señala su objetivo, sin profundizar en la forma en que interviene el conciliador, toda vez que se concreta a señalar que busca: *“Lograr acuerdos de voluntades entre proveedores o contratistas, con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, cuando surgen desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos celebrados al amparo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas”*<sup>55</sup>.

Con independencia de las diferencias de criterio que puedan existir, lo cierto es que la conciliación prevista en ambas leyes es un mecanismo extraprocesal que tiene como finalidad solucionar los conflictos o desavenencias que puedan presentarse entre la Administración Pública y el particular, en su carácter de partes contratantes<sup>56</sup>, ya sea para resolver litigios<sup>57</sup> o prevenir la formación de los mismos<sup>58</sup>, mediante la intervención de la propia Secretaría de la Función Pública o, en su caso, del órgano de control de la entidad o dependencia de que se trate<sup>59</sup>, como un tercero especializado en la materia, ajeno a la

---

<sup>54</sup> Es el caso del juicio ordinario civil, una vez admitida la demanda, el juez debe señalar la celebración de la audiencia previa y de conciliación, que se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes y en la cual corresponde al propio juzgador proponer soluciones al litigio y exhortar a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos. Cfr. Artículo 595 del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

<sup>55</sup> Así lo refiere la propia Secretaría de la Función Pública en su página electrónica: <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/temas/tramites-y-servicios/conciliacion-en-materia-de-adquisiciones-arrendamientos-servicios-y-obras-publicas.html>, accedido el 10 de abril de 2015.

<sup>56</sup> Cfr. Artículos 77, de la LAASSP y 95, de la LOPSRM.

<sup>57</sup> Cfr. Artículos 127 del Reglamento de la LAASSP y 285 del Reglamento de la LOPSRM, que en lo conducente disponen lo siguiente: “Cuando se siga juicio ante instancia judicial, se podrá solicitar conciliación a efecto de que el acuerdo al que se llegue sirva para formular convenio judicial. En este supuesto, la validez del convenio de conciliación al que lleguen las partes, estará condicionada a la formalización del convenio judicial”.

<sup>58</sup> La solicitud de conciliación se puede presentar en cualquier momento durante la administración del contrato, en términos de los Artículos 77 de la LAASSP y 95 de la LOPSRM, siendo improcedente únicamente en el supuesto de que el contrato haya sido rescindido administrativamente, salvo que sea solicitada para efectos del finiquito correspondiente, en términos de los Artículos 127 del Reglamento de la LAASSP y 285 del Reglamento de la LOPSRM.

<sup>59</sup> El procedimiento de conciliación se desahoga, por regla general, ante la Secretaría de la Función Pública, salvo que el titular de esta última autorice, mediante acuerdo expreso, al órgano interno de control en alguna otra dependencia o entidad, para desempeñar esta función, de conformidad con los Artículos 126 del Reglamento de la LAASSP y 284 del Reglamento de la LOPSRM.

controversia<sup>60</sup>, que asume un papel activo, consistente en acercar a las partes y proponerles alternativas concretas para que de común acuerdo resuelvan sus diferencias<sup>61</sup>.

En todo caso, dentro de la conciliación, las partes deben procurar la realización de acciones que promuevan la ejecución total de los trabajos, la entrega de los bienes, la prestación de los servicios y la completa resolución de las controversias, a través de los convenios que acuerden las mismas<sup>62</sup>, que en términos de los ordenamientos legales citados, son obligatorios para ellas y su cumplimiento puede ser exigido judicialmente<sup>63</sup>.

El procedimiento de conciliación puede concluir de tres maneras en términos de las disposiciones legales materia de análisis, con la celebración del acuerdo de voluntades correspondiente; la determinación de cualquiera de las partes de no conciliar, o bien, el desistimiento de la solicitud de conciliación<sup>64</sup>.

Con las reformas legales de mayo de 2009, se adecuaron algunos aspectos del procedimiento, como la denominación del escrito inicial, a efecto de que en lugar de queja, se le designará solicitud, haciéndolo acorde con su naturaleza, además de que pudiera ser interpuesto no solamente por el particular proveedor o contratista, sino también por la unidad administrativa encargada de la administración del contrato, y se adicionó la obligación de esta última de informar a la Secretaría de la Función Pública o el órgano interno de control competente, del avance en el cumplimiento de los acuerdos generados, con la correlativa facultad de estos, para dar seguimiento a dichos convenios<sup>65</sup>.

Dentro del procedimiento de conciliación se prevé la posibilidad de que, en el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto de la desavenencia, pueden designar, a su costa y ante la propia Secretaría de la Función Pública o del órgano interno de control que desahoga el procedimiento, a un tercero o perito que emita su opinión sobre los puntos controvertidos, a efecto de lograr que concilien sus intereses<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> Tanto la Secretaría de la Función Pública, como el órgano interno de control autorizado para fungir como conciliador, se encuentran obligados a ejercer esta función en forma neutral y sin prejuzgar los hechos que son materia del conflicto entre las partes contratantes, tal y como se desprende del Artículo 78 de la LAASSP y 96 de la LOPSRM, que en cada caso disponen lo siguiente: "...tomando en cuenta los hechos manifestados en la solicitud y los argumentos que hiciere valer la dependencia o entidad respectiva, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado".

<sup>61</sup> Además de lo previsto en los artículos citados en la nota que antecede, es importante destacar que el papel del conciliador no solamente se limita a acercar a las partes, toda vez que cuenta con facultades para proponerles acuerdos de conciliación, de conformidad con los Artículos 131 del Reglamento de la LAASSP y 289 del Reglamento de la LOPSRM.

<sup>62</sup> *Cfr.* Artículos 132 del Reglamento de la LAASSP y 290 del Reglamento de la LOPSRM.

<sup>63</sup> *Cfr.* Artículos 79 de la LAASSP y 97 de la LOPSRM.

<sup>64</sup> *Cfr.* Artículos 134 del Reglamento de la LAASSP y 292 del Reglamento de la LOPSRM.

<sup>65</sup> *Cfr.* Artículos 79 de la LAASSP y 135 de su Reglamento, así como 97 de la LOPSRM y 293 de su Reglamento.

<sup>66</sup> *Cfr.* Artículo 132 del Reglamento de la LAASSP y 290 del Reglamento de la LOPSRM.

Esta variante se asemeja a otro mecanismo alternativo denominado “Determinación por experto neutral” o *Neutral fact-finding expert*<sup>67</sup>, que consiste en la selección de un tercero a cargo de las partes o del juez, con la finalidad de que investigue los hechos en aquellos casos que versan sobre temas técnicos, económicos, contables o cualquier otro tópico que requiera de su intervención. Su resolución no es obligatoria y se circunscribe al análisis de los hechos desde un punto de vista estrictamente técnico<sup>68</sup>.

Esta variante hace del procedimiento de conciliación regulado en ambos ordenamientos un sistema compuesto, debido a que combina en forma simultánea dos medios alternativos que se integran de manera complementaria, para acercar a las partes en la solución de sus conflictos<sup>69</sup>.

Es importante señalar que ninguno de los ordenamientos que regulan esta variante del procedimiento de conciliación regulan la forma en la que será designado este perito o experto, pero de la redacción del texto legal se puede observar que la responsabilidad de la designación, como del pago de sus honorarios queda a cargo de las partes contratantes<sup>70</sup>.

Una de las exigencias propias de este mecanismo, con independencia de la pericia técnica, es la neutralidad del experto que vaya a ser designado por las partes, pues de su objetividad y de la confianza que estas depositen en su opinión, depende que decidan entrar a conciliar los intereses que motivan la confrontación.

### B. *El arbitraje*

Como referimos en líneas precedentes, tanto la LAASSP, como la LOPSRM sufrieron una reforma sustancial a sus disposiciones en 2009, que derivó en la adición de un Título específico para la solución de controversias, dentro del cual se destina un apartado para el arbitraje, por lo que tendríamos que hacer un análisis de la regulación de esta figura en dos momentos distintos, para observar el antes y después de la reforma, pero además,

---

<sup>67</sup> Cfr. Cruz Barney, Oscar, “Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias”, *Ars Iuris*, México, número 23, 2000, p. 132. También Estavillo Castro, Fernando, *op. cit.*, nota 46, pp. 383 y ss.

<sup>68</sup> Sobre este particular señala Cruz Barney que: “La utilización de un especialista puede ayudar, con la mejor comprensión del caso, a un arreglo *inter-partes*”. *Ibidem*, p. 133.

<sup>69</sup> Cfr. Estavillo Castro, Fernando, *Mecanismos alternativos de solución de controversias*, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual IJ-UNAM, s/a, pp. 229 y 230. Esta edición es distinta a la referida en la nota 46, entre sus adiciones se encuentra el aspecto que se comenta.

<sup>70</sup> Sobre este mecanismo existen organismos supranacionales que han diseñado reglas, variantes y procedimientos de selección y administración de peritajes y que pueden coadyuvar en la designación del perito, como es el caso de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), que cuenta para ello con un Centro Internacional de Peritaje Técnico, y que el 9 de enero de 2015 actualizó sus reglas en materia de peritaje, dentro de las cuales se prevé la posibilidad de designar peritos o terceros que ayuden a resolver una controversia no administrada directamente por ese organismo. Cfr. Reglamento sobre peritos, <http://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-OSPAReglamentossobrePeritos%282015%29.pdf>, accedido el 25 de marzo de 2017.

existe una modificación aun más reciente respecto a este rubro en el año de 2012, que nos obliga a estudiar brevemente estos tres períodos normativos.

Así las cosas, en una primera etapa, es decir, a partir de su publicación en el año 2000, ambos ordenamientos disponían la posibilidad de pactar compromiso arbitral, ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o mediante convenio independiente, para atender aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de las Secretarías de Hacienda, y de Comercio y Fomento Industrial<sup>71</sup>.

De este supuesto poco hay que agregar a los comentarios y críticas ya expuestas para el caso de la LAOP, pues a pesar de considerar la inclusión del pacto arbitral por convenio posterior, sujeta su estipulación a unas reglas generales que nunca fueron emitidas por el órgano normativo responsable de ello, que en este caso era la entonces Contraloría, ahora Secretaría de la Función Pública.

A partir de la reforma de 2009, la solución de controversias se refirió a un Título específico en cada Ley<sup>72</sup>, en el cual se reguló la figura del arbitraje como un mecanismo específico de solución de controversias.

Uno de los aciertos de esta reforma fue que, además de la posibilidad de pactar el compromiso arbitral mediante cláusula o por convenio posterior<sup>73</sup>, es que su instrumentación se sujetó al Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio y no a lineamientos administrativos especiales que nunca se expedían<sup>74</sup>.

Adicionalmente, se transfirió a las dependencias y entidades la responsabilidad de establecer en sus propias políticas, bases y lineamientos en la materia, el área o servidor público facultado para determinar la conveniencia de pactar dicho compromiso, que en todo caso debe tener como mínimo el nivel de Director General en las dependencias o su equivalente en las entidades.

Un aspecto que ha generado mucho ruido a los especialistas en materia de arbitraje comercial, pero que finalmente se considera positivo, pues genera certeza respecto de los límites que esta institución tiene en los contratos administrativos, es la precisión de aquellos aspectos que no podrían ser materia de arbitraje, como lo son la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos, debido en gran medida a que se trata de potestades que el Estado guarda para sí y que generalmente se concretan mediante un acto administrativo, atendiendo a los fines que resguarda.

---

<sup>71</sup> Cfr. Artículo 15, segundo párrafo de la LAASSP y su correlativo en numeral y párrafo de la LOPSRM. DOF de fecha 4 de enero de 2000.

<sup>72</sup> Cfr. Artículo 15, segundo párrafo de la LAASSP y su correlativo en numeral y párrafo de la LOPSRM. DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

<sup>73</sup> Cfr. Artículos 81 de la LAASSP y 99 de la LOPSRM. DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

<sup>74</sup> Cfr. Artículos 80 de la LAASSP y 98 de la LOPSRM. DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

No obstante lo anterior, mientras en la LOPSRM la materia arbitrable se estableció “...respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución...”, en tratándose de la LAASSP la reforma quedó corta, pues la circunscribía solamente a controversias de interpretación del clausulado de un tipo de contrato muy específico, denominado de prestación de servicios a largo plazo, que además de ser conocido como antecedente de lo que hoy son los contratos de asociación público-privada, su número fue considerablemente menor al resto de los demás instrumentos jurídicos, restringiendo su aplicación a un segmento muy reducido del universo de contratos que abarca dicho ordenamiento, situación que no fue modificada sino hasta la reforma de 2012<sup>75</sup>, en la que se le asimiló al texto ya previsto en la LOPSRM.

### C. Otros mecanismos de solución de controversias

Con la reforma de 2009, se establece la posibilidad de que las partes pudieran convenir mecanismos de solución de controversias adicionales a los previstos en la LAASSP y la LOPSRM, para resolver discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos; sin embargo, dichos medios fueron acotados a que su procedimiento estuviera reconocido por la Secretaría de la Función Pública, mediante disposiciones generales<sup>76</sup>, lo que si bien resultó un avance en la materia y la visualización de una clara tendencia a una mayor apertura a estas opciones, tuvo la misma suerte que la figura arbitral originalmente padeció, es decir, su nula aplicabilidad, siendo hasta la citada reforma de 2012, que se modificó esta circunstancia, suprimiendo lo referente a tales disposiciones<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr. Artículo 80 de la LAASSP, reformado por Decreto publicado en DOF del 16 de enero de 2012.

<sup>76</sup> Cfr. Artículos 84 de la LAASSP y 102 de la LOPSRM, adicionados mediante Decreto de fecha 28 de mayo de 2009.

<sup>77</sup> Cfr. Artículos 84 de la LAASSP y 102 de la LOPSRM, reformados mediante Decreto de fecha 16 de enero de 2012.

#### IV. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar, la introducción de los MASC en el Derecho Administrativo y, particularmente, en los contratos administrativos ha sido paulatina a partir de su apertura comercial en 1993.

La finalidad de todo MASC en la contratación pública es la misma que en las relaciones contractuales suscritas al amparo del Derecho Privado, debido a que busca preservar la relación jurídica de las partes y concluir exitosamente los contratos.

Un ejemplo de lo anterior puede ser la Comisión Federal de Electricidad (CFE), que como ya habíamos mencionado, desde 1993 adoptó en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica al arbitraje y al peritaje como medios alternativos para la solución de conflictos en sus actos jurídicos, destacando que ha participado en 32 procedimientos arbitrales, de los cuales ha obtenido 8 laudos absolutorios y 5 condenatorios, quedando 19 en trámite<sup>78</sup>.

Estos números pueden ofrecernos muchas conjeturas, pero una de ellas, la que por simple aritmética resalta, es que en la instrumentación de estos mecanismos, originariamente creados entre particulares y para particulares, la Administración Pública puede obtener resultados favorables, por lo que habrá que seguir intentando su aplicación, sin que estas opciones supongan abandonar la tutela jurisdiccional efectiva del Estado, pues también es claro que, debido a la materia jurídica con la que interactúan estos medios y los fines que se tutelan con ella, deben estar también sujetos a ciertos límites que les permitan coexistir.

No obstante lo anterior, además de los esfuerzos que se han adoptado para introducir en la legislación administrativa los mecanismos alternos a la jurisdicción estatal, en el caso que nos ocupa, sabemos que su utilización es aun precaria, debido a que la aceptación de estos esquemas por parte de los operadores jurídicos al interior del país no ha sido del todo acogida en la práctica.

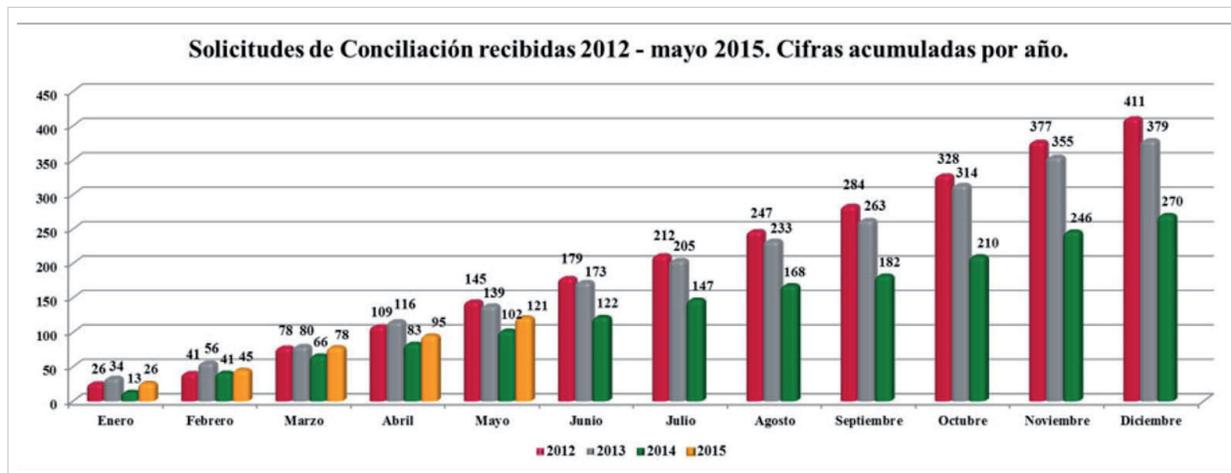
Esta reticencia obedece a múltiples razones, algunas que pueden ser perfectamente válidas, como la poca flexibilidad que tiene la autoridad para llegar a acuerdos en estos esquemas<sup>79</sup> y la inseguridad que genera en el servidor público su instrumentación frente al fincamiento de futuras responsabilidades por los órganos fiscalizadores, mientras que otras razones pueden estar fundadas en ideas preconcebidas, basadas en el miedo, el

---

<sup>78</sup> Información proporcionada mediante oficio UIP/SAIP/0423/15, de fecha 10 de marzo de 2015, por la Unidad de Enlace para la Información Pública, dependiente de la Comisión Federal de Electricidad, con motivo de la solicitud de información folio 1816400023615, de fecha 10 de febrero de 2015.

<sup>79</sup> Al respecto, Ricardo Rivera Ortega señala que: "Buscando causas más profundas y dogmáticas a las reservas de nuestro ordenamiento frente al arbitraje en materias administrativas debe reconocerse que la interpretación continental clásica del principio de legalidad de la Administración es difícilmente compatible con la realidad de una actuación administrativa negociada, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones..." Cfr. Rivero Ortega, Ricardo, "Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración", en Sosa Wagner, Francisco (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, t. I, p. 2494.

desconocimiento y la comodidad de transitar caminos que parecen más seguros para la Administración, aunque no necesariamente de mayor eficiencia en todos los casos<sup>80</sup>.



Prueba de lo anterior es que, aun con la reforma de 2009, que genera una apertura total respecto a la posibilidad de que sea estipulado cualquier tipo de MASC, para solventar las diferencias que pudieran surgir en la interpretación o ejecución de los contratos, no es posible observar un incremento significativo en su empleo, tal y como se puede advertir de la tabla siguiente<sup>81</sup>:

De acuerdo con lo que hemos venido comentando a lo largo de este último apartado, los MASC seguirán teniendo un desempeño marginal en la contratación pública, si no se procura una capacitación más amplia a los funcionarios públicos, para poder determinar los tipos de mecanismos de mayor eficacia en cada caso concreto y la forma en que deben ser estipulados, así como, de ser necesario, los aspectos de la relación contractual que pueden ser atendidos a través de estos.

Por otro lado, es importante que el servidor público facultado para participar en estos medios alternos y, de ser el caso, tomar decisiones y acuerdos para solventar una determinada problemática, dentro de los mismos, cuente con criterios claros por parte de la autoridad fiscalizadora, respecto del contenido, alcance y límites de sus determinaciones, con la finalidad de brindarle seguridad jurídica en el ejercicio de la función que le ha sido encomendada.

<sup>80</sup> En este sentido, refiere también Rivera Ortega que: "El recurso a la conciliación no busca sólo democratizar la Administración, también intenta incrementar su eficiencia, porque recurrir ante los Tribunales las decisiones administrativas es caro, tanto para quienes recurren como para la Administración, cuesta un montón de tiempo y un montón de dinero. Y los Tribunales son en muchos casos incapaces de aportar remedios que satisfagan a todas las partes, pues se limitan a aplicar el derecho y no a reconciliar intereses". *Ibidem*, p. 2495.

<sup>81</sup> Información proporcionada por la Secretaría de la Función Pública, a través de su portal de Internet, <http://www.gob.mx/sfp/documentos/inconformidades-y-solicitudes-de-conciliacion-recibidas>, accedido el 13 de julio de 2015.

## V. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

- ÁLVAREZ SOBERANIS, Jaime, "El ingreso de México al GATT. La problemática de nuestra adhesión"; *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, número 36, septiembre-diciembre de 1979, pp. 702 y ss.
- ARBOS, Xavier, "La crisis de la regulación estatal"; *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, número 71, enero-marzo de 1991, p. 260.
- CRUZ BARNEY, Oscar, "Notas sobre los medios alternativos de solución de controversias"; *Ars Iuris*, México, número 23, 2000, p. 132.
- DÍAZ, Luis Miguel, "¿Artículo 17 de la Constitución como opción al orden jurídico?"; *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, volumen 9, enero de 2009, [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542009000100023&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100023&lng=es&nrm=iso), accedido el 25 de marzo de 2017.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando, "Medios alternativos de solución de controversias"; *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, número 26, 1996, p. 394 y ss.
- ESTAVILLO CASTRO, Fernando, *Mecanismos alternativos de solución de controversias*, Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual IJ-UNAM, s/a, pp. 229 y 230.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "La Constitución mexicana y el arbitraje comercial"; *Cuestiones Constitucionales*, México, número 16, enero-junio de 2007, pp. 159-204.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 12 y ss.
- GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10ª. ed., México, Oxford University Press, 2005, p. 12.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Mecanismos alternativos de solución de controversias, notas sobre el creciente desarrollo del área"; *Ars Iuris*, México, número 30, enero-junio de 2003, p. 39-67.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio, "El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación"; *Revista Jurídica de Navarra*, Navarra, número 39, enero-junio de 2005, pp. 39-56, [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932007000100006&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-91932007000100006&script=sci_arttext&tlng=pt). ISSN 1405-9193, accedido el 25 de marzo de 2017.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema. "Desregulación, Estado social y proceso de globalización"; *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, número 28, 2005, pp. 240 y ss.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Repensando el Estado de Derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la Administración"; en

SOSA WAGNER, Francisco (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, t. I, p. 2494.

TAMAMES, Ramón, *Introducción a la economía internacional*, Madrid, Alianza, 1983, pp. 62-79.

TAMAYO, Jorge, "Las entidades paraestatales en México: origen, evolución y perspectivas", *Revista de Administración Pública*, México, número 82, enero-junio de 1992, pp. 297-317.

## 2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", publicado en el DOF de fecha 18 de junio de 2008.

Diario de los debates No. 25, 5 de noviembre de 1998, primer período de sesiones ordinarias, segundo año, LVII Legislatura, Cámara de Diputados, consultada en: <http://cronica.diputados.gob.mx/>, accedido el 25 de marzo de 2017.

Exposición de motivos de la Iniciativa de Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, presentada por el Ejecutivo Federal el 25 de noviembre de 1993, a la LV Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/186.html>, accedido el 25 de marzo de 2017.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, <http://www.asf.gob.mx/trans/Informes/IR2000i/ir2000/Compila2000/leyes/73laop/LAOP00.htm>.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/14\\_101114.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/14_101114.pdf).

Ley de Asociaciones Público Privadas, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAPP\\_210416.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAPP_210416.pdf).

Ley de Justicia Alternativa en la Procuración de Justicia para el Distrito Federal, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-ee7508824468f84ce8fc3b162d243ef2.pdf>.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/56\\_130116.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/56_130116.pdf).

Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lspee/LSPEE\\_abro.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lspee/LSPEE_abro.pdf).

Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf), accedido el 25 de marzo de 2017.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP\\_291214.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf).

Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lopmos/LOPMOS\\_abro.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lopmos/LOPMOS_abro.pdf).

### 3. Documentos en Internet

Banco Mundial/BID, México. *El Sistema Federal de Contratación Pública: Retos y Oportunidades*, México, 2007,

[http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/estudios-diagnosticos/estudios-banco-mundial/estudio\\_sistema\\_de\\_contrataciones\\_en\\_mexico\\_bm\\_2007.pdf](http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/estudios-diagnosticos/estudios-banco-mundial/estudio_sistema_de_contrataciones_en_mexico_bm_2007.pdf), accedido el 25 de marzo de 2017.

Cámara Internacional de Comercio (CCI), Centro Internacional de Peritaje Técnico Reglamento sobre peritos,

<http://www.iccmex.mx/uploads/ICC869-0SPAREglamentossobrePeritos%282015%29.pdf>, accedido el 25 de marzo de 2017.

Secretaría de la Función Pública, <http://www.funcionpublica.gob.mx/index.php/temas/tramites-y-servicios/conciliacion-en-materia-de-adquisiciones-arrendamientos-servicios-y-obras-publicas.html>, accedido el 10 de abril de 2015.

Secretaría de la Función Pública, <http://www.gob.mx/sfp/documentos/inconformidades-y-solicitudes-de-conciliacion-recibidas>, consultado el 13 de julio de 2015.

Secretaría de la Función Pública, *Libro Blanco. Transformación del Sistema de Contrataciones Públicas de la Administración Pública Federal, 2007-2012*, p. 32, [http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/transformacion\\_del\\_sistema\\_de\\_contrataciones\\_publicas\\_de\\_la\\_apf.pdf](http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/scagp/ucgp/normatividad/libros-blancos/scp/transformacion_del_sistema_de_contrataciones_publicas_de_la_apf.pdf), accedido el 25 de marzo de 2017.

Secretaría de Relaciones Exteriores, [http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestratratado\\_nva.sre?id\\_tratado=138&depositario=0&PHPSESSID=0842bb8038cb1a08e7160a3a42bc242f](http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=138&depositario=0&PHPSESSID=0842bb8038cb1a08e7160a3a42bc242f), accedido el 25 de marzo de 2017.

### 4. Otros

Relación de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal sujetas a la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento, publicada en el DOF de fecha 15 de agosto de 2014.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, t. 2, agosto de 2012, p. 1096.



## LAS “BUENAS PRÁCTICAS” EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS, RECOMENDABLES PARA PERIODISTAS Y PARTICULARES QUE HACEN PÚBLICOS DATOS PERSONALES DR<sup>1</sup>

Noé Adolfo RIANDE JUÁREZ<sup>2</sup>

### SUMARIO

I. Contexto. II. Realidad jurídica. III. “Buenas Prácticas” recomendadas. IV. Corolario. V. Fuentes de información.

### RESUMEN

La libre expresión de las ideas, de acuerdo con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y demás normatividad nacional e internacional, tiene como limitante la responsabilidad de proteger y respetar los datos personales, pero en el terreno del periodismo es inevitable la ponderación entre ambas cuestiones tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

### ABSTRACT

The free expression of ideas, according to the Constitution of the United States of Mexico and other national and international regulations, is limited by the responsibility to protect and respect personal data, but in the field of journalism, it is inevitable the weighting between the two issues at both national and international ambits.

---

<sup>1</sup> Copyright 2015-16 por Noé A. Riande Juárez. Todos los Derechos Reservados. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida para fines comerciales en ninguna forma o mecanismo, incluyendo el fotocopiado, grabación, o almacenamiento en algún sistema de información, sin la autorización por escrito del dueño del copyright. Copias de este documento pueden ser distribuidas, en papel y en formato electrónico, siempre y cuando se realice sin alteraciones, con fines científicos o académicos, citando al autor (disponible en noeriane@gmail.com) y la fuente.

<sup>2</sup> Abogado por la Universidad Veracruzana. Maestro en Filosofía del Derecho por la *Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*. Especializado en Informática Jurídica y Derecho Informático por el *Centro di Documentazione Elettronica della Corte Suprema di Cassazione* italiana (1985) y por el *Centro Interdisciplinario di Ricerca in Filosofia del Diritto e Infomatica e Diritto* de la Universidad de Bolonia (1991). Presidente fundador de la Asociación Nacional de Investigadores en Informática Jurídica, A.C. (1993). Catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho (desde 1994) y Catedrático por invitación de la Maestría en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas, ambas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Exdirector de Investigación del Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Productor de “*Dicere Iure Automatione*”, programa del “Proyecto Grado Cero” de la Facultad de Derecho de la UNAM. *Consultor Senior* en *Riande & Assoc.* (desde 1997). Actualmente, Director de Facilitación al Sector Público en la Secretaría de Protección de Datos del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

En México se debe respetar el derecho a la intimidad, a la propia imagen, y en general a todos los datos personales del ciudadano, con excepción de aquellos casos en que imperan razones de seguridad nacional, orden o seguridad públicas, salud pública y/o protección a derechos de terceros. En esas ocasiones se justifica que, en pro de la defensa del interés público, se produzca la intromisión del periodista en la vida privada de una persona, sin su consentimiento, de lo contrario, estaría obligado a entregar su aviso de privacidad y obtener el consentimiento, previo al tratamiento de los datos personales. De ahí que, armonizando las buenas prácticas internacionales con la normatividad vigente, se proponen 11 principios que pueden ayudar en dicha tarea.

### **PALABRAS CLAVE**

Protección de datos personales. Buenas prácticas. Libertad de expresión. Ponderación. Privacidad. Interés público. Seguridad nacional. Orden público. Seguridad pública. Salud pública. Derechos de terceros. Aviso de Privacidad. Consentimiento. Derechos ARCO.

In Mexico, the right to privacy, to the image itself, and in general to all personal data of the citizen must be respected, except in those cases where there are reasons for national security, order or public safety, public health and/or protection of third party rights. On those occasions, it is justified that in the interest of the defense of the public interest, the journalist's intrusion into the private life of a person occurs without his consent, otherwise, he would be obliged to deliver his privacy notice and obtain consent, Prior to the processing of personal data. Hence, by harmonizing international good practices with current regulations, 11 principles are outlined that can help in this task.

### **KEY WORDS**

Personal data protection. Good practices. Freedom of expression. Weighting. Privacy. Public interest. National security. Public order. Public safety. Public health. Rights of third parties. Privacy Notice. Consent. ARCO Rights.

## **I. CONTEXTO**

### *1. Colisión de derechos*

Existe una colisión de derechos fundamentales: los Artículos 6° y 7° constitucionales, así como el Artículo 4° de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, establecen condiciones que garantizan el ejercicio del derecho de toda persona a tener acceso a la información, así como comunicar por cualquier medio sus ideas y opiniones, pero bajo la responsabilidad de proteger y respetar el ámbito de los datos personales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>3</sup>

Artículo 6°. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que *ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público*; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Párrafo reformado DOF 13-11-2007, 11-06-2013

Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y *difundir información* e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.

Párrafo adicionado DOF 11-06-2013

...

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se observará lo siguiente:

- A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación y las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

Párrafo reformado (para quedar como apartado A)

DOF 11-06-2013. Reformado DOF 29-01-2016

- I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, ... es pública y *sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional*, en los términos que fijen las leyes...

Fracción reformada DOF 07-02-2014

- II. La información que se refiere a la *vida privada* y los *datos personales* será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.
- III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, *tendrá acceso gratuito a la información pública*, a sus *datos personales* o a la rectificación de éstos.

...

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información<sup>4</sup>

Artículo 4. El derecho humano de acceso a la información comprende solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información.

Toda la información generada, obtenida, adquirida, transformada o en posesión de los sujetos obligados es pública y accesible a cualquier persona en los términos y

<sup>3</sup> Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, consultado el 30.03.2016.

<sup>4</sup> Cfr. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>, consultado el 30.03.2016.

condiciones que se establezcan en la presente Ley, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, la Ley Federal, las leyes de las Entidades Federativas y la normatividad aplicable en sus respectivas competencias ...

Pero cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia diciendo que: "...es fundamental que los periodistas... gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que esta goce de una plena libertad"<sup>5</sup>; se actualiza una permanente tensión que conduce al debate sobre la interpretación de derechos fundamentales y al papel que juega la ponderación en la práctica de los tribunales constitucionales.

En la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la ponderación de los valores sostenidos por la libertad de expresión y el derecho a la protección de los datos personales no es desconocida. Así, cuando se interpretó la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, se evidenció la capacidad existente para ponderar sobre la negligencia de un periodista en el manejo de información vinculada con una persona: "...En consecuencia, si un periodista que difunde información íntima de una persona –que considera de interés público– instrumentó diversas medidas de diligencia para evitar que esa información pudiera vincularse con la persona, es indudable que dicho periodista no incurrió en negligencia inexcusable en la difusión de esa información..."<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párrafo 150. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf), consultado el 12.03.2016.

<sup>6</sup> LIBERTAD DE EXPRESIÓN. INTERPRETACIÓN DE LA NEGLIGENCIA INEXCUSABLE DE LOS PERIODISTAS EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL.

La exigencia del artículo 32 del ordenamiento en cuestión de demostrar la negligencia inexcusable del demandado debe entenderse dentro del contexto del concepto de "culpa"; al constituir una conducta derivada de la falta de cuidado para verificar si la información difundida infringía o no un derecho de la personalidad. En el caso de la *prensa*, el criterio subjetivo de imputación hace referencia a la diligencia exigible en el desempeño de la actividad *periodística*. Ahora bien, es importante destacar que el legislador tomó la decisión de imponer un estándar muy exigente para poder atribuir responsabilidad civil a un profesional del *periodismo* como una estrategia para evitar las restricciones indirectas a la libertad de expresión. Al requerir que se trate de una negligencia inexcusable del demandado, el legislador pretendió que no cualquier clase de negligencia en el ejercicio de la libertad de expresión pudiera servir para justificar una condena por daño moral. La falta de cuidado tiene que ser de tal magnitud que se considere inexcusable. En consecuencia, si un *periodista* que difunde información íntima de una persona que considera de *interés público* instrumentó diversas medidas de diligencia para evitar que esa información pudiera vincularse con la persona, es indudable que dicho *periodista* no incurrió en negligencia inexcusable en la difusión de esa información. Si bien es posible que esas medidas eventualmente no sean totalmente eficaces, entre otras razones porque el *periodista* no controla todos los factores que pueden llegar a conducir a la identificación de la persona a la que se refiere la información, no debe atribuirse responsabilidad al *periodista* porque el estándar exige que su negligencia sea de una magnitud muy considerable.

