

Praxis

de la
Justicia Fiscal y
Administrativa

Revista de Investigación Jurídica

Enero - Junio 2019

25

Domingo Juan SESIN
Guillermo A. TENORIO CUETO
Guillermo CAMBERO QUEZADA
Fernando Raúl MURRIETA Y
DE LA BRENA DÁVILA
César GARCÍA NOVOA
Guillermo TORRES DOMÍNGUEZ
Rolando Javier GARCÍA MARTÍNEZ
Gustavo Arturo ESQUIVEL VÁZQUEZ
Xochitl GARMENDIA CEDILLO
Blanca Estela MONTES DE OCA
Jaime ROMO GARCÍA
Noé Adolfo RIANDE JUÁREZ



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. Nora Elizabeth Urby Genel

Mag. Guillermo Valls Esponda

Mag. Juan Carlos Roa Jacobo

Mag. 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. Guillermo Tenorio, 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 Piazso, 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. Carlos Espinosa Berecocha

Director General

Mtro. Mauricio Estrada Avilés
Director de Difusión

Lic. Alejandra Abril Mondragón Contreras
Jefa de Departamento

LDG Dulce María Castro Robelo
Subdirectora de Diseño

Lic. Diana Karen Mendoza García
Técnico Administrativo

C. María de los Ángeles González González
Secretaria

DICTAMINADORES DE ESTE NÚMERO

Dr. Luis José Béjar Rivera, Dr. Raúl Bolaños Vital, Dr. Carlos Espinosa Berecocha, Dr. Gerardo Pigeon, Dr. Domingo Ruiz, Dr. Guillermo A. Tenorio Cueto, Dr. Carlos A. Villanueva Martínez, Mag. Manuel Lucero Espinosa, Dr. Sergio Martínez Rosaslanda, Mtro. Mauricio Estrada Avilés.

PORCENTAJE DE TRABAJOS RECHAZADOS

Para este número fueron rechazados el 15% de los trabajos presentados.

2019

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.

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: 2007-3755

CONTENIDO

Derecho Administrativo

El control judicial de la discrecionalidad administrativa.....	7
<i>Domingo J. Sesin</i>	
La reserva de la información en materia de contratación pública. El caso de la seguridad pública y la prueba de daño	41
<i>Guillermo A. Tenorio Cueto</i>	
La responsabilidad patrimonial del Estado por ruptura de la legalidad frente a las cargas públicas.....	67
<i>Guillermo Cambero Quezada</i>	
Acceso a la información.....	83
<i>Fernando Raúl Murrieta y de la Brena Dávila</i>	

Derecho Fiscal

El actual contexto internacional y el principio de residencia en las rentas de actividades empresariales	99
<i>César García Novoa</i>	
PRODECON: Tomando los derechos de los contribuyentes en serio	131
<i>Guillermo Torres Domínguez</i>	

Derechos Humanos

El juez de derechos humanos. Juez con rostro	163
<i>Rolando Javier García Martínez</i>	
Comentarios sobre la regulación de la emergencia sanitaria de 2009	191
<i>Gustavo Arturo Esquivel Vázquez</i>	

Artículos de Opinión

Los derechos de reunión y de libre manifestación de las ideas, como base fundamental de un Estado democrático.....	207
<i>Xochitl Garmendia Cedillo</i>	
<i>Auditoría forense y fraude fiscal</i>	219
<i>Blanca Estela Montes de Oca</i>	
Procedimiento a seguir, para lograr la ejecución de las sentencias de condena, dictadas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa	229
<i>Jaime Romo García</i>	
La educación en materia de datos personales. Planeando la solución del problema.....	253
<i>Noé Adolfo Riande Juárez</i>	

EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Domingo J. SESIN¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Sujeción de la Administración al orden jurídico.* III. *El juez solo interpreta el derecho. No es un dominus de la sociedad.* IV. *El límite consustancial del control judicial.* V. *Juridicidad del acto y control de juridicidad.* VI. *Noción conceptual de la discrecionalidad administrativa y control solo de su "Ejercicio."* VII. *Conceptos jurídicos indeterminados. La imprecisión conceptual y el origen de la teoría.* VIII. *Diferencia cualitativa entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad.* IX. *Diferencia cuantitativa entre conceptos jurídicos indeterminados y determinados.* X. *Debilidad de la teoría: El margen de apreciación.* XI. *Críticas y principios aplicables.* XII. *La correcta interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados y el límite de la revisión judicial.* XIII. *El control de sostenibilidad, aceptabilidad, razonabilidad.* XIV. *La revisión judicial de las reglas técnicas y pautas de universal consenso.* XV. *La intensidad del control judicial frente a la opinabilidad intrínseca de cuestiones técnicas complejas.* XVI. *Estrategia práctica a seguir frente a la complejidad de lo discrecional, técnico y reglado.* XVII. *La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en sus justos límites.* XVIII. *El silogismo judicial que obliga a una solución justa no es trasladable con el mismo rigor a la realidad administrativa.* XIX. *Palabras finales.* XX. *Fuentes de información.*

¹ Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Abogado, Notario y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular por Concurso de Derecho Procesal Administrativo y Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Asesor General de la Junta Federal de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS.). Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Comité Académico de la Internacional Judicial Academy, Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y Miembro honorario en la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

RESUMEN

El Derecho Administrativo busca establecer un justo equilibrio que haga posible la convivencia de lo discrecional, lo reglado y lo técnico, la autoridad y la libertad, lo determinado e indeterminado, así como lo político y lo jurídico. Uno de los inconvenientes más crecientes es de orden técnico, dado a su complejidad, se busca llegar en este estudio, el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar un juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en una concepción de hacer justicia en su totalidad.

PALABRAS CLAVE

Derecho Administrativo. Discrecional. Reglado. Técnico. Autoridad. Libertad. Control.

ABSTRACT

Administrative law seeks to establish a fair balance that makes possible the coexistence of the discretionary, the regulated and the technical, the authority and freedom, the determined and indeterminate, as well as the political and legal. One of the most growing inconveniences is of a technical nature, given its complexity, it seeks to arrive at this study, the Aristotelian balance between what can and can not control a judge, framed in our constitutional reality and without falling into a conception of making justice in its entirety.

KEY WORDS

Administrative law. Discretionary Regulated Technical. Authority. Freedom. Control.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace aproximadamente dos siglos el Derecho Administrativo busca establecer un justo equilibrio que haga posible la convivencia de lo discrecional, lo reglado y lo técnico, la autoridad y la libertad, lo determinado y lo indeterminado, lo político y lo jurídico.