## 2. Hechos recientes

Sin embargo, hechos recientes en la Ciudad de México plantearon la facilidad con que puede violarse la privacidad de la ciudadanía, no solo por las autoridades, sino por cualquier ciudadano que tenga acceso a tecnologías que permiten hacer públicas actividades que podrían quedar dentro de la esfera privada de sus autores:

- a) Las denuncias del Director General de Desarrollo (el "city manager") de la Delegación Miguel Hidalgo con el concurso de la "App" (software de aplicación para Smartphone) *Periscope*;
- b) La elaboración de un comunicado de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (DF), preocupada por la difusión de la imagen de personas que realizan conductas sancionables, de 23 de febrero de 2016;<sup>7</sup>
- c) La elaboración de un primer borrador por la Asamblea Legislativa del DF para regular el empleo de *Periscope* y de "... todas las actividades que se realizan en diversas plataformas y redes tecnológicas..."<sup>8</sup>;
- d) La invitación de la Delegada de Miguel Hidalgo a un debate sobre el uso de *Periscope*, a toda la ciudadanía para el 17 de marzo<sup>9</sup>; y
- e) El anuncio resultante de la sesión del día 7 de marzo, de la Asamblea Legislativa, informando que en un mes y medio se tendría el protocolo que regule el uso de *Periscope* por parte de las 10 Delegaciones del gobierno capitalino que actualmente lo emplean para difundir sus actividades.

Todo ello terminó por generar propuestas desde diversas fuentes de la ciudadanía, planteándose que la posibilidad de incluir algunos otros elementos tales como solicitar el consentimiento previo; realizar las transmisiones únicamente en diferido, nunca en directo; no evidenciar datos personales del ciudadano infractor; evitar abusos de poder;

---

Amparo directo 3/2011. Lidia María Cacho Ribeiro y otro. 30 de enero de 2013. Cinco votos; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis: 1a. CXXXVII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. 1, mayo de 2013, p. 552.

<sup>7</sup> Véase en "CDHDF documenta tres quejas por presunta violación de DDHH con utilización de Periscope", *Boletín 31/2016*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, <http://cdhdf.org.mx/2016/02/cdhdf-documenta-tres-quejas-por-presunta-violacion-de-ddhh-con-utilizacion-de-persicope/>, consultado el 08.03.2016.

<sup>8</sup> Cfr. Fuentes, Diana, "Listo, primer borrador para regular Periscope", *El Universal*, 8 de marzo de 2016, <http://104.239.237.37/articulo/metropoli/df/2016/03/7/listo-primer-borrador-para-regular-periscope/>.

<sup>9</sup> Véase Guerrero, Almariana, "Debate sobre uso de Periscope, el próximo 17 de marzo", *Uno noticias*, 8 de marzo de 2016, <http://www.unotv.com/noticias/estados/distrito-federal/detalle/debate-sobre-uso-de-periscope-el-17-de-marzo-157283>.

que la información no fomente la discriminación de los ciudadanos infractores; que los videos sean realizados por servidores públicos plenamente identificados; que se graben únicamente actividades realizadas en espacios públicos y nunca en espacios privados; y finalmente, se propuso que no solo se grabara a los ciudadanos cuando cometan infracciones, sino que también se les grabe –en su caso– cuando realicen actos que enmienden sus infracciones y/o cuando paguen la sanción que les pudiera corresponder.

La reglamentación prevista nunca se dio, el protocolo de actuación anunciado se entendió como necesario, pero nunca se pronunció y el uso de *Periscope* por las autoridades para denunciar actividades de la ciudadanía contrarias al orden público, no solo perdura sino que ha proliferado, apareciendo más de una organización de la sociedad civil que denuncian y/o difunden actividades aberrantes o ejemplares, con el fin de desarrollar una conciencia ciudadana; y todo a partir de comportamientos que pudiendo quedar como parte de la vida privada de sus autores, ahora son difundidas porque se considera que tal difusión es en beneficio del interés público.

Evidentemente, más allá de las preocupaciones que se dieron en la Ciudad de México, en cualquier lugar del mundo, cualquier particular –desde los medios de comunicación o fuera de ellos– está en posibilidad de lesionar la imagen y la privacidad de sus conciudadanos cuando emplea sus recursos tecnológicos para difundir hechos que él considera deben ser conocidos por todos.

Hoy en día, las cámaras de video-vigilancia (públicas o privadas), la transmisión en vivo con cualquier Tablet o Smartphone a través de las redes sociales, el empleo de drones con cámaras de video (con o sin conexión a Internet), exigen que analicemos y nos concienticemos respecto del daño que le podemos provocar a nuestra sociedad (por no decir a nuestros semejantes), con la obtención y la divulgación de la información obtenida con esos u otros recursos tecnológicos, cuando esta comporta el tratamiento de datos personales.

En este caso, no puede regularse el empleo de las tecnologías que invaden la privacidad –a diferencia de lo que ocurre cuando se analiza la potencialidad de los diferentes tipos de *cookies*, *web beacons* y *web bugs*, empleados en el ámbito publicitario o para aprovechar las posibilidades del *Big Data* (“minería” y clasificación de bancos de datos)– entre otras cosas, porque no se puede pretender que el legislador pronuncie reglas que impliquen una censura previa, pero sí se puede realizar una revisión al marco normativo y buenas prácticas vigentes en México y en otras latitudes del orbe, a fin de identificar qué principios podrían ser aplicables en una sociedad como la nuestra.

### 3. Normatividad existente

En mérito de lo anterior, cabe considerar la normatividad existente en México y en otras latitudes, que se cita a continuación, para alcanzar las conclusiones que se desarrollarán más adelante<sup>10</sup>:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)
- Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP)

---

<sup>10</sup> Véase *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, [http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo\\_2014\\_constitucion.pdf](http://www.dof.gob.mx/constitucion/marzo_2014_constitucion.pdf).

Véase *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>.

Véase *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015).

Véase *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>.

Véase *Ley Federal del Derecho de Autor*, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122\\_130116.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_130116.pdf).

Véase *Ley sobre Delitos de Imprenta*, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/40\\_041115.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/40_041115.pdf).

Véase *Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg\\_LFPDPPP.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf).

Véase *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>.

Véase *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>.

Véase *Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf).

Véase *Guía para cumplir con los principios y deberes de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, [http://inicio.inai.org.mx/DocumentosdelInteres/Guia\\_obligaciones\\_lfpdppp\\_junio2016.pdf](http://inicio.inai.org.mx/DocumentosdelInteres/Guia_obligaciones_lfpdppp_junio2016.pdf).

Véase *Data protection and journalism: a guide for the media*. Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido, <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1552/data-protection-and-journalism-media-guidance.pdf>.

Véase *Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica* (Código deontológico relativo al tratamiento de datos personales en el ejercicio de la actividad periodística). Garante para la protección de datos personales de Italia, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1556386>.

Véase *Código Deontológico*. Federación de Asociaciones de Periodistas de España, <http://fape.es/home/codigo-deontologico/>.

Véase *Código de Ética del Foro de Periodismo Argentino (FOPEA)*, <http://www.fopea.org/etica-y-calidad/codigo-de-etica-de-fopea/>.

Véase *Código de Ética de la Sociedad de Periodistas Profesionales de los Estados Unidos de América*, <http://www.spj.org/ethicscode.asp> o en <https://translate.google.com.mx/translate?hl=es&sl=en&u=https://www.spj.org/ethicscode.asp&prev=search>.

Véase *Código de Ética para los Medios Mexicanos*, <http://raultrejo.tripod.com/Mediosensayos/Codigoetica.htm>.

- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP)
- Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados (LGPDPPO)
- Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA)
- Ley sobre Delitos de Imprenta (LDI)
- Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (RLFPDPPP)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (CADH)
- Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CPDHLF)
- Guía para cumplir con los principios y deberes de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares;
- *Data protection and journalism: a guide for the media* (Protección de Datos y Periodismo: Guía para los Medios de Comunicación) de la Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido (DP&J)
- Código Deontológico. Federación de Asociaciones de Periodistas de España
- *Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell’esercizio dell’attività giornalistica* (Código Deontológico relativo al Tratamiento de Datos Personales en el Ejercicio de la Actividad Periodística) del “Garante para la Protección de Datos Personales” de Italia
- Código de Ética del Foro del Periodismo Argentino (FOPEA)
- Código de Ética de la Sociedad de Periodistas Profesionales de los Estados Unidos de América (EC-SPJ)
- Código de Ética para los Medios Mexicanos

## II. REALIDAD JURÍDICA

El periodista, así como cualquier particular que publicite datos personales<sup>11</sup> debe respetar el derecho a la intimidad y a la propia imagen teniendo en cuenta que los únicos supuestos de excepción a los principios que rigen el tratamiento de datos personales son, como lo establece el segundo párrafo del Artículo 16 constitucional:

<sup>11</sup> Entendiéndose en el contexto de este estudio por “periodista” tanto a los profesionales de la comunicación como a los periodistas o informadores aficionados, así como todo aquel particular que realice temporalmente cualquier tratamiento de datos personales con el fin de utilizarlos para la publicación ocasional de artículos, ensayos u otras manifestaciones del pensamiento, o simplemente, para hacerlos públicos.

- a) Razones de seguridad nacional
- b) El respeto u obediencia a disposiciones de orden público
- c) La supremacía y protección de la seguridad y salud públicas
- d) La protección de los derechos de terceros

Estos supuestos<sup>12</sup> determinan lo que en México –y para el caso concreto de las violaciones a la protección de datos personales– puede denominarse de manera genérica como el “interés público”, el “interés social” o la “utilidad pública”; mismo que todo periodista deberá ponderar para justificar las intromisiones o indagaciones sobre la vida privada de una persona sin su previo consentimiento. Así, lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el amparo directo 3/2011<sup>13</sup>.

En otras palabras, el periodista o particular que realice el tratamiento de datos personales (en forma textual, gráfica, audio, video o de cualquier manera), y que reporta a su

---

<sup>12</sup> Cfr. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, consultado el 30.03.2016.

<sup>13</sup> LIBERTAD DE EXPRESIÓN. MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS PERIODISTAS EN LA DETERMINACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO DE LA INFORMACIÓN SOBRE LA VIDA PRIVADA DE LAS PERSONAS.

Los medios de comunicación deben poder decidir con criterios periodísticos la manera en la que presentan una información o cubren una noticia y contar con un margen de apreciación que les permita, entre otras cosas, evaluar si la divulgación de información sobre la vida privada de una persona está justificada al estar en conexión evidente con un tema de interés público. No corresponde a los jueces en general, ni a esta Suprema Corte en particular, llevar a cabo el escrutinio de la prensa al punto de establecer en casos concretos si una determinada pieza de información es conveniente, indispensable o necesaria para ciertos fines. Los tribunales no deben erigirse en editores y decidir sobre aspectos netamente periodísticos, como lo sería la cuestión de si ciertos detalles de una historia son necesarios o si la información pudo trasladarse a la opinión pública de una manera menos sensacionalista, en virtud de que permitir a los tribunales un escrutinio muy estricto o intenso de estas decisiones supondría la implementación de una restricción indirecta a la libertad de expresión. No obstante, tampoco puede aceptarse que los medios de comunicación se inmiscuyan indiscriminadamente en la vida privada de las personas so pretexto de realizar un trabajo periodístico. De acuerdo con lo anterior, la publicación de información verdadera sobre la vida privada de una persona solo estará amparada por la libertad de información cuando el periodista, actuando dentro de ese margen de apreciación, establezca una conexión patente entre la información divulgada y un tema de interés público y exista proporcionalidad entre la invasión a la intimidad producida por la divulgación de la información y el interés público de dicha información. Dicha solución constituye una posición deferente con el trabajo de periodistas y editores que tiene como finalidad evitar una excesiva interferencia en el ejercicio de la libertad de expresión mientras se protege la vida privada de las personas de intromisiones innecesarias.

Amparo directo 3/2011. Lidia María Cacho Ribeiro y otro. 30 de enero de 2013. Cinco votos. José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis 1a. CLIV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. 1, mayo de 2013, pp. 559.

público, hechos que impliquen faltas o violaciones a la seguridad nacional<sup>14</sup>, a disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros; en el ejercicio de la libertad de expresión debe proteger la vida privada de las personas de “intromisiones innecesarias”<sup>15</sup> e “instrumentar diversas medidas de diligencia” para evitar que se le acuse (como en el amparo directo 3/2011), de dar tratamiento a los datos personales con “*negligencia inexcusable*”<sup>16</sup>.

Por lo anterior, y por lo que se observa en otras latitudes –como enseguida veremos–, se entiende que todo periodista –como cualquier otro particular–, de entrada, debe entregar su aviso de privacidad, solicitar el consentimiento, usarlos con finalidades específicas y de manera pertinente, conservándolos con las medidas de seguridad necesarias, *mas si ello no fuera posible* en su totalidad, no por “negligencia inexcusable” y no para “injerencias inexcusables”, sino por la complejidad de los hechos, por falta de recursos, de tiempo o por incapacidad estructural para su cumplimiento, dado que este derecho a la protección de los datos no es absoluto sino que –con arreglo al Principio de Proporcionalidad– debe mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales.

Por tanto, al periodista podemos recomendarle la observancia de aquellas “Buenas Prácticas” que ha sido posible extraer tanto del orden internacional como de nuestro orden jurídico que aconsejan, a manera de un control ético y racional, que se ponderen ambos derechos y que cumplan en la medida de sus circunstancias con lo previsto por la Ley para proteger los datos personales.

### III. “BUENAS PRÁCTICAS” RECOMENDADAS

Estas Buenas Prácticas, aun cuando siempre impulsan al cumplimiento de lo previsto durante el tratamiento de los datos personales, hacen referencia a diversas circunstancias en las que ese cumplimiento refleja respeto a lo dispuesto tanto por la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, así como por la recién

---

<sup>14</sup> Entendiéndose por seguridad nacional y seguridad pública lo siguiente:

Seguridad nacional: a.- la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano (defensa del territorio y unidad de la federación); b.- la gobernabilidad democrática (voto y elecciones); y c.- la seguridad interior de la Federación (combate a la delincuencia).

Seguridad pública: Las funciones a cargo de la Federación, la Ciudad de México, los Estados y los Municipios, tendientes a preservar y resguardar la vida, la salud, la integridad y el ejercicio de los derechos de las personas, y para el mantenimiento del orden público.

<sup>15</sup> En el mismo sentido se pronuncia la Agencia Catalana de Protección de Datos en la Recomendación 1/2008, sobre la difusión de la información que contenga datos de carácter personal a través de Internet: «¿Los datos son idóneos y estrictamente necesarios para alcanzar la finalidad [informativa]? *Hay que evitar difundir datos que no resultan idóneos o necesarios*»; donde es evidente que la divulgación va permitida ahí donde el periodista se atenga a los principios de proporcionalidad y pertinencia.

<sup>16</sup> Véase nota al pie número 6.

promulgada Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados; auxiliando en realidad, a que según sea el escenario en que se encuentre el periodista, siempre quede cubierto respecto de la diligencia de su proceder con respeto a la privacidad y los derechos de la ciudadanía.

#### 1. Durante la obtención de los datos

A) Recordar que tratándose de retratos se debe contar con el consentimiento de la persona que se está retratando, considerando que en el caso de quienes figuran como “personajes públicos”, esto no es necesario.

Esta Buena Práctica está avalada por lo dispuesto en nuestra legislación (en la Ley Federal del Derecho de Autor<sup>17</sup>) y lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su resolución al amparo directo 6/2009<sup>18</sup>. No obstante, en este sentido también se pronuncia el “*Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell’esercizio dell’attività giornalistica* (Código Deontológico relativo al Tratamiento de Datos Personales en el Ejercicio de la Actividad Periodística)” elaborado por el “Garante

---

<sup>17</sup> Artículo 87. El retrato de una persona sólo puede ser usado o publicado, con su consentimiento expreso, o bien con el de sus representantes o los titulares de los derechos correspondientes. La autorización de usar o publicar el retrato podrá revocarse por quien la otorgó quien, en su caso, responderá por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar dicha revocación. Cuando a cambio de una remuneración, una persona se dejare retratar, se presume que ha otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior y no tendrá derecho a revocarlo, siempre que se utilice en los términos y para los fines pactados.

<sup>18</sup> DERECHOS A LA PRIVACIDAD, A LA INTIMIDAD Y AL HONOR. SU PROTECCIÓN ES MENOS EXTENSA EN PERSONAS PÚBLICAS QUE TRATÁNDOSE DE PERSONAS PRIVADAS O PARTICULARES.

Las personas públicas o notoriamente conocidas son aquellas que, por circunstancias sociales, familiares, artísticas, deportivas, o bien, porque han difundido hechos y acontecimientos de su vida privada, o cualquier otra situación análoga, tienen proyección o notoriedad en una comunidad y, por ende, se someten voluntariamente al riesgo de que sus actividades o su vida privada sean objeto de mayor difusión, así como a la opinión y crítica de terceros, incluso aquella que pueda ser molesta, incómoda o hiriente. En estas condiciones, las personas públicas deben resistir mayor nivel de injerencia en su intimidad que las personas privadas o particulares, al existir un interés legítimo por parte de la sociedad de recibir y de los medios de comunicación de difundir información sobre ese personaje público, en aras del libre debate público. De ahí que la protección a la privacidad o intimidad, e incluso al honor o reputación, es menos extensa en personas públicas que tratándose de personas privadas o particulares, porque aquéllas han aceptado voluntariamente, por el hecho de situarse en la posición que ocupan, exponerse al escrutinio público y recibir, bajo estándares más estrictos, afectación a su reputación o intimidad.

Amparo directo 6/2009. 7 de octubre de 2009. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: Laura García Velasco y José Álvaro Vargas Ornelas.

Tesis: 1a. XLI/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, pp. 923.

para la Protección de Datos Personales” de Italia<sup>19</sup>, que perfecciona el criterio aplicable a los personajes “públicos” en su Artículo 6º, párrafo segundo, de la siguiente manera: “La esfera privada de las personas que desempeñan funciones públicas o de los personajes notoriamente públicos debe ser respetada si las noticias o los hechos no tienen nada que ver con su función o su vida pública”<sup>20</sup>.

Por otra parte, el Código de Ética de la Sociedad de Periodistas Profesionales de los Estados Unidos de América, va más allá y puntualiza en su capítulo denominado, “Minimizar el Daño”: “Darse cuenta de que las personas privadas tienen un mayor derecho a controlar la información sobre sí mismas que las figuras públicas y otras personas que buscan poder, influencia o atención. Pesar las consecuencias de publicar o transmitir información personal”<sup>21</sup>.

Finalmente, se hace notar que esta Buena Práctica recomienda privilegiar dos de los principios que rigen la protección de datos personales: el Principio del Consentimiento (así lo requiere la LFDA) y el de Licitud (cuando se cumple con la LFDA), y asimismo, abre la posibilidad de que una vez que se cuenta con un consentimiento expresamente manifestado, también podrían satisfacerse los Principios de Información y de Responsabilidad, así como el Deber de Seguridad<sup>22</sup>.

B) Cuando se graban hechos donde es posible identificar y contactar a quienes participan, es honesto que se entregue un aviso corto con el que se advierta que se han registrado sus imágenes o voces, y que se utilizarán si se estima que la fotografía o video permite satisfacer el “interés público”. La gente debe saber si usted está recabando información acerca de ellos, a menos que esto ponga en peligro su seguridad o que de otra manera se vuelva imposible el ejercicio de la función informativa.

---

<sup>19</sup> Autoridad administrativa instituida por la Ley sobre la Privacidad de 31 de diciembre de 1996, número 675, que introduce en el orden jurídico italiano la Directiva Comunitaria 95/46/CE y que actualmente está subordinada por el Código Italiano en Materia de Protección de Datos Personales (Decreto-Ley de 30 de junio de 2003, número 196).

<sup>20</sup> Cuyo texto original dice así: “2. *La sfera privata delle persone note o che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica.*”

<sup>21</sup> Véase el texto original: “*Realize that private people have a greater right to control information about themselves than public figures and others who seek power, influence or attention. Weigh the consequences of publishing or broadcasting personal information*”, <https://translate.google.com.mx/translate?hl=es&sl=en&u=https://www.spj.org/ethicscode.asp&prev=search>.

<sup>22</sup> En lo sucesivo, para la revisión del contenido de los principios y deberes de la protección de datos personales en México, se recomienda la lectura de la “*Guía para cumplir con los principios y deberes de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*”, consultable en [http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdeInteres/Guia\\_obligaciones\\_lfpdppp\\_julio2014.pdf](http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdeInteres/Guia_obligaciones_lfpdppp_julio2014.pdf).

El sentido de esta Buena Práctica lo encontramos plasmado en la obra *"Data protection and journalism: a guide for the media"* (Protección de Datos y Periodismo: Guía para los Medios de Comunicación), elaborada por la Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido, donde postula entre sus "puntos clave" para la "obtención de información" en la página 9: "Sea abierto y honesto siempre que sea posible. La gente debe saber si usted está recogiendo información acerca de ellos en los temas en que es práctico (en el sentido de posible o provechoso, u oportuno [NdT]<sup>23</sup>) contárselos. Aceptamos que en general no será posible para los periodistas hacer contacto con todos aquellos sobre los que recogen información"<sup>24</sup>.

Asimismo, el Artículo 2, párrafo 1, del Código Deontológico italiano, relativo al Tratamiento de Datos Personales en el Ejercicio de la Actividad Periodística plantea:

1. El periodista que reúne noticias para una de las operaciones mencionadas en el artículo 1, apartado 2, letra b) de la Ley núm. 675/1996 *debe dar a conocer su identidad, su profesión y la finalidad del acopio* a menos que ello ponga en peligro su seguridad o que de otra manera se vuelva imposible el ejercicio de la función informativa; evita artificios y evita una presión excesiva. Quedando en claro cuál es su actividad, no se requiere que el reportero proporcione los otros elementos de la información mencionados en el artículo 10, *párrafo 1* (Informaciones que se entregan al momento de la obtención.- [NdT]), de la Ley número 675/1996 (Ley sobre la Privacidad.- [NdT])<sup>25</sup>.

Lo que trasladado a los términos de nuestra realidad jurídica se conoce como la entrega del Aviso de Privacidad Corto, y que implica también satisfacer aquello que en el Reino Unido se plantea como: "hacer saber a la gente que se está recogiendo información sobre ellos". Dándonos, en ambos casos, la pauta para integrar en casi todas las Buenas Prácticas aquí propuestas, la recomendación de entregar, antes o después de la publicación –cuando sea posible–, un Aviso Corto que señale la finalidad de satisfacer el llamado "interés público".

---

<sup>23</sup> [NdT]: Nota del Traductor.

<sup>24</sup> El texto original dice así: *"Be open and honest wherever possible. People should know if you are collecting information about them where it is practicable to tell them. We accept that it will not generally be practicable for journalists to make contact with everyone they collect information about"*.

<sup>25</sup> El texto original dice así: *"1. Il giornalista che raccoglie notizie per una delle operazioni di cui all'art. 1, comma 2, lettera b), della legge n. 675/1996 rende note la propria identità, la propria professione e le finalità della raccolta salvo che ciò comporti rischi per la sua incolumità o renda altrimenti impossibile l'esercizio della funzione informativa; evita artifici e pressioni indebite. Fatta palese tale attività, il giornalista non è tenuto a fornire gli altri elementi dell'informativa di cui all'art. 10, comma 1, della legge n. 675/1996."*

Finalmente, esta segunda Buena Práctica recomienda privilegiar los Principios de Licitud (dado que así lo requiere la LFPDPPP), de Lealtad (que no se recaben datos con dolo o vulnerando la confianza del titular) y de Finalidad (pues se prevé la entrega de un Aviso de Privacidad que mencione los propósitos del periodista); abriendo la posibilidad de satisfacer también, de manera consecutiva, el Principio de Consentimiento, el de Responsabilidad, así como el Deber de Seguridad.

C) Cuando se obtengan de una fuente diversa al titular, documentos o datos personales para fines informativos o periodísticos, posteriormente, ponga a disposición de los titulares un Aviso Corto donde se advierta la finalidad de dicho acopio, y señale el *link* al aviso de privacidad de su organización o del responsable; y de ser posible, también obtenga posteriormente el consentimiento de dichas personas.

A diferencia de la recomendación anterior, que refiere a la obtención de información, imágenes, videos y/o audios donde se contacta –como en una entrevista– con las personas involucradas y casi de inmediato se puede entregar el Aviso Corto, ahora –cuando no se obtienen de los titulares, se insiste en la necesidad de la entrega de dicho Aviso, pero en un posterior momento, luego se supone que los datos y/o documentos se obtienen sin que se enteren los titulares.

En este caso, también dan soporte a esta recomendación las Buenas Prácticas antes mencionadas, establecidas en la “Guía para los Medios de Comunicación” elaborada por la Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido –como un “punto clave” para la “obtención de información”–; así como en lo señalado en el Artículo 2, párrafo 1, del Código Deontológico italiano<sup>26</sup>.

Esta tercera Buena Práctica, como en el caso de la anterior, recomienda privilegiar los Principios de Licitud, Lealtad, Finalidad, y facilita el posterior cumplimiento de los Principios de Consentimiento, de Responsabilidad, así como el Deber de Seguridad.

D) Que cuando la obtención de datos, documentos, audios, videos, fotografías, imágenes o información en general, se realiza de manera encubierta para evitar que las personas que participan en los hechos, se enteren y/o se opongan a su copia o registro, nada objeta el acopio legítimo de dichos materiales siempre que no se les dé ninguna difusión; pero en caso contrario, si se han identificado quiénes son y sea posible localizarles, es recomendable entregar un Aviso Corto con el que se advierta que se han obtenido, copiado y/o registrado sus datos y que se utilizarán si se estima que permiten satisfacer un “interés público,” siempre que el mismo Aviso no constituya, en sí, una obstrucción para la satisfacción de dicho interés.

De manera similar a como lo hace la Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido en su “Guía para los Medios de Comunicación,” esta Buena Práctica

<sup>26</sup> Transcrito en la nota 25.

pretende evidenciar que no se ignora y que nada se opone a que, de ser necesario se obtenga la información –que incluya datos personales– de manera encubierta, cuando esta conduzca a la satisfacción futura del interés público. No obstante, siendo coherente con las limitantes previstas por el Artículo 16 constitucional, se reiteran las medidas planteadas en las dos recomendaciones anteriores: poner a disposición de los titulares un Aviso Corto de la organización del periodista o del responsable.

Este es el espíritu en el que se pronuncia la obra “Protección de Datos y Periodismo: Guía para los Medios de Comunicación” del Reino Unido en páginas 9 y 10:

No es necesario notificar a las personas si con ello se perjudica la actividad periodística... Utilice métodos encubiertos solo si está seguro de que esto se justifica por el interés público... cuando sea posible, decir a la persona que está recogiendo la información de ella, y que la información es aproximadamente sobre... [Lo que distingue la nota], lo que eres y lo que se está haciendo con su información...

Si es necesario utilizar métodos encubiertos o intrusivos para obtener una historia, tales como la vigilancia, usted puede hacerlo si cree razonablemente que estos métodos son necesarios (en otras palabras, si no es razonablemente posible obtenerla de una manera menos intrusiva para obtener la información) y la historia es en interés público. Para establecer si la investigación encubierta se justifica por el interés público, debe equilibrar el efecto perjudicial que tendría informar el interesado sobre la asignación periodística en contra del efecto perjudicial que el empleo de métodos encubiertos tendría sobre la privacidad de los titulares de los datos...

...Incluso si la investigación encubierta puede ser justificada, aun así debe considerar si puede informar al interesado acerca de la información recopilada una vez que se hayan obtenido...<sup>27</sup>

Por otra parte, cabe señalar aquí, lo que el Garante para la Protección de Datos Personales italiano sostiene en el punto 1 del Artículo 6 del Código Deontológico antes

---

<sup>27</sup> El texto original dice así:

*“You do not need to notify individuals if this would undermine the journalistic activity. ...  
“Only use covert methods if you are confident that this is justified in the public interest.  
“...where practical, telling the person you are collecting the information from, and the person the information is about (if different), who you are, and what you are doing with their information.”(...) If you do need to use undercover or intrusive covert methods to get a story, such as surveillance, you may do so if you reasonably believe that these methods are necessary (in other words it is not reasonably possible to use a less intrusive way to obtain the information) and the story is in the public interest. To establish whether covert investigation is justified in the public interest, you must balance the detrimental effect that informing the data subject would have on the journalistic assignment against the detrimental effect employing covert methods would have on the privacy of any data subjects.”*

citado: “1. La divulgación de noticias de relevante interés público o social no entra en conflicto con el respeto a la privacidad cuando la información, incluso si es detallada, es indispensable en vista del hecho o de la originalidad de su descripción por las particulares formas en las que se produjo, así como por la calificación de sus protagonistas”<sup>28</sup>.

Es innegable que esta Buena Práctica recomienda privilegiar los Principios de Lealtad, Información, Finalidad y Responsabilidad que rigen la protección de datos personales, así como el posterior desarrollo del Deber de Seguridad.

E) Cuando no se haya identificado o no sea posible localizar a las personas que participan en los hechos grabados o documentados (de manera abierta o encubierta), o cuando la entrega del Aviso Corto pueda representar una obstrucción a la satisfacción del interés público, debe ponderarse por sí mismo o con la Dirección de Redacción –o su similar– dentro de la organización donde se trabaje, que la afectación a la privacidad nunca sea mayor al interés público existente por el que se difunda esa información y, simultáneamente, redactar con claridad las razones que existen y justifican el interés público en difundir dichos materiales, y depositar dicho escrito en un archivo específico bajo las medidas de seguridad de ley, a efecto de poder justificar –cuando se le requiera– la excepción al debido respeto de la privacidad y publicar junto con la nota periodística el *link* al Aviso de Privacidad correspondiente.

Esta Buena Práctica propone –de manera similar a como lo plantea la Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido (en la sección “Publicación” del Capítulo 2, “Guía Rápida”, de la obra antes citada)– consideraciones como las siguientes:

Incluso cuando la información ha sido bien obtenida y conservada, usted tendrá que considerar por separado qué información es justo publicar. Esta pregunta significa determinar cuál es la cantidad de datos personales que es necesario publicar para propagar adecuadamente la historia, con un nivel de intrusión equilibrado en la vida de las personas afectadas, así como el daño potencial que esto pueda causar. Por ejemplo, si publicar una historia sería muy intrusivo o perjudicial para la persona, entonces es menos probable que sea justo publicar dichos datos personales. Este también es el caso de historias obviamente con poco interés público, o que la publicación debería haber sido retrasada para verificar los hechos.

El interés público de la publicación debe ser ponderado por una persona con un nivel adecuado, en función de la historia. Reconocemos que para las historias del día a día no se suele necesitar del Director de Edición o de la opinión de expertos.

---

<sup>28</sup> El texto original dice así: “1. La divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l’informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell’originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti.”

La publicación es factible si, para ser justos y para cumplir con la LPD (Ley de Protección de Datos [NdT]) o para acogerse a la exención para el periodismo<sup>29</sup>, se puede demostrar que alguien en un nivel apropiado consideró que el interés público de la publicación sí supera la intimidad de las personas en las circunstancias del caso y puede dar buenas razones para sostener este punto de vista cuando lo desafíen<sup>30</sup>.

En fin, esta quinta Buena Práctica recomienda privilegiar el Principio de Lealtad (la valoración de la pertinencia de la publicación de los datos por motivos de “interés público” significa que los datos se obtuvieron sin dolo, mala fe o negligencia); así mismo, implica atender los Principios de Proporcionalidad y Responsabilidad y abre la posibilidad para que se cumpla también con el Principio de Información (la propuesta que se hace de incluir en la “nota periodística el *link* al Aviso de Privacidad correspondiente”), conduciendo de igual modo al cumplimiento del Deber de Seguridad pues al generarse un escrito que habría de conservarse con las medidas de seguridad pertinentes, está implícito que dicha conservación tendría que darse cumpliendo con los estándares de seguridad que establece la normatividad vigente.

---

<sup>29</sup> Es de hacer notar, primero, que la exención prevista en la sección 32 de la Ley de Protección de Datos (LPD) de 1998 del Reino Unido, solo es una entre las quince secciones de la parte IV, referida a las exenciones que dicha Ley establece para la aplicación de sus propias disposiciones (Véase: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents>). Y en segundo lugar, que lo previsto en esta exención (así lo contempla esta misma Guía en las páginas 27 y 28), se descompone en cuatro elementos, de los cuales los tres últimos, son los más importantes a la hora justificar porque no se cumplió con lo dispuesto por la LPD: 1) los datos se procesan solo para el periodismo, el arte o la literatura; 2) con vistas a la publicación de algún material; 3) con una creencia razonable de que la publicación es de interés público; y 4) con una creencia razonable de que el cumplimiento es incompatible con el periodismo.