Los inconvenientes surgen de diversas circunstancias, de carácter administrativo, político, jurídico y social, de manera más creciente de orden técnico.

Determinar cuál es la oferta más ventajosa, la idoneidad profesional en un concurso, la peligrosidad de una actividad, el interés cultural, la tasa de retorno de un servicio, la renovación de una licencia, el control de los costes, la razonabilidad de una tarifa, son entre otros, los numerosos ejemplos en los que la técnica se relaciona con la práctica administrativa.

Las técnicas muy especializadas, de oscura comprensión, las relacionadas estrechamente con valoraciones subjetivas insustituibles, las de complicado control por la imposibilidad de su reproducción, las que traducen juicios de probabilidad y no de certeza, ponen en evidencia la existencia de una zona de penumbra que hace problemático el control judicial por la dificultad en determinar con precisión el ámbito de lo reglado y lo discrecional.

A la complejidad referenciada, se debe sumar la variada indeterminación del orden jurídico, con normas disyuntivas e incompletas, de remisión a conceptos técnicos, lógicos, de valor, de experiencia, de contenido expreso o implícito.

De allí la necesidad de proyectar un nuevo orden, aunque fuere opinable, de lo discrecional, lo técnico y lo reglado, con la consecuente incidencia en el control judicial.

En definitiva, se debe buscar el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

II. SUJECIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AL ORDEN JURÍDICO

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (Artículo 20 ap. 3§), la Constitución Italiana de 1948 (Artículo 97) y la Constitución Española (Artículo 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la Administración Pública hoy no solo se sujeta a la ley sino también al Derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que como la de Córdoba subordinan la Administración al "orden jurídico" (Artículo 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales junto a la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

III. EL JUEZ SOLO INTERPRETA EL DERECHO. NO ES UN DOMINUS DE LA SOCIEDAD

La misión del jurista revela una nostálgica belleza: la de preparar los caminos para el advenimiento del reino de las valoraciones (apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia del accionar de la Administración Pública), sin que le sea permitido entrar en sus dominios, tal como Moisés, el legislador que guio a su pueblo hacia los límites de la tierra prometida sin que le fuera dable penetrar en ella.

Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente.

Pero como dice Tocqueville: "... es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse;... por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo..."².

² Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1951, t. II, p. 154.

No obstante, el juez no es un *dominus* de la sociedad, y hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo, su marco de acción en virtud de la libre apreciación, propiciadas por la Escuela Realista Norteamericana y algunos filósofos italianos de los últimos años³.

Con razón se afirma que una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a jurificar la política, sino a politizar la Justicia.

La problemática de todos los tiempos referida a los confines del derecho y la política plantea una cuestión irresuelta: si es posible reconducir las materias discrecionales que solo competen a los órganos políticos, al campo jurídico, con parámetros objetivos.

Una respuesta positiva implica reflotar la consabida tesis del "gobierno de los jueces", que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales⁴.

La extralimitación de los jueces fue ya advertida por Roosevelt en Estados Unidos en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado "darwinismo jurídico", se opuso a toda regulación legislativa de la economía, los salarios mínimos, las jornadas de labor, etc. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas⁵. Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del "New Deal".

La Corte Suprema argentina ha señalado que cada poder, "dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan" (C.S.J. Fallos, 243-513).

El Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado.

Normalmente se asigna al juzgador la función de interpretar el ordenamiento, resolviendo una controversia entre partes con el dictado de una norma individual basada en la Constitución, la ley o los principios del derecho. Su razonamiento es absolutamente ju-

³ Di Chierchia Merola, Pietro, *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, CEDAM, 1978, p. 10 y ss.

⁴ García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 168 y ss.

⁵ Schiwartz, Bernard, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, París, Económica, 1979, p. 125.

rídico, siéndole vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en éstas sus votos porque tal cometido compete exclusivamente a la Administración Pública o al legislador, en virtud del principio de separación de poderes.

Sin embargo, excepcionalmente el ordenamiento delega en los órganos judiciales la facultad de inferir el criterio necesario para resolver el conflicto. La graduación de la pena, la determinación del monto justo de una indemnización expropiatoria, la fijación de un plazo inexistente para el cumplimiento de una obligación, son ejemplos fieles. Su contenido será rellenado con los principios inmanentes del orden jurídico, las convicciones sociales, y en definitiva, las valoraciones de lo que es “justo”, todo esto dentro del estilo del sistema jurídico vigente. Ello ocurre porque en estos supuestos es el juez el primer destinatario del orden jurídico para rellenar el concepto.

La legitimidad de los jueces no solo proviene de la idoneidad exigida para ocupar el cargo (generalmente mediante concursos públicos), sino esencialmente del mismo derecho que tienen la obligación de aplicar; su independencia se pone en evidencia cuando los jueces dirimen el caso concreto con la objetividad e imparcialidad que prescribe el propio orden jurídico al cual le deben absoluta subordinación. Su cometido no es crear normas legislativas ni ejercer el poder político o discrecional también creativo para satisfacer de la mejor forma los intereses sociales.

Una eventual elección a través del sufragio o una duración limitada en su función, podrían afectar seriamente, la división de poderes, la independencia, la imparcialidad, la neutralidad política, la competencia e idoneidad, porque el Poder Judicial no está capacitado para gobernar sino para dar efectividad al derecho. No le es dable sustituir al responsable de la decisión política, sino que tiene dos objetivos prioritarios: controlar si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sumisión de la Administración a la ley y al derecho, y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados⁶.

En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y solo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Su campo de acción en aquel ámbito es mucho más reducido que el de la época del “pretor romano” y del “canciller inglés”, quienes –atento a las transformaciones sociales y el escaso perfeccionamiento del derecho– actuaban con mayor libertad⁷.

Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la Administración que interprete y/o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto

⁶ García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 34.

⁷ Pound, Roscoe, *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale University Press, 1922, cap. III.

la Administración tiene una herramienta que el juez carece y que llama discrecionalidad (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho).

Cuando se trata de aplicar una potestad reglada, la Administración utiliza la misma metodología que emplea el juez, esto es, la hermenéutica interpretativa. Si en cambio el ordenamiento otorga la posibilidad de elegir entre varias opciones igualmente válidas para el derecho, la Administración utiliza la discrecionalidad, en función de lo mejor o más útil para el interés público.