<sup>30</sup> El texto original que plantea estas recomendaciones dice así:

*Even where information has been fairly obtained and retained, you will need to consider separately what information it is fair to publish. This question means determining how much personal data it is necessary to publish to properly report the story, balanced against the level of intrusion into the life of the data subjects, and the potential harm this may cause.*

*For instance, if a story would be highly intrusive or harmful then it is less likely to be fair to publish personal data. This is also the case with stories with little obvious public interest, or where publication should have been delayed to verify facts.*

*The public interest in publication should be considered by someone at an appropriate level depending on the story. We recognise that senior editorial or expert input will usually not be needed for day-to-day stories.*

*Publication is likely either to be fair and to comply with the DPA or to fall within the journalism exemption if it can be shown that someone at an appropriate level considered whether the public interest in publication outweighed individual privacy in the circumstances of the case and can give good reasons for this view when challenged.*

F) Cuando se obtienen videos, fotografías o imágenes en general, de lugares donde aparecen personas como parte del contexto, nada objeta el acopio ni la difusión de dichos materiales (Artículo 87, párrafo tercero, LFDA)<sup>31</sup>; no obstante, al publicarlos es recomendable ofrecer un Aviso Corto indicando el *link* del Aviso de Privacidad Integral de la organización<sup>32</sup>. Cuando se obtengan datos personales como parte de la información recabada con fines periodísticos, relacionados pero de personas diversas a las que son objeto de la noticia, de ser posible, se debe entregar un Aviso Corto con el que se advierta que se han obtenido, copiado y/o registrado sus datos y que se utilizarán si se estima que permiten satisfacer el interés público, ofreciendo el *link* del Aviso de Privacidad de la organización para la que se trabaje. Por ejemplo, el periodista deberá evitar nombrar en sus informaciones datos personales sobre los familiares y amigos de las personas que son objeto de la noticia, salvo que su mención resulte necesaria para que la información sea completa y equitativa.

Respecto del Aviso Corto que en este caso se recomienda entregar a quienes no son objeto de la noticia, es de recordar que la Ley Federal del Derecho de Autor prevé que no siempre se tiene que informar a las personas, pero de acuerdo a lo señalado en la obra “Protección de Datos y Periodismo: Guía para los Medios de Comunicación” del Reino Unido –página 10–<sup>33</sup> si se obtienen materiales donde aparecen estos terceros, debe existir una razón y una justificación para su obtención.

Ahora, en relación con el compromiso de ceñirse con objetividad a publicar solo datos necesarios para presentar la noticia, independientemente de que este precepto habrá de retomarse posteriormente en la octava Buena Práctica, en el Código Deontológico del Garante de la Protección de Datos Personales italiano encontramos que este es un precepto para el que hay más de una recomendación, pues además de las mencionadas en la primera y cuarta (Artículo 6, referente a la “esencialidad de la información”, en sus

---

<sup>31</sup> Párrafo tercero del Art. 87 Ley Federal del Derecho de Autor: “No será necesario el consentimiento a que se refiere este artículo cuando se trate del retrato de una persona que forme parte menor de un conjunto o la fotografía sea tomada en un lugar público y con fines informativos o periodísticos”.

<sup>32</sup> Con fundamento tanto en lo previsto en las Buenas Prácticas establecidas en la “Guía para los medios de comunicación” elaborado por la Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido –como un “punto clave” para la “obtención de información”– así como en lo señalado en el Artículo 2, párrafo 1, del Código Deontológico italiano.

<sup>33</sup> Del texto mencionado en nota al pie número 25: “*If you do need to use undercover or intrusive covert methods to get a story, such as surveillance, you may do so if you reasonably believe that these methods are necessary (in other words it is not reasonably possible to use a less intrusive way to obtain the information) and the story is in the public interest*”. Esto es: “Si es necesario utilizar métodos encubiertos o intrusivos para obtener una historia, tales como la vigilancia, usted puede hacerlo si cree razonablemente que estos métodos son necesarios (en otras palabras, si no es razonablemente posible obtenerla de una manera menos intrusiva para obtener la información) y la historia es en interés público”.

Artículos del 7 al 11 (referentes a la protección de los menores, de la dignidad de las personas, de la dignidad de las personas enfermas, de la sexualidad de la persona, y del derecho a la no discriminación), se encuentran muchas más que por exceder los objetivos del presente comentario, solo se presentan en los comentarios a la Buena Práctica del inciso H.

Esta recomendación privilegia los Principios de Licitud, Lealtad, Proporcionalidad, así como –cuando se llegue a entregar el aviso de privacidad–, el posterior cumplimiento de los principios de Información, Finalidad y Consentimiento que rigen la protección de datos personales.

## *2. Durante el tratamiento en general*

G) Cuando se dé tratamiento a cualquier tipo de datos personales de menores o de incapaces –a menos que se ignore cuál sea la condición de los titulares– es indispensable la entrega de un Aviso de Privacidad, y la obtención previa del consentimiento de los padres o sus representantes legales, y que el empleo de los datos correspondan con el objeto de la información que se ofrece en aras del interés público. La única excepción posible será cuando se demuestre que el acto de avisarles impida satisfacer el interés público o cuando en las noticias sobre las víctimas de un delito, sea necesario difundir datos personales, imágenes o registros de audios que pueda contribuir a su identificación. Antes de poder formular cualquier solicitud de consentimiento, se debe actuar con especial diligencia a fin de que quede claramente evidenciado el interés público, especialmente cuando se trate de delitos contra la libertad sexual, contra menores, marginados o incapaces.

Tratándose de menores, como ya se mencionó, el Código Deontológico del Garante italiano incluye un Artículo que contempla lo siguiente<sup>34</sup>:

Artículo 7. La protección de los menores.

1. Con el fin de proteger la personalidad de los menores involucrados en hechos noticiosos, el periodista no debe publicar sus nombres, ni proporcionar detalles capaces de llevar a su identificación.

---

<sup>34</sup> *Art. 7. Tutela del minore.*

*1. Al fine di tutelarne la personalità, il giornalista non pubblica i nomi dei minori coinvolti in fatti di cronaca, nè fornisce particolari in grado di condurre alla loro identificazione.*

*2. La tutela della personalità del minore si estende, tenuto conto della qualità della notizia e delle sue componenti, ai fatti che non siano specificamente reati.*

*3. Il diritto del minore alla riservatezza deve essere sempre considerato come primario rispetto al diritto di critica e di cronaca; qualora, tuttavia, per motivi di rilevante interesse pubblico e fermo restando i limiti di legge, il giornalista decida di diffondere notizie o immagini riguardanti minori, dovrà farsi carico della responsabilità di valutare se la pubblicazione sia davvero nell'interesse oggettivo del minore, secondo i principi e i limiti stabiliti dalla "Carta di Treviso."*

2. La protección de la personalidad del niño se extiende, considerando la calidad de las noticias y sus componentes, a todos los hechos que no son específicamente delitos.

3. El derecho del niño a la intimidad siempre debe ser considerado como preferente respecto de los derechos de crítica y de prensa; Siempre que no obste un motivo relevante de interés público, si sujetándose a los límites legales, el periodista decide difundir noticias o imágenes de menores, debe aceptar su responsabilidad de evaluar si la publicación es realmente en el interés objetivo del niño, de acuerdo con principios y límites establecidos por la "Carta de Treviso".

Asimismo, en la Guía para los Medios de Comunicación, elaborada por la Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido, se señala, para que la información recabada tenga un equilibrio, lo siguiente (en la página 9)<sup>35</sup>: "Solo recopilar información acerca de la salud, la vida sexual de una persona o de un comportamiento criminal, si está seguro de que es relevante y el interés público en hacerlo justifica suficientemente la intrusión en su intimidad".

En suma, esta recomendación, como puede observarse, privilegia el cumplimiento de los Principios de Lealtad y de Proporcionalidad, y si se produce la entrega del Aviso de Privacidad, también lleva al cumplimiento de los Principios de Información, Finalidad y Consentimiento que rigen la protección de datos personales.

H) En el tratamiento y publicación de los datos personales, el periodista extremará precauciones respecto de los derechos de sus titulares, evitando informaciones ajenas al objeto (o finalidad) de la información publicada u opiniones ajenas a los hechos concretos, o bien, evitando que su contenido sea eventualmente discriminatorio o susceptible de incitar a la violencia, a prácticas humanas degradantes o simplemente con consecuencias dañinas, sin separar los hechos concretos de sus opiniones personales.

Independientemente de que se cumpla o no con otros principios de la protección de datos personales, esta Buena Práctica que recomienda tener precisión al momento de verter la información en una nota periodística (respeto al Principio de Proporcionalidad en el acopio), como ya se señaló anteriormente, se encuentra respaldada por una gran cantidad de señalamientos que en el mismo sentido se establecen en el Código Deontológico de la Autoridad Garante de la Protección de Datos Personales italiana, concretamente en sus Artículos 7, sobre la protección de los menores; 8, sobre la protección de la dignidad de las personas; 10, sobre la protección de la dignidad de las personas enfermas; y 11, sobre la protección de la sexualidad de las personas:

---

<sup>35</sup> El texto original dice así: "*Only collect information about someone's health, sex life or criminal behaviour if you are confident it is relevant and the public interest in doing so sufficiently justifies the intrusion into their privacy.*"

Artículo 7. La protección de los menores.

1. Con el fin de proteger la personalidad de los menores involucrados en hechos noticiosos, el periodista no debe publicar sus nombres, ni proporcionar detalles capaces de llevar a su identificación.
2. La protección de la personalidad del niño se extiende, considerando la calidad de las noticias y sus componentes, a todos los hechos que no son específicamente delitos.
- ...

Artículo 8. Protección de la dignidad de las personas.

1. Una vez preservada la información esencial, el periodista no debe proporcionar noticias ni publicar imágenes o fotografías de personas involucradas en hechos noticiosos que sean perjudiciales para la dignidad de la persona, tampoco se detiene en detalles de violencia a menos que perciba alguna relevancia social de la noticia o de las imágenes.
2. Exceptuando cuando hay motivos de un relevante interés público o finalidad judicial o policiaca comprobada, el periodista no retoma ni produce imágenes o fotos de personas bajo arresto sin consentimiento del interesado.
3. No se puede presentar a las personas con cadenas o esposas, excepto cuando ello sea necesario para mostrar abusos.

Artículo 10. La protección de la dignidad de las personas enfermas.

1. El periodista, al referirse al estado de salud de una persona en particular, identificada o identificable, debe respetar su dignidad, su derecho a la intimidad y a la dignidad personal, especialmente en casos de enfermedades graves o terminales, y debe abstenerse de publicar los datos analíticos de estricto interés clínico...

Artículo 11. Protección de la sexualidad de la persona.

1. El periodista debe abstenerse de la descripción de los hábitos sexuales relacionados con una persona en particular, identificada o identificable...<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> La versión en italiano dice así:

*Art. 7. Tutela del minore.*

*1. Al fine di tutelarne la personalità, il giornalista non pubblica i nomi dei minori coinvolti in fatti di cronaca, nè fornisce particolari in grado di condurre alla loro identificazione.*

*2. La tutela della personalità del minore si estende, tenuto conto della qualità della notizia e delle sue componenti, ai fatti che non siano specificamente reati. ...*

*Art. 8. Tutela della dignità delle persone.*

*1. Salva l'essenzialità dell'informazione, il giornalista non fornisce notizie o pubblica immagini o fotografie di soggetti coinvolti in fatti di cronaca lesive della dignità della persona, nè si sofferma su dettagli di violenza, a meno che ravvisi la rilevanza sociale della notizia o dell'immagine.*

*2. Salvo rilevanti motivi di interesse pubblico o comprovati fini di giustizia e di polizia, il giornalista non riprende nè produce immagini e foto di persone in stato di detenzione senza il consenso dell'interessato.*

En el Reino Unido, las recomendaciones respecto de la precisión abarca la necesidad de realizar distinciones entre opiniones personales y datos concretos, (incluidas en la sección "Exactitud," del Capítulo 2, "Guía Rápida," en la página 13 de la obra "Protección de Datos y Periodismo: Guía para los Medios de Comunicación"), manifestándose invariablemente en el mismo sentido:

Tomar medidas razonables para comprobar los hechos.

Distinguir claramente entre hechos, opiniones y especulaciones.

La precisión es, por supuesto, el centro mismo de la obra de un periodista profesional, y está en el corazón de los códigos de la práctica profesional.

La LPD requiere que se registren correctamente los datos y tomar medidas razonables para poder comprobar los hechos. También debe distinguir claramente entre hechos y opiniones y si el individuo se opone a los hechos, usted debe decirlo.

Los periodistas responsables siempre tienen cuidado de asegurarse que sus notas son exactas y no inducen a engaño, lo que significa que debe ser capaz de cumplir en la gran mayoría de los casos<sup>37</sup>.

Sin duda, esta octava Buena Práctica recomienda privilegiar los Principios de Proporcionalidad, Lealtad y Calidad, independientemente de que posteriormente o de forma simultánea se cumpla con los demás principios y deberes que rigen la protección de datos personales.

---

*3. Le persone non possono essere presentate con ferri o manette ai polsi, salvo che ciò sia necessario per segnalare abusi.*

*Art. 10. Tutela della dignità delle persone malate.*

*1. Il giornalista, nel far riferimento allo stato di salute di una determinata persona, identificata o identificabile, ne rispetta la dignità, il diritto alla riservatezza e al decoro personale, specie nei casi di malattie gravi o terminali, e si astiene dal pubblicare dati analitici di interesse strettamente clinico. ...*

*Art. 11. Tutela della sfera sessuale della persona.*

*1. Il giornalista si astiene dalla descrizione di abitudini sessuali riferite ad una determinata persona, identificata o identificabile.*

*2. La pubblicazione è ammessa nell'ambito del perseguimento dell'essenzialità dell'informazione e nel rispetto della dignità della persona se questa riveste una posizione di particolare rilevanza sociale o pubblica.*

<sup>37</sup> El texto original es el siguiente:

*Take reasonable steps to check your facts.*

*Distinguish clearly between fact, opinion and speculation.*

*Accuracy is, of course, at the very core of a professional journalist's work, and features at the heart of industry codes of practice.*

*The DPA requires you to record details correctly and take reasonable steps to check your facts. You should also clearly distinguish between fact and opinion and if the individual disputes the facts you should say so.*

*Responsible journalists will always take care to ensure reports are accurate and not misleading, which means you should be able to comply in the vast majority of cases.*

l) Cuando al tratar de los datos personales resulte necesario para los fines informativos hacer mención de datos sensibles, a fin de asegurar que dicha mención mantenga una relación con la noticia, el periodista debe evitar cualquier expresión despectiva, con prejuicios a la raza, color, origen social, a las preferencias políticas, ideológicas, sexuales, de religión o a la posesión de capacidades diferentes.

En este mismo sentido se pronuncia la obra "Protección de Datos y Periodismo: Guía para los Medios de Comunicación" del Reino Unido, cuando en su página 23 advierte: "No hay una prohibición total sobre el uso de los datos personales sensibles, pero hay más restricciones y deben ser tratados con mucho cuidado. Como el periodismo implica a menudo manejar este tipo de información, esta es un área donde puede ser necesario para los medios, invocar la exención del Artículo 32 para el periodismo"<sup>38</sup>.

Por otra parte, ubicándolo en un contexto diferente, el Código Deontológico para la Actividad Periodística, del Garante para la Protección de Datos Personales de Italia, en su Artículo 5 señala lo siguiente:

Artículo 5. Derecho a la información y la protección de datos personales.

1. En la recolección de datos personales con el fin de descubrir el origen racial o étnico, creencias religiosas, filosóficas o de otro tipo, opiniones políticas, pertenencia a partidos, sindicatos, asociaciones u organizaciones de pertenencia religiosa, filosófica, política o sindical, y los datos para descubrir el estado de salud y la esfera sexual, el periodista debe garantizar el derecho a la información sobre asuntos de interés público, respetando la información esencial, y evitando hacer referencia a familiares u otras personas que no están vinculados con los hechos<sup>39</sup>.

Esta recomendación que, como en el caso anterior, privilegia los Principios de Lealtad, Proporcionalidad y Calidad; y se da independientemente de que se cumpla o no con otros principios y deberes de la protección de datos personales.

---

<sup>38</sup> *There is no outright ban on using sensitive personal data, but there are more restrictions and it must be treated with extra care. As journalism often involves this type of information, this is an area where the media may need to invoke the section 32 exemption for journalism.*

<sup>39</sup> La recomendación originalmente se plantea así:

*1. Nel raccogliere dati personali atti a rivelare origine razziale ed etnica, convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, opinioni politiche, adesioni a partiti, sindacati, associazioni o organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché dati atti a rivelare le condizioni di salute e la sfera sessuale, il giornalista garantisce il diritto all'informazione su fatti di interesse pubblico, nel rispetto dell'essenzialità dell'informazione, evitando riferimenti a congiunti o ad altri soggetti non interessati ai fatti.*

J) En general, cuando el periodista ofrezca datos personales, debe hacerlo con conocimiento de la veracidad de su fuente, sin falsificar documentos ni omitir informaciones esenciales, así como no publicar material informativo falso, engañoso o deformado de las personas.

En este sentido se pronuncia la obra “Protección de Datos y Periodismo: Guía para los Medios de Comunicación” en el Reino Unido, en su página 25:

Los datos personales deben ser exactos y, cuando sea necesario, actuales. En la práctica esto significa que debe tomar medidas razonables para asegurarse de que sus hechos son correctos y no engañosos, y si el individuo se opone a cualquier hecho se debe investigar y hacer que reflejen su punto de vista. Qué medidas son razonables dependerá de las circunstancias, incluyendo la urgencia de la historia en particular<sup>40</sup>.

Esta recomendación privilegia los Principios de Licitud y Calidad que rigen la protección de datos personales, así como el posterior cumplimiento del Deber de Seguridad, luego que la única manera que tiene para respaldar su palabra es conservar los archivos fuente de sus notas periodísticas.

### 3. Ejercicio de los derechos ARCO

Existen también Buenas Prácticas para la atención de reclamaciones por supuesta falta de objetividad, veracidad o justificación del interés público; estas son las que se señalan a continuación:

K) Ante la posibilidad de reclamaciones sobre la veracidad de los datos publicados, o la objetividad, o justificación del interés público, es conveniente que el periodista mantenga siempre disponible la información obtenida y/o publicada, a fin de poder atender cualquier solicitud de derechos ARCO, sin que existan límites para la conservación de los registros obtenidos durante la labor periodística, por lo cual, el periodista debe revisar periódicamente la validez y vigencia de la información almacenada, especialmente cuando se han tratado datos sensibles o datos cuya inclusión solo se justifica por el interés público.

Por lo que se refiere a las eventuales rectificaciones que pudieran formularse al periodista, en el citado Código Deontológico del Garante de la Protección de Datos Personales de Italia, se menciona:

Artículo 2. Los bancos de datos para uso editorial y la protección de los archivos personales de los periodistas.

---

<sup>40</sup> Originalmente: “*Personal data must be accurate and, where necessary, up to date. In practice this means you must take reasonable steps to ensure your facts are correct and not misleading, and if the individual disputes any facts you should investigate and reflect their view. What steps are reasonable will depend on the circumstances, including the urgency of the particular story.*”

2. Si los datos personales se recogen de los bancos de datos para uso editorial, se requieren las empresas editoriales para revelar al público, a través de anuncios, al menos dos veces al año, la existencia de archivo y el lugar en el que pueden ejercer los derechos previstos en la Ley número 675/1996. Las empresas editoriales indican también entre los datos de la placa del controlador para que las personas interesadas pueden ponerse en contacto para ejercer los derechos previstos por la Ley número 675/1996.

4. El reportero puede retener los datos recogidos durante el tiempo que sea necesario para la consecución de sus objetivos de su profesión.

Artículo 4. Rectificaciones.

1. El periodista debe corregir sin demora, los errores e imprecisiones, haciéndolo de conformidad también con la obligación de corregir en los casos y formas que establece la ley<sup>41</sup>.

Por otra parte, la Guía para los Medios de Comunicación en el Reino Unido, entre lo contemplado en la Sección "Requerimientos de Solicitudes de Acceso," del Capítulo 2°, "Guía Rápida", en la página 14 recomienda:

Si se decide que no puede responder a una solicitud o solo se puede cumplir en parte, registrar sus razones.

Asegúrese de que existe un procedimiento de atención para las solicitudes de acceso en lugar de atenderlas usted mismo.

Siempre considere si usted puede proporcionar la información (o parte de ella) sin poner en peligro sus actividades periodísticas.

Si decide que no se puede responder a una solicitud o que solo se puede complacer en parte, registre sus razones.

Puede redactar información sobre terceros, incluyendo fuentes individuales, siempre y cuando sea razonable para hacerlo.

---

<sup>41</sup> El texto original dice así:

*Art. 2. Banche dati di uso redazionale e tutela degli archivi personali dei giornalisti*

*2. Se i dati personali sono raccolti presso banche dati di uso redazionale, le imprese editoriali sono tenute a rendere noti al pubblico, mediante annunci, almeno due volte l'anno, l'esistenza dell'archivio e il luogo dove è possibile esercitare i diritti previsti dalla legge n. 675/1996. Le imprese editoriali indicano altresì fra i dati della gerenza il responsabile del trattamento al quale le persone interessate possono rivolgersi per esercitare i diritti previsti dalla legge n. 675/1996.*

*4. Il giornalista può conservare i dati raccolti per tutto il tempo necessario al perseguimento delle finalità proprie della sua professione.*

*Art. 4. Rettifica.*

*1. Il giornalista corregge senza ritardo errori e inesattezze, anche in conformità al dovere di rettifica nei casi e nei modi stabiliti dalla legge.*

Si alguien le presenta una solicitud por escrito para averiguar si posee información sobre ellos, qué información tiene, en qué la tiene, lo que está haciendo con ella o pide ver copias, debe tener en cuenta si se puede cumplir con su petición<sup>42</sup>.

Finalmente, esta Buena Práctica privilegia los Principios de Licitud, Calidad e Información que rigen la protección de datos personales, así como el Deber de Seguridad.

#### IV. COROLARIO

La necesidad de una demarcación de los límites entre el derecho humano a la libertad de expresión y el derecho a determinar quién, cuándo y para qué se usan los datos personales del individuo, hace necesaria una ponderación de los preceptos previstos en nuestra Constitución, no obstante, queda pendiente una determinación respecto de quién debe velar por el “interés público”:

¿Le corresponde solo a las instituciones del Estado o son los ciudadanos, junto con estas, quienes deben hacerlo? De ser válida la segunda acepción, tal como el máximo Tribunal del país se ha pronunciado (amparo directo 3/2011, TA, 10ª Época)<sup>43</sup>, estas “Buenas Prácticas” pueden aplicarse a cualquiera que acceda a la red para tratar datos personales sin consentimiento del titular.

Más aún, cuando observamos la cada vez más apremiante necesidad de volver conscientes a nuestros conciudadanos del papel que todos jugamos como co-constructores del desarrollo de nuestra sociedad o como co-exterminadores de nuestra vida en sociedad.

---

<sup>42</sup> Originalmente:

*Ensure you have a process in place for handling subject access requests.*

*Always consider whether you can provide the information (or some of it) without undermining your journalistic activities.*

*If you decide you cannot comply with a request or you can only comply in part, record your reasons.*

*You can redact information about third parties, including individual sources, as long as it is reasonable to do so.*

<sup>43</sup> Véase la nota al pie número 6.

## V. FUENTES DE INFORMACIÓN

- "CDHDF documenta tres quejas por presunta violación de DDHH con utilización de Periscope", *Boletín 31/2016*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, <http://cdhdf.org.mx/2016/02/cdhdf-documenta-tres-quejas-por-presunta-violacion-de-ddhh-con-utilizacion-de-persicope/>, consultado el 08.03.2016.
- Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, párrafo 150, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf), consultado el 12.03.2016.
- Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica* (Código Deontológico relativo al Tratamiento de Datos Personales en el Ejercicio de la Actividad Periodística). Garante para la Protección de Datos Personales de Italia, <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1556386>.
- Código de Ética de la Sociedad de Periodistas Profesionales de los Estados Unidos de América*, <http://www.spj.org/ethicscode.asp> o en <https://translate.google.com.mx/translate?hl=es&sl=en&u=https://www.spj.org/ethicscode.asp&prev=search>.
- Código de Ética del Foro de Periodismo Argentino (FOPEA)*, <http://www.fopea.org/etica-y-calidad/codigo-de-etica-de-fopea/>.
- Código de Ética para los Medios Mexicanos*, <http://raultrejo.tripod.com/Mediosensayos/Codigoetica.htm>.
- Código Deontológico. Federación de Asociaciones de Periodistas de España*, <http://fape.es/home/codigo-deontologico/>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, consultada el 30.03.2016
- Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>.
- Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf).
- Data protection and journalism: a guide for the media*. Oficina del Comisionado para la Información del Reino Unido, <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1552/data-protection-and-journalism-media-guidance.pdf>.
- FUENTES, Diana, "Listo, primer borrador para regular Periscope", *El Universal*, 8 de marzo de 2016, <http://104.239.237.37/articulo/metropoli/df/2016/03/7/listo-primer-borrador-para-regular-periscope/>.
- GUERRERO, Almariana, "Debate sobre uso de Periscope, el próximo 17 de marzo", *Uno noticias*, 8 de marzo de 2016, <http://www.unotv.com/noticias/estados/distrito-federal/detalle/debate-sobre-uso-de-periscope-el-17-de-marzo-157283/>.

*Guía para cumplir con los principios y deberes de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, [http://inicio.inai.org.mx/DocumentosdelInteres/Guia\\_obligaciones\\_lfpdppp\\_junio2016.pdf](http://inicio.inai.org.mx/DocumentosdelInteres/Guia_obligaciones_lfpdppp_junio2016.pdf),  
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, consultado el 30.03.2016.

*Ley de Protección de Datos (LDP) del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/contents>.

*Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>.

*Ley Federal del Derecho de Autor*, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122\\_130116.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/122_130116.pdf).

*Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>.

*Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015).

*Ley sobre Delitos de Imprenta*, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/40\\_041115.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/40_041115.pdf).

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>.

*Recomendación 1/2008*, Agencia Catalana de Protección de Datos.

*Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares*, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg\\_LFPDPPP.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf).

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. 1, mayo de 2013, p. 552.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, t. 1, mayo de 2013, pp. 559.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, pp. 923.

## LAS RAÍCES ROMÁNTICAS DE LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO. UNA APROXIMACIÓN A LAS IDEAS DEL RACIONALISMO JURÍDICO Y DEL EMPIRISMO JURÍDICO

Aida del Carmen SAN VICENTE PARADA<sup>1</sup>

*“En el principio fue la Palabra. Ya empiezo a atascarme, ¿quién me ayudará a seguir? No puedo darle tanto valor a la Palabra. Tengo que traducirlo de otra manera. Si el Espíritu me iluminara...*

*Aquí dice: En el principio fue el Pensamiento. Piensa bien en esta línea, la primera; que tu pluma no se apresure. ¿Es el pensamiento el que todo lo crea y por el que todo se obra? Tal vez ponga: «En el principio fue la Fuerza». Pero ya, al escribirlo, algo me dice que no he de dejarlo así. Me ayuda el Espíritu, veo cuál es su consejo y escribo confiado: En el principio fue la Acción.”*

*“Fausto,” Goethe*

### SUMARIO

I. Introducción. II. El discurso de metamorfosis en el Fausto de Goethe: de la Edad Media a la Modernidad. III. El Romanticismo. IV. La Escuela Histórica del Derecho. V. La influencia del Romanticismo en el Neoconstitucionalismo. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de información.

### RESUMEN

La Escuela Histórica del Derecho fue fuertemente influida por el Romanticismo, movimiento intelectual que sostenía que la Historia, como una serie de acciones sucesivas que culminan en épocas subjetivas u

### ABSTRACT

The Historical School of Law was strongly influenced by Romanticism, intellectual movement that argued that History as a series of successive actions culminating in subjective or objective times, is the result

---

<sup>1</sup> Licenciada y Maestra en Derecho por la UNAM, con estudios en Pedagogía por la Facultad de Filosofía y Letras. Recipientaria de la Medalla Alfonso Caso 2014. Catedrática de Derecho Civil en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Maestra adscrita al Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente cursando el primer semestre del programa de Doctorado en Derecho de la UNAM.

objetivas, es producto de la acción del espíritu en el constante devenir de orden y caos. En este artículo se pretende detallar de qué manera estos postulados cobran vida en la concepción del Derecho como un fenómeno más de la cultura y de la Historia. Para comprender el ambiente intelectual que alimentó estas corrientes de pensamiento se analizará brevemente a la Modernidad.

### **PALABRAS CLAVE**

Romanticismo. Escuela Histórica del Derecho. Cultura. Devenir histórico. Modernidad. Razón

of the action of the spirit in the constant evolution of order and chaos. This article aims to detail how these principles come alive in the conception of law as a phenomenon over culture and History. To understand the intellectual environment that fed these streams of thought will be briefly discussed to Modernity.

### **KEY WORDS**

Romanticism. The Historical School of Law. Culture. Historical development. Modernity. Reason.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El Romanticismo es una corriente de pensamiento muy vasta con diversas manifestaciones en la pintura, la música y sobre todo en la literatura, su descripción y análisis en las siguientes páginas resulta escueto ante la grandeza del movimiento, no obstante el estudio más bien se encamina a entrelazar y aterrizar sus principios en la Escuela Histórica del Derecho, porque como a continuación se apreciará, el Romanticismo se encarna de una manera muy particular en esta concepción del Derecho, cuya revisión resulta muy interesante ante la oleada de Neoconstitucionalismo en donde reviven muchos de los pensamientos de esta escuela.

Para comprender el contexto del Romanticismo la primera parte del artículo está dedicada al breve análisis del nacimiento de la Modernidad en el siglo XIV hasta el siglo XIX, que recrea muchos de los pensamientos del Romanticismo. Arrancar el artículo en el nacimiento de la Modernidad obedece a que la misma hizo las veces de caldo de cultivo para el pensamiento romántico. Asimismo, es la Modernidad la que presencia el nacimiento de la Escuela Natural de Derecho y de la Escuela Histórica del Derecho, mismas que serán comparadas sutilmente con el ánimo de enriquecer la lectura y hacer patentes los contrastes entre estas dos concepciones del Derecho.

En la segunda parte del artículo se desarrollan las premisas principales del Romanticismo, toda vez que el lector ya cuenta con el marco cognitivo adecuado para ubicar históricamente al objeto de estudio. Agotado lo anterior, el artículo concluye con los postulados de la Escuela Histórica del Derecho y es en esta parte donde se evidencia la influencia del Romanticismo en la concepción del Derecho.

Resulta conveniente hacer la siguiente aclaración: si bien el fundador de la Escuela Histórica del Derecho es Savigny, el desarrollo ulterior de la Escuela estuvo a cargo de Ihering, quien en una primera etapa intelectual se dedicó de viva voz a continuar con el estudio, para desarrollar cabalmente las ideas de la Escuela se reproducen las ideas de los dos jurisconsultos. En el caso de Ihering únicamente se toman en cuenta las ideas de su obra intitulada "Del Nacimiento del Sentimiento Jurídico", que se remonta a la etapa intelectual en la que Ihering se proclamó como el fundador de la Nueva Escuela Histórica del Derecho, ya que revivió los postulados a la par de actualizarlos. De ahí la importancia de abordarlos. En las sucesivas etapas de su vida, Ihering abandonaría el pensamiento de la Escuela Histórica para fundar la Escuela de la Sociología del Derecho que se caracteriza por tener un sustrato más sociológico y psicológico; de esa época es, por ejemplo, la obra "La Lucha por el Derecho", cuyas páginas aún están impregnadas del espíritu de la Escuela Histórica, pero también de severas críticas en contra de esta Escuela a la cual calificó de visión limitada del Derecho.

El artículo está por entero dedicado a conocer el sustrato filosófico que sirve de piedra de toque para los estudios de la Escuela Histórica del Derecho, en este caso el Romanticismo que en el plano de la filosofía fructificó en el idealismo alemán, que está latente como epistemología en la construcción del objeto de estudio de la Escuela Histórica. El estudio del Romanticismo y de la Escuela Histórica Alemana resulta apasionante, porque simbolizan una nueva forma, radicalmente opuesta a la tradicional, de pensar al mundo, a la realidad y al Derecho. La Escuela Histórica del Derecho, encuentra cabida en la filosofía del Derecho, pero también en la antropología jurídica, ya que su concepción del Derecho como un producto más de la cultura inmerso en la tríada dialéctica, es un genuino estudio de antropología jurídica, rama incipiente en el Derecho pero con mucha proyección a futuro dentro del marco de la posmodernidad, que concibe al individuo, y en este caso al Derecho, como una entelequia<sup>2</sup> cultural y social, como un arquetipo.

Es menester mencionar que el presente título está inspirado en el artículo: *Evolucionismo antes de Darwin. Las Raíces Románticas*, publicado en la Revista de la Universidad de México, que llegó a mis manos por conducto de uno de sus autores, quien fue mi maestro de la asignatura corrientes filosóficas y antropología; en la parte de las fuentes de información se dan más detalles del artículo, por si resulta de interés para el lector.

---

<sup>2</sup> El término se utiliza en el sentido aristotélico, es decir, como el estado de perfección hacia el que se tiende, como aquella cosa que en sí misma tiende a su fin propio.

## II. EL DISCURSO DE METAMORFOSIS EN EL FAUSTO DE GOETHE: DE LA EDAD MEDIA A LA MODERNIDAD

Goethe comenzó a escribir "Fausto" a la edad de 21 años, y terminó de escribirlo a la edad de 82, un año antes de su muerte, debido a lo anterior la obra se publicó de manera póstuma en cumplimiento del deseo de Goethe quien insistió en que se publicara la obra hasta después de su muerte; cabe aclarar que la idea del Fausto floreció en la mente del autor desde su niñez cuando su abuela le regaló un teatro de marionetas para navidad, y después de mucha desidia y de intensos apremios por parte de su editor y del propio Schiller<sup>3</sup>, Goethe concluyó su obra, tal vez la más profunda y enérgica.

La obra de "Fausto" puede ser vista desde diversas ópticas: como la búsqueda del conocimiento absoluto, de la esencia de las cosas, de la mano de un individuo que se siente desnudo ante la naturaleza que simboliza lo divino y lo absoluto; pasando por la idea de una naturaleza binaria que aloja al bien y al mal en el individuo. Así como la realidad cambiante, reflejada en la superación de la existencia y la búsqueda de más, de ahí que en una primera instancia Fausto busca la satisfacción del deseo carnal en Margarita y poco a poco su deseo se transforma en amor; hasta la crítica de la Modernidad. En las siguientes líneas nos ocuparemos de la concepción de la Modernidad como parte del pensamiento del romanticismo y del idealismo alemán, pues las ideas anteriormente esbozadas constituyen las premisas del pensamiento romántico como más adelante veremos.

En esa línea de pensamiento podemos afirmar que "Fausto" es la tragedia del ser humano enfrentado a la idea de del progreso de la Modernidad, de ahí que la obra maestra de Goethe inicie en el gabinete de Fausto, de aspecto medieval –representación del intelecto individual, abstracto y aislado– y culmine en el trajín del progreso, con la destrucción de la pequeña casa de Baucis y Filemón –el desarrollo conlleva destrucción y ruina de acuerdo a la idea de la Modernidad–, con el fin de integrar su existencia (simbólicamente hablando) a las organizaciones complejas y enormes que Fausto imagina, sin saber que está cavando su propia tumba, de tal suerte que en la última parte de la obra, Fausto pronuncia las siguientes palabras: "Extiéndase hasta el pie de la montaña una ciénaga que inficiona todo cuanto se ha ganado a fuerza de trabajo; desaguar también esa charca pestilente, fuera el logro supremo. A muchos millones de hombres les abro espacios donde puedan vivir, no seguros es cierto, pero sí libres y en plena actividad..."<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Sin embargo, el efecto inmediato de la muerte de Schiller fue que Goethe retomase "Fausto". Schiller lo había animado una y otra vez, a que lo hiciera, por lo que ahora se sentía en la obligación de concluirlo por amor al amigo fallecido. De todos modos, había también una opresión que venía de afuera: el tomo octavo de las obras editadas por Cotta debía contener "Fausto" terminado. Safranski, Rüdiger, *Goethe. La vida como obra de arte*, Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2016, p. 434.

<sup>4</sup> Goethe, Joseph Charles, *Fausto*, 23ª. ed., Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2013, p. 257.

La obra de Goethe es una especie de Eneida que describe la migración que el ser humano realiza de la Edad Media hacia la Modernidad; es incluso la demostración de la inserción de un nuevo discurso moral<sup>5</sup> que ayude a justificar la explotación del hombre por el hombre en pos del progreso, de tal manera que Fausto deja de ser un intelectual de nicho, que estudia los secretos de la vida mediante la alquimia, para ser un empresario que libera todas sus energías en aras del desarrollo.

En efecto, el culto al dinero y la tendencia a acumular los mayores beneficios constituyen un terreno abonado para que en las relaciones entre los individuos florezcan el espíritu de posesión, el egoísmo, la hipocresía, el cinismo y el individualismo exacerbado. Cada quien confía en sus propias fuerzas, desconfía de las de los demás y busca su propio bienestar, aunque haya que pasar por encima del bienestar de los demás.

Tal es la moral individualista y egoísta que responde a las relaciones sociales burguesas. Sin embargo, en tiempos ya lejanos, cuando era una clase social en ascenso y trataba de afirmar su poder económico y político frente a la caduca y decadente aristocracia feudal, la burguesía estaba interesada en mostrar –ante ella– su superioridad moral. Y, con este motivo, a los vicios de la aristocracia (desprecio por el trabajo, ocio, libertinaje de las costumbres, etc.) contraponía sus virtudes propias: laboriosidad, honradez, puritanismo, amor a la patria y a la libertad, etc...<sup>6</sup>

En el “Fausto”, Goethe traza las líneas cardinales donde la Modernidad situaría al ser humano, es decir, el movimiento pendular de la existencia, el constante ir y venir acelerado, donde no hay tiempo para contemplar, sino para hacer y hacer, en una realidad recargada de estímulos para ser consumida, de ahí que Mefistófeles estimule constan-

---

<sup>5</sup> Se presenta como un código no escrito de hechos, actos, actitudes etc., que deben ser obedecidos –por eso pertenece al plano del deber ser– esto de acuerdo a la comunidad y al contexto histórico de la misma. Bajo esa tesitura, la moral es una construcción social, cultural e histórica que depende en gran medida de los medios de producción.

Por su parte la palabra ética deriva de *ethos*, la morada, que se refiere al modo de ser o el carácter que se da a través del hábito. Al ser una disciplina de contenido normativo se ocupa de reflexionar sobre las normas, de preguntarse ¿por qué debemos de seguir determinado comportamiento moral? Sin embargo la ética no prescribe ni hace normas, más bien invita a contemplar y criticar a la moral con el fin de propiciar la armonía social.

Su significado no debe confundirse con la etimología de su objeto de estudio –la moral– que viene de *mores* que significa costumbre, recordando que la costumbre en el derecho romano se formaba mediante dos elementos: la *inveterata consuetudo*, o sea la repetición del acto, y la *opinio iuris necessitatis* o sea, la opinión grupal o el consenso de que ese acto debe ser repetido como algo valioso para la sociedad, de ahí que muchas veces las buenas costumbres son consideradas como fuente del Derecho ante las lagunas de la ley o de la jurisprudencia. En este caso, la moral es la repetición de los actos porque llevar a cabo esa conducta resulta valioso y necesario para la convivencia social. Empero en este caso como tal no hay una reflexión del por qué es necesario actuar de cierta manera. Es ahí donde entra la ética, que busca generar un hábito de actuar correctamente pero de manera reflexiva y crítica.

<sup>6</sup> Sánchez Vázquez, Adolfo, *Ética*, 38ª. ed., México, Grijalbo, 1996, pp. 43 y 44.

temente a Fausto para poseer más. En manos de ese demonio alemán, “Fausto” se convierte de soñador a amante y de amante pasa a ser empresario casado con la idea del progreso. Bajo esa tesitura señala Berman: desde el punto de vista de Mefisto, la mercancía más valiosa es la *velocidad*. Ante todo la *velocidad* tiene sus aplicaciones: cualquiera que desee hacer cosas grandes en el mundo necesitará moverse rápidamente alrededor y a través de él<sup>7</sup>.

De hecho, la representación del pequeño pueblo donde vive Margarita de estilo medieval, donde se despliega una moral más primitiva que asfixia al individuo, es una realidad que Fausto destruye como tornado, la caída de Margarita evidencia para Fausto los temores de una mujer que vive en un pasado que lo ata, en una realidad anclada a la Iglesia y a los muros de una pequeña ciudad, que aprehensivamente lo encadena a los límites de la Edad Media, donde no hay espacio para la libertad ni el deseo de ir más allá, de tal manera que ella muere en el calabozo como símbolo del despojo que la Modernidad hace a la Edad Media, ya que esa época es decadencia y destrucción para un Fausto que no desea que nada lo sujete, pues tiene hinchado el cuerpo de energías de progreso; así con remordimiento Fausto emprende su etapa de desarrollista. Y con ello rompe por completo con la moral de la Edad Media<sup>8</sup>, en donde no hay espacio para el individuo y su libertad para construir una nueva realidad.

En esa línea de pensamiento: los intereses de la nueva clase social, vinculados al desarrollo de la producción, y a la expresión del conocimiento, exigía mano de obra libre (y, por tanto, la liberación de los siervos), así como la desaparición de las trabas feudales para ahora crear un mercado nacional único...<sup>9</sup>

Fausto entonces se aboca a transformar al mundo, a fincar, a desbordar progreso para que las personas vivan en un mundo que él piensa será más justo, por eso no importa sacrificar a Filemón y a Baucis, o de entretener a la corte con la imagen inalcanzable de Elena, misma que se desvanece cuando Fausto intenta abrazarla. Nada de esto importa o trasciende en la mente de Fausto que solo busca los grandes proyectos técnicos, relegando el discurso humanista ante el paroxismo del devenir acelerado de la Modernidad. Pero esa razón instrumental exacerbada en la última parte de la obra, sería el fin de Fausto, pues a la puerta de la morada del héroe de la Modernidad tocan la escasez, la miseria, la culpa y la inquietud. En ese momento Fausto tal vez se da cuenta de que el mismo absoluto lo absorbe, como en un principio está desnudo ante la finitud de lo divino.

---

<sup>7</sup> Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la Modernidad*, 2ª. ed., México, Siglo XXI, 2011, p. 41.

<sup>8</sup> La moral de la sociedad medieval respondía a sus características económico-sociales y espirituales. De acuerdo con el papel preeminente de la Iglesia en la vida espiritual de la sociedad, la moral estaba impregnada de un contenido religioso. Sánchez Vázquez, Adolfo, *op. cit.*, p. 41.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 42.

Hoy en día la humanidad recrea esta escena y será el Romanticismo quien esboce el cuadro completo de una realidad que desea dominar a la naturaleza, a fuerza de una razón instrumental que no comulga con el devenir de la existencia humana, que no es exponencial, porque su progreso no está asegurado y sobre todo porque no existe la idea de un progreso absoluto.

### III. EL ROMANTICISMO

El Romanticismo es una corriente de pensamiento que representó una ruptura con los valores, el pensamiento y la cultura que hasta el siglo XVIII imperaban en Europa, tuvo diversas manifestaciones en la literatura, la música, la pintura<sup>10</sup>, y en el plano de la filosofía abrevó, por ejemplo, en el idealismo alemán. El Romanticismo, fecundo movimiento espiritual, creador de conciencia, se alzó como una voz crítica en contra del uso exacerbado y reduccionista de la razón que pregonaba con ahínco la Ilustración. Y si bien muchos de sus grandes exponentes tuvieron un destino trágico, la fuerza de sus pensamientos se convirtió en tierra fértil para los movimientos estéticos, culturales y filosóficos de la Modernidad del siglo XIX, como síntesis entre lo clásico y lo moderno.

El Romanticismo se desarrolla a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. El adjetivo romántico se encuentra usado ya en el inglés de fin del 600 con el significado *romanceso*, relativo al romance caballeresco medieval<sup>11</sup>. En Francia la palabra se transformó en *romantique* para referirse a los parajes en ruinas de las leyendas de la Edad Media<sup>12</sup>. Sus raíces se encuentran, en el romance caballeresco de los siglos medios en Francia, España e Italia. Y será hasta la invasión napoleónica que la palabra tome un sabor netamente germánico, ya que fue unido a la oleada de nacionalismo alemán. Más tarde con Schlegel, quien en su revista *Athenäum* (1800) define al romance como un libro romántico, indicando la supremacía de la poesía romántica<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Es curioso que a pesar de que el Romanticismo fue un magno movimiento estético, en la arquitectura casi no tuvo presencia, es decir, brilló por su ausencia. Esto se debe a que de acuerdo al propósito de esta corriente de pensamiento, las artes que debían desarrollarse más eran la literatura, la pintura y la música porque ellas se conformaban con el espíritu, su confección implicaba menos material; y el arte como manifestación del espíritu debe prescindir de la materia para ser. La arquitectura y la escultura necesitan más materia para ser desarrollados y rompen el equilibrio entre mensaje y forma.

<sup>11</sup> Urdanoz, Teófilo, "El Romanticismo Filosófico. Origen y caracteres", *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, 1975, t. IV, p. 255.

<sup>12</sup> Gras Balaguer, Menene, *El Romanticismo como espíritu de la Modernidad*, 2ª. ed., Barcelona, Mesinos, 1988, p. 17, <https://books.google.com.mx/books?id=gjcEqQXqLcYC&printsec=frontcover&dq=el+romanticismo&hl=es-419&sa=X&sqi=2&pf=1&ved=0ahUKEwixxaOvvbrOAhUN6mMKHe0DAtgQ6AEIGjAA#v=onepage&q=el%20romanticismo&f=false>, consultado el 17 de septiembre de 2016.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 256.

El Romanticismo hace del infinito el principio de la realidad, la realidad como algo infinito supone una existencia en espiral –no lineal– como un encadenamiento perenne de sucesos históricos que culminan con la explosión o paroxismo de una figura determinada para de nuevo emprender el camino sin fin<sup>14</sup>, la existencia es un péndulo que oscila entre el caos y el orden, porque el caos siempre precede al orden. Para los románticos nada es estático y la conciencia histórica resulta total, porque su entendimiento llevará a la comprensión del presente.

El discernimiento del devenir histórico sería posible poniendo en forma al sentimiento y no a la razón, como lo sostenía la Ilustración. Adentrarse en la mente del otro para comprenderlo<sup>15</sup>, mediante el diálogo (razón empática), la narración de la historia se vuelve un punto total para la comprensión de la realidad, que junto con la lucha y la acción constituyen la piedra de toque de la construcción de la realidad, de ahí que la obra de Goethe –uno de los máximos exponentes del movimiento– comience con las palabras: en el principio era la acción. Todo está en un constante cambio, en un constante devenir, en síntesis todo es acción, nada permanece estático<sup>16</sup>.

La Historia no es una serie de fechas agrupadas linealmente en orden cronológico, sino una serie de sucesos que culminan en épocas objetivas y subjetivas<sup>17</sup>, no se trata de agrupar fenómenos aislados por medio de fechas en común, sino de analizar los sucesos en forma global, porque están impregnados de una determinada característica que remata en un determinado suceso, que sirve de parteaguas para el desarrollo o la orientación de la humanidad. La Historia es tensión, es lucha, es orden y caos, es actividad del ser humano.

En otras palabras, exalta cuánto hay de irracional y de espontáneo en el espíritu humano, la inmediatez y el poder de los sentimientos, contra el racionalismo abstracto geometrizable de las ideas claras y distintas<sup>18</sup>. El Romanticismo concibe la existencia del ser humano como infinita y por tanto incomprensible, porque si se llegara a la comprensión

<sup>14</sup> En este perpetuo vaivén, la muerte es un nuevo comienzo. La idea de los románticos acerca de la muerte se puede sintetizar de la siguiente manera: Quien niega a la muerte niega a la vida.

<sup>15</sup> "...la razón discursiva de la que hablan los ilustrados, es una razón utilitaria incapaz de lograr esa 'simpatía' en la que el experimentador se funde con el todo deviniendo en un espacio y tiempo continuos; en cambio, es la razón empática, la razón no discursiva, al que nos hará desembocar en el mundo histórico." Curiel, M., Yurén, T. *et. al.*, "Fausto de Goethe: una expresión de la renovación intelectual alemana de finales del siglo XVIII y principios del XIX", *Cuadernos de Historia de las Ideas*, México, Universidad Pedagógica Nacional, p. 18.

<sup>16</sup> Para los románticos, la inmortalidad se traduce en la trascendencia de la acción y la obra que deja el ser humano a manera de legado a sus semejantes, es el pensamiento convertido en acción. En la actividad persiste la idea de vida, la muerte no es el fin sino el comienzo de un nuevo ciclo, la existencia es, en suma, dualidad entre vida y muerte.

<sup>17</sup> Las épocas subjetivas son épocas de guerra, de ambición por el poder, y las épocas objetivas son las épocas de razón, de paz. En las épocas objetivas, el Estado es el guardián del orden y abogado de la armonía. En palabras de Goethe: Todas las épocas decantes son subjetivas y todas las épocas de progreso son objetivas.

<sup>18</sup> Urdanoz, Teófilo, *op. cit.*, p. 258.

absoluta, el misterio se desvanecería y la existencia sería lineal, lo que atentaría contra la idea de la existencia en espiral.

Para Fichte, quien rechazaba a los románticos, pero cuya filosofía se constituyó en la piedra de toque de este movimiento, el yo es el fundamento de la Filosofía, un yo individual que solo se puede alcanzar a través de la introspección, de tal manera que ese yo es el fundante de toda experiencia, porque está más allá de la experiencia. Porque el yo es el movimiento mismo en la realidad cambiante, de ahí que el "Fausto" de Goethe comience con la frase: "En el principio era la acción", y esta acción es el yo absoluto, fundamento de la realidad que va más allá de las apariencias. Por lo tanto la idea del yo, se constituye en la atalaya de la filosofía del movimiento –estandarte del Romanticismo– en contraposición a la filosofía del ser<sup>19</sup>.

En esta conjunción con la memoria histórica y la naturaleza –a la que concebían como un todo orgánico viviente– es en donde se exalta el sentimiento de lo infinito, que se despliega en las personalidades individuales que constituyen el espíritu del pueblo, al Estado. Percibe al individuo como una dualidad entre lo peculiar y lo universal, como una construcción social, que a medida que se separa de la razón universal, mediante arrebatos de pasión y abandonos irracionales<sup>20</sup> (oposición), retorna a la conciencia común para integrarse a ella<sup>21</sup>. Su individuo no es un ser destinado a vivir satisfaciendo sus deseos egoístamente, que se cuida de respetar someramente al orden público, sino un individuo que forja su particular personalidad a través del sedimento de la cultura compartida de su pueblo, mediación entre la individualidad y el devenir universal.

El Romanticismo parte de un ser humano libre y autónomo, tal y como lo constituye la Ilustración, pero su individuo no aspira a subyugar la naturaleza, sino a reconciliarse con ella, a vivir sus deseos en armonía con el todo<sup>22</sup>.

Las ideas de oposición y lucha son parte de la concepción de la vida, porque la realidad no se nutre de semejanzas sino de diferencias que mediante la triada dialéctica se transforman en verdades inmersas en el constante devenir. Se llega a la virtud mediante la lucha y el esfuerzo. Esa lucha la lleva a cabo el ser humano, porque él encarna al espíritu –esta filosofía identifica al espíritu con la conciencia–, por eso es el individuo el que determina al objeto de conocimiento y es el individuo el que construye la realidad. Bajo el cobijo de la filosofía del romanticismo se desarrolla el idealismo alemán que rompe con el racionalismo crítico.

---

<sup>19</sup> Cfr. Xirau, Ramón, *Introducción de la Historia de la Filosofía*, 13a. ed., México, UNAM, 2016, pp. 331-333.

<sup>20</sup> En el "Fausto" de Goethe se identifica como la lucha por la independencia interior.

<sup>21</sup> Esta idea también se patentiza en la obra de Goethe, ya que Fausto no se salvará hasta que piense en su prójimo y su ponga a su servicio, hasta que sea solidario e infunda de fraternidad sus acciones.

<sup>22</sup> El animismo es una característica esencial de este pensamiento.

#### IV. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO

Los postulados de la Escuela Histórica del Derecho exceden el objeto de estudio de este artículo, la verdadera intención es evidenciar las raíces del romanticismo y del idealismo alemán en esta concepción del Derecho, que constituye el principio de una antropología jurídica. Recordando que el Romanticismo parte del idealismo de Fichte, el cual sostiene que el proceso de la vida se da en la historia y en la naturaleza, solo puede comprenderse cabalmente desde el yo. Por lo cual, la Escuela Histórica del Derecho utiliza al método histórico para determinar desde cada estadio evolutivo, el derecho propio de cada nación y su significado. Al respecto escribe Stammler: "El procedimiento propiamente histórico se propone, por el contrario, partiendo de lo existente, perseguirlo á (*sic*) través de todas sus variaciones, hasta encontrar su origen en la naturaleza, destino y necesidades del pueblo"<sup>23</sup>.

La Escuela Histórica Alemana<sup>24</sup>, fruto del pensamiento del Romanticismo, revitaliza al Derecho y lo convierte en un ente animado por el espíritu del pueblo o *Volkgeist*. El concepto del espíritu del pueblo es derrotero de los postulados de la Escuela Histórica del Derecho y es tomado de las ideas de los románticos, en especial de Herder, quien es considerado como un prerromántico: "se trata de un conjunto de círculos concéntricos, a saber, la familia, las tribus, los pueblos, las naciones, que en su respectivo nivel constituyen una síntesis espiritual. En relación con los pueblos, Herder habla del espíritu de los pueblos. Pero es importante resaltar que estas unidades superiores son pensadas desde el individuo –aquí la clara influencia de la filosofía de Fichte– lo mismo que los individuos particulares entre sí, también las unidades superiores forman una pluralidad, la del espíritu del pueblo"<sup>25</sup>.

La materia de estudio es un producto de la historia, de la cultura, de la lucha incitada por la explosión del sentimiento jurídico. Sus principales exponentes son: Federico Carlos de Savigny<sup>26</sup>, Jorge Federico Puchta y Gustavo Hugo.

El Derecho es producto de la evolución histórica, al respecto escribe Savigny:

---

<sup>23</sup> Stammler, Rudolf, "Sobre el método de la Teoría Histórica del Derecho," Savigny, Friedrich Karl Von *et. al*, *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 250, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>, consultado el 2 de junio de 2017.

<sup>24</sup> "La llamada Escuela Histórica del Derecho fué fundada, como puede leerse en cualquier compendio, por Gustavo Hugo (cuyo Tratado de Derecho natural, editado por cuarta vez en 1819), fué compuesto, al decir de su autor, bajo la impresión de la teoría del Derecho de Kant y de Fichte), y ha venido á (*sic*) parar en la posición del problema de Hugo Grocio." *Ibidem*, p. 51.

<sup>25</sup> Safranski, Rüdiger, *Romanticismo. Una Odisea del espíritu alemán*, Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets, 2014, p. 27.

<sup>26</sup> La ciencia jurídica es primordialmente la creación de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX, que evolucionó naturalmente a partir de las ideas de Savigny. Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, 3ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 113.

La escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta ó (*sic*) la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad á (*sic*) examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna. La escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico. Así, esta escuela no puede explicar el que en alguna ocasión no sea todo el derecho introducido completamente nuevo y diverso del precedente, sino porque el legislador fué perezoso en el recto ejercicio de su cargo y tuvo, por tanto, necesidad de conservar, aunque con carácter de interinidad, como verdaderas para el presente, las opiniones jurídicas del momento anterior.

Una de estas dos escuelas ha sido bastante caracterizada con el nombre de histórica; para la otra, en cambio, es difícil encontrar un nombre positivo, pues no siendo una sino en su oposición a la primera, aparece, fuera de esto, con las más diversas y contradictorias formas, y ora se anuncia como filosofía o derecho natural, ora como la sana razón común. A falta, por tanto, de otra expresión, la llamaremos no histórica<sup>27</sup>.

El Derecho está animado por el espíritu del pueblo que le infunde vida para transformarlo constantemente, porque el Derecho es también acción, auspiciado por este postulado, Savigny<sup>28</sup> rechaza la idea de la Codificación, porque la compilación de las leyes entorpece su libre desarrollo y torna estática su construcción. "La Codificación corres-

---

<sup>27</sup> Savigny, Friedrich Karl Von *et. al.*, "Tres artículos de la Revista de la Escuela Histórica del Derecho", *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>, consultado el 16 de septiembre de 2016.

<sup>28</sup> Savigny se declaró oficialmente detractor del Movimiento Codificador en Europa. Se aboca a desarrollar una minuciosa crítica del Código de Napoleón, el Código Civil de Prusia y el Código Civil de Austria. "La historia general del Derecho, tácitamente supuesta por él, acaso pudiera expresarse en la siguiente forma: primero existió en el mundo el Derecho Romano; vino después la Edad Media, cuya mísera barbarie ninguna atención merece, y esta edad llega hasta 1750; finalmente, brilla la luz del más perfecto progreso y se forman los códigos, frente a los cuales, como es natural, el Derecho Romano no significa absolutamente nada." *Cfr.* Savigny, Friedrich Karl Von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, Granada, Comares, 2008, p. 38.

Al respecto, un punto de vista conciliador es el de Radbruch: "Lo que hicieron, apoyándose siempre, claro está, en razones de Derecho natural fue, considerar como Derecho carente ya de vigencia, las normas jurídicas de los viejos tiempos que contravenían a la cultura de los tiempos actuales, cuando el Estado no se atrevía a declarar su formal derogación, cierto que el criterio fue vago, pero el Derecho consuetudinario también se deroga por el desuso." Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 113.

ponde a lo estático racional y no a lo dinámico vital”<sup>29</sup>. Y dicho sea de paso niega la idea de que el Derecho sea un producto de la razón, sin arraigo histórico como lo sostenía la Escuela Clásica.

El Derecho como producto de la cultura es un entramado complejo que abarca la dimensión intelectual y emocional del pueblo, que va de acuerdo al contexto histórico, los románticos concebían a la cultura como un acto espiritual –conciencia– de la humanidad, que parte de los estadios más primitivos hacia estadios superiores, el papel de la cultura es instruir, capacitar e informar al individuo del conjunto de maneras socialmente consensuadas y determinadas para interrelacionarse y cumplir así con los fines sociales. En esa línea de pensamiento el Derecho como conjunto de leyes morales, costumbres y valores, se inserta en la acción dinámica de la sociedad y permite la estructuración de la vida del Estado como escenario de acción. Atinadamente sentencia Otto Gierke: “El Derecho en realidad no existe de por sí; es más bien la vida misma del hombre mirada desde un punto de vista especial”<sup>30</sup>.

El Derecho tiene su fundamento en la vida espiritual del pueblo, de suerte que toma su fuerza vital de las mismas raíces que cualquier otro género de actividad anímica y de cultura: “Ha pasado ya á (*sic*) ser carne y sangre nuestra la idea de que el Derecho es un producto histórico de la vida común humana; de que su nacimiento y modificación no son sino una parte del proceso general de la cultura, y de que su estado actual se condiciona y determina (*sic*) por la mutua acción y reacción entre su fuerza ordenadora y las otras fuerzas vivas en las restantes funciones del organismo social”<sup>31</sup>.

En razón por la cual, la Escuela Histórica del Derecho se volcó al estudio del Pandectas, como vestigio del Derecho Romano que cobraba vida y vigencia en la actualidad, porque la existencia pendular y oscilante modifica a lo largo de la historia las instituciones jurídicas, que pasan de una cosa a otra, aquí se manifiesta la idea de acción y de espontaneidad, que corre por las venas de los románticos. Se trata de estudiar los vestigios históricos en materia de instituciones jurídicas para entender y mejorar el devenir del Derecho actual de la nación. Los defensores de este pensamiento criticaban al Movimiento Codificador<sup>32</sup> porque de un plumazo borraba la memoria jurídica y creaba un orden por generación espontánea.

---

<sup>29</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª. ed., México, Porrúa, 2012.

<sup>30</sup> Savigny, Friedrich Karl Von *et. al.*, “Tres artículos de la Revista de la Escuela Histórica del Derecho”, *op. cit.*, p. 75, consultado el 17 de septiembre de 2016.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>32</sup> Durante muchos años el Derecho Romano fue Derecho común en Europa, hasta el movimiento Codificador. En los comienzos de la era moderna, las costumbres locales a la par del Derecho Romano hacían las veces de Derecho formal en Europa. La llegada de la Ilustración arraiga la fuerte tendencia de una codificación racional, científica y nacional, ideales que fueron acogidos por la Escuela Racionalista que tuvo como preceptoras a las monarquías ilustradas de Europa. Cruz Ponce, Lisandro, *Algunos principios generales de nuestra legislación civil*, p. 39, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr3.pdf>, consultado el 16 de julio de 2016.

El Derecho como producto de la cultura, *per se*, no permanece estático, está en constante construcción y como obra inacabada tiene lagunas, no es una unidad cerrada, ni absoluta. En consecuencia, el juez tiene una función creadora, ya que le toca armonizar y valorar los cambios culturales, políticos y sociales con la legislación vigente. Las cláusulas o principios generales del Derecho incluidos en la ley, son la misma autorización del legislativo para ejercer la actividad creadora en el Derecho.

Del mismo modo en que nosotros nos horrorizamos de la defensa de la esclavitud por Aristóteles y Platón, las generaciones futuras se escandalizarán de algunas de nuestras instituciones jurídicas<sup>33</sup>.

La Escuela Histórica del Derecho sostiene que el Derecho no solo emana de la razón, sino también de la intuición y de la experiencia, aquí es clara la influencia del idealismo alemán, porque de acuerdo a las concepciones y necesidades de la época el Derecho se adapta: "Derecho, moral y costumbre no son innatos, ni provienen de una razón temporal, son conquistados por medio de la experiencia"<sup>34</sup>. Esto quiere decir que es el sujeto quien da vida al objeto de estudio y no al revés.

El binomio individuo-sociedad, por el que pugna el Romanticismo, se refleja en los siguientes pensamientos de Ihering:

¡Pulsión de conservación! Por ésta no sólo entiendo la mera conservación de la existencia interior sino su autoafirmación. Esta inclinación a la preservación de uno mismo se repite en la región más elevada de la sociedad, y de esa inclinación surge lo ético, pues la ética no es otra cosa que el orden del ser social...El nacimiento de la ética: desde el individuo (dicha idea) se eleva hasta la sociedad; y sólo la sociedad le dirige al individuo el reto: sométete a nuestras necesidades, a nuestras exigencias. Con la sociedad comienza lo ético<sup>35</sup>.

Y yo agregaría que también nace el Derecho dentro del Estado. De tal manera que las instituciones jurídicas son triunfos de las constantes batallas, porque el instinto del individuo lo conmina a exaltarse e indignarse ante lo injusto, sentimientos individuales se suman para constituir la unidad cultural en torno al orden que debe imperar. Esta lucha perenne por el orden y por el Derecho es, en síntesis, una tríada dialéctica (tesis, antítesis y síntesis).

---

<sup>33</sup> Ihering, Rudolf Von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2008, p. 19.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 42.

## V. LA INFLUENCIA DEL ROMANTICISMO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El cambio de paradigma de un orden jurídico nacional garantista a uno neoconstitucionalista representa el resurgimiento y la reconstrucción de la protección de los derechos humanos en armonía con las discusiones de los foros internacionales, del contexto de la posmodernidad, que pugnan por un Estado de Derecho democrático en donde la soberanía popular, los límites al ejercicio del poder público y el equilibrio en las relaciones entre particulares, son la principal atalaya; de ahí la obligación del Estado Mexicano de reconocer y hacer efectivos los derechos humanos consignados en diversos instrumentos internacionales.

El Neoconstitucionalismo designa un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales<sup>36</sup>.

Paolo Comanducci apunta que existen diversas acepciones que designan al Neoconstitucionalismo: como teoría, ideología y como método de análisis del Derecho. El Neoconstitucionalismo, como ideología, implica la creación de una Constitución cuyo fin sea limitar el poder, mediante la custodia de los derechos fundamentales, este tipo de Neoconstitucionalismo parte de la elaboración teórica de Montesquieu, y va más allá al señalar el papel activo de jueces y legisladores. Por su parte el Neoconstitucionalismo como teoría del derecho, que se caracteriza por una Constitución invasora, por la positivización de los derechos fundamentales y por la omnipresencia de principios y reglas. Por último el neoconstitucionalismo metodológico sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirán un puente entre Derecho y moral.

El Neoconstitucionalismo encuentra sus orígenes en el contexto político, social y económico de la posguerra. La crisis europea, tanto económica como social derivada de la Segunda Guerra Mundial, evidenció la fragilidad e inconsistencia de un orden jurídico de esencia positivista, basado en un control acérrimo de la legalidad, que desembocó en un legalismo a ultranza que rápidamente mutó en un poder totalitario.

El Neoconstitucionalismo, que dicho sea de paso parte del *iusnaturalismo* racional, es la respuesta a la anterior crisis de valores en el sistema jurídico guiado por la razón instrumental, que engendró un seguimiento a la autoridad irracional; sus principales características son:

1) Concibe a la Constitución más allá de un documento político, que ordena la estructura del Estado, ya que recoge directrices enmarcadas en valores y principios que dirigen y orquestan el orden público, es decir, la Constitución es un canal axiológico del cual

<sup>36</sup> Comanducci, Paolo, "Formas de (Neo) Constitucionalismo: Un análisis metateórico", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, número 16, abril de 2002, p. 89.

deben partir todas las leyes, pues solo ella consigna las aspiraciones sociales, culturales, éticas y políticas de un pueblo, es decir, es el documento que consigna el *Volksgeist* de una determinada nación.

2) Concatenado a lo anterior, todas las leyes quedan subordinadas a la Constitución, así, la interpretación de toda ley secundaria debe ser congruente y rescatar el espíritu de la Constitución. Por lo tanto, toda ley debe contar con una coherencia intrínseca, pues debe ser reductible a principios y valores.

3) Concibe al Derecho como argumentación, en atención a que los valores y principios se distinguen de las leyes, ya que los primeros son conceptos abstractos, que proporcionan criterios para asumir una posición de un contexto o caso determinado; y los segundos son reglas de conducta, que enuncian cómo debe comportarse un ser humano.

4) Teniendo en cuenta que la Constitución es un mosaico de valores y principios –que recogen el *Volksgeist*– resulta necesario argumentar, es decir, esgrimir razones en torno a la operatividad de los principios y valores aplicados a un caso en concreto. El ejercicio argumentativo se desenvuelve a la par de la interpretación, con el fin de integrar y adjudicar significado al principio o valor ceñido a un contexto determinado.

5) En virtud de lo anterior, el Neoconstitucionalismo posee una naturaleza dual ya que interpreta y argumenta, en armonía con los postulados del Derecho natural. Es decir, apela a los principios morales de un orden natural, porque constituye un canal de comunicación entre el ser y el deber ser<sup>37</sup>.