En otras palabras, cuando el sistema jurídico encarga a la Administración Pública la emisión del acto particular, reglando su conducta en forma expresa o implícita, hay interpretación en su concreción. En cambio, cuando le atribuye una facultad de opción, la "zona de reserva" debe integrarse creativamente con valoraciones de oportunidad y conveniencia.

En síntesis, el contenido administrativo se integra: *a)* con pautas objetivables cuando sea posible (actividad reglada); *b)* con criterios técnicos o estándares tolerables en casos difíciles o complejos; *c)* con modalidades discrecionales ante varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

El control judicial es total en la hipótesis *a)*; casi total en *b)*, pudiendo en este caso controlar la razonabilidad pero no sustituir un criterio técnico opinable de sustentabilidad relativa por otro también dubitable; y es escaso en *c)*, controlando solo el ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad sin penetrar en el núcleo discrecional interno.

IV. EL LÍMITE CONSUSTANCIAL DEL CONTROL JUDICIAL

Tomás Ramón Fernández⁸ afirma que "... en su control del ejercicio del poder discrecional los jueces no tienen otra herramienta que el derecho, de lo que, obviamente, se sigue que podrán llegar legítimamente en su crítica de las decisiones discrecionales hasta donde el derecho y el razonamiento jurídico lleguen y que más allá de ese límite, más que impreciso no precisado, no podrán dar un solo paso..."

Opina Sánchez Morón⁹ que:

... el control judicial tiene un límite consustancial, ya que solo puede tratarse de un control jurídico y no de un control de la bondad o idoneidad política, técnica o económica de la decisión discrecional. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el Artículo 24.1 de la Constitución Española coincide exactamente con este límite, pues como tiene declarado la jurisprudencia de manera unánime, consis-

⁸ Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 1994, 1997, p. 16.

⁹ Sánchez Morón, Santiago, *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial de España, 1994, p. 148.

te en el derecho a obtener del órgano judicial competente una respuesta razonada y fundada en derecho (no en otro tipo de argumentos o criterios) a las pretensiones deducidas en el proceso.

Por ello, interpreta en cuanto al control del ejercicio de la discrecionalidad, que solo es posible ante:

... un contraste claro con una norma jurídica y que no puede fundarse en valoraciones de otro orden o en vagas apelaciones a las soluciones preferibles, encubiertas en términos de mayor justicia o racionalidad. Si así fuera, el juez estaría sustituyendo a la Administración en la apreciación y valoración de las circunstancias que a ésta corresponde realizar para desempeñar su función dentro de los límites del derecho.

Acertadamente Felipe de Beltrán¹⁰ se pregunta “... *control hasta donde: lo que queda por determinar es qué tipo de control y con qué intensidad*”; después de afirmar que “.. *la cuestión no es control sí o control no, toda vez que se ha de poder interponer recurso contra cualquier acto administrativo, siendo a mi juicio éste el sentido de la plenitud del control...*”

Tawil¹¹ manifiesta que la fiscalización “*de la legitimidad no se limita únicamente, empero, al control jurídico de legalidad, en cierta medida objetivo y de naturaleza formal. Responde, por el contrario, a un concepto más amplio de licitud y justicia que torna procedente la revisión judicial no solo contra lo ilegal, sino también contra lo legal pero injusto, antijurídico o arbitrario*”. Más adelante pone en evidencia la “.. *inconveniencia de identificar al control de legitimidad con la actividad reglada y al de oportunidad con la discrecional, en tanto el control de legitimidad abarca no solo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales al resultar siempre susceptibles de control elementos tales como la competencia, causa, forma y finalidad del acto...*”¹². Al igual que la prestigiosa doctrina citada (Gordillo, Dromi, Mairal) considera que el concepto de legitimidad es notablemente más amplio que el de facultad reglada, y que el de oportunidad es mucho más restringido que el de facultad discrecional y cuestión de hecho¹³. Se sigue en este sentido la postura originaria de Gordillo¹⁴.

Desdentado Daroca, Eva¹⁵ analiza determinados pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español. En primer lugar la STC 39/1983, de 17 de mayo, cuando sostiene

¹⁰ Beltrán de Felipe, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 77.

¹¹ Tawil, Guido S., *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II, p. 318.

¹² *Ibidem*, p. 319.

¹³ *Ibidem*, p. 319, 320, 373 y ss.

¹⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Buenos Aires, Fundación de Der. Adm., 1998, t. 1, X. p. 35, 36 y 37.

¹⁵ Desdentado Daroca, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997, p. 87 y ss.

que salvo que se aduzca la posible existencia de desviación de poder, lo que se impugna “.. no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control judicial”. El fallo considera que esta conclusión no significa desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva desde que el control judicial tiene límites por cuanto las cuestiones tratadas “han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos judiciales”.

Más adelante el autor citado comenta otros fallos del Tribunal Constitucional que comportaron un avance respecto de la situación anterior. En las STC 110/91 y 97/93 se sustenta que en los supuestos de discrecionalidad técnica el control judicial no se reduce a un mero control externo de comprobación de que no se han infringido las normas procedimentales ni se ha incurrido en desviación de poder. La discrecionalidad técnica “... es compatible con una base fáctica, ya que el juicio técnico sobre la capacidad de un aspirante, ha de realizarse sobre unos datos objetivos que permitan deducir la aptitud o ineptitud del mismo, y la existencia de ese mínimo fundamento fáctico debe ser comprobado por el órgano judicial”. Ello implica un avance porque se entra al fondo de la cuestión, pudiendo controlarse la base fáctica sobre la que se ejerce el control, empero para el citado Tribunal sigue siendo incontrolable la valoración o apreciación técnica propiamente dicha. Vuelve a sostener que esta conclusión no agravia la tutela judicial efectiva por los mismos fundamentos descritos en la sentencia anterior.

En la STC 34/1995 el Tribunal Constitucional afirma que debe respetarse la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros, lo que no se cumpliría si se admitiría que mediante la prueba pericial pudiera realizarse un control de las valoraciones técnicas, pues ello supondría la sustitución de la valoración del órgano calificador por la del perito o por la apreciación del órgano judicial al valorar la prueba pericial. Si bien el Tribunal considera que conforme al diseño constitucional no son admisibles exclusiones al control judicial, sin embargo, la problemática de la discrecionalidad técnica se justifica en razones de legitimidad. Afirma que en estos supuestos, los órganos de la Administración “aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados”, y que en consecuencia la limitación del control obedece a que “contribuye a salvaguardar el ámbito de competencia legalmente atribuida a la Administración”. Reitera que ello no vulnera la tutela judicial efectiva porque la decisión de la Administración fundada en elementos de carácter exclusivamente técnico, que solo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración excede el “control jurídico que incumbe realizar a los jueces” implicando una sustitución del criterio del órgano calificador.