En torno al discurso del Derecho de la posmodernidad, se constituye al principio *pro persona* como una obligación para el juez al interpretar la ley, de manera extensiva y funcional a favor de la persona y cuyo cometido es aprovechar la bondad en la norma jurídica. De esta forma el principio *pro persona* propicia la protección más amplia de los derechos fundamentales. Al contrario de la concepción *iuspositivista* que veía al Derecho como algo terminado y sin lagunas.

Ello implica que el discurso jurídico se está humanizando y armonizando con los principios éticos y morales, que son innatos en la cultura, que es un reflejo y proyección de los ideales que viven en la psique social. Por consiguiente, hoy el Derecho no se entiende como algo mecanizado, sino como un producto más de la cultura que sirve de instrumento para que el ser humano alcance su mayor desarrollo.

Esta verdad absoluta, no incluyente, propia del pensamiento de la Modernidad, abrogó la búsqueda de la fundamentación intrínseca de los derechos fundamentales, lo que dejó a un lado un concepto tan importante como la dignidad, erigiendo el culto a la legalidad como el estandarte del Derecho. En otras palabras, el Derecho era solo un cúmulo de formalidades para garantizar la legalidad de la vida del Estado Moderno, por consiguiente no

---

<sup>37</sup> Cfr. Herrera García, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 34-50.

se buscaba justicia sino legalidad. Es esta idea la que llevará a Kelsen a buscar la pureza metodológica para describir al Derecho y convertirlo en una entelequia, alejada de las necesidades del ser humano, pero muy cercana a los rituales de la legalidad.

En virtud de lo anterior es menester señalar, que la Escuela Histórica Alemana pugnaba por el triunfo de la ética como la quintaesencia del Derecho, pues se trata de criticar la moral y la razón instrumental que asfixiaba y cosificaba al ser humano en un hacer sistematizado, como las máquinas que operan automáticamente, de esa forma el positivismo jurídico se dedicó a crear un Derecho desvinculado con la cultura, la ética y el sentir humano. En contraposición, el Neoconstitucionalismo que concebía al Derecho como realidad viva, que continuamente cambia al interactuar con los seres humanos, propone crear un Derecho que comulgue con esa realidad de tal suerte que necesita de conceptos como interpretación conforme, principio *pro persona* y control de la convencionalidad para construir continuamente su objeto de estudio. Motivo por el cual, el Estado constitucional de Derecho, como crisol de lo anteriormente enunciado, es decir, como entelequia que da cabida a los grupos disidentes, al muticulturalismo, a la ética, a los valores, a la cultura, a la política, etc., se constituye en la piedra de toque para el Neoconstitucionalismo.

En esa misma tesitura escribe Gil Rendón:

Bajo esta concepción, la norma suprema o "*norma-normarum*"; es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados, y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al "aleopositivismo"; teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de "subsunción"; muy distinto al nuevo método de la ponderación o "*balancing*" (balanceo). Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo, como uno de los dos modelos del Estado de Derecho; el primero y más antiguo, se refiere al "Estado Legal de Derecho"; donde el principio de legalidad prima sobre el principio de constitucionalidad, en el primero la ley impera y en el segundo la constitución y sus principios<sup>38</sup>.

Es importante recordar que en el marco teórico del Neoconstitucionalismo, existen las reglas y los principios; para el caso de las reglas, se les adjudica un significado *per se*; caso distinto sucede con los principios que constituyen una construcción histórico-cultural compleja, cuyo análisis debe ordenarse al contexto y a la luz de diversas disciplinas y ciencias, con el fin de custodiar el *ethos* que cada principio encierra, debido a que los principios no pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas como la subsunción o silogismo

---

<sup>38</sup> Gil Rendón, Raymundo, "El Neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales"; *Quid Iuris*, vol. 12, número 6, marzo de 2011, pp. 43-50-61, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>, 1º de junio de 2017.

judicial, debido a que carecen de supuestos de hecho. A los principios no se les obedece ciegamente, porque constituyen una construcción cultural dialógica que permite la adhesión, al juez le toca reconstruir ese sentido, para lo cual echa mano de la axiología, de la ética, de la historia, de la cultura. Tal vez esta sea la conexión más clara –desde el punto de vista metodológico– entre la Escuela Histórica del Derecho y el Neoconstitucionalismo: el papel activo del juez, su toma de posición y búsqueda del *ethos*, pues en cada sentencia el juez puede y debe ser creativo e imprimir el carácter histórico-jurídico y cultural de los principios.

Por lo tanto, el Neoconstitucionalismo basa sus premisas en los derechos humanos como una ética social mínima y universal, como una construcción cultural a manera de arquetipo que se presenta en toda sociedad, como la razón empática que siempre precede a la razón instrumental, que es más un producto de la ideología burguesa y no una plena reflexión del papel del Derecho en la vida de los seres humanos.

## VI. CONCLUSIONES

1. La cosmovisión del mundo moderno es resultado de un variado y complejo entramado de ideas, corrientes filosóficas, fenómenos culturales y políticos como: Humanismo, Renacimiento, Revolución Francesa, Racionalismo, Ilustración y Romanticismo. Este conjunto de fenómenos conforma el mosaico actual de ideas en torno a la realidad, ya que son parte de la cultura universal que se hace presente en todo individuo.

2. La Modernidad dio como frutos, entre otros, a la Ilustración y al Romanticismo, estas dos corrientes de pensamiento tienen puntos en común, ya que el primero concibe al ser humano libre y autónomo (individualismo), ideas que fueron desarrolladas por la Ilustración; empero, el segundo dilucida con mayor precisión la dimensión emocional del ser humano, misma que cayó en el olvido de la mano del Racionalismo.

3. Para la Escuela Natural del Derecho, el Derecho es una creación de la razón y son las leyes las que se identifican con la imperiosa necesidad de lo justo, es decir, el Derecho como tal no se identifica como lo justo, es la ley la que se identifica con lo justo. Lo que explica el culto al legislador que caracterizó a la Escuela de la Exégesis Francesa y que hoy continúa en la cultura del formalismo jurídico, que ha cedido ante la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, mediante el principio *pro persona*.

4. En cambio, la Escuela Histórica del Derecho identifica al Derecho como un fenómeno de la cultura, de la lucha y de la historia; pone freno a la actividad legisladora, al considerar que la codificación entorpecía el desarrollo natural e histórico del Derecho. Ya que, para construir un sistema de normas jurídicas eficaces es necesario estudiar la idiosincrasia, el contexto social y cultural del pueblo en el que será aplicado. Porque el Derecho no nace *a priori* (la razón) sino que toma forma a partir de lo empírico.

5. Concatenado a lo anterior, la Escuela Histórica del Derecho rinde culto al *Volksgeist*, al espíritu del pueblo, del cual emana la norma jurídica como otra manifestación del espíritu, y no al espíritu del legislador. Lo que permite al juez llevar a cabo una actividad creadora en torno a la aplicación del Derecho, situación que de acuerdo a los postulados racionales del Derecho Natural no cabía, ya que se considera que el juez era un autómatas que repetía los pensamientos del legislador, porque el sistema jurídico derivado de la razón era un sistema perfecto compilado por el legislador. Además la actividad del juez, como creadora del Derecho, contravenía la estricta separación de poderes.

6. Para la Escuela Histórica Alemana, el *ethos* del pueblo (recogido en el *Volksgeist*), es el que define al Derecho como un fenómeno más de la cultura y toca al juez indagar este sentir colectivo e identificarlo como un arquetipo inmerso en el inconsciente colectivo; para lo anterior, el juez se vale de sus instintos, sus emociones, el análisis cultural, en suma, de los argumentos al *ethos* (ética) y *al pathos* (sentimiento), y no solamente del silogismo jurídico (traducido en el *logos*, en el silogismo judicial propio, discurso del racionalismo jurídico), para resolver el caso. Por consiguiente, es válido que el juez lleve a cabo una actividad de creación y construcción del Derecho partiendo de argumentos al *pathos*.

7. Mientras que para el Racionalismo Jurídico, la Historia no incide en el orden jurídico, la Escuela Histórica del Derecho cree firmemente que la Historia, como manifestación del espíritu del pueblo, trasciende en el orden jurídico. El *Volksgeist* se encuentra recogido en la misma Constitución ya que esta no es un documento impuesto por el albedrío del presente o por una voluntad ajena, sino es la culminación de la evolución del espíritu del pueblo, que parte de la memoria histórica del mismo. Porque la Historia es el camino para conocer la actualidad de las instituciones.

8. El Romanticismo no es solo un movimiento estético sino una forma de ver la vida, por consiguiente toma como derroteros a la cultura y a la historia, su objetivo principal es penetrar en la intimidad de la realidad. Si bien se basó en las aportaciones intelectuales y culturales, que vieron la luz en la primera parte de la Modernidad, se constituyó como un movimiento refractario de los valores consagrados por la Ilustración.

9. Para el Romanticismo todo está en un constante devenir, la realidad se representa como espiral infinita de orden y caos, es la tríada dialéctica. El ser humano es razón, pasión, arrebatos, conciencia, moral, independencia, autonomía y adhesión social, es decir, una construcción cultural, mediante su acción transforma la realidad y construye la Historia. En ese orden de ideas, la Escuela Histórica del Derecho parte de lo anterior para señalar que el Derecho es un fenómeno de la cultura, producto de la acción histórica del *Volksgeist*; ejemplo de ello son los derechos humanos concebidos como un mínimo universal de prerrogativas que todo ser humano debe poseer para alcanzar el desarrollo, teniendo en cuenta que los mismos se presentan como un reclamo histórico sin importar el contexto o el lugar, porque son la exigencia del espíritu del pueblo.

10. Retomando los postulados del Romanticismo la Escuela Histórica del Derecho, sostiene que el Derecho es perpetua acción. De ninguna manera se crea por el arbitrio de la razón del legislador, sino que es resultado de la Historia y de la cultura, como acción del ser humano. La creación del Derecho se lleva a cabo mediante sedimentación, ya que las olas de orden y caos depositan en él, poco a poco, las partículas que lo constituirán en el presente y futuro.

La influencia del idealismo, entramado filosófico que sostiene al Romanticismo, es clara en la Escuela Histórica del Derecho y se patentiza en esta frase de Savigny: "El Derecho en realidad no existe de por sí; es más bien la vida misma del hombre mirada desde un punto de vida especial". Porque el yo absoluto y su acción introspectiva en el mundo (tríada dialéctica: yo, mundo y la síntesis el yo-mundo) construye al Derecho, y su evolución está determinada por la Historia y por su cultura.

11. La Escuela Histórica del Derecho se remonta a los orígenes del Derecho Civil, para comprender el devenir actual del Derecho Civil Alemán, lo que dio paso a la Escuela de las Pandectas. Esto condensa la idea de los románticos acerca de apreciar la realidad como una espiral, porque el Derecho no es generación espontánea.

12. Bajo la concepción romántica y de acuerdo a la filosofía del idealismo alemán, el ser humano es autonomía y libertad, es portador de valores, es intérprete y creador de su realidad, y merece custodiar lo anterior como rasgo de su individualidad. Frente al resto de la sociedad, la Escuela Histórica del Derecho recoge lo anterior en su concepto de negocio jurídico, en donde la autonomía de la voluntad se ve maximizada, porque el Derecho le reconoce la potestad de determinar los efectos jurídicos del negocio.

13. De acuerdo a Ihering, en su obra *Del nacimiento del sentimiento jurídico*, la búsqueda de la justicia no se debe por entero a la razón sino que es también resultado del sentimiento jurídico (instinto) que se deposita en el *Volksgeist* para construir al Derecho. La ética tiene lugar en la sociedad por las explosiones individuales de sentimiento jurídico (como la capacidad de indignación ante la injusticia), y que después de sumadas, se tornan en una demanda social. Aquí encontramos además de la influencia del idealismo alemán, porque es el ser humano quien determina al objeto de conocimiento, mediante su percepción, también el reconocimiento de la dimensión emocional del ser humano como fuente del Derecho.

14. En síntesis, el Derecho es un sincretismo cultural e histórico que se encarna en la psique colectiva como una entelequia, una construcción ideal de acuerdo al contexto histórico que va cambiando a guisa de dialéctica: tesis, antítesis y síntesis.

15. El estudio de la Escuela Histórica del Derecho representa un interesante acercamiento a la antropología jurídica.

## VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- BERMAN, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la Modernidad*, 2ª. ed., México, Siglo XXI, 2011, p. 41.
- BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico," *Revista de Derecho Privado*, Madrid, vol. XXVI, 1989, Serie B, Monografías fundamentales de Derecho Privado y Público.
- BOUCHÉ PERIS, Henri *et. al.*, *Antropología de la educación*, Madrid, Dykinson, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo, "Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico," *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, número 16, abril de 2002, p. 89.
- CRUZ PONCE, Lisandro, *Algunos principios generales de nuestra legislación civil*, México, p. 39, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr3.pdf>, consultado el 16 de julio de 2016.
- CURIEL, M., YURÉN, T. *et. al.*, "Fausto de Goethe: una expresión de la renovación intelectual alemana de finales del siglo XVIII y principios del XIX," *Cuadernos de Historia de las Ideas*, México, Universidad Pedagógica Nacional, pp. 14-23.
- DELLA MIRANDOLA, Pico, *De la dignidad del hombre*, Madrid, Editora Nacional, 1984.
- DESCARTES, René, *Meditaciones metafísicas*, [http://www.mercaba.org/Filosofia/Descartes/med\\_met\\_alfaguara.PDF](http://www.mercaba.org/Filosofia/Descartes/med_met_alfaguara.PDF)
- GIL RENDÓN, Raymundo, "El Neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales," *Quid iuris*, México, vol. 12, número 6, marzo de 2011, p. 50, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>, consultado el 1º de junio de 2017.
- GOETHE, Joseph Charles, *Fausto*, 23ª. ed., Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2013, p. 257.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Perspectivas de Bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- GRAS BALAGUER, Menene, *El Romanticismo como espíritu de la Modernidad*, 2ª. ed., Barcelona, Mesinos, 1988, p. 17, <https://books.google.com.mx/books?id=gjcEqQXqLcYC&printsec=frontcover&dq=el+romanticismo&hl=es-419&sa=X&sqi=2&pj=1&ved=0ahUKEwixxaOvvbrOAhUN6mMKHe0DAtgQ6AEIGjAA#v=onepage&q=el%20romanticismo&f=false>, consultado el 17 de septiembre de 2016.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 34-50.
- IHERING, Rudolf Von, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2008, p. 19.

- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las Costumbres*, México, Porrúa, 2013.
- ¿Qué es la Ilustración?, <http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>, consultado el 19 de marzo de 2017.
- NANDA, Serena, *Antropología Cultural*. México, Iberoamericana, 1987.
- MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica Romano-Canónica*, 3ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 113.
- MONCLÚS ESTELLA, Antonio, *Educación y cruce de culturas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis, *Del espíritu de las leyes I*, Madrid, Sarpe, 1984.
- PABLO SERNA, Carlos de, *El contrato. Un negocio jurídico*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción al Estudio de la Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 113.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, 20ª. ed., Porrúa, México, 2010.
- REYES HEROLE, Federico, "En plena soledad", Bartra, Roger *et. al.*, *Universidad y Humanismo*, México, UNAM, 2003.
- RUIZ, Rosaura y VELÁZQUEZ, Bruno, "El evolucionismo antes de Darwin. Las raíces románticas", *Revista de la Universidad Nacional*, México, número 146, junio de 2016, [http://www.revistadelauniversidad.unam.mx/ojs\\_rum/index.php/rum/article/view/17171](http://www.revistadelauniversidad.unam.mx/ojs_rum/index.php/rum/article/view/17171).
- SAFRANSKI, Rüdiger, *Romanticismos. Una odisea del espíritu alemán*, Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2014, p. 27.
- SAN VICENTE PARADA, Aida del Carmen, "La figura del juez en la Escuela de la Exégesis", *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, julio-diciembre de 2016, [http://www.tfja.mx/investigaciones/pdf/r21\\_trabajo-5.pdf](http://www.tfja.mx/investigaciones/pdf/r21_trabajo-5.pdf).
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo, *Ética*, 38ª. ed., México, Grijalbo, 1996, pp. 43 y 44.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del Derecho*, Granada, Comares, 2008, p. 38.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von *et. al.*, "Tres artículos de la Revista de la Escuela Histórica del Derecho", *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>, consultado el 16 de septiembre de 2016.
- SPINDLER, George D., "La transmisión de la cultura", VELASCO MAILLO, Honorio M., GARCÍA CASTAÑO, Francisco J. y DÍAZ DE RADA BRUN Ángel, *Lecturas de antropología para educadores*, México, Paidós, 1993.

- STAMMLER, Rudolf, "Sobre el método de la Teoría Histórica del Derecho", SAVIGNY, Friedrich Karl Von *et. al*, *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*, trad. de R. Atard, Madrid, 1908, Biblioteca Victoriano Suárez, p. 250, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>, consultado el 2 de junio de 2017.
- URDANOZ, Teófilo, "El Romanticismo Filosófico. Origen y caracteres", *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, 1975, t. IV, p. 255.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª. ed., México, Porrúa, 2012.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4ª. ed., México, Porrúa, 1999.
- XIRAU, Ramón, *Introducción de la Historia de la Filosofía*, 13ª. ed. México, UNAM, 2016, pp. 331-333.
- ZAFRANSKI, Rüdiger, *Goethe. La vida como obra de arte*, Barcelona, Tiempo de Memoria Tusquets Editores, 2016, p. 434.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10ª. ed., Madrid, Trotta, 2011.

## **LAS NUEVAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN**

Magda Zulema MOSRI GUTIÉRREZ<sup>1</sup>

### **SUMARIO**

*I. Introducción. II. El Sistema Nacional Anticorrupción. III. Los desafíos del Sistema Nacional Anticorrupción. VI. Las nuevas funciones del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. V. Los desafíos del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. VI. Conclusiones.*

### **RESUMEN**

La reforma constitucional publicada el 27 de mayo de 2015, que creó el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), estableció una nueva regulación en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, fiscalización y control de recursos públicos, lo que implicó la inclusión del Tribunal Federal de Justicia Administrativa al Comité Coordinador del SNA, y le otorgó la responsabilidad de determinar las sanciones a los servidores públicos y a los particulares que participen en faltas administrativas graves.

### **PALABRAS CLAVE**

Corrupción. Sistema Anticorrupción. Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Administración Pública.

### **ABSTRACT**

The constitutional reform published on May 27, 2015, which creates the National Anti-Corruption System (ANS) established a new regulation on administrative responsibilities of public workers, audit and control of public resources, which implied the inclusion of Federal Tribunal of Administrative Justice to the Coordinator Committee of the SNA, besides granting the attribution to its to determine the sanctions to the public workers and citizen when they commit serious administrative faults.

### **KEY WORDS**

Corruption. Anti-Corruption System. Federal Tribunal of Administrative Justice. Public Administration

---

<sup>1</sup> Magistrada Presidenta de la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y Presidenta de la Comisión para la Igualdad de Género, cuenta con 25 años de experiencia en el servicio público. Egresó de la licenciatura en Derecho de la Universidad de Sonora, en la que obtuvo Mención Honorífica y el reconocimiento como mejor alumna de la generación. Tiene Maestría en Gestión Pública Aplicada por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, y actualmente, cursa el doctorado por investigación en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

## I. INTRODUCCIÓN

La corrupción en nuestro país comporta un incremento tanto en los espacios en los que se presenta como respecto de los diferentes sectores de la sociedad y gubernamentales que están involucrados en la misma, tal como se puede apreciar en los indicadores elaborados por los distintos organismos que miden dicho fenómeno<sup>2</sup>.

Estos datos revelan que los esfuerzos y programas institucionales instrumentados para combatir la corrupción no han dado los resultados esperados, baste recordar que a partir de 1982 se han creado distintas instituciones públicas como las contralorías internas, la Auditoría Superior de la Federación o el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, para promover la fiscalización de los recursos públicos, la transparencia y la rendición de cuentas. De igual forma, se instituyeron el sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos y el servicio profesional de carrera.

Por ello, fue necesario establecer desde la Constitución, un sistema nacional que garantizara: i) la coordinación de las autoridades, de todos los órdenes de gobierno, responsables del combate a la corrupción; ii) el fortalecimiento de las competencias de las instancias involucradas; iii) la participación de la sociedad civil; iv) la modificación sustancial del régimen de responsabilidades de los servidores públicos, y v) la integración de las funciones de prevención, control, fiscalización, investigación de responsabilidades administrativas y sanción de los actos de corrupción, entre otros aspectos, para reducir la incidencia de este tipo de prácticas.

Con esa orientación y como parte sustancial del proceso de actualización del Estado mexicano, el Sistema Nacional Anticorrupción cristalizó un profundo cambio cultural, vinculado con la transformación del enfoque de los valores prevalecientes en la sociedad actual.

## II. EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

En la reforma constitucional aprobada por el Constituyente Permanente<sup>3</sup> para conformar el Sistema Nacional Anticorrupción, se reconoció que la corrupción no es un fenómeno in-

---

<sup>2</sup> México ocupa el lugar 103 (de 175 países) de los países más corruptos según el índice elaborado con datos del 2014 por Transparencia Internacional; y se encuentra en el último puesto (34/34) entre los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Según el Semáforo Económico Nacional 2014, elaborado por el Observatorio Económico México, la corrupción se come el 2% del PIB (equivalente a 341 mil millones de pesos) y representó el 15% de la inversión pública. Los cálculos de la agrupación están basados en un indicador del Fondo Monetario Internacional, que mide ese efecto y establece que un aumento de 10% en la corrupción genera una pérdida de 2% en el crecimiento del PIB.

<sup>3</sup> Aprobado por la Cámara de Diputados el 26 de febrero y por el Senado el 22 de abril de 2015, así como por la mayoría de las Legislaturas de las Entidades Federativas, promulgada por el Ejecutivo Federal y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015.

dividual, sino una práctica con capacidad de autorregulación que impide generar mejores estándares en la función y el servicio públicos.

El objetivo de la reforma fue ir más allá de la sanción a los actos de corrupción para establecer mecanismos de prevención y persecución de los delitos, principalmente del enriquecimiento ilícito, mediante la colaboración de los tres órdenes de gobierno y el involucramiento de órganos públicos autónomos como el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, la Auditoría Superior de la Federación y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que a partir de esta reforma cambió su denominación a Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

De esta manera, el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) quedó constituido como una instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de las responsabilidades administrativas de los servidores públicos y los actos de corrupción, así como de la fiscalización y control de recursos públicos, lo cual evita la centralización en la toma de decisiones y la dispersión del poder de las instituciones que lo integran, las cuales son, a su vez, individualmente responsables de su participación en el Sistema.

Asimismo, y con la finalidad de generar mejores estándares en el servicio público, combatir los actos de corrupción, y promover que las entidades federativas lo repliquen en su ámbito local, se dotó a este Sistema de un carácter integral y transversal. Así, el Sistema Nacional Anticorrupción quedó integrado por un Comité Coordinador y un Comité de Participación Ciudadana. El primero está integrado por los titulares de:

- La Auditoría Superior de la Federación (ASF)
- La Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción
- La Secretaría de la Función Pública (SFP)
- El Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA)
- El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI)
- Un representante del Consejo de la Judicatura Federal, y
- Un representante del Comité de Participación Ciudadana<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Quienes actualmente conforman el Comité Coordinador son Jacqueline Peschard Mariscal, Presidenta del Comité de Coordinación del Sistema Nacional Anticorrupción; Alfonso Pérez Daza, Consejero de la Judicatura Federal; Arely Gómez González, Secretaria de la Función Pública; Juan Manuel Portal Martínez, Auditor de la Federación; Carlos Chaurand Arzate, Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y Francisco Javier Acuña Llamas, Presidente del INAI.

Por su parte, el Comité de Participación Ciudadana se conforma por cinco ciudadanos de destacada trayectoria en las materias de transparencia, rendición de cuentas o combate a la corrupción<sup>5</sup>.

El Comité Coordinador tiene entre sus atribuciones: diseñar y promover políticas integrales en materia de prevención, control y disuasión de faltas administrativas, hechos de corrupción y de las causas que los generan, cuyas disposiciones deberán ser adoptadas por las autoridades parte del Sistema Nacional Anticorrupción en los ámbitos federal y locales<sup>6</sup>.

Con esa identidad mixta, se integraron al Sistema Nacional Anticorrupción los aspectos siguientes: fiscalización, prevención, investigación, control, vigilancia, sanción, transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana y se creó un esquema abierto en el que confluyen funcionarios y sociedad.

Para cumplir con sus objetivos<sup>7</sup>, el Sistema Nacional Anticorrupción instituyó un nuevo modelo de responsabilidad administrativa de los servidores públicos en el que se elevó a rango constitucional la distinción entre faltas administrativas graves y no graves, y se ampliaron las facultades de las autoridades encargadas de prevenir, investigar, sancionar y corregir actos de corrupción, que podrán también investigar e imponer sanciones a los particulares, personas físicas o morales, que participen en la comisión de faltas administrativas graves y en actos de corrupción.

---

<sup>5</sup> Los designados para integrar el Comité de Participación Ciudadana fueron Mariclaire Acosta Urquidi, Directora de la Oficina en México de Freedom House; Alfonso Hernández Vals, profesor e investigador de Estudios Sociopolíticos y Jurídicos del ITESO; José Octavio López Presa, Consejero Fundador de Causa en Común A.C.; Luis Manuel Pérez de Acha, Socio fundador de PDeA Abogados, S.C.; y Jacqueline Peschard Mariscal, profesora titular de la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM.

<sup>6</sup> La intención es que cada entidad federativa reproduzca el sistema, incluso el establecimiento de tribunales de justicia administrativa. Por ello se previó que las Constituciones y leyes de los Estados instituyeran Tribunales de Justicia Administrativa que repliquen la identidad y características atribuidas al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, con el fin de que dicten sus fallos y establezcan su organización, funcionamiento, procedimientos y, en su caso, recursos contra sus resoluciones; diriman las controversias que se susciten entre la administración pública local y municipal y los particulares e impongan sanciones a los servidores públicos locales y municipales por responsabilidad administrativa y a los particulares que incurran en hechos de corrupción.

<sup>7</sup> Los objetivos del SNA consisten en: (i) fortalecer las atribuciones legislativas del Congreso en materia de combate a la corrupción, así como las facultades de fiscalización de la Auditoría Superior de la Federación (ASF), y a los Órganos Internos de control de los poderes y de los organismos constitucionalmente autónomos; (ii) ampliar las atribuciones del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y del régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos que ahora comprende también a los particulares; (iii) determinar que la ratificación del titular de la Secretaría de la Función Pública se realice por el Senado; y (iv) extender el plazo para la prescripción de las faltas administrativas graves.

Otro de los aspectos de la reforma fue que instituyó un Sistema Profesional de Carrera para quienes realicen las funciones de prevención, control e investigación de las faltas administrativas, además de incluir sanciones para que los servidores públicos responsables del combate a la corrupción no simulen, encubran o entorpezcan las investigaciones en la materia.

Cabe señalar que las faltas graves serán investigadas y substanciadas por la Secretaría de la Función Pública (SFP) y los Órganos Internos de control de las dependencias y entidades, en tanto que la determinación de la sanción correspondiente será competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y sus homólogos en las entidades federativas, según se trate.

Por lo que respecta a las faltas administrativas no graves, estas serán investigadas, sustanciadas y resueltas por los Órganos Internos de control, es decir, de estas no conocerá el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

En este contexto y como he dicho antes, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se transformó en el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

### **III. LOS DESAFÍOS DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN**

El cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional Anticorrupción requiere tiempo y trabajo arduo, no solo porque implica la erradicación de una serie de conductas dañinas dadas entre los particulares y las autoridades, las cuales en algunos casos se asumen indebidamente como prácticas institucionales, sino porque la transformación de un sistema que en muchos casos se aceptaba sin cuestionar, para restablecer la legalidad y eliminar la arbitrariedad y la corrupción, no es tarea fácil.

Si bien, se tiene la conciencia de las dificultades que entraña la erradicación de estas prácticas, la ciudadanía exige resultados pronto para eliminar la corrupción, por ello, considero que en esta expectativa es donde el Sistema enfrenta su mayor desafío.

En función de lo anterior, me parece indispensable que el Sistema Nacional Anticorrupción cumpla con las condiciones que a continuación expongo para procurar su funcionamiento eficiente:

- Que se coordinen efectivamente las entidades públicas y los órganos que forman parte del Sistema Nacional Anticorrupción; y
- Que se promueva una cultura de la denuncia entre los servidores públicos y la sociedad en su conjunto, para que mediante la organización y participación de los ciudadanos se combata a la corrupción;
- Que todas las conductas irregulares o ilegales que constituyan responsabilidades administrativas graves o actos de corrupción sean investigadas por los órganos internos de control de los entes públicos, y remitidas al Tribunal Federal de Justicia

Administrativa para su conocimiento, determinación de responsabilidades y, en su caso, sanción;

- Que todas las irregularidades por el manejo de la cuenta pública, en ejercicios fiscales en curso o anteriores, sean investigadas por la Auditoría Superior de la Federación, para que el Tribunal pueda determinar las responsabilidades resarcitorias correspondientes.

Solo cumpliendo estas condiciones será posible reestablecer la confianza en que el Estado mexicano cuenta con los instrumentos legales necesarios para combatir la corrupción, y más importante aún, que tiene la decisión impostergable de hacerlo.

#### **IV. LAS NUEVAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA**

##### *1. Denominación*

Como una institución viva, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa ha modificado su denominación constantemente, producto de su larga evolución histórica. En sus orígenes (1937) su competencia se limitó a la materia fiscal, es decir, a conocer las controversias planteadas por los particulares contra los actos impositivos de la entonces Secretaría de Hacienda.

Posteriormente y mediante sucesivas reformas legales se amplió la competencia del Tribunal a distintas materias administrativas, sin embargo, fue con las reformas del 31 de diciembre de 2000, a su Ley Orgánica, cuando su competencia fue fortalecida sustancialmente, al otorgarle atribuciones para conocer de los juicios promovidos contra las resoluciones dictadas por las autoridades que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Con dicha reforma cambió su nombre de Tribunal Fiscal de la Federación a Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Asimismo, con la publicación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado el 31 de diciembre de 2004, se amplió su competencia, para permitirle conocer de las impugnaciones contra las resoluciones que negaren la indemnización por el daño causado a los particulares por la actividad irregular del Estado.

Actualmente, con las nuevas atribuciones otorgadas en el contexto del Sistema Nacional Anticorrupción, el Tribunal conoce y abarca prácticamente todo el ámbito administrativo, el cual comprende, además de las atribuciones señaladas: dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares; sancionar a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares vinculados con estas, y fincar a los responsables del

pago de indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten la Hacienda Pública Federal o el patrimonio de los entes públicos federales.

Lo anterior, significa que las contralorías de los órganos de control interno de los entes públicos de los órdenes federal, estatal o municipal, conservarán sus facultades de corrección y sanción respecto de aquellas conductas consideradas no graves por el legislador ordinario.

Un antecedente de esta nueva función, aunque por razones diferentes, lo podemos encontrar en la reforma constitucional publicada el 4 de diciembre de 2006, que modificó la fracción XXIX-H del Artículo 74 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer como competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa la imposición de sanciones a los servidores públicos federales por responsabilidad administrativa que determine la ley.

Si bien, esa reforma constitucional quedó en suspenso, pues su vigencia quedó sujeta a las modificaciones correspondientes en las leyes secundarias (Orgánica de la Administración Pública Federal y de Responsabilidades de los Servidores Públicos), que en tanto no se publicaran, como en efecto sucedió, permitieron seguir aplicando las disposiciones vigentes de dichos ordenamientos jurídicos, razón por lo que pese a que nunca entraron en vigor, sí constituyen un primer antecedente de la participación del Tribunal Federal de Justicia Administrativa como responsable de la determinación de las sanciones de las responsabilidades administrativas de los servidores públicos.

Esa reforma constitucional de 2006 tuvo por objeto la distribución competencial en el régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos a efecto de que la autoridad administrativa, encargada de investigar las conductas indebidas de estos, fuera distinta de aquella facultada para imponer las sanciones administrativas procedentes, para evitar que la primera fuera juez y parte, y por tanto, se contraviniera el Artículo 17 constitucional.

Cabe mencionar que en el diseño del Sistema Nacional Anticorrupción se consideró necesario crear un tribunal de lo contencioso administrativo de los previstos en el Artículo 73 constitucional, que asumiera la función sancionadora de manera más objetiva, imparcial y profesional, para favorecer con ello la modernización del régimen constitucional en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, y promover mayor transparencia y respeto a las garantías de los gobernados.

En este sentido, fue la actuación autónoma, objetiva, imparcial y profesional del otrora Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa lo que durante la discusión del dictamen de reforma constitucional aprobado, convenció a los legisladores de que dicho Tribunal sería la instancia idónea para cumplir con la función sancionadora de los servidores públicos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En diversas iniciativas presentadas por los legisladores federales se propuso la creación de otro órgano autónomo o de un Tribunal de Cuentas de la Federación para que asumiera la función sancionadora, propuesta que fue desechada.

Por ello, la Constitución Política reconoció la naturaleza autónoma del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tanto para emitir sus fallos, establecer su organización y funcionamiento, como para definir los procedimientos y los recursos procedentes contra sus resoluciones.

Si bien el reconocimiento de la autonomía de los tribunales contenciosos se dio desde 1968<sup>9</sup>, muchos administrativistas y fiscalistas del país continuaban considerando que la definición del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa como un tribunal de lo contencioso administrativo, contenida en su Ley Orgánica y que implicaba su naturaleza autónoma, no era clara, por lo que seguían ubicándolo incorrectamente como una instancia del Poder Ejecutivo con funciones materialmente jurisdiccionales. De ahí, que la reciente reforma al Artículo 73, fracción XXIX-H de la Constitución, que señala el carácter autónomo de los tribunales contenciosos, haya puesto fin a estas interpretaciones incorrectas.