En el devenir de los tiempos ya no es posible discutir si los actos administrativos que trasuntan el ejercicio de una facultad discrecional pueden ser revisados judicialmente (aún relacionados con cuestiones técnicas), lo mismo sucede con los llamados actos políticos en la medida en que sean susceptibles de agravar derechos o intereses de los administrados, en forma directa o en su caso a través de sus actos operativos. Lo que en verdad importa es el verdadero alcance del control que hacen los jueces y cuáles son sus fundamentos. Debe recordarse que la tutela judicial efectiva no debe ser solo una verdad declamada sino una realidad aplicada. Debe tener vigencia real y efectiva, no ficticia ni teórica.

V. JURIDICIDAD DEL ACTO Y CONTROL DE JURIDICIDAD

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio¹⁶. De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base solo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.

VI. NOCIÓN CONCEPTUAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL SOLO DE SU "EJERCICIO"

En este marco, la discrecionalidad queda atrapada dentro de la juridicidad de donde proviene en forma expresa o implícita, es decir, que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene solo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Siguiendo las ilustradas orientaciones contemporáneas, en mi opinión la discrecionalidad puede definirse como: "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante

¹⁶ Comadira, Julio Rodolfo, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2000; del mismo autor, ver su reciente libro *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, 2ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2003, p. 493 y ss.; Coviello, Pedro, "La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa", *REDA*, Buenos Aires, núm. 23, 1996.

una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho". Su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento.

Comadira entiende: que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho¹⁷.

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar efectivamente ha sido correctamente ejercida "dentro" de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su "ejercicio"¹⁸.

Como dice Cassagne " ... la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad..."¹⁹.

VII. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA IMPRECISIÓN CONCEPTUAL Y EL ORIGEN DE LA TEORÍA

Un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad. En general la imprecisión no deviene exclusivamente del lenguaje utilizado ni tampoco de la materia referida, sino de la vinculación entre ambos²⁰.

En el ordenamiento jurídico administrativo son numerosos los dispositivos constitucionales, legales y reglamentarios que trasuntan estándares o normas en blanco, cuya indeterminación es evidente.

¹⁷ Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, op. cit., p. 507.

¹⁸ Sesin, Domingo, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 28.

¹⁹ Cassagne, Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 107-108.

²⁰ Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 68 y 70.

El decoro o prestigio de la institución policial, la peligrosidad de una enfermedad, la contaminación de las aguas, la idoneidad en un concurso, la urgencia de una contratación, lo riesgoso de una actividad, son ejemplos cotidianos, cuya relación con la realidad a la que se refieren, puede impregnarse de mayor o menor imprecisión.

La aplicación práctica de estos supuestos en el variado accionar administrativo, obliga a efectuar una tarea interpretativa o creativa según el caso, subsumiendo el hecho concreto en la norma.

Vemos un ejemplo: la declaración de interés histórico de un inmueble, que autoriza genéricamente el orden normativo, es susceptible de ocasionar tres alternativas distintas: *a)* una opción positiva al no existir dudas sobre el interés histórico; *b)* una opción negativa, ante la seguridad de la falta de interés; y *c)* una zona de penumbra que se ubica entre ambas, en cuanto existen razonables dudas sobre si el edificio reviste o no interés histórico.

Las hipótesis *a)* y *b)* se denominan respectivamente: zona de certeza positiva y negativa; mientras que la *c)*, "halo del concepto" o "zona de dudas". Esta última es el ámbito de imprecisión o indeterminación que es menester clarificar al momento de su concreción práctica, teniendo presente la distancia al núcleo positivo o negativo del concepto.

La pregunta fundamental que cabe formularse es cómo se integra un concepto jurídico indeterminado, si a través de la hermenéutica interpretativa o del ejercicio de la discrecionalidad. La respuesta es por demás relevante para advertir el alcance del control judicial que corresponde realizar según se utilice uno u otro instrumento integrador del concepto.

Este interrogante ha suscitado diferentes criterios doctrinarios y jurisprudenciales.

Lo que en Italia continúa llamándose "discrecionalidad técnica" en el lenguaje ordinario –aunque se lo critique severamente– es objeto de estudio en el derecho alemán con el nombre de "conceptos jurídicos indeterminados".

En este último ámbito la indeterminación también fue llamada "discrecionalidad técnica" en sus orígenes. Para Bernatzik²¹ este fenómeno comprende las cuestiones administrativas complejas relacionadas con la técnica, cuya apreciación compete exclusivamente a la Administración y sobre la cual no corresponde el contralor judicial.

Tetzner²² en cambio, fue quien incipientemente propició el control de los conceptos jurídicos indeterminados, planteando la necesidad de diferenciarlos con la discrecionalidad.

²¹ Bernatzik, Edmund, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886, p. 43 y ss.; Schmidt-Salzer, J., *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlín, 1968, p. 65 y ss.

²² Tetzner, Friederich, *Das Freie Ermessen Verwaltungsbehörden*, Viena, Ed. Leipzig, 1924, p. 69 y ss.

La evolución de la teoría, reduce ostensiblemente el campo de lo discrecional; concibe que los conceptos jurídicos indeterminados no admiten múltiples opciones válidas, sino, una en cada supuesto: la integración normativa se produce, entonces, por medio de la interpretación.

De tal manera, la ruina de la obra, la urgencia, la actividad riesgosa, el orden público, etc., son supuestos cuya resolución solo admite una posibilidad. La eliminación de la discrecionalidad –como se advierte– parece constituir la meta soñada de esta concepción.

Es fácil imaginar la problematicidad de la materia sobre la cual recae el análisis de la teoría. Como dice Sainz Moreno²³:

No se trata sólo de resolver ciertos problemas de interpretación y aplicación, sino de establecer las razones por las que el Poder Judicial puede revisar las decisiones que en ésta materia ha tomado la Administración. Entra en juego, pues, el tema de la relación entre la Administración y la Justicia y el de los poderes que la Administración tiene para cumplir sus fines, pero sobre todo, y fundamentalmente, el de la legalidad de la acción administrativa o, lo que es lo mismo, el de la libertad de los ciudadanos.

VIII. DIFERENCIA CUALITATIVA ENTRE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y DISCRECIONALIDAD

Si esta teoría sustenta que el concepto jurídico indeterminado solo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas²⁴.

El concepto jurídico indeterminado pasa a ser estudiado como un problema de interpretación y aplicación de la ley, razón por la cual se lo considera parte de la actividad vinculada o reglada: de allí que la diferencia con la discrecionalidad no sea de cantidad sino de calidad.

²³ Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 220.

²⁴ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Navarra, Civitas, 2017, p. 386; Mozo Seoane, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, Montecorvo, 2002, p. 250; Cassagne, Juan Carlos, "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, núm. 3, 1990, p. 98 y ss.; Quiroga Lavie, H., *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Buenos Aires, Depalma, 1985 p. 226; Barra, R.C., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, Abaco, 1980, t. II, p. 230 y ss.; Grecco, L. M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial", *La Ley*, 1980-D, p.1306 y ss.

IX. DIFERENCIA CUANTITATIVA ENTRE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DETERMINADOS

Para la teoría tradicional de los conceptos jurídicos indeterminados, la diferencia es solo terminológica, porque sustantivamente concibe lo determinado e indeterminado en el marco de lo vinculado, por oposición a lo discrecional que queda relegado a la escasa apreciación volitiva del órgano competente. Entre un concepto determinado y uno indeterminado solamente hay diferencias de grado y representan dos técnicas distintas solo en apariencia, porque íntimamente tienen por objetivo realizar lo preceptuado por el legislador.

La tarea de subsunción en los determinados, es casi de aplicación automática (conceder la jubilación a los 65 años); en cambio, en los indeterminados exige explicitar la voluntad normativa por medio de la compleja metodología interpretativa. La urgencia existe o no; tal bien es de interés cultural o no. Por esta razón solo es admisible para la misma una solución justa donde nada tiene que ver lo discrecional.

Para esta concepción el control judicial fluye espontáneamente. Este es el objetivo prioritario de la teoría que pretende extender al máximo la revisión de los actos administrativos.

No obstante, la polimórfica –y a veces confusa– realidad estatal presenta en su devenir situaciones en las cuales resulta difícil admitir la existencia de una sola solución justa.

X. DEBILIDAD DE LA TEORÍA: EL MARGEN DE APRECIACIÓN

Los casos límite hacen criticable la construcción dogmática alemana de los conceptos jurídicos indeterminados y también dificultan la elaboración de fórmulas teóricas apropiadas para superar la penumbra, ambigüedad y variabilidad de ciertos conceptos ubicados en ámbitos indeterminados entre la zona de certeza “negativa” y “positiva”.

Establecer en una calificación pedagógica el porqué, de un nueve en lugar de un diez, es tan complicado como su revisión judicial ulterior.

Para la concepción tradicional de la teoría analizada los casos difíciles se superan concediendo a la administración un cierto “margen de apreciación”, no susceptible de revisión judicial²⁵.

Las dificultades prácticas que genera la aplicación de reglas complejas de la experiencia común o técnica, el temor de sustituir un criterio administrativo “opinable” por una decisión judicial que trasunte un juicio de valor discutible, son algunos de los supuestos excepcionales que pueden justificar el margen de confianza en favor de la Administración.

²⁵ Jesch, Dietrich, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, p. 212 y ss.

Empero, la teoría no asemeja esta modalidad restrictiva a la facultad discrecional. Pretende solo un reconocimiento explícito de la dificultad de su aplicación en determinados supuestos fácticos concretos, sin dejar de considerar –en teoría– que la integración se efectúa por intermedio de un juicio de naturaleza cognoscitiva²⁶.

Creo que tanto el margen de apreciación como su aparente justificación no hacen otra cosa que confirmar la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así como en muchos casos la aplicación de esta concepción tiene un éxito indudable, en otros supuestos más complejos, también numerosos en la realidad administrativa, la presencia de una valoración subjetiva del órgano competente es ineludible. Esto último, unido a la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas válidas dentro del Derecho, confirma la presencia de una modalidad discrecional en su mínima expresión. Poco importa quien tiene que apreciarla, sea un técnico, político, profesional o administrativo: implica una valoración subjetiva en el marco de un margen de libertad. Esto basta para calificarlo de discrecional.

Para justificar el rechazo de un momento discrecional en el “margen de apreciación”, se sostiene que al no efectuarse valoraciones de oportunidad, la discrecionalidad es inexistente. Sin embargo, como se definió conceptualmente, la discrecionalidad no puede limitarse solo a apreciar la oportunidad; en otras ocasiones trasunta una ponderación de intereses, una valoración del interés público o un simple acto volitivo del órgano competente. Siendo su campo de acción mucho más amplio, bien se puede considerar el contenido del “margen de apreciación”, una particular modalidad discrecional.

En su proyección práctica, poco importa si hay discrecionalidad o no, porque de todas maneras queda dentro de la zona de reserva de la administración y se excluye el control judicial.

Para evitar los resultados y restringir aún más la libertad administrativa, surgen otras posturas que conducen a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados a posiciones extremas, al eliminar el margen de apreciación y pretender la plena revisión de los actos de la administración.

Sainz Moreno²⁷ al comentar teorías alemanas avanzadas, explicita algunas preocupaciones sobre la complejidad de determinadas casuísticas, como la realización de pronósticos, la calificación de exámenes y, entre otros, la determinación de la capacidad e idoneidad de los funcionarios. Concluye admitiendo que de igual modo puede realizarse el control judicial porque ese es un problema de derecho procesal y niego –en defini-

²⁶ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 380.

²⁷ Sainz Moreno, Fernando, *op. cit.*, p. 243 y ss; Ossenhuhl, Fritz, *Tendenzen un gefahren der neuen Ermessenlehre*, “D. off.Verw”, 1968, p. 618 y ss.

tiva– el margen de apreciación en favor de la Administración, subrayando la preeminencia de la tutela jurisdiccional de los derechos conculcados.