## 2. Funciones

En el marco del Sistema Nacional Anticorrupción, al Tribunal Federal de Justicia Administrativa se le otorgaron las funciones siguientes:

- Dirimir las controversias suscitadas entre la administración pública federal y los particulares.
- Imponer las sanciones graves a los servidores públicos de los poderes federales y de los órganos constitucionalmente autónomos, por responsabilidades administrativas en los términos que disponga la ley.
- Imponer sanciones a los servidores públicos locales, por las irregularidades cometidas en el manejo o aplicación de recursos federales.
- Imponer sanciones a los particulares vinculados con faltas administrativas graves o que incurran en actos de corrupción, en los términos que determinen las leyes, que deberán incluir entre otras la inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas.
- Imponer a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que derivaran de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.
- Sancionar a los funcionarios que incurran en irregularidades administrativas con la suspensión, la destitución o la inhabilitación.

---

<sup>9</sup> Mediante la reforma constitucional en materia administrativa de 1968, se otorgó al legislador la facultad de crear tribunales de lo contencioso administrativo, dotados de plena autonomía, para dirimir las controversias entre particulares y la administración pública. Antecedente de la naturaleza autónoma del TFJA.

En el caso de las personas morales que participen en actos de corrupción podrá ordenarse la suspensión de sus actividades, su disolución o intervención de la sociedad respectiva cuando causen perjuicios al patrimonio de los entes públicos.

El Tribunal seguirá conociendo de las impugnaciones que se promuevan contra las resoluciones definitivas por las que los órganos internos de control impongan sanciones por faltas no graves a los servidores públicos en los términos de la ley correspondiente, como lo hace actualmente.

Por su parte, la Auditoría Superior de la Federación y los órganos internos de control de los entes públicos, no podrán determinar responsabilidades administrativas graves directamente a los servidores públicos ni a los particulares que cometan faltas administrativas graves o participen en la comisión de estas, sino que en esta nueva modalidad prevista en el SNA, tendrán que investigar y promover las responsabilidades y denuncias correspondientes ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa o la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción, según corresponda. En el primer caso, para que el Tribunal Federal emita una resolución que determine la responsabilidad del servidor público y su sanción, y ante la Fiscalía para que conozca de la denuncia correspondiente y dé parte al juez de la causa.

### *3. Ejes de la reforma*

En síntesis, en el Sistema Nacional Anticorrupción el Tribunal Federal de Justicia Administrativa tendrá plena autonomía para dictar sus fallos, estableciendo las normas para su organización, funcionamiento y los procedimientos y recursos contra sus resoluciones, además de que tendrá las atribuciones para:

- a Imponer sanciones a los servidores públicos de los poderes federales y de los órganos constitucionalmente autónomos por las responsabilidades administrativas graves en los términos que disponga la ley;
- b Imponer sanciones a los servidores públicos locales por las irregularidades cometidas en el manejo o aplicación de recursos federales, y a los particulares que incurran en actos de corrupción en los términos que determinan las leyes; y
- c Determinar las responsabilidades resarcitorias y las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.

### *4. Reformas a la integración del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*

Con la transformación y las nuevas competencias otorgadas al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la reforma constitucional propone que dicho órgano jurisdiccional esté conformado por dieciséis Magistrados que podrán actuar en Pleno o en Secciones, de las cuales a una corresponderá la resolución de los procedimientos para sancionar faltas administrativas graves.

Por ello, en reconocimiento de la alta función encomendada al Tribunal Federal de Justicia Administrativa y para garantizar la independencia de las magistradas y magistrados que lo integran, será el Presidente de la República quien designará a los magistrados de la Sala Superior y de las Salas Regionales, pero el Senado quien ratifique los nombramientos. En el primer caso, los magistrados deberán ser ratificados por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República, en tanto que para los magistrados de las Salas Regionales bastará la votación de la mayoría simple del mismo cuerpo colegiado.

Otra medida para garantizar la independencia del Tribunal consistió en establecer que los magistrados solo pueden ser removidos de sus cargos por las causas graves que señala la ley, es decir que en su calidad de servidores públicos, a los que se les encomienda la alta función de impartir justicia administrativa, las magistradas y magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa gozarán de permanencia e inamovilidad en sus cargos, por el periodo para el que fueron designados, y del cual solo podrán ser removidos en términos de los Artículos 108 a 114 de la Constitución.

Lo anterior implica la eliminación de la facultad del Presidente de la República de remover de sus cargos a los magistrados de dicho Tribunal, prevista en el Artículo 7° de su Ley Orgánica anterior, la cual fue derogada por la nueva Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016<sup>10</sup>.

##### *5. Labor preventiva y sancionadora*

Dentro del Sistema Nacional Anticorrupción, la actividad del Tribunal se concentra en la sanción administrativa, sin embargo, como integrante del Comité Coordinador del Sistema, también participará en las funciones de prevención general, es decir, en el diseño de las políticas integrales en materia de fiscalización y control de recursos públicos, de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción; en la determinación de los mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información sobre estas materias que generen las instituciones competentes en los tres órdenes de gobierno, y en el establecimiento de bases y principios para la efectiva coordinación de las autoridades y órdenes de gobierno, entre otras, conforme lo dispone la fracción III del Artículo 113 constitucional.

---

<sup>10</sup> Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 2007, Artículo 7°: Durante el ejercicio de sus cargos, los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa únicamente podrán ser privados de los mismos por el Presidente de la República, en los casos de responsabilidad en términos de las disposiciones aplicables, o cuando dejen de satisfacer los requisitos previstos en el Artículo 6 de esta Ley, previo procedimiento seguido ante la Junta de Gobierno y Administración y resuelto por el Pleno de la Sala Superior.

Son causas de retiro forzoso de los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, padecer incapacidad física o mental para desempeñar el cargo, así como cumplir setenta y cinco años de edad.

## V. LOS DESAFÍOS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

El traslado de la función sancionadora de los servidores públicos por las faltas graves que ellos y los particulares vinculados con estas cometan y de los actos de corrupción de la Auditoría Superior de la Federación y de los Órganos Internos de control de los entes públicos, al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, sin duda representa nuevos desafíos de gran importancia e impacto para la sociedad.

La asunción de la función sancionadora en el ámbito administrativo –*jus puniendi* administrativo– por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa no solo constituye el último eslabón de la cadena del Sistema Nacional Anticorrupción sino también el más importante, en tanto implica garantizar, en forma directa y efectiva, los fines buscados: prevenir y sancionar las faltas administrativas y los actos de corrupción.

En este sentido, considero que los principales desafíos para el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, consistirán en:

- Disuadir con sus sentencias a los servidores públicos de cometer faltas administrativas y actos de corrupción.
- Garantizar que los servidores públicos se desempeñen, sobre todo en la administración y ejercicio de los recursos públicos, conforme a los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, transparencia, eficiencia y acorde a los más altos estándares de integridad pública, y
- Promover el mejoramiento permanente de la actividad administrativa en general.
- Delimitar la responsabilidad de su actuación dentro del Sistema Nacional Anticorrupción, para evitar que se le exija resolver situaciones fuera de sus atribuciones, sobre todo cuando la investigación o la integración de un expediente de responsabilidades administrativas por faltas graves no incluye los elementos suficientes para determinar la responsabilidad de los servidores públicos involucrados, y pese a ello, la sociedad exija una sentencia condenatoria.

Son grandes los retos que se avecinan para el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tomando en cuenta los altos índices de corrupción en nuestro país y que esta cuenta con mecanismos de defensa frente a los esfuerzos gubernamentales para su combate, sin embargo, su solidez institucional y el profesionalismo de las servidoras y servidores públicos que lo integran, le permitirán enfrentar y vencer estos obstáculos, como lo ha hecho con las atribuciones que históricamente se han sumado a su competencia.

## VI. CONCLUSIONES

La creación del Sistema Nacional Anticorrupción constituye una decisión fundamental de política pública, histórica e inédita, para combatir la corrupción. Un fenómeno negativo que se ha arraigado en nuestro país y se ha convertido en uno de los principales obstáculos para su desarrollo económico y social.

La decisión de la creación del Sistema fue consecuencia de la voluntad de los principales actores políticos del país, representados en las Cámaras del Congreso de la Unión y en el Ejecutivo Federal, así como en las Legislaturas de las Entidades Federativas, quienes participaron no solo en la aprobación y promulgación de la reforma constitucional sino en la formulación de iniciativas y propuestas para crear, desde la Constitución Federal, las condiciones y figuras jurídicas, instrumentos, instituciones y competencias, con su debida articulación.

La aprobación de la reforma constitucional anticorrupción era inaplazable, por cuanto que las prácticas corruptas se han generalizado en todos los espacios donde encuentran condiciones para su reproducción y han adquirido no solo una dimensión social sino también cultural, y en consecuencia, se han llegado a concebir como una condición conatural de las personas, un estatus de la constitución ética del ser que es inaceptable.

La estrategia de combate a la corrupción implica un nuevo paradigma, la construcción de una ética pública y social capaz de combatir eficazmente la corrupción y remover este lastre para el país, quizá uno de los mayores enfrentados en reformas estructurales anteriores. Todo con el propósito de hacer posible que México avance a la siguiente etapa de su desarrollo histórico, económico, social y político

Este modelo del Sistema Nacional Anticorrupción basado en la cooperación, coordinación y participación de diversos órganos e instituciones, en los tres órdenes de gobierno y la inclusión del Tribunal Federal de Justicia Administrativa para sancionar las faltas administrativas graves, marca el principio de un eficiente proceso para depurar la función pública y sobre todo, pone en el centro la coparticipación gubernamental, institucional y ciudadana como una garantía para que el combate de la corrupción sea posible.

La reforma constitucional que crea el Sistema Nacional Anticorrupción es un paso histórico que instituye y fortalece una nueva cultura de la legalidad. Los que integramos el Tribunal Federal de Justicia Administrativa estamos conscientes de los importantes desafíos que implica la aprobación de reformas de esta naturaleza, que son, evidentemente, el primer gran paso de un novedoso sistema que combatirá la corrupción y la impunidad.

Por ello, reiteramos nuestro indeclinable deber de continuar en el ejercicio de nuestras funciones para responder a las expectativas de la sociedad que espera nuestra contribución a la salvaguarda de las leyes e instituciones que con gran esfuerzo ha creado para favorecer la convivencia social.

## **EL IMPUESTO AL AJUSTE FRONTERIZO *BORDER ADJUSTMENT TAX (BAT)***

Miguel BUITRÓN PINEDA<sup>1</sup>

Es incuestionable que las amenazas proferidas por Donald Trump se están cumpliendo y eso nos debe poner alertas en la parte que nos corresponde, analizar a la Política Fiscal y al Comercio Exterior, hasta donde podamos aportar esquemas que orienten al contribuyente en la crisis impositiva por venir.

A las promesas electorales dadas por el citado personaje, se les tiene que dar forma, quedando en manos técnicas su realización. Ofreció a los electores norteamericanos rebajar el impuesto sobre la renta de 35% a 30% (o hasta menos) y contempló la forma de compensar ese faltante. Ahí están los técnicos tributaristas quienes se apresuran a establecer un nuevo impuesto con un esquema de control tributario, que en términos beisbolísticos, ya no fue una bola baja, fue un tiro cantado, pues el *BAT* ya lo habían anunciado.

Este impuesto al ajuste fronterizo o *BAT*, no es arancelario ni tampoco es aplicable solo en la frontera. Es un tipo de impuesto del 20% respecto a las importaciones de materia prima o artículos semi-terminados, que de forma conjunta con la nueva planeación del impuesto sobre la renta, impide la deducción de los gastos y costos generados en la importación de mercancías, (se dice) que provengan principalmente de México. Empero, es para inhibir las importaciones a Norteamérica.

Con ello es claro que, encarecerán los costos de las exportaciones mexicanas y por ende su posible disminución. Para ello el Presidente de Estados Unidos se desmarca y manda señales opuestas sobre su postura, "el *catcher* no entiende al *pitcher*", pero al final de cuentas, tiene fe de que se impulse dicha propuesta tributaria nacionalista, la que beneficiará la producción local de mercaderías, liberando de impuestos las exportaciones norteamericanas. A pesar de que, detrás de toda esta mecánica, más tarde que temprano, el consumidor estadounidense estará afectado al cubrir ese encarecimiento de la

---

<sup>1</sup> Es Licenciado y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Especialista en Finanzas Públicas, Derecho Constitucional y Administrativo. Catedrático de las asignaturas de Derecho Fiscal y Práctica Forense de Derecho Fiscal en la UNAM y de Derecho Fiscal Sancionador en el Centro de Estudios Superiores del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Es autor de diversos artículos y obras especializadas en Derecho Fiscal. Es Socio Director del Despacho Jurídico Buitrón y Asociados, S.C. Director de la Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, A.C.

cadena de valor, trasladándose el costo final del producto hacia él. En otras palabras, él pagará el extravío xenofóbico.

Hasta aquí tenemos claro, cómo la política transforma un esquema tributario que debe de ser equilibrado, so pena de afectar a quien se dice tutelar o proteger los derechos de sus connacionales, transformando sus buenas intenciones (aunque nos afecten aquí en México) en un ejemplo más de decisiones erráticas, y por qué no, populistas a su manera.

Es por ello que, la propuesta del *BAT*, tiene una imagen de arancel, que hasta donde se ha visto no lo es. Pues estaría en franca oposición al Tratado de Libre Comercio (*NAFTA*). Generando daños, y mucho más severos a la imagen de un país remiso y rijo-so que solo confirmaría que, los Tratados Internacionales, Estados Unidos los firma para incumplirlos. Tampoco es un impuesto fronterizo, en estricto sentido, pues aunque la *post data* es para México, a decir verdad ha inquietado a más de dos países que exportan grandes cantidades de mercancías hacia los Estados Unidos, como lo es la inconmutable China o Japón (En cierta forma Canadá, en rigor, también está dentro de este galimatías tributario).

Nuestros servidores públicos y tributaristas oficiales, deben de prepararse, en orden al bate. Tal y como hasta ahora lo han hecho, convocando para discutir el Tratado de Libre Comercio, también deben tomar en serio la propuesta del *BAT*, cuyo efecto *boomerang* se les va a dar ante tanta ligereza técnica tributaria. Recordemos que Donald Trump es, como lo dice el adagio popular, “un océano de conocimientos, con un centímetro de profundidad.”

No esperemos que nos asesten un *hit*, menos si nos lo anunciaron, nosotros debemos crear un plan de ajuste tributario para importaciones y exportaciones. Cuando, amable lector, salga a la luz esta opinión, estamos seguros que ya han madurado nuestros primos de cómo darnos más certero el tarascazo, amén de que la complejidad de un impuesto así, conlleva una locura de control de origen de las mercancías e insumos. No obstante, tanto autoridades como sector privado en México, deben prepararse para que no nos pase como en el béisbol, en el que se pierda el partido por cometer más “errores.”

## EL JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA: UN NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA FISCAL

Rabindranath GUADARRAMA MARTÍNEZ<sup>1</sup>

### SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Justificación para la creación del nuevo Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo.* III. *Procedencia y substanciación del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo.* IV. *Características del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo.* V. *Beneficios del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo.* VI. *Conclusiones.* VII. *Fuentes de información.*

### RESUMEN

La complejidad y los formalismos en los procedimientos tradicionales para lograr la justicia fiscal, han marcado una característica en el contencioso administrativo federal. Atendiendo a lo anterior, y buscando que la gente pueda lograr una verdadera justicia fiscal, surge el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo como una nueva modalidad de juicio contencioso administrativo federal, en el que únicamente se analizarán aspectos de fondo de las determinaciones de las autoridades fiscales, privilegiándose la cercanía con el Tribunal Federal de Justicia Administrativa a través de la oralidad del procedimiento, así como la celeridad en la emisión de la resolución. "En otras palabras, resolver la controversia entre la autoridad fiscal y los contribuyentes considerando los hechos que efectivamente ocurrieron"<sup>2</sup>.

### ABSTRACT

Complexity and formalities within traditional procedures to achieve fiscal justice have been distinctive marks of federal administrative contentious. In view of the above and in order for people to achieve a true fiscal justice, the Trial for the Exclusive Ruling of the Substance arises as a new modality of federal administrative litigation within which only substantive aspects of decisions taken by fiscal authorities shall be analyzed therefore privileging proximity to the Federal Administrative Justice Court through oral proceedings, as well as promptness of rulings. "In other words, settling disputes between the fiscal authority and taxpayers considering the actual facts".

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho y Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. ([rguadarrama@yahoo.com](mailto:rguadarrama@yahoo.com)).

<sup>2</sup> Cfr. [http://www.prodecon.gob.mx/Documentos/building\\_trust\\_ii\\_taxpayer\\_rights\\_2nd\\_intl\\_conference\\_espanol.pdf](http://www.prodecon.gob.mx/Documentos/building_trust_ii_taxpayer_rights_2nd_intl_conference_espanol.pdf)

## **PALABRAS CLAVE**

Beneficios del Juicio. Celeridad. Cercanía. Controversia. Crédito Fiscal. Facultades de Comprobación. Fondo. Forma. Garantizar. Oralidad, Órgano Jurisdiccional, Pruebas.

## **KEY WORDS**

Benefits of the Trial. Promptness. Proximity. Dispute. Tax Credit. Faculties of Verification. Substance. Form. Guarantee. Oral Proceeding. Jurisdictional Body. Evidentiary Elements.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El 8 de septiembre de 2016, el Ejecutivo Federal entregó al Congreso de la Unión el llamado paquete económico; como parte del mismo se encontraba la iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA), con el propósito fundamental de fortalecer la determinación del fondo de la controversia que se dirimirá ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA). Dicha Iniciativa se enmarca con los objetivos y metas de la propuesta por el Ejecutivo Federal de 28 de abril de 2016, para reformar los Artículos 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de justicia cotidiana<sup>3</sup>.

Así, el 27 de enero de 2017<sup>4</sup> se publican en el Diario Oficial de la Federación (DOF) las reformas y adiciones a los Artículos 58-16 al 58-29 de la LFPCA, por las que se establece el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo (JREF), en el cual únicamente se analizarán aspectos de fondo de las determinaciones de las autoridades fiscales, por lo que a través de este procedimiento no se podrán alegar aspectos formales ante el TFJA, juicio que es materia del presente estudio.

Como parte del análisis, destacaremos la importancia de los Acuerdos Conclusivos (AC) tramitados ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), en atención a que en el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo podrán ofrecerse como pruebas las que hayan sido aportadas, ya sea en la fase administrativa ante las autoridades fiscales, así como en el procedimiento de Acuerdos Conclusivos.

---

<sup>3</sup> "La Justicia Cotidiana es aquella, distinta a la penal, que vivimos todos los días en nuestro trato diario y facilita la paz social y la convivencia armónica". Cfr. Justicia Cotidiana, reformas e iniciativas, <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/articulos/justicia-cotidiana-reformas-e-iniciativas-29921?idiom=es>. El Presidente de la República, Enrique Peña Nieto, envió al Congreso de la Unión un primer paquete con ocho iniciativas de reforma constitucional, tres iniciativas de reforma legal y la propuesta de una nueva Ley General, así como un decreto administrativo, que forman parte de las reformas en materia de Justicia Cotidiana.

<sup>4</sup> Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y al Código Fiscal de la Federación, <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2017&month=01&day=27&edicion=MAT>.

## II. JUSTIFICACIÓN PARA LA CREACIÓN DEL NUEVO JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO

La materia contenciosa administrativa federal se ha caracterizado por su complejidad, además de que no escapa a la costumbre procesalista de la obtención de una resolución (nulidad) derivada de cuestiones formales.

Esta situación ha provocado que las controversias tengan que sujetarse a diversos tipos de procedimientos en lugar de uno solo<sup>5</sup>, circunstancias que ocasionan que los justiciables no obtengan una solución definitiva sobre las pretensiones originalmente planteadas, provocando que el principio de justicia completa, pronta y expedita no se logre.

Debido a lo anterior, resulta oportuno citar lo señalado en la Exposición de Motivos de la Iniciativa del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo: *"...la materia contenciosa administrativa federal, no escapa a la dinámica de pronunciamiento de resoluciones formales ocasionadas no sólo por la costumbre procesalista que caracteriza la defensa legal en nuestro sistema judicial, sino también por la incorporación de formalismos procesales que han tenido como consecuencia que, en diversas ocasiones, se tengan que resolver cuestiones formales en primer término"*<sup>6</sup>.

Siguiendo con la Exposición de Motivos, el Ejecutivo Federal señala que este nuevo juicio *"tiene como premisa fundamental fortalecer la definición judicial del fondo de la controversia sujeta al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en el que tanto el actor como la autoridad demandada solo puedan alegar, justamente, cuestiones relativas al fondo, respecto de la existencia misma de la obligación fiscal y dentro de un procedimiento que se sustente en los principios de celeridad, oralidad, resolución sustantiva y proporcionalidad"*<sup>7</sup>.

Consideramos que dicho fortalecimiento se cumple en atención a que en el nuevo juicio, tanto el actor como la autoridad demandada, solo podrán alegar cuestiones relativas al fondo del asunto, así como la valoración del procedimiento de Acuerdos Conclusivos en fase administrativa ante las autoridades fiscales federales, ya que en el mismo se discuten los conflictos respecto de la existencia o no existencia de la obligación fiscal.

---

<sup>5</sup> Juicio Sumario, Juicio en Línea o Juicio Ordinario o vía tradicional.

<sup>6</sup> "Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo", *Gaceta Parlamentaria*, Palacio Legislativo de San Lázaro, año XIX, número 4614-F, 08 de septiembre de 2016, <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/63/2016/sep/20160908-F.pdf>.

<sup>7</sup> *Dictamen de la Comisión de Justicia, con proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y al Código Fiscal de la Federación*, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2016/nov/20161117-II.html#DictamenesaD>.

En ese contexto, y derivado de un minucioso análisis legislativo por las Cámaras del Congreso de la Unión, que fijó como objetivo el fortalecimiento de la definición judicial de fondo de las controversias<sup>8</sup>, se da origen a una nueva modalidad de juicio contencioso administrativo, el cual tiene como particularidad que únicamente se analizarán aspectos de fondo, privilegiando la celeridad y la oralidad del procedimiento.

Enseguida abordaremos las características de esta nueva modalidad de juicio contencioso administrativo, a fin de conocer la procedencia y la manera en que se substanciará ante el TFJA.

### **III. PROCEDENCIA Y SUBSTANCIACIÓN DEL JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO**

A continuación haremos un breve análisis de los artículos que se refieren al Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, realizando algunos comentarios sobre cada uno de ellos, buscando dejar en claro los alcances de este nuevo procedimiento.

#### *1. Tramitación del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo*

ARTÍCULO 58-16. El juicio de resolución exclusiva de fondo se tramitará a petición del actor, de conformidad con las disposiciones que se establecen en este Capítulo y, en lo no previsto, se aplicarán las demás disposiciones que regulan el juicio contencioso administrativo federal.

En el juicio de resolución exclusiva de fondo se observarán especialmente los principios de oralidad y celeridad.

En este precepto se señalan las reglas generales de este Juicio, siendo oportuno mencionar que su tramitación será *opcional y a petición del actor*, y que solo será procedente cuando se establezcan determinaciones a cargo del contribuyente donde únicamente se harán valer conceptos de impugnación de fondo, referidos al sujeto, objeto, base, tarifa o tasa de la contribución, obviando las violaciones formales.

Si bien el numeral en comento no lo señala, es importante destacar que al Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo le son aplicables los mismos plazos que para el Juicio Contencioso Administrativo Federal en la vía tradicional; esto es, la demanda deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes a que surta efectos la notificación del acto que se vaya a impugnar (Artículo 13, fracción I, LFPCA), mientras que la contestación a la demanda deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes a que surta efectos el emplazamiento respectivo (Artículo 19 LFPCA).

---

<sup>8</sup> *Idem.*

## 2. *Procedencia del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo*

ARTÍCULO 58-17. El Tribunal determinará las Salas Regionales Especializadas en materia del juicio de resolución exclusiva de fondo, el cual versará únicamente sobre la impugnación de resoluciones definitivas que deriven del ejercicio de las facultades de comprobación a que se refiere el artículo 42, fracciones II, III o IX del Código Fiscal de la Federación y la cuantía del asunto sea mayor a doscientas veces la Unidad de Medida y Actualización, elevada al año, vigente al momento de emisión de la resolución combatida.

El juicio de resolución exclusiva de fondo no será procedente cuando se haya interpuesto recurso administrativo en contra de las resoluciones señaladas en el párrafo anterior, y dicho recurso haya sido desechado, sobreseído o se tenga por no presentado.

El demandante sólo podrá hacer valer conceptos de impugnación que tengan por objeto resolver exclusivamente sobre el fondo de la controversia que se plantea, sin que obste para ello que la resolución que se controvierta se encuentre motivada en el incumplimiento total o parcial de requisitos exclusivamente formales o de procedimiento establecidos en las disposiciones jurídicas aplicables; siempre que el demandante acredite que no se produjo omisión en el pago de contribuciones.

Para efectos del juicio de resolución exclusiva de fondo se entenderá por concepto de impugnación cuyo objeto sea resolver exclusivamente sobre el fondo de la controversia, entre otros, aquéllos que referidos al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de las obligaciones revisadas, pretendan controvertir alguno de los siguientes supuestos:

- I. Los hechos u omisiones calificados en la resolución impugnada como constitutivos de incumplimiento de las obligaciones revisadas.
- II. La aplicación o interpretación de las normas involucradas.
- III. Los efectos que haya atribuido la autoridad emisora al incumplimiento total o parcial de requisitos formales o de procedimiento que impacten o trasciendan al fondo de la controversia.
- IV. La valoración o falta de apreciación de las pruebas relacionadas con los supuestos mencionados en las fracciones anteriores.

En ningún caso el juicio de resolución exclusiva de fondo podrá tramitarse a través del juicio en la vía tradicional, sumaria o en línea, regulados en la presente Ley. Una vez que el demandante haya optado por el juicio regulado en el presente Capítulo, no podrá variar su elección.

En este artículo se establece la procedencia y la cuantía de los asuntos susceptibles de ser impugnados en dicho Juicio. A través de él se impugnarán exclusivamente resoluciones definitivas derivadas del ejercicio de las facultades de comprobación previstas en el Artículo 42 del Código Fiscal de la Federación (CFF), mismas que son:

- a) Revisiones de escritorio (fracción II)
- b) Visitas domiciliarias (fracción III)
- c) Revisiones electrónicas (fracción IX)

Se combatirán resoluciones definitivas de la autoridad en las que se establezcan determinaciones a cargo de los contribuyentes, cuyo monto exceda de 200 veces la Unidad de Medida y Actualización (UMA)<sup>9</sup> elevada al año. Tomando en consideración la información proporcionada por el Servicio de Administración Tributaria, el monto para 2017 sería de \$5'507,760.00, cantidad que se considera refleja de manera representativa los asuntos que contienen argumentos de fondo y que por su naturaleza implican una mayor complejidad sustantiva, los cuales se combatirían directamente a través del planteamiento de conceptos de impugnación relativos a los elementos esenciales del tributo, y aquellos asuntos *cuyo monto sea inferior* se podrán impugnar mediante el juicio contencioso administrativo en la vía tradicional, en línea o sumaria, según corresponda.

Para efectos del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, se considera que un argumento de fondo es aquel que versa sobre:

- a) Los elementos esenciales del tributo (sujeto, objeto, base, tarifa y tasa)
- b) Hechos u omisiones constitutivos del supuesto incumplimiento
- c) Aplicación o interpretación de normas sustantivas
- d) Elementos atribuidos al incumplimiento de obligaciones formales que trasciendan el fondo de la controversia
- e) Valoración o falta de valoración de las pruebas

Este Juicio no será procedente cuando se haya interpuesto un recurso administrativo y dicho recurso haya sido desechado, sobreseído o tenido por no presentado. Asimismo es importante resaltar que una vez que el demandante opte por esta vía, este no podrá variar su elección.

Es preciso mencionar que atendiendo al Artículo Primero Transitorio de la reforma a la LFPCA para la atención del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, el Tribunal Federal

<sup>9</sup> Valor de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) para 2017. Establecidos por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), publicados en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 2017, vigentes a partir del 1° de febrero de 2017, consultables: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5468844&fecha=10/01/2017](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5468844&fecha=10/01/2017).

Periodo	Valor en Pesos
Diario	\$ 75.49
Mensual	\$ 2,294.90
Anual	\$ 27,538.80

de Justicia Administrativa creará tres Salas Especializadas en esa materia, las cuales deben quedar integradas a más tardar el 30 de junio de 2017, de tal manera que esos juicios podrán ser promovidos a partir del día siguiente en que inicien funciones dichas Salas, lo que se abordará en el punto del régimen transitorio de la reforma que se analiza.

### 3. *Requisitos de la demanda*

ARTÍCULO 58-18. La demanda deberá contener, adicional a lo señalado en el artículo 14 de esta Ley, lo siguiente:

- I. La manifestación expresa de que se opta por el juicio de resolución exclusiva de fondo.
- II. La expresión breve y concreta de la controversia de fondo que se plantea, así como el señalamiento expreso de cuál es la propuesta de litis.
- III. El señalamiento respecto del origen de la controversia, especificando si ésta deriva de:
  - a) La forma en que se apreciaron los hechos u omisiones revisados;
  - b) La interpretación o aplicación de las normas involucradas;
  - c) Los efectos que se atribuyeron al incumplimiento total, parcial o extemporáneo, de los requisitos formales o de procedimiento que impactan o trasciendan al fondo de la controversia, o
  - d) Si cualquiera de los supuestos anteriores son coincidentes.
- IV. Los conceptos de impugnación que se hagan valer en cuanto al fondo del asunto.

Se deberá adjuntar al escrito de demanda el documento que contenga el acto impugnado y su constancia de notificación, así como las pruebas que se ofrezcan, relacionándolas expresamente en su escrito de demanda con lo que se pretenda acreditar, incluyendo el dictamen pericial que, en su caso, se ofrezca.

Cuando se omita alguno de los requisitos señalados en el presente artículo, se requerirá al demandante para que lo subsane dentro del término de cinco días, apercibiéndolo que, de no hacerlo en tiempo, se desechará la demanda.

El artículo en análisis refiere los conceptos de impugnación de la demanda, los cuales buscarán desentrañar el fondo de la controversia a resolver, apegándose a la *litis* planteada, a fin de allegar al Tribunal los elementos necesarios para que analice el fondo de la controversia del acto recurrido.

En el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, el demandante deberá adjuntar a su escrito de demanda el documento que contenga el acto impugnado y la constancia de notificación, para efectos de acreditar la existencia del mismo, así como ofrecer las pruebas relacionándolas expresamente con la *litis*, así y en su caso, incluir el dictamen pericial.

A fin de comprender cada fracción del artículo en estudio, nuestros comentarios los dividiremos de la siguiente manera:

a) La fracción primera del artículo refiere puntualmente que el demandante que opte por el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo deberá incluir en su escrito de demanda una manifestación expresa que elige esa vía, lo cual debe entenderse como una cuestión potestativa del actor para sujetarse a la jurisdicción de este nuevo juicio.

b) En relación con la fracción segunda, además de la manifestación del demandante, deberá exponer de forma breve y concreta los alcances de la controversia de fondo que plantea, así como justificar la propuesta de *litis*.

c) Respecto a la fracción tercera, el actor deberá señalar en su demanda el origen de la controversia, especificando si esta deriva de:

a') La forma en que se apreciaron los hechos u omisiones revisados

En el Juicio examinado, el demandante deberá señalar de forma clara la controversia surgida con la autoridad fiscal, así como una narración de los hechos tal como acontecieron en el actuar de aquella, o bien lo que la misma dejó de realizar o hizo de manera incorrecta al momento de ejercer sus facultades de comprobación que la ley le autoriza, dando pie a la determinación de contribuciones omitidas o de créditos fiscales a cargo del contribuyente, los cuales serán impugnados a través del nuevo juicio.

b') La interpretación o aplicación de las normas involucradas

De acuerdo al principio de seguridad jurídica que todo acto de molestia debe revestir, el cual debe encontrarse debidamente fundado y motivado, el actor señalará los preceptos o normas que la autoridad fiscal omitió o no aplicó correctamente al ejercer sus facultades de comprobación, a fin de hacer prevalecer el derecho consagrado en el Artículo 16 de la Carta Magna.

c') Los efectos que se atribuyeron al incumplimiento total, parcial o extemporáneo, de los requisitos formales o de procedimiento que impactan o trasciendan al fondo de la controversia.

En el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, el demandante encausará su defensa tomando en consideración los procedimientos de fiscalización por los que la autoridad fiscal instrumentó la revisión del periodo correspondiente, los aspectos a revisar, la información que el contribuyente debió proporcionar y, en general, todos los pormenores respecto al ejercicio de la facultad de comprobación, de lo cual la autoridad resuelve el incumplimiento total, parcial o extemporáneo por parte del contribuyente, y que será combatido desde las causas que dieron origen a la actuación de la autoridad.

d') Si cualquiera de los supuestos anteriores son coincidentes.

A mayor razón, si el demandante considera que se presentan uno o todos los supuestos referidos en la fracción tercera, los deberá exponer y relacionar con claridad a la *litis* que planteó ante el Magistrado Instructor.

d) Finalmente, la fracción cuarta establece el requisito para el demandante en el sentido de que al formular sus agravios o conceptos de impugnación, estos únicamente versarán sobre los aspectos que se refieran al fondo del asunto, para efectos de centrar la *litis* del juicio ante la Sala Especializada.