Esta nueva concepción revaloriza la motivación y la razonabilidad de los actos propugnándose otra visión de lo discrecional, sometiendo su ejercicio a un profundo control judicial, por lo que pierde interés la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados²⁸. En definitiva, el intento de fulminar la arbitrariedad estatal y controlar la libertad de los funcionarios atraviesa las siguientes etapas: primero se procura reducir la discrecionalidad cambiándole su rótulo externo con la configuración del “margen de apreciación”. Más tarde, al advertirse que ese pequeño reducto podría implicar un abuso de libertad o una verdadera discrecionalidad, es eliminado postulándose la revisión judicial integral de lo indeterminado. Desde mi punto de vista, para lograr ese objetivo se utilizan técnicas de reducción de la discrecionalidad, que en rigor se refieren más a elementos relativos a la juridicidad que al control intrínseco de la discrecionalidad. En efecto, la verificación de los hechos, la razonabilidad, la motivación, la finalidad y aún la comprobación de que la discrecionalidad forma parte del orden jurídico, no dejan de pertenecer al ámbito de la juridicidad o legitimidad en sentido amplio.

En esencia el proclamado “control pleno de la discrecionalidad” implica una fiscalización absoluta sobre su inserción jurídica y es superficial en su contenido interior.

Aun cuando se postule la revisión total de los conceptos jurídicos indeterminados, o se pretenda disfrazar lo discrecional con atuendos de legitimidad, lo cierto es que numerosas hipótesis llevan en su interior un momento subjetivo discrecional que ha menester un trato peculiar; este no puede ser sustituido por el juez quien solo debe controlar la integración de la libertad dentro del ordenamiento.

Estoy de acuerdo con tales técnicas de control del “ejercicio” de la discrecionalidad pero no con el propiciado “control total” porque altera el principio de división de poderes con el avasallamiento de la “zona de reserva de la Administración”.

En mi criterio los conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver, es decir, que pueden ser determinables por un proceso intelectual puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula.

²⁸ En el mismo sentido, Fernández, Tomás Ramón, “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario” y “Debe la Administración actuar racional y razonablemente”, *Separata Revista Española*, Madrid, octubre de 1993 y julio-septiembre de 1994; Ledda, F., “Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica”, *Rivista Diritto Processuales Amministrativo*, Milán, Giuffrè, diciembre de 1993; Marzuoli, C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milán, Giuffrè, 1985.

No coincido con quienes afirman que lo aludido por los términos orden público, utilidad pública, urgencia, idoneidad, emergencia, son conceptos jurídicos indeterminados que “solo admiten una solución justa”.

Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.

Hay veces que el concepto jurídico indeterminado puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro. Esto sucede por ejemplo cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad; o cuando según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización del concepto “idoneidad” y “oferta más ventajosa” se efectiviza, entonces, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.

Sin embargo, los conceptos referidos no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso bajo el mismo esquema normativo; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: el supuesto de que existan dos concursantes que tienen idéntica antigüedad, o bien se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir a uno u otro concursante, a una u otra oferta en el caso de que la norma nada establezca al respecto, bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional.

Aceptar entonces que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea solo intelectual, negando la posibilidad de que este, según el caso, puede también ser volitivo o discrecional, importa en mi criterio un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad y, por ende, promover el control judicial total.

Asimismo podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial, ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable sin distinguir, con precisión, cuando hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control.

En definitiva, los conceptos jurídicos indeterminados, son en mi criterio creaciones artificiosas que buscan reducir o aniquilar el espacio de libertad, en lugar de iluminar sus zonas limítrofes y postular una armónica convivencia aceptando una realidad tan insoslayable como la vida misma del ser humano que también discurre entre zonas signadas por la fatalidad y la libertad.

XI. CRÍTICAS Y PRINCIPIOS APLICABLES

La presencia de conceptos amplios y flexibles es una realidad insoslayable. Es obvio que el legislador no puede regular minuciosamente la totalidad del accionar administrativo.

No es recomendable aceptar que para completar los conceptos indeterminados deba acudirse solamente a la libre elección de la Administración por medio de la discrecionalidad; tampoco admitir que únicamente pueden ser integrados por remisión a juicios objetivos que aseguren una solución justa de validez incuestionable. Lo primero implicaría consagrar una libertad desenfrenada, susceptible de emparentarse con la arbitrariedad. Lo segundo acarrearía la virtual desaparición de la discrecionalidad, cuya supervivencia es imprescindible en los Estados modernos.

Parejo Alfonso²⁹ comenta que alguna doctrina alemana diferencia dos tipos de conceptos: "empíricos o descriptivos" y "normativos o valorativos". Los primeros se refieren a objetos o acontecimientos de la realidad con facilidad de ser percibidos o experimentados. Los segundos, desprovistos de referencia a la realidad, aluden a juicios o reglas meta-jurídicas o estados del conocimiento científico o técnico, provocando problemas de incerteza en su fase interpretativa. De allí que Ulé en esta última hipótesis se refiera a la "renuncia del legislador en favor de la Administración", prerrogativa de valoración o apreciación exclusiva de la Administración, que los jueces no pueden reproducir en el proceso aplicativo de la norma, no obstante la utilización de la prueba pericial.

Como bien lo explica Bacigalupo³⁰, la jurisprudencia alemana no reconocía en todos los casos de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados dudosos el margen de apreciación en favor de la Administración, razón por la cual el ministro de Justicia de un *Land* propuso introducir un nuevo dispositivo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa alemana que extienda el margen de apreciación a todos los supuestos de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, con la siguiente redacción: 1. Cuando la aplicación de un concepto jurídico indeterminado haga necesaria ponderaciones, pronósticos o valoraciones, la Administración dispondrá para ello de un margen de apreciación. 2. El Tribunal controlará si a la Administración le corresponde un margen de apreciación, así como si ésta ha traspasado los límites legales de la habilitación de apreciación o ha ejercido la misma de un modo no adecuado a su finalidad.

De allí que Sainz Moreno³¹ propugna otra visión de lo discrecional, sometiendo su ejercicio a un profundo control judicial, por lo que pierde interés la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados.

²⁹ Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 118 y ss.

³⁰ Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 128.

³¹ Sainz Moreno, Fernando, *op. cit.*, p. 250 y ss.

En estos últimos tiempos³² han surgido importantes polémicas en la doctrina española, con valiosos aportes de: Parejo Alfonso³³, Sánchez Morón³⁴, Beltrán de Felipe³⁵, García de Enterría³⁶, Atienza³⁷, Bacigalupo³⁸, Igartúa Salaverría³⁹, entre otros que ponen límites a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en un sentido que en muchos casos implica también el uso de la discrecionalidad.