#### 4. Valoración de la demanda

ARTÍCULO 58-19. El Magistrado Instructor determinará la procedencia del juicio de resolución exclusiva de fondo considerando lo siguiente:

- I. Analizará, en primer término, si se cumplen los requisitos señalados en el presente Capítulo.
- II. En su caso, una vez cumplido el requerimiento a que se refiere el último párrafo del artículo 58-18 de la presente Ley, si advierte que los conceptos de impugnación planteados en la demanda incluyen argumentos de forma o de procedimiento, éstos se tendrán por no formulados y sólo se atenderán a los argumentos que versen sobre el fondo de la controversia.
- III. Cuando advierta que en la demanda sólo se plantean conceptos de impugnación relativos a cuestiones de forma o procedimiento, y no a cuestiones relativas al fondo de la controversia, se remitirá a la Oficialía de Partes Común para que lo ingrese como juicio en la vía tradicional, tomando en cuenta la fecha de presentación de la demanda.

El juicio de resolución exclusiva de fondo no procederá cuando la demanda se promueva en los términos del artículo 16 de esta Ley.

Si el Magistrado Instructor admite la demanda, ordenará suspender de plano la ejecución del acto impugnado, sin necesidad de que el demandante garantice el interés fiscal. La suspensión así concedida operará hasta que se dicte la resolución que ponga fin al juicio exclusivo de fondo, sin perjuicio de los requisitos que para la suspensión establezcan las leyes que rijan los medios de impugnación que procedan contra la sentencia dictada en el mismo.

El numeral en comento menciona la procedencia de este nuevo Juicio, en el cual se deben plantear únicamente conceptos de impugnación relativos a cuestiones de fondo de la controversia, y no a cuestiones relativas a forma o procedimiento.

En caso de plantearse en el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo argumentos de forma, estos no serán considerados para el análisis y resolución, sino solo los

de fondo. Por lo tanto, si el demandante únicamente invoca argumentos formales, el Magistrado Instructor reconducirá la vía al juicio contencioso en la vía ordinaria.

Respecto a la suspensión de la ejecución del crédito fiscal determinado por la autoridad fiscal y la no exigencia de garantía al actor, son innovaciones y resultan aspectos muy favorables para no tener la obligación de garantizar dicho crédito, a diferencia del juicio en la vía tradicional, ya que para garantizar la parte actora debe erogar considerables gastos a pesar de que el TFJA resuelva en definitiva a su favor, por lo que seguramente no podrá reponer las erogaciones propias a la exhibición de la garantía.

En relación con la suspensión, el nuevo juicio tiene como característica que una vez admitida la demanda por el Magistrado Instructor, este ordenará suspender de plano la ejecución del acto impugnado; dicha suspensión concedida operará hasta que se dicte la resolución que ponga fin al proceso.

##### 5. *Recurso de Reclamación*

ARTÍCULO 58-20. Si el Magistrado Instructor determina que la demanda no cumple con lo señalado en el artículo 58-18 de la presente Ley y, en consecuencia, resuelve desecharla, procederá el recurso de reclamación en términos del artículo 59 de esta Ley, mismo que deberá presentarse ante el Magistrado Instructor en un plazo de diez días contados a partir de que surta efectos la notificación del acuerdo de desechamiento; una vez presentado, se ordenará correr traslado a la contraparte para que en el término de cinco días exprese lo que a su derecho convenga y sin más trámite la Sala lo resolverá de plano en un plazo de cinco días.

El numeral citado regula los casos en que se actualiza el desechamiento de la demanda. De este modo, si el demandante ejerce su derecho a optar por el Juicio en comento, y la demanda no cumple con lo señalado en el artículo 58-18, el Magistrado la desechará, ante lo cual el actor podrá promover el recurso de reclamación que deberá presentarse en un plazo de diez días a partir del que surta efectos la notificación del acuerdo que decreta el desechamiento de la demanda, corriendo traslado a la contraparte en un término de cinco días, y su trámite y resolución será en un plazo de cinco días.

##### 6. *Ampliación de la demanda*

ARTÍCULO 58-21. El demandante podrá ampliar la demanda, únicamente cuando se actualice el supuesto previsto en la fracción IV del Artículo 17 de esta Ley, en el plazo de diez días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación del auto que tenga por presentada la contestación, y en su escrito deberán señalar con precisión cuál es la propuesta de litis de la controversia en la ampliación.

La autoridad, al contestar la demanda y, en su caso, la ampliación de demanda, deberá señalar si coincide o no con la propuesta de litis del juicio, expresando en este último caso, cuál es su propuesta.

El artículo señala que únicamente se podrá ampliar la demanda cuando en la contestación a la misma se introduzcan cuestiones no conocidas por el actor (Artículo 17, fracción IV, de la LFPCA).

El plazo para ampliar la demanda es de 10 días, siguientes a aquel en que surta efectos la notificación del auto que tenga por presentada la contestación, siendo muy importante señalar que las partes (actor y autoridad demandada), en su escrito de ampliación deberán precisar claramente cuál es la propuesta de *litis* de la controversia en la ampliación.

### 7. Audiencia de fijación de litis

ARTÍCULO 58-22. Recibida la contestación de la demanda y, en su caso, la contestación a la ampliación de la misma, el Magistrado Instructor citará a las partes para audiencia de fijación de litis, la que se desahogará sin excepción de manera oral dentro de los veinte días siguientes a la recepción de la contestación respectiva. El Magistrado Instructor expondrá de forma breve en qué consiste la controversia planteada por las partes, quienes manifestarán lo que a su derecho convenga, ajustándose a lo manifestado en la demanda, su ampliación o su contestación.

La audiencia de fijación de litis deberá ser desahogada, sin excepción, ante la presencia del Magistrado Instructor quien podrá auxiliarse del Secretario de Acuerdos para que levante acta circunstanciada de la diligencia. Las partes podrán acudir personalmente o por conducto de sus autorizados legales. Los demás Magistrados integrantes de la Sala podrán acudir a la audiencia de fijación de litis. Cuando estando debidamente notificadas las partes, en términos de los artículos 67 y 68 de esta Ley, alguna no acuda a la audiencia de fijación de litis, ésta se llevará a cabo con la parte que esté presente.

Quedará al prudente arbitrio del Magistrado Instructor, la regulación del tiempo que tengan las partes para exponer los motivos por los que estiman les asiste la razón, considerando estrictamente el principio de celeridad que rige esta vía.

Cuando alguna de las partes no acuda a la audiencia de fijación de litis se entenderá que consiente los términos en que la misma quedó fijada por el Magistrado Instructor, precluyendo además su derecho para formular cualquier alegato posterior en el juicio, ya sea en forma verbal o escrita.

En el caso de que se haya acordado precedente la atracción del juicio por la Sala Superior, el Magistrado Instructor reservará la celebración de las actuaciones previstas en el artículo 58-26, primer párrafo de esta Ley, para que éstas se lleven a cabo ante el Magistrado ponente que corresponda.

Una vez celebrada la audiencia de fijación de litis, el Magistrado Instructor notificará a las partes el acuerdo a que se refiere el artículo 47 de esta Ley, salvo en los casos establecidos en el párrafo anterior.

En este artículo se establece que, una vez que el Magistrado Instructor haya recibido la contestación de demanda, citará a las partes para una audiencia de fijación de *litis*, en la que este expondrá cuál es la controversia planteada y dará oportunidad a las partes para que manifiesten lo que a su derecho convenga. En el supuesto que una de las partes no asista a la audiencia, se considerará que consiente los términos de la misma.

Con la audiencia de fijación de *litis* se incorpora el principio de oralidad en un procedimiento que había sido, hasta la fecha, predominantemente escrito, lo cual permitirá un acercamiento del juzgador a las partes y a la controversia que se le plantea, a partir de los razonamientos hechos valer directamente ante el órgano jurisdiccional, acorde con el principio de proximidad, como mecanismo para evitar los problemas de acceso a la justicia.

#### 8. Audiencia privada solicitada por las partes

ARTÍCULO 58-23. En caso de que durante la tramitación del juicio de resolución exclusiva de fondo, alguna de las partes solicite una audiencia privada con el Magistrado Instructor o con alguno de los Magistrados de la Sala Especializada, ésta deberá celebrarse invariablemente con la presencia de su contraparte; cuando estando debidamente notificadas las partes, en términos de los artículos 67 y 68 de esta Ley, alguna no acuda a la audiencia privada, ésta se llevará a cabo con la parte que esté presente.

Junto con el artículo anterior, se presentan una de las innovaciones del nuevo Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, toda vez que cuando alguna de las partes solicite una audiencia privada con el Magistrado Instructor, la LFPCA señala claramente que deberán estar presentes ambas partes, con lo cual tienen la misma oportunidad de acercarse al Magistrado Instructor, o incluso con los demás Magistrados de la Sala, con lo que se genera un equilibrio procesal e igualdad en el trámite del juicio.

Es de mencionar que en relación con esta audiencia, la LFPCA no establece las formalidades y el procedimiento tanto para citar a las partes ni las consecuencias en caso de inasistencia de alguna de ellas.

#### 9. Pruebas en el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo

ARTÍCULO 58-24. En el juicio de resolución exclusiva de fondo, serán admisibles únicamente las pruebas que hubieren sido ofrecidas y exhibidas, en:

- I. El procedimiento de comprobación del que derive el acto impugnado;
- II. El procedimiento de Acuerdos Conclusivos regulado en el Código Fiscal de la Federación, o
- III. El recurso administrativo correspondiente.

Este numeral regula la admisión de las pruebas en este Juicio, las cuales se limitan a las que hayan sido aportadas durante la fase administrativa ante las autoridades fiscales,

así como en el procedimiento de Acuerdos Conclusivos ante la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON) y en el recurso administrativo.

Los Acuerdos Conclusivos nacen con la reforma al Código Fiscal de la Federación (CFF) publicada en el DOF el 9 de diciembre de 2013<sup>10</sup>, a los Artículos 69-C al 69-H, con la finalidad de ofrecer a los contribuyentes las facilidades necesarias para regularizar su situación fiscal bajo los principios de flexibilidad, celeridad e inmediatez, constituyéndose como el primer medio alternativo de solución de controversias en materia fiscal federal. A través de esta novedosa figura, se discuten los conflictos de fondo surgidos durante las auditorías o revisiones fiscales (incluyendo las electrónicas).

Los Acuerdos Conclusivos se tramitan ante el Ombudsman especializado en la defensa de los derechos del contribuyente<sup>11</sup>, PRODECON, que es un organismo público descentralizado, no sectorizado, con autonomía técnica funcional y de gestión, especializado en materia tributaria federal, que proporciona de forma gratuita servicios de asesoría y consulta, defensoría y representación legal, quejas o reclamaciones, así como la intermediación en el procedimiento de los Acuerdos Conclusivos.

En el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, los Acuerdos Conclusivos resultan ser muy útiles en atención que en dicho medio alternativo de solución de controversias, los conflictos versan únicamente sobre cuestiones de fondo referentes a si se produjo o no la hipótesis tributaria; por ello, en el nuevo juicio se podrá ofrecer como prueba dicho procedimiento de Acuerdos Conclusivos, además de las generadas en fase administrativa ante las autoridades fiscales federales<sup>12</sup>.

#### 10. *Prueba pericial*

ARTÍCULO 58-25. El desahogo de la prueba pericial en los términos del presente Capítulo, se llevará a cabo mediante la exhibición del documento que contenga el dictamen correspondiente, el cual deberá adjuntarse a la demanda, a la ampliación o a su contestación. El Magistrado Instructor tendrá la más amplia facultad para valorar no sólo la idoneidad y el alcance de los dictámenes exhibidos, sino también la idoneidad del perito que lo emite.

El Magistrado Instructor, bajo su consideración decidirá si es necesario citar a los peritos que rindieron los dictámenes a fin de que en una audiencia especial, misma que se desahogará en forma oral, respondan las dudas o cuestionamientos que aquél

---

<sup>10</sup> Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación, [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5324942&fecha=09/12/2013](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5324942&fecha=09/12/2013).

<sup>11</sup> Cfr. Guadarrama Martínez, Rabindranath, "Ombudsman Especializado en la Defensa de los Derechos del Contribuyente", *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, México, vol. 13, número 27, julio de 2016, pp. 109-125.

<sup>12</sup> Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, <http://www.prodecon.gob.mx/>.

les formule; para tal efecto las partes deberán ser notificadas en un plazo mínimo de cinco días anteriores a la fecha fijada para dicha audiencia. El Secretario de Acuerdos auxiliará en la diligencia y levantará el acta respectiva.

Este artículo prevé que, cuando en el Juicio que se analiza, se ofrezca la prueba pericial, se deberá adjuntar a la demanda, a la ampliación o a su contestación, el documento en el que conste el dictamen correspondiente. Con todo lo anterior, el Magistrado Instructor valorará no solo el alcance de la prueba pericial ofrecida por las partes, sino también su idoneidad y la de los peritos que la emiten y respaldan.

El Magistrado Instructor podrá citar a los peritos a una audiencia especial, para que respondan las dudas o cuestionamientos que tenga, a la cual podrían acudir las partes. Una vez desahogada la audiencia, cuando ninguno de los dictámenes periciales aporte elementos de convicción suficientes, el Magistrado Instructor podrá designar un perito tercero.

Al respecto, en el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo se busca que el dictamen pericial ofrezca al juzgador una visión completa de los elementos aportados por las partes, así como los datos necesarios para arribar a una conclusión más expedita.

#### 11. *Cierre de instrucción*

ARTÍCULO 58-26. Celebrada la audiencia de fijación de litis, desahogadas las pruebas que procedan y formulados los alegatos, quedará cerrada la instrucción del juicio de resolución exclusiva de fondo, sin necesidad de una declaratoria expresa, y a partir del día siguiente empezarán a computarse los plazos previstos en el artículo 49 de esta Ley para dictar sentencia; lo anterior no aplicará para efectos de lo previsto en el artículo 58-22, sexto párrafo de la presente Ley.

En relación con el cierre de instrucción en el Juicio examinado, resulta importante destacar lo siguiente:

a) Una vez que el Magistrado Instructor haya celebrado la audiencia de fijación de *litis*, desahogado las pruebas que procedan y las partes formulado los alegatos, quedará cerrada la instrucción del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, sin necesidad de una declaratoria expresa.

b) Con el cierre de instrucción, sin que medie la declaración expresa de la Sala Especializada, las partes ya no se encontrarán en una situación incierta, toda vez que con alegatos o sin ellos, se declarará cerrada aquella y empezarán a computarse los plazos del Artículo 49 de la LFPCA, que regula el dictado de la sentencia.

c) Es oportuno señalar que la sentencia se pronunciará dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquel en que haya quedado cerrada la instrucción en el juicio. Para este efecto, el Magistrado Instructor formulará el proyecto respectivo dentro de los treinta días siguientes al cierre de instrucción<sup>13</sup>.

## 12. Sentencias

ARTÍCULO 58-27. En las sentencias que se dicten en el juicio de resolución exclusiva de fondo se declarará la nulidad de la resolución impugnada cuando:

- I. Los hechos u omisiones que dieron origen a la controversia no se produjeron;
- II. Los hechos u omisiones que dieron origen a la controversia fueron apreciados por la autoridad en forma indebida;
- III. Las normas involucradas fueron incorrectamente interpretadas o mal aplicadas en el acto impugnado, o
- IV. Los efectos atribuidos por la autoridad emisora al incumplimiento total, parcial o extemporáneo, de requisitos formales o de procedimiento a cargo del contribuyente resulten excesivos o desproporcionados por no haberse producido las hipótesis de causación de las contribuciones determinadas.

ARTÍCULO 58-28.- La sentencia definitiva podrá:

- I. Reconocer la validez de la resolución impugnada.
- II. Declarar la nulidad de la resolución impugnada.
- III. En los casos en que la sentencia implique una modificación a la cuantía de la resolución administrativa impugnada, la Sala Regional Especializada competente deberá precisar, el monto, el alcance y los términos de la misma para su cumplimiento.

Tratándose de sanciones, cuando dicho Tribunal aprecie que la sanción es excesiva porque no se motivó adecuadamente o no se dieron los hechos agravantes de la sanción, deberá reducir el importe de la sanción apreciando libremente las circunstancias que dieron lugar a la misma.

- IV. Declarar la nulidad de la resolución impugnada y además:
  - a) Reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa.
  - b) Otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos afectados.
  - c) Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa de carácter general, caso en que cesarán los efectos de los actos de ejecución que afectan al demandante, inclusive el primer acto de aplicación que hubiese impugnado. La declaración de nulidad no tendrá otros efectos para el demandante, salvo lo previsto por las leyes de la materia de que se trate.
  - d) Reconocer la existencia de un derecho subjetivo y condenar al ente público federal al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

---

<sup>13</sup> Artículo 49 de la LFPCA.

Las Salas Regionales Especializadas en materia del juicio de resolución exclusiva de fondo podrán apartarse de los precedentes establecidos por el Pleno o las Secciones, siempre que en la sentencia expresen las razones por las que se apartan de los mismos, debiendo enviar al Presidente del Tribunal copia de la sentencia.

Respecto a los preceptos que anteceden, relativos a las sentencias que se pronuncien en el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, podemos comentar lo siguiente:

a) Tendrán como característica su solidez, toda vez que al resolver en forma exclusiva sobre el fondo de la controversia, consideramos que no se generarán instancias recurrentes, lo cual sin lugar a dudas acorta los plazos en la definición de la situación fiscal del demandante, permitiendo fomentar el principio de buena fe e inmediatez, tanto del TFJA al dictar la resolución, como de la autoridad fiscal para su cumplimiento.

b) En el dictado de sentencias, las Salas Regionales Especializadas en materia de este Juicio podrán apartarse de los precedentes establecidos por el Pleno o las Secciones del TFJA, siempre que en la sentencia expresen las razones por las que se apartan de los mismos, debiendo enviar al Presidente del Tribunal copia de la sentencia.

### 13. *Recurso de Revisión*

ARTÍCULO 58-29. En contra de las sentencias dictadas en el juicio de resolución exclusiva de fondo, si éstas no favorecen a la autoridad demandada, podrá interponer el recurso de revisión previsto en el artículo 63 de esta Ley.

En el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo siempre será procedente el recurso de revisión fiscal para la autoridad, el cual también versará en aspectos de fondo; de esta manera, las autoridades fiscales aseguran una instancia adicional dentro del procedimiento.

Lo anterior en atención a que el gobernado tiene la oportunidad de promover el juicio de amparo en caso de que la sentencia que resuelva el fondo de la controversia no le resulte favorable; así, por igualdad procesal, la autoridad podrá interponer el recurso de revisión fiscal previsto en la LFPCA, cuando la sentencia le sea desfavorable.

### 14. *Artículos Transitorios*

El régimen transitorio que el legislador dispuso quedó consignado en tres artículos: Primero.- La Junta de Gobierno y Administración del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, a más tardar al 30 de junio de 2017, adscribirá tres Salas Regionales Especializadas en materia del juicio de resolución exclusiva de fondo en las circunscripciones territoriales que esta misma determine.

Las Salas Regionales Especializadas en materia del juicio de resolución exclusiva de fondo serán integradas por Magistrados que adscriba para tal efecto la Junta de Gobierno y Administración, entre aquéllos que cuenten con mayor experiencia en materia fiscal.

El Artículo Primero Transitorio determina claramente que la Junta de Gobierno y Administración del TFJA, a más tardar al 30 de junio de 2017, adscribirá tres Salas Regionales Especializadas que conocerán del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, las cuales serán integradas por Magistrados que, a criterio de esa Junta, cuenten con mayor experiencia en materia fiscal.

Es sabido que el Tribunal es un órgano especializado en la resolución de asuntos administrativos y fiscales; así con el nuevo Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo se tenderá a una alta especialización en materia fiscal del personal que integre las tres Salas Regionales Especializadas, para de esa forma cumplir con el principio de celeridad, toda vez que a través de ese Juicio se resolverán en definitiva las controversias tomando en consideración los hechos que efectivamente ocurrieron, quedando en el pasado las prácticas procesales en las que los Tribunales Colegiados de Circuito enderezaban o corregían al *A quo*.

Segundo.- La Junta de Gobierno y Administración del Tribunal Federal de Justicia Administrativa llevará a cabo las reformas necesarias de la normatividad aplicable, de conformidad con lo previsto en el presente Decreto.

Tercero.- Los juicios de resolución exclusiva de fondo, podrán ser promovidos a partir del día hábil siguiente a aquél en que inicien sus funciones las Salas Regionales Especializadas en materia de resolución exclusiva de fondo, conforme al artículo Primero Transitorio del presente Decreto.

Los juicios que se encuentren en trámite ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa al momento de entrar en vigor el presente Decreto, se tramitarán hasta su total resolución conforme a las disposiciones legales vigentes en el momento de presentación de la demanda, sin perjuicio de lo previsto en el siguiente párrafo.

En el caso de que se cumplan los requisitos de procedencia señalados en el artículo 58-17 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la parte actora en algún juicio de los señalados en el párrafo anterior, tendrá la opción de solicitar ante el Magistrado Instructor que el juicio que promovió se remita a las Salas Regionales Especializadas en materia de resolución exclusiva de fondo y se tramite en los términos del Capítulo XII "Del Juicio de resolución exclusiva de fondo" de dicha Ley, siempre y cuando en el juicio iniciado anteriormente no se haya cerrado la instrucción y se haya realizado la solicitud en el plazo de diez días hábiles contados a partir del inicio de las funciones de dichas Salas, supuesto en el cual, sólo se estudiarán los argumentos de fondo que se hayan planteado en la demanda y ampliación de la misma.

A nuestro juicio los propósitos de los Artículos Segundo y Tercero Transitorios son los siguientes:

a) El Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo sin lugar a dudas marca un trascendente cambio de paradigma en el que se busca que los formalismos legales en la reso-

lución de las controversias fiscales sean superados, por lo que aquellos juicios que se encuentren en trámite ante el TFJA, al momento de entrar en vigor el Decreto que reformó y adicionó diversas disposiciones de la LFPCA, se tramitarán hasta su total resolución conforme a las disposiciones legales vigentes en el momento de presentación de la demanda (vía tradicional o en línea).

b) En el supuesto de aquellos juicios tramitados con antelación, y que se cumplan los requisitos de procedencia del Artículo 58-17 de la LFPCA, la parte actora tendrá la opción de solicitar ante el Magistrado Instructor que el juicio que promovió se remita a las Salas Regionales Especializadas en materia de Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, siempre y cuando en el juicio iniciado con antelación no se haya cerrado la instrucción y realizado la solicitud en el plazo de diez días hábiles, contados a partir del inicio de las funciones de las Salas Especializadas<sup>14</sup>.

Para lo anterior, la Junta de Gobierno y Administración del TFJA implementará las acciones y medidas necesarias a la normatividad aplicable del Tribunal, a fin de asegurar la correcta tramitación de los juicios anteriores, así como de los que ya se tramiten a la luz de la nueva LFPCA, subsanando las inconsistencias que se pudieran presentar.

#### **IV. CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO**

Una vez analizadas las disposiciones que regulan el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, podemos señalar las siguientes características del nuevo Juicio:

a) Fortalece los principios de celeridad e inmediatez, así como el derecho humano al recurso judicial efectivo, facilitando y privilegiando la resolución de fondo. Así, las resoluciones que sean objeto de la controversia deberán ser combatidas de manera directa, a través de conceptos de impugnación relacionados con los elementos esenciales del tributo, es decir, el sujeto, el objeto, la base gravable, la tarifa y la tasa.

b) Las pruebas deberán exhibirse, en su totalidad, al presentar la demanda o en la contestación a la misma.

c) Solo podrán ofrecerse como pruebas las que hayan sido aportadas, ya sea en la fase administrativa ante las autoridades fiscales, así como en el procedimiento de Acuerdos Conclusivos ante PRODECON.

d) Será conocido y resuelto por Salas Especializadas, integradas por Magistrados altamente especializados en esa materia, es decir, fiscalistas expertos, lo que asegura un adecuado conocimiento de los asuntos sometidos a su jurisdicción.

---

<sup>14</sup> Cabe señalar que se excluye el Juicio en la Vía Sumaria, toda vez que la cuantía del nuevo Juicio es muy superior.

## V. BENEFICIOS DEL JUICIO DE RESOLUCIÓN EXCLUSIVA DE FONDO

Además de esclarecer y resolver exclusivamente el fondo de las controversias en materia tributaria y dotar de mayor seguridad a los contribuyentes, estimamos que el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo cuenta con los siguientes beneficios:

a) No exige al actor que garantice el crédito fiscal que le haya sido determinado. Con la admisión de la demanda, el Magistrado Instructor ordenará la suspensión inmediata de la ejecución del acto impugnado, sin necesidad de que el demandante garantice el interés fiscal. La suspensión concedida operará hasta que se dicte la resolución que ponga fin al juicio.

b) Se privilegia la cercanía con el órgano jurisdiccional, a través de la oralidad del procedimiento y su tramitación, así como la celeridad para la emisión de la resolución.

En cuanto a la cercanía, una vez recibida la contestación de la demanda y, en su caso la ampliación de dicha demanda, se realizará una audiencia de fijación de *litis* con la presencia del Magistrado Instructor y de las partes, en donde el Magistrado expondrá de manera oral en qué consiste la controversia planteada y las partes manifestarán lo que a su derecho convenga.

Asimismo, las partes podrán solicitar audiencias privadas tanto al Magistrado Instructor como a los Magistrados que integran la Sala Especializada en resolver este nuevo Juicio, las cuales se llevarán a cabo invariablemente con la presencia de ambas partes.

Respecto a la celeridad, el juicio de Resolución Exclusiva de Fondo ofrece la certeza de que los justiciables al acudir ante la Sala Especializada en esta materia, contarán con sentencias sólidas que resuelvan el fondo de la controversia, las cuales estimamos que no debieran generar instancias recurrentes y ello acorta plazos en la definición real de su situación fiscal.

c) En caso de plantearse en la controversia argumentos de forma, estos no serán considerados para el análisis y resolución, por lo que el TFJA reconducirá el Juicio a la vía ordinaria, pero no desechará la demanda.

## VI. CONCLUSIONES

Una vez que se han establecido los alcances, características y beneficios del Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo, formulamos las siguientes conclusiones.

Estos Juicios permitirán la especialización en la materia fiscal, ya que serán conocidos y resueltos por Magistrados que cuenten con probada experiencia en la misma, designados de entre los juzgadores que actualmente conforman el TFJA. Al respecto, a más tardar al 30 de junio de 2017 la JGA del TFJA adscribirá tres Salas Regionales Especializadas sobre el particular.

En dichos Juicios, es un beneficio muy provechoso para el actor el que no tenga que garantizar el crédito fiscal determinado, así como la suspensión del procedimiento administrativo de ejecución, toda vez que en muchas ocasiones la parte actora tiene que incurrir en gastos considerables para garantizar el interés fiscal y evitar un eventual embargo de sus bienes o congelamiento de sus cuentas bancarias, a pesar de que el TFJA resuelva en definitiva el asunto.

Los Juicios de Resolución Exclusiva de Fondo podrán ser promovidos a partir del día hábil siguiente a aquel en el que inicien funciones las Salas Regionales Especializadas en materia de Juicios de Resolución Exclusiva de Fondo, conforme al Artículo Primero Transitorio del Decreto que reforma la LFPCA, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2017.

Consideramos que este Juicio minimizará el reenvío de los asuntos fiscales entre el TFJA y los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Administrativa, con lo que se acortarán los tiempos en la impartición de justicia fiscal.

A manera de comentario final, señalaremos que el éxito del nuevo Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo estará vinculado a los Magistrados que integren las nuevas Salas Especializadas en esta materia, lo cual será resultado de un cuidadoso análisis que hará la Junta de Gobierno y Administración del Tribunal, para así conocer los términos de los primeros juicios que se sometan a su consideración y resolución, así como los alcances de las sentencias que dicten los Magistrados de las nuevas Salas Especializadas; el tiempo se encargará de establecer si este nuevo procedimiento representará un verdadero avance en la justicia fiscal.

## VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

- ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, México, Porrúa, 1997.
- CRUZ RAZO, Juan Carlos, *Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo Comentada*, México, Porrúa, 2015.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Recursos administrativos*, México, Porrúa, 1994.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2012.
- GUADARRAMA MARTÍNEZ, Rabindranath, "Ombudsman Especializado en la Defensa de los Derechos del Contribuyente", *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, México, vol. 13, número 27, julio de 2016.
- LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Teoría y práctica del Contencioso Administrativo Federal*, México, Porrúa, 2015.
- MARGAIN MANAUTOU, Emilio, *El recurso administrativo*, México, Porrúa, 2014.
- ORTEGA CARREÓN, Carlos Alberto, *Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 2015.
- ORTEGA CARREÓN, Carlos Alberto, *Derecho Procesal Fiscal*, México, Porrúa, 2015.
- ORTEGA MALDONADO, Juan Manuel, *Lecciones de Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 2016.
- RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, *Derecho Fiscal*, México, Oxford University Press, 2013.
- RUÍZ JIMÉNEZ, César Alberto, *Derecho tributario y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- ROLDÁN XOPA, José, *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, 2013.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 2011.
- URIBE GUERRERO, César Edson, *Acuerdos Conclusivos. Teoría y práctica del primer medio alternativo de solución de conflictos fiscales*, México, Thomson Reuters Dofiscal, 2015.
- VENEGAS ÁLVAREZ, SONIA, *Derecho Fiscal*, México, Oxford University Press, 2015.

### 2. Documentos en Internet

- ÁLVAREZ, Elisa, *Se reforma la Constitución en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, mejora regulatoria, justicia cívica e itinerante y registros civiles*, Thomson Reuters, <http://www.thomsonreutersmexico.com/>.
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y al Código Fiscal de la Federación*, <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2017&month=01&day=27&edicion=MAT>.
- Diálogos por la Justicia Cotidiana: Diagnósticos conjuntos y soluciones*, [http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di\\_logos\\_Justicia\\_Cotidiana.pdf](http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf).
- Dictamen de la Comisión de Justicia, con proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y al Código Fiscal de la Federación*, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2016/nov/20161117-II.html#DictamenesaD>.

*Diputados crean juicio de resolución exclusiva de fondo en materia fiscal*, <https://noticias.terra.com.mx/mexico/politica/diputados-crean-juicio-de-resolucion-de-fondo-en-materia-fiscal,941196097c491b0bdd4edc4d02982e7du8o3xmimo.html>.

Gaceta del Senado de la República, <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=1>.

“Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, *Gaceta Parlamentaria*, Palacio Legislativo de San Lázaro, año XIX, número 4614-F, 08 de septiembre de 2016, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/63/2016/sep/pef2017.html>.

LOPEZ AYLLÓN, Sergio (coord.), *Informe de resultados de los Foros de Justicia Cotidiana*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2015, [http://imco.org.mx/wpcontent/uploads/2015/04/Documento\\_JusticiaCotidiana\\_.pdf](http://imco.org.mx/wpcontent/uploads/2015/04/Documento_JusticiaCotidiana_.pdf).

LÓPEZ NORIEGA, Saúl, *Justicia Cotidiana, la reforma que viene*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, <http://derechoenaccion.cide.edu/tag/justicia-cotidiana/>.

“Iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Diputados, 15 de mayo de 2017, <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

*Justicia Cotidiana, reformas e iniciativas*, <https://www.gob.mx/justiciacotidiana/articulos/justicia-cotidiana-reformas-e-iniciativas-29921?idiom=es>.

Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, <http://www.prodecon.gob.mx/>.

“Reforman Diputados Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y Código Fiscal de la Federación, para crear el ‘juicio de resolución exclusiva de fondo’ en materia fiscal”, *Nota 4990*, Comunicación Social - Cámara de Diputados, <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Agencia-de-Noticias/2016/11-Noviembre/17/4990-Reforman-diputados-Ley-Federal-de-Procedimiento-Contencioso-Administrativo-y-Codigo-Fiscal-de-la-Federacion-para-crear-el-juicio-de-resolucion-exclusiva-de-fondo-en-materia-fiscal>.

*Segunda conferencia internacional de los derechos de los contribuyentes. Construyendo confianza II: Salvaguardas ante las facultades de las autoridades fiscales*, [http://www.prodecon.gob.mx/Documentos/building\\_trust\\_ii\\_taxpayer\\_rights\\_2nd\\_intl\\_conference\\_espanol.pdf](http://www.prodecon.gob.mx/Documentos/building_trust_ii_taxpayer_rights_2nd_intl_conference_espanol.pdf).

“Senado recibe minuta que incluye el Juicio de Resolución Exclusiva de Fondo”, *Boletín número 610*, Senado de la República, 22 de marzo de 2016, <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/32653-senado-recibe-minuta-que-incluye-en-la-ley-el-juicio-de-resolucion-exclusiva-de-fondo.html>.

*Valor de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) para 2017*, [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5468844&fecha=10/01/2017](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5468844&fecha=10/01/2017).

## INTERPRETACIÓN Y ÉTICA JUDICIAL

Gonzalo URIBARRI CARPINTERO<sup>1</sup>

En la actualidad, la interpretación del Derecho atraviesa por una crisis: ¿seguimos utilizando el modelo legalista del siglo XIX (normativismo) o estamos ya aplicando a la hermenéutica la moderna teoría de los principios, y la indubitable conexión que existe entre moral y derecho?

Señala Rodolfo Vigo, ilustre iusfilósofo argentino<sup>2</sup>: “Los jueces comienzan a fundar jurídicamente sus sentencias en los principios, y estos hoy viven, como lo señala Prieto Sanchís, una nueva edad de oro.” Y no obstante la carga tan pesada que se soportó en el siglo pasado, “a lo largo de la segunda mitad del siglo XX los jueces y el derecho vivo o en acción apela de una manera cada vez más clara y frecuente a los principios.” Y es que los principios, como bien afirma Vigo, tienen contenido moral y forma jurídica.