XII. LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y EL LÍMITE DE LA REVISIÓN JUDICIAL

La metodología interpretativa debe detenerse cuando percibe la presencia del momento intrínseco de la discrecionalidad: la libertad de elección que importa la ponderación de intereses, la apreciación de lo mejor para la sociedad. Cuando la interpretación agote su metodología lógico-racional y no quede otra instancia más que preguntarnos cuál de las varias alternativas es la más conveniente, entramos en la “zona de reserva de la Administración”.

La necesidad de llegar a “una solución justa” para dirimir un conflicto entre partes es característica de la función judicial. Esto no implica, sin embargo, que en el área de la actividad administrativa, la opinable y compleja realidad –susceptible de varias vías de resolución– pudiera ser reducida, por el poder del juez, a una única solución justa.

La realidad se presenta tal cual es y si, por ejemplo; existen varias técnicas idóneas para demoler un inmueble o para llevar adelante un procedimiento de privatización, la misma opinabilidad pasa a formar parte de la proposición jurídica.

El silogismo judicial no es siempre trasladable a la función administrativa. La Administración no está obligada a llegar a una solución justa utilizando solo las reglas de la interpretación jurídica. Si un hecho, fenómeno o situación no es opinable y admite solo una solución posible, la aplicación del derecho se impone: el poder del orden normativo prevalece y la hermenéutica interpretativa como herramienta judicial es plenamente articulada en la realidad estatal. Pero cuando el hecho, fenómeno o situación es esencialmente opinable, la selección que implica la opción de uno u otro camino es de naturaleza discrecional; solo aquí

³² En su mayoría *a posteriori* de la primera edición de este libro.

³³ Parejo Alfonso, Luciano, *op. cit.*, p. 119 y ss.

³⁴ Sánchez Morón, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 116 y ss.

³⁵ Beltrán de Felipe, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 110.

³⁶ García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5ª. ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 124 y ss.

³⁷ Atienza, M., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *RDA*, Madrid, núm. 85, 1995.

³⁸ Bacigalupo, Mariano, *op. cit.*, pp. 10, 26, 32, 38, 128, y ss.

³⁹ Igartúa Salaverría, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998, p. 28 y ss.

la Administración se presenta como un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece.

De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes. La opinabilidad en el campo de la Administración Pública da lugar a ponderaciones de los más diversos intereses públicos específicos. Quién mejor que los natos representantes del pueblo, entonces, para completar este marco de libertad con el ropaje ineludible de la juridicidad.

En las últimas reflexiones sobre el tema, el propio García de Enterría⁴⁰ distingue según que los conceptos jurídicos indeterminados sean conceptos de experiencia o de valor. Los primeros por relacionarse con los hechos, el control judicial es pleno. En cambio, los segundos que no solo se vinculan con cuestiones de hechos sino de valor, que “pueden ser técnicos (impacto ambiental) o políticos (interés público, utilidad pública), proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción a favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos, que, en la práctica, solo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el juez”. De esta forma simple el autor ratifica la doctrina del “margen de apreciación” a favor de la Administración que otorga una cierta presunción de acierto dentro del halo del concepto.

Aún en dicho ámbito, es indudable que el control judicial solo es viable en las hipótesis de límites y excesos, mediante prueba irrefutable que acredite debidamente tales desviaciones.

Las apreciaciones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuando el propio orden jurídico autoriza, explícita o implícitamente, su concreción por la Administración, no pueden ser revisadas por el juez (falta el parámetro objetivo necesario); ni siquiera con el pretexto de hacer una valoración de justicia, porque implicaría vulnerar la separación de poderes, dado que el propio sistema ordinamental quiere que tal marco de libertad sea integrado por lo que se considere más conveniente o útil (salvo, claro está, el supuesto excepcional de evidente o notoria injusticia, límites y excesos aludidos).

Así, por ejemplo, no es posible controlar, siguiendo una interpretación jurídica estricta, la conveniencia de hacer una autopista o un hotel internacional.

De todo esto se deriva la invalidez de ciertas posturas, que tratando de imitar el silogismo judicial o la interpretación jurídica, pretenden trasladar estas herramientas al ejercicio de la función administrativa.

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, op. cit. p. 137.

El ordenamiento no puede desconocer la realidad, y aunque no pueda preverla *in totum*, establece los medios idóneos para superar la problemática que genera y determina quién es el responsable para hacerlo.

El juez no administra intereses, no aprecia la conveniencia, oportunidad o utilidad, no sustituye un juicio opinable por otro igualmente opinable: solo interpreta jurídicamente el ordenamiento.

Por esta razón, el juzgador utiliza una estrategia distinta de la del propio accionar administrativo. Esto puede deducirse del positivismo lógico, la hermenéutica como crítica historicista y fenomenológica, la tópica como forma mental del razonar jurídico, y la argumentación como forma específica de la lógica deductiva.

Con frecuencia la adecuación al modelo o prototipo solo admite una alternativa válida en la cual no hay modalidad discrecional alguna: el concepto indeterminado se integra con reglas técnicas o de experiencia indiscutibles, conducta media socialmente obligatoria, estándares de universal consenso, etc. Aquí la objetividad funciona plenamente. Otras veces, pueden existir dos o más hipótesis correctas; para dirimir en este caso cual corresponde elegir es necesario hacer uso de la discrecionalidad.

Se cumple, en definitiva, lo querido por el ordenamiento, solo que en supuestos excepcionales, cuando es imposible llegar al prototipo por medio de un juicio intelectual puro, no queda otro camino que aceptar la presencia de un momento subjetivo: modo de la discrecionalidad.

XIII. EL CONTROL DE SOSTENIBILIDAD, ACEPTABILIDAD, RAZONABILIDAD

En los últimos tiempos el debate doctrinario y jurisprudencial alemán⁴¹, asigna importancia a conceptos como "sostenibilidad", "aceptabilidad", que significan "plausibilidad" o, entre nosotros, "razonabilidad" de la decisión administrativa, según el parámetro de quien ha asumido la decisión. Esta metodología importa superar el modelo tradicional sobre la base de la revisión judicial de los particularizados vicios formales y sustanciales detectados. La nueva metodología propuesta comporta una visión global de la decisión administrativa, entendida como cláusula general, efectuando con control genérico sobre todo el íter procedimental desarrollado por la Administración en la actividad controlada. Es lo que en Estados Unidos se denomina "deferencia administrativa".