Señalamos lo anterior a propósito de lo que se afirma en algunos sectores de la sociedad, que los jueces no deben juzgar con base en criterios morales sino solo en criterios o ideas jurídicas; que los jueces no deben resolver con base en la moral propia, que no deben dejarse influir por ideas religiosas, que no tienen por qué imponer su moral y frases parecidas; en suma, que se ajusten a la ley, nada más. ¿Debe ser así?

En la interpretación de los hechos y las normas, resulta cierto afirmar que se examinan conductas humanas, mismas que, para la ética y el Derecho importan muchísimo, ya que los actos humanos son el tema directo de ambas ciencias<sup>3</sup>; si la ética estudia la bondad o maldad de la conducta humana, de modo que tales actos deben pasar por una evaluación que necesariamente implicará a su vez una incursión en el estudio de los valores, en especial del valor moral; pensamos por tanto que, en realidad, no todo es jurídico en un caso controvertido. Hoy ya no es suficiente la metodología de la subsunción. Hoy ya no es sufi-

---

<sup>1</sup> Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, con menciones especial y honorífica, respectivamente. Especialidades en Derecho Procesal, Amparo, Derecho Administrativo, Derecho Fiscal y Derecho del Trabajo, Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Ejerce la docencia desde 1986, impartiendo diversos cursos y conferencias en la licenciatura y el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Estado de México y Ciudad de México; Universidad Panamericana, campus Bonaterra de Aguascalientes y Universidad La Salle, Ciudad de México; así como en las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>2</sup> “El iusnaturalismo clásico”, *Ars Iuris Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, número 37, junio de 2007, p. 101.

<sup>3</sup> Véase la utilísima y necesaria obra de consulta de Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, Madrid, Mestas, 2010, p. 49.

ciente, se reitera, el método de Savigny para interpretar las normas, ni las ordinarias ni la Constitución misma. No podemos seguir tolerando la postura kelseniana de que la moral “contamina” al Derecho. Robert Alexy<sup>4</sup> apunta, por cierto, algo que a muchos inquieta: “...los problemas de la justicia son problemas morales”.

No obstante lo evidente de la vinculación con la ética en la tarea interpretativa, la sola mención de la palabra *ética* o de *moral* asusta, inclusive ofende, irrita, a muchos, y se dejan llevar por la idea de que ellas son o provienen de una religión, y que, por consecuencia, se está violando la Constitución, la ley o el Estado “laico”. Más todavía, que la moralidad es sinónimo de hipocresía.

Suele también etiquetarse a la moral o a la ética, (o como se acostumbra ahora decir, le dan el “estereotipo”)<sup>5</sup> de medieval, conservador, u oscurantista, o “moralino”<sup>6</sup> a quien hable de ética, en el campo que sea: en el Derecho, en la empresa, en los negocios, en la política, en las relaciones humanas, en la aplicación de la ley...

Nada más alejado de la verdad. Esta creencia (o mito) parte de confundir la ética y la moral con la religión. Las diferencias son grandes y por ello es oportuno establecerlas; así, podremos seguir sosteniendo nuestra postura sobre la necesidad de acudir a la ética en la interpretación jurídica: de las leyes, de los tratados internacionales, de la Constitución, porque el edificio del fascismo jurídico se ha derrumbado.

#### *La diferencia entre ética y moral*

Moral viene de *mos, mores*, que significa costumbre; ética, del griego *ethos*, cuyo significado es también, costumbre; sin embargo, la diferencia radica en:

- a) Las normas morales se encuentran en todas las sociedades y se transmiten, generalmente, de generación en generación, evolucionan con el tiempo, son diferentes entre sociedades y épocas, y se emplean para orientar la conducta de sus integrantes. Esas normas morales que imperaban en la Edad Media, y aun en algunas culturas subsisten, por ejemplo, en que los padres elijen la pareja para sus hijos, aspecto que puede parecernos obsoleto; o la esclavitud en la antigüedad, en que era generalmente aceptado ser propietario de uno o varios esclavos, asunto que hoy es considerado una infamia y violación a varios derechos fundamentales de la persona. En síntesis, la moral es un conjunto de normas establecidas en el seno de una sociedad y como tal, ejerce una influen-

---

<sup>4</sup> “Derecho y Moral”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I, p. 5.

<sup>5</sup> Actualmente este recurso lingüístico es utilizado para asignar modelos o actitudes presuntamente negativas.

<sup>6</sup> Vocablo empleado para denostar a la moral, si bien su significado real es moral superficial, pero el contexto que se usa va destinado a tratar a la moral como algo cursi.

cia muy poderosa en la conducta de sus integrantes, puede en ese contexto, ser una norma coercitiva impuesta por esa sociedad. El origen, pues, de estas normas, es externo<sup>7</sup>.

- b) La ética constituye un grupo de normas y principios que el individuo ha establecido como la línea directriz de su propia conducta. Ciencia que estudia la bondad o maldad de los actos humanos. El estudio de la ética incluye una incursión en el estudio de los valores. La ética surge del interior de las personas. La ética es la ciencia que descubre, individualiza y desarrolla de modo racional, los deberes y los fines propios del ser humano, de conformidad con la ley natural<sup>8</sup>.
- c) Como es fácil apreciar, nada de lo anterior tiene necesariamente su base en "la religión". Precisa apuntar algunos componentes de la religión para cerrar el círculo de las diferencias: según Gutiérrez Sáenz<sup>9</sup>, la religión tiene varios significados, entre ellos, que significa una unión del hombre con Dios, lejos de todo fanatismo e intrascendencias, de extremos neuróticos (laicidad a ultranza) y de supersticiones. La base de la práctica de las religiones radica justamente en la libertad del ser humano de elegir la fe que desee conforme a su conciencia, he ahí lo valioso del libre albedrío.

Es claro que hay puntos de contacto entre normas religiosas, éticas y morales; antiquísimos preceptos como "no matarás", "no robarás", están presentes en los códigos penales de todos los países de la Tierra. Pensar que las nociones de "lo bueno y lo malo" están alejadas de estas normas, o bien por arriba de ellas, es acomodaticio, individualista y basadas en nuestros antojos.

Es paradójico que, mientras la sociedad en conjunto clama por qué se respeten los derechos humanos, se respete el Estado de Derecho, se aplique justicia y se le exija ética al juzgador, haya quienes se rasguen las vestiduras al escuchar las palabras "moral" y "ética". Escriben o "manifiestan", que los servidores públicos, los partidos políticos, los policías, los jueces, los empresarios se conduzcan "con ética"... ¿No es contradictorio? Hasta podría pensarse que poseen "una doble moral". ¿En qué momento de la historia reciente se abandonó el sistema de valores básicos de la sociedad en general, subjetivándolo *al extremo* y asumiéndose cada quien como pauta de valoración, llevando con ello a nuestra nación al borde de una verdadera crisis social? Desde el más elemental respeto a las normas administrativas del tránsito vehicular que se ha complicado por el aumento

<sup>7</sup> Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la Ética*, 8ª ed., México, Esfinge, 2006, p. 68 y ss.

<sup>8</sup> Adame Goddard, Jorge, "¿Qué significa el estado laico hoy en México?", *Ars Iuris*, México, número 40, noviembre de 2008, p. 28.

<sup>9</sup> *op. cit.*, p. 95.

de vehículos y el escaso respeto a las señales del semáforo, hasta las campañas políticas huecas, sin propuestas concretas y los crímenes terribles que cada vez son cometidos con mayor saña, la ética en toda acción humana está sufriendo una verdadera crisis existencial.

Expuestas tales condiciones sociales, ¿cómo deben interpretarse las normas jurídicas –incluyendo la Constitución, que también es una norma– y resolver con justicia en la sentencia? Rodolfo Vigo<sup>10</sup> afirma que el juez debe ser, para interpretar, también filósofo y transitar en el plano de la *iuris prudentia* y asumir valores, principios y la exigencia de la equidad. Asimismo, el iusfilósofo argentino plantea como directrices para la tarea de la interpretación constitucional, de que la labor interpretativa de la Constitución tiene por objetivos básicamente la optimización de la eficacia jurídica de la misma, de su sistematización, de considerarla como parte del sistema jurídico, de no concentrarse tanto en la voluntad del legislador para buscar las claves de las dudas interpretativas, ya que la debilidad de este método es el paso del tiempo y las nuevas realidades que pueden llevar a soluciones justas o inadecuadas. Y, como la Constitución es una norma diferente a las demás, incorpora un sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento.

#### *El derecho sin eticidad no tiene consistencia*

La doctrina apunta claramente esta necesidad; señala Andrés Ollero<sup>11</sup> que a estas alturas “los esquemas aplicativos propios del normativismo positivista resultan ya inviables. Si la misma norma –según como se interprete– puede en unos casos considerarse inconstitucional y en otros no, parece claro que el ordenamiento jurídico no puede seguir considerándose como un mero entramado de normas, sino que ha de incluir otros elementos –no menos jurídicos– capaces de justificar tal pluralismo interpretativo. La, presuntamente lógica, *aplicación de normas* da así paso a una ponderación, indisimulablemente valorativa, de *principios*. En efecto, la protección de los derechos humanos circula menos a través de la aplicación de normas que mediante la laboriosa ponderación de principios...” Continúa en otro párrafo Andrés Ollero<sup>12</sup>:

Por más que se haya recurrido a su diseño de control concentrado de constitucionalidad, el decisionismo formalista kelseniano ha quedado claramente abandonado, para dar paso a un continuo esfuerzo por establecer, lo más juiciosamente que sea posible, la jerarquía valorativa a reconocer en un caso concreto. La validez de las leyes, así como su interpretación más ajustada, habrá de ser confirmada en contras-

---

<sup>10</sup> *La injusticia extrema no es derecho*, México, Fontamara, 2008, Doctrina Jurídica Contemporánea, p. 16.

<sup>11</sup> *Derechos humanos: entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007, Doctrina Jurídica p. 246.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 247.

te con las exigencias de los derechos, *en una operación que resuma implicaciones éticas*<sup>13</sup>.

Tales posiciones nos conducen a la reflexión –más todavía con la expedición de las reformas a la Constitución en materia de derechos humanos– de si al fin vamos a transitar de una interpretación normativista, caracterizada por el modelo del silogismo deductivo en que la norma legal dictada por el legislador operaría como premisa mayor, y al caso judicial luego de subsumirlo en la hipótesis fáctica prevista en aquella se le aplicarían las consecuencias jurídicas respectivas, a una interpretación, basada en la corriente contemporánea de la interpretación constitucional conforme, a causa de la redacción del nuevo artículo primero de la Constitución, que ordena en su segundo párrafo: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Porque el modelo sabiniano está agonizando.

Superado el otrora “edificio perfecto” kelseniano, podemos señalar en un apretado resumen de los alcances del pensamiento de Radbruch<sup>14</sup>, algunas conclusiones:

1. El pensamiento de Radbruch superó definitivamente la típica sinonimia demonónica entre derecho y ley, atreviéndose a hablar de un derecho supralegal desde el que se podía descalificar a las leyes formalmente válidas.
2. Concluir su filosofía jurídica en una fuerte presencia del hombre y la humanidad, bajo los rótulos de derechos humanos, libertad, derecho universal, etc.
3. No quedar anclado en un normativismo al admitir la presencia operativa en el derecho de ciertos “principios básicos de derecho natural”.

Refiere Andrés Ollero<sup>15</sup> que: “todo texto constitucional alude implícitamente a una teoría de la justicia, más o menos definida, que invita a plasmar en la práctica”.

Esta reflexión nos lleva a la conclusión de que el juez no puede soslayar la moral de la sociedad en que vive<sup>16</sup> ni los valores éticos que se autoimpone. Puede que haya colisión entre una y otros, pero en cuanto el juzgador sea poseedor de una sólida formación ética, sabrá equilibrar ambos extremos para actuar con serenidad, prudencia y profesionalismo.

---

<sup>13</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>14</sup> Vigo, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>15</sup> *op. cit.*, p. 250.

<sup>16</sup> La temática de la moralidad social amerita otro estudio y reflexión que desarrollaremos en breve. Basta mencionar, por ahora, que una sociedad sin fundamento moral está a la deriva, a merced de los que están en el poder y que impongan a través de leyes positivas, ideologías amorales o francamente inmorales (recuérdese, por ejemplo, el nazismo).



---

# LA OBLIGACIÓN DE LOS CONTRIBUYENTES DE LLEVAR CONTABILIDAD ELECTRÓNICA. REFLEXIONES JURÍDICO-FILOSÓFICAS RESPECTO AL PRONUNCIAMIENTO DE LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

José Antonio RUMOROSO RODRÍGUEZ<sup>1</sup>

## SUMARIO

I. *Introducción.* II. *La contabilidad electrónica, un nuevo paradigma.* III. *Breve estudio del pronunciamiento que ha formulado la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entorno a la obligación de llevar la contabilidad electrónica.* IV. *Conclusiones.* V. *Fuentes de información.*

## I. INTRODUCCIÓN

En este estudio, buscaremos un acercamiento respecto de los pronunciamientos que ha formulado la *Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* entorno a la obligación de los contribuyentes de llevar la contabilidad electrónica, desde una visión distinta, que consideramos novedosa y que pretende ser más cercana a quienes se ven diariamente afectados por estas obligaciones, así como por las correlativas facultades de la autoridad, que han sido confirmadas como constitucionales por la mencionada Sala.

## II. LA CONTABILIDAD ELECTRÓNICA, UN NUEVO PARADIGMA

En estos tiempos, en que gradualmente la modernidad ha transitado a un “posmodernismo” regido por una sociedad de consumo en todos los ámbitos. Es así, que a través del consumo, la tecnología ha llegado a nuestras vidas apoderándose también del ámbito privado, pues tal pareciera que no existe un resquicio para la intimidad personal, situación que provoca que las relaciones humanas se diluyan<sup>2</sup> con más fuerza por la esfera comercial de nuestra contemporaneidad buscando estar “a la vanguardia”. Así como a la globalización en conjunto con la implementación de nuevos avances científicos, podemos atribuirles la integración de culturas, ideas y productos, igualmente hay que tomar en consideración los cambios que imponen el uso de las tecnologías de la comunicación a la condición humana.

---

<sup>1</sup> Es maestro en Filosofía Social y ha obtenido las Licenciaturas en Filosofía en la Universidad La Salle y en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Campus FES Acatlán. En su experiencia se encuentra haber sido Oficial Jurisdiccional (Enlace de Alto Nivel de Responsabilidad), durante el periodo 2008-2010 del entonces llamado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

<sup>2</sup> Bauman, Zygmunt, *Amor líquido*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

Es así como el propio Estado ha conseguido el control total sobre el individuo, enarbolando las frases: “debemos abrirnos a las tecnologías”, “el futuro está presente”; durante algún tiempo la acción de los órganos de gobierno permaneció en el papel, pero ahora las computadoras, la carretera de la información y las redes sociales, son los medios a través de los cuales las autoridades pretenden imperar en nuestras vidas.

Para la autoridad, el contribuyente necesita sentir ese triunfo de consolación de “haber superado la etapa del papel”, supuestamente para buscar la simplificación administrativa, el cuidado al medio ambiente, así como la búsqueda fallida de la sustentabilidad; mostrando una cara amable y crearnos así la ilusión de que hemos aprendido algo nuevo y en nuestro beneficio.

Es así que en el campo tributario, la tecnología se ha convertido en una incansable patrulla de policía encargada de vigilar a la gente las veinticuatro horas del día, de tal manera que hasta el anterior Jefe del Servicio de Administración Tributaria señaló: “la tecnología nos permite de manera sigilosa y silenciosa vigilar el cumplimiento de los contribuyentes sin necesidad de hacer auditorías, para realizarla solo en aquellos casos en que se observan inconsistencias o irregularidades”<sup>3</sup>.

Atendiendo a lo anteriormente citado, el fisco mexicano nos dice que bajo un marco de “legalidad” y de “buenas prácticas”<sup>4</sup> está adoptando el uso de innovaciones tecnológicas a fin de optimizar la administración tributaria y homologar nuestro sistema fiscal al de otros países de primer mundo; invitándonos a que tomemos en cuenta las tecnologías como dogma de fe, de tal manera que en nuestras vidas deben implementarse casi de una *forma imperativa*, abandonando o haciendo a un lado los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

En la actualidad, tendremos que acostumbrarnos a esa realidad, los contribuyentes deberemos enviar nuestra información contable a través de medios electrónicos, lo cual será una cuestión cotidiana y continuada, de tal suerte que mientras dormimos, la autoridad de “manera sigilosa y silenciosa”<sup>5</sup> revisará nuestra información contable, sin saber qué revisa, con base en qué revisa y desde cuándo está revisando.

Tal pareciera que se trata de un cuento de terror psicológico en el cual los contribuyentes, a través de los medios electrónicos, los cuales tienen como función hacer más eficiente y directa la constante comunicación con la autoridad, son vigilados día y noche; con lo que, de ahora en adelante, el Servicio de Administración Tributaria (SAT) ya no les buscará, ni para avisarles que está llevando a cabo una auditoría.

---

<sup>3</sup> Núñez Sánchez, Aristóteles, *XXXVII Congreso de la Asociación de Especialistas Fiscales*, 7 de julio de 2016.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Idem*.

Mientras el contribuyente duerme, el órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se encuentra revisando su contabilidad, y después de que concluya con su revisión, el SAT le informará la determinación sobre qué ingresos considera que debe pagar, qué gastos serán rechazados como deducibles, cuáles fueron las obligaciones que la autoridad considera que se incumplieron, etc.

Si con todo lo anterior, los contribuyentes logran conciliar el sueño, es muy probable que al despertar la autoridad, a través del buzón tributario, les haga conocedores de la preliquidación. Pero la autoridad intentará calmar al contribuyente diciéndole: “no temas”, cuentas con un plazo de 15 días para desvirtuar los hechos o irregularidades, mismas que sin lugar a dudas le serán confirmadas. Si el contribuyente no realizara lo anterior, la preliquidación quedará firme, así deberá pagar las diferencias detectadas, con sus accesorios, recargos y una “multita” del 20%.

Pero lo más trágico, es que la contingencia predeterminada, es tan real que se constituye como una angustia al modo de *Sören Kierkegaard*, plasmada en “Temor y Temblor”<sup>6</sup>, toda vez que no sabemos de dónde proviene y cómo se calculó, y la autoridad adoptando la postura de la Reina en el cuento de “Alicia en el País de las Maravillas”<sup>7</sup>: primero la sentencia, después el juicio.

### **III. BREVE ESTUDIO DEL PRONUNCIAMIENTO QUE HA FORMULADO LA SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ENTORNO A LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR LA CONTABILIDAD ELECTRÓNICA**

Ante la problemática que planteaban los nuevos paradigmas jurídicos plasmados en el Código Fiscal de la Federación, el contribuyente tenía depositada toda su esperanza en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que esta resolviera favorablemente los medios de defensa interpuestos en contra de la obligación de proporcionar la contabilidad a través de la página de Internet del SAT y de las revisiones electrónicas.

Empero, la resolución por parte de nuestro máximo Tribunal, no solo quedó muy lejos de los planteamientos esgrimidos por los quejosos de subir su contabilidad y de ser *sigilosa y silenciosamente vigilado*, ya que, con la resolución a dichos asuntos, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación le dio mayormente la razón a las autoridades fiscales, y solo en algunas cuestiones irrelevantes, dársela a los contribuyentes<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> *Temor y Temblor*, Madrid, Losada ediciones, 1975, Biblioteca Nacional de la literatura y el pensamiento universal.

<sup>7</sup> Carroll, Lewis, *Alice's Adventures in Wonderland*, New York, Mac Millan, 1987.

<sup>8</sup> La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que, con lo previsto en el Código Fiscal de la Federación, al contribuyente se le respetaría su garantía de audiencia.

En efecto, las resoluciones de la Corte en estos temas no repercuten en beneficio efectivo alguno a los contribuyentes, en virtud de que el amparo concedido solo tiene como utilidad impedir el cobro de la preliquidación que hubiese sido emitida hasta el 2016; por lo que, en el caso de que el SAT haya determinado una resolución definitiva, esta sí podría ser exigible mediante el procedimiento administrativo de ejecución.

A mayor abundamiento, es dable decir que el amparo otorgado a los contribuyentes en cuanto a este aspecto solo tiene efectos hasta el 2016, ya que, derivado de la reforma fiscal para 2017, se eliminó la posibilidad de que la autoridad pudiese hacer exigible la preliquidación a través del procedimiento administrativo de ejecución; sin embargo, sigue siendo posible que una vez que se encuentre firme la preliquidación las autoridades cobren de manera coactiva el adeudo, sin que ello se considere violatorio de los derechos fundamentales de los causantes.

El otro punto en el que se concedió el amparo, fue únicamente para el efecto que el contribuyente omitiera generar los archivos electrónicos a través de la dirección electrónica <http://www.w3.org>, en atención a que dicha página de Internet se encuentra en idioma inglés, lo cual contraviene los derechos de legalidad y seguridad jurídica.

Con la intención de subsanar dicha inconstitucionalidad, el 4 de octubre de 2016 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, unas modificaciones al Anexo de las reglas de carácter general en el que se hacía referencia a la dirección electrónica <http://www.w3.org>, con lo que se reiteran las violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos, toda vez que se remite nuevamente a la referida página, cuyo contenido en inglés no ha sido modificado.

Aunado a ello, la autoridad fiscal pretende justificar los cambios en que las referencias en inglés constituyen lenguaje técnico, por lo que no resulta posible traducirse a la forma y sintaxis del idioma español, aunado a que no son para uso de los contribuyentes.

No obstante lo anterior, consideramos que aun con las modificaciones publicadas hace unos meses, las autoridades continúan atentando en contra de los derechos de legalidad y seguridad jurídica de los contribuyentes.

Con ello, el SAT sigue siendo omiso en formular y publicar los lineamientos a seguir para la generación de los archivos "XML" en idioma español para uso de los contribuyentes, para que puedan cumplir con la obligación de ingresar la información contable a que se refiere el Código Fiscal de la Federación. Por lo que los contribuyentes debieron combatir las modificaciones, a través de un nuevo amparo indirecto, bajo estas consideraciones.

Finalmente, debemos señalar que aun combatiendo las últimas modificaciones y en caso de que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación les diera nuevamente la razón a los particulares en este punto, el amparo otorgado solo constituiría una solución temporal al problema de las revisiones electrónicas.

Por ello, una vez que la página de Internet sea completamente traducida del idioma inglés al castellano, el amparo concedido por la Corte dejará de surtir sus efectos y no remediará en nada el problema del contribuyente.

Así, la resolución favorable en la que se ordena no considerar la página de Internet en idioma inglés, se podría equiparar en términos médicos a recetar a un paciente una aspirina para combatir un cáncer terminal.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Es una realidad que el SAT con sus recursos tecnológicos tiene al contribuyente vigilado, por lo cual pagar impuestos en México seguirá siendo una cuestión muy compleja.

A través de los Comprobantes Fiscales Digitales (CFDI), ahora se les denomina así por su modalidad electrónica, el SAT conocerá durante las veinticuatro horas del día, los trescientos sesenta y cinco días del año, todos y cada uno de nuestros movimientos, comprobantes, ingresos, egresos, nóminas, transacciones bancarias, actos notariales, retenciones, importaciones, exportaciones, por citar algunos.

El SAT posee toda la información de nuestras cuentas bancarias, tarjetas de crédito, incluso tiene información si viajamos, a dónde viajamos, cómo costamos el viaje y hasta el número de maletas que llevamos y qué pretendimos introducir al país a través de la aduana del aeropuerto mediante el semáforo de revisión.

En el caso de los amparos en revisión resueltos por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es procedente señalar que *es un criterio reiterado de la Sala*, el cual no tarda en convertirse en la enorme roca del mito de Sísifo<sup>9</sup>, la cual caerá una y otra vez para servir de guía y resolver los miles de amparos indirectos que el Poder Judicial de la Federación tiene pendientes de resolución al haberse creado la jurisprudencia por reiteración de tesis.

---

<sup>9</sup> Camus, Albert, *El mito de Sísifo*, Barcelona, Losada Ediciones, 1985.

## V. FUENTES DE INFORMACIÓN

### 1. Bibliografía

- BAUMAN, Zygmunt, *Amor líquido*, México Fondo de Cultura Económica, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt, *Ética posmoderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt, *La globalización: consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- CAMUS, Albert, *El mito de Sísifo*, Barcelona, Losada Ediciones, 1985.
- CARROLL, Lewis, *Alice's Adventures in Wonderland*, New York, Mac Millan, 1987.
- KIERKEGAARD, Sören A., *Temor y Temblor*, Madrid, 1975, Biblioteca Nacional de la literatura y el pensamiento Universal.
- ORWELL, George, *1984*, México, Casa Editorial Boek, México, 2015.
- ORWELL, George, *1984*, México, Editores Unidos Mexicanos, 2014.

### 2. Conferencia

- NÚÑEZ SÁNCHEZ, Aristóteles, *XXXVII Congreso de la Asociación de Especialistas Fiscales*, 7 de julio de 2016.

### 3. Cibergrafía

- <https://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>.
- <http://www.w3.org>.
- <https://www.scjn.gob.mx/buscador/Paginas/results.aspx?k=1287%2F2015>.
- [https://elfiscalista.com/shop/index.php?fc=module&module=smartblog&slug=Se-resuelve-amparo-contr-Contabilidad-Electr&controller=details&id\\_lang=4](https://elfiscalista.com/shop/index.php?fc=module&module=smartblog&slug=Se-resuelve-amparo-contr-Contabilidad-Electr&controller=details&id_lang=4).
- [http://www.chevez.com/upload/files/F\\_FlashL\\_2016-2.pdf](http://www.chevez.com/upload/files/F_FlashL_2016-2.pdf).
- <http://www.thomsonreutersmexico.com/>.
- [http://200.52.84.227/CONTENTMANAGER\\_DOFISCAL/ContentDispatcher.aspx?f=getfile&userid=144825&sessionid=754151&documentid=D\\_DPF\\_RV\\_2016\\_254-A1.pdf&documenttype=1](http://200.52.84.227/CONTENTMANAGER_DOFISCAL/ContentDispatcher.aspx?f=getfile&userid=144825&sessionid=754151&documentid=D_DPF_RV_2016_254-A1.pdf&documenttype=1).

## **LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE AUTOR EN CAMPAÑAS POLÍTICAS EN INTERNET\***

Guillermo A. TENORIO CUETO<sup>1</sup>

La hipótesis del trabajo es clara desde el título: ¿Alcanza a la libertad de expresión moverse en las arenas de las campañas políticas para transgredir el derecho de autor? El trabajo presentado por las autoras Botero, Sánchez y Soto en lengua castellana abre una veta muy interesante y poco explorada por aquellos estudiosos de la libertad de expresión o por aquellos que trabajan los temas de conflictivismo o armonización de derechos. El libro trata de plantear la respuesta a esta pregunta inicial a partir de la construcción de cinco apartados con un capítulo conclusivo. Aun y cuando pareciera un trabajo menor por la extensión en el paginado, en realidad es rico en contenidos y sugerente de vetas de investigación que, en el contexto de los entornos digitales, constituirán el quehacer cotidiano de los estudios en un futuro no muy lejano.

La construcción del capitulado se vuelve atractiva desde la introducción, cuando las autoras lanzan una crítica severa a esta nueva configuración comunicacional al llamarla "ciberutopía" la cual se estructura bajo la premisa de la máxima publicidad de la información en donde cualquier persona puede apropiarse de cualquier contenido sin ninguna limitación o restricción, pues toda la información es de todos. Internet se vuelve una especie de plaza pública en donde la información se constituye en la piedra angular de su supervivencia por lo que cualquier filtro, barrera o impedimento se presenta como atroz al desarrollo de la misma. Aunado a ello, en las democracias representativas, señalan las autoras, las campañas políticas constituyen un momento crítico de asimilación de la información en donde la misma se erige como el gran asidero del sistema democrático y en donde establecer alguna limitación sonaría a autoritarismo, impactando ello directamente en la calidad democrática. Entonces, ¿no cabe el reclamo del derecho de autor sobre el uso arbitrario de contenidos al seno de una contienda electoral? La respuesta a ello se construirá en los capítulos del trabajo.

---

\* Carolina BOTERO CABRERA, Andrea Paola SÁNCHEZ OTERO, María Juliana SOTO NARVÁEZ, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, 78 pp.

<sup>1</sup> El autor de la reseña es Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho a la Información en la Universidad Panamericana en México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y actualmente se desempeña como Director General del Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en México.

Sin lugar a equívocos, se ha vuelto un lugar común decir que Internet ha revolucionado la forma de comunicarnos en el siglo XXI pero las autoras no caen en el más que referirlo, explican cómo Internet ha propiciado condiciones diversas para una nueva forma de relacionarse con la información. Para ello, el trabajo nos propone el concepto de “*prosumidor*” el cual connota a un sujeto que no solo consume pasivamente la información sino que la produce para ser consumido por otros. En esa dinámica nueva, los entornos digitales propician condiciones nunca antes vistas para la difusión e intercambio de información. Por decirlo en términos claros, el ideal democrático de la plaza pública se concreta en esta nueva arena en donde se podrán tomar decisiones públicas de manera mejor informada pues el intercambio es total.

Esta nueva configuración asumirá retos importantes, desde la superación de la brecha digital, refieren las autoras, hasta la armonización de derechos como el de autor, que es la tesis central del trabajo. Para ellas, un tema delicado para que este ideal informativo se concrete es democratizar por completo los entornos digitales pudiéndolos llevar a todas las personas lo cual, en regiones como América Latina sigue siendo una tarea pendiente, pero ello no resta importancia al tema de la incursión política en dichos entornos. Así, al final del primer capítulo del trabajo las autoras nos proponen un recuento de lo sucedido en la relación con las primeras campañas políticas e Internet en donde sin duda la campaña de Barack Obama ocupa un lugar protagónico.

Pero nuestra región no se escapa de ello. Las autoras nos sitúan en el contexto de la democracia latinoamericana donde hacen un muestreo de algunos casos relevantes en materia de campañas políticas utilizando los entornos digitales con sus consecuentes efectos. En ese sentido, revisan casos en Colombia, Perú, Chile y México en donde la utilización de las redes para la construcción de la comunicación política ha sido variopinta. A pesar de ello, el libro no pierde el eje central que es el conflicto entre el derecho autoral y la libertad de expresión. Así, logran destacar en estos casos como el derecho de autor comienza a exigir una reivindicación a partir por un lado de los llamados “*prosumidores*”, y por otro, a partir de la “*copia*” o pirataje de campañas exitosas en otros lados.

Ante ello, las autoras deciden invitar al lector a encontrarse con la tensión entre estos dos derechos a partir de la configuración conceptual y jurídica de los mismos. En su cuarto capítulo, el trabajo aborda por un lado el estándar internacional en materia de libertad de expresión refiriendo los textos relevantes internacionales como la Convención Americana de los Derechos Humanos o bien los fallos de la Corte Europea de los Derechos Humanos y por otro, la configuración conceptual del derecho de autor. Aunque pudiera pensarse innecesario, este apartado es adecuado para dar pie a la resolución del problema en el capítulo subsecuente. El tratamiento de ambos, y la referencia a la tensión es pertinente y de muy fácil lectura, por lo que no se hace complicada aun y cuando se refiere a temas técnicos jurídicos.

Con todos los elementos puestos, las autoras entran al debate relatando diversos casos en donde la libertad de expresión y el derecho de autor han entrado en conflicto a partir del uso de la comunicación política. El tratamiento que da el libro en cada uno de los casos expuestos es muy ágil y conducen al lector de manera adecuada a identificar claramente el conflicto. Las autoras refieren que hoy, al seno de la construcción de las campañas políticas “...la propaganda toma el lugar del debate...” siendo esta lapidaria frase la que encierra en buena medida el abuso de otros derechos como puede ser el derecho autoral. Refiere el texto que “...las campañas políticas modernas no son políticas, son ante todo comunicación...” estableciendo así la imperiosa necesidad del político de comunicar aun y cuando ello tenga como costo el de copiar pues es claro, como se infiere a partir de los casos propuestos, que la falta de ideas y de creatividad para la vorágine política propicia la necesaria adaptación de las ideas de otros, traducidas en secuestro de melodías, historias, afiches e imágenes.

En cada uno de ellos encontramos casos relevantes en el libro, desde la difusión de imágenes de deportistas que se buscan asociar a un candidato político sin su autorización hasta las tonadas melódicas de determinadas canciones en donde ni el autor ni el intérprete nada tienen que ver ni con el candidato ni con el partido. Pero las autoras no se mueven por el plano del desconocimiento al adelantar que hoy, los entornos digitales suponen un reto respecto a la viralidad de una prohibición, así lo relatan a partir de un caso mexicano en el que una prohibición provoca la reproducción exponencial aun y cuando se violentaban no solo derechos autorales sino también derechos como el honor o la propia imagen. Entonces, ¿no hay salida y seguiremos presenciando la violación sistemática del derecho de autor so pretexto de la libertad de expresión y del discurso especialmente protegido? Por el contrario, las autoras defienden el derecho de autor pues su transgresión, proponen, poco tiene que ver con potenciar la libertad de expresión.

El trabajo cuenta con un adecuado aparato crítico conformado por setenta y cinco fuentes bibliográficas, jurisprudenciales y casuísticas. Es menester referir que el mismo constituye una adecuada aproximación a un tema poco explorado dentro de los límites de la libertad de expresión y que, como ya adelantábamos al inicio, puede representar una veta atractiva para aquellos que pretendan dedicarse al estudio profundo del mismo.