⁴¹ Martini, Serenella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica*, Tedesca, LUISS, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali; *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*, Milán, Guiffré, 1997, p. 26 y 27.

En mi criterio es dable ejercitar tanto el control tradicional en base a los vicios del acto administrativo como el genérico aludido precedentemente, aun cuando se han ejercido facultades discrecionales. Ello, por cuanto la Administración ya no solo se subordina a los precisos límites de la ley sino a un orden jurídico más amplio, como se explicitó en los puntos precedentes.

XIV. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS REGLAS TÉCNICAS Y PAUTAS DE UNIVERSAL CONSENSO

Estoy en desacuerdo con algunas posturas vertidas precedentemente que restringen el control judicial respecto de ciertas cuestiones técnicas. La remisión normativa a valoraciones técnicas no supone automáticamente la atribución al órgano administrativo de una potestad inmune al control judicial. En efecto, las reglas técnicas (conocimiento especializado) de universal consenso, o al menos tolerables (cuando trasuntan una verdad relativa), las reglas de la experiencia (conocimientos prácticos comunes) como los estándares de conductas, integran el orden jurídico administrativo por remisión expresa o implícita de este.

Aun cuando el reenvío no surja tácitamente del ordenamiento, las pautas o reglas referidas pueden tener igualmente relevancia jurídica por el conocimiento acabado de los hechos y la apreciación de la prueba con arreglo a la sana crítica racional.

En consecuencia el control de juridicidad es perfectible, pues el juez al entrar al fondo de la cuestión verifica si en el sub-examine se ha respetado el contenido de la regla determinada por la ciencia, la técnica, la experiencia, o el comportamiento social, al momento en que se concrete el acto administrativo respectivo.

La entonces Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial especial de la Capital Argentina, con buen criterio, ha proclamado el control de los hechos aun relacionados con cuestiones técnicas, con motivo del cuestionamiento de una ordenanza municipal que disponía el retiro de los locales instalados en los andenes, que creaban un riesgo para los usuarios frente al reducido espacio que les quedaba cuando esperaban el arribo de los trenes. El Tribunal consideró que:

La discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración Pública, pues tiene un ámbito que no puede ser excedido y se halla sometido al control administrativo y judicial. Si bien es cierto que la oportunidad, conveniencia o mérito tenidos en cuenta para la emisión del acto administrativo no son controlables por el Poder Judicial, ello no impide que lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho (invocados para emitir el acto) caiga o puede caer bajo el poder de revisión de los jueces, pues se trata de comprobar la verdadera y efectiva existencia de sus presuntos antecedentes, es decir de aquello que constituye su causa o motivo. El acto adminis-

trativo que se dicta en base a un informe técnico puede ser impugnado de acuerdo a los recursos que establezca el sistema positivo vigente, pues respecto a dicho acto rigen las reglas generales sobre control de la discrecionalidad⁴².

XV. LA INTENSIDAD DEL CONTROL JUDICIAL FRENTE A LA OPINABILIDAD INTRÍNSECA DE CUESTIONES TÉCNICAS COMPLEJAS

Cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas complejas, de difícil comprensión o de imposible reproducción probatoria (por su característica intrínseca), de certeza técnica o científica relativa, la decisión administrativa debe ser controlada por el juez. Al menos debe verificar con el fondo de la cuestión si la decisión administrativa adopta una solución técnicamente aceptable, "tolerable", cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. No se trata de un mero control de legalidad formal externa, el juez debe examinar detenidamente la verificación material de los hechos, y aún la apreciación de los mismos mediante la aplicación de pautas técnicas razonables, además de la calificación jurídica respectiva (aun cuando puedan existir mínimos porcentajes de discrecionalidad que debe respetar).

En definitiva, lo técnico –en el sentido expresado– forma parte del orden jurídico y, por tanto, el control de juridicidad es posible. Lo contrario podría cercenar la tutela judicial efectiva.

No obstante, cuando es la propia realidad del objeto o situación la que admite márgenes de opinabilidad, cuando la objetividad del procedimiento de subsunción se agota, declina la labor interpretativa y se acrecienta la discrecionalidad.

La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación, no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Empero, como es la Administración a quien el orden jurídico le autoriza operar primero el concepto, en estos excepcionales supuestos, le es permitido utilizar la discrecionalidad relacionada con la técnica a fin resolver la opinabilidad buscando lo más oportuno para el interés público. La discrecionalidad no solo proviene de una norma expresa o implícita sino, excepcionalmente, de la propia naturaleza de las cosas. Es precisamente el ordenamiento quien se remite tácitamente a ello cuando no es posible un juicio objetivable que trasunte una solución justa, sino dos o más hipótesis razonables.

Es que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados en el ordenamiento, sin poder dis-

⁴² Cámara en lo Civil y Comercial especial de Capital de fecha 21 de junio de 1983, "Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c/ Fusetti de Turro", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, pp. 105-575; Tawil, Guido S., *Administración y justicia*, op. cit., p. 400; Guzmán, Alfredo, "Fronteras del poder discrecional", *Rev. La Ley*, Cuba, 2002.

tinguir lo reglado de lo discrecional, la observación de la propia realidad del acontecer administrativo se convierte en el factor decisivo para clarificar la identidad de los conceptos y estar en condiciones de predecir los efectos ulteriores.

En estos casos debemos aceptar aunque en su mínima expresión la posible existencia de facultades discrecionales para integrar creativamente el concepto. Debe recordarse que los órganos administrativos no solo son creados para aplicar el derecho sino también para ejercer la discrecionalidad dentro de la juridicidad.

Muchas veces la discrecionalidad se ejercita después de tener presente determinadas pautas técnicas, en cuyo caso participa de todos los caracteres de la discrecionalidad, empero otras veces se relaciona intrínsecamente con la relatividad de la ciencia o de técnica, juicios de probabilidad, no de certeza, denominada por la doctrina tradicional como discrecionalidad técnica.

La opinabilidad no excluye de por sí el control judicial porque el juez debe verificar si ha sido correctamente ejercida la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Consecuentemente, el control debe recaer sobre todo el comportamiento administrativo objetivable (cognitivo), y cuando en algunos aspectos percibe pequeños márgenes de opinabilidad, en los que es tan aceptable una solución que otra, debe respetar el espacio de libertad relleno por la Administración. No cabe aquí sostener que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva pues da lo mismo una solución que otra desde el punto de vista jurídico. Asimismo, si el Tribunal examina el fondo de la cuestión en sentido integral, llegando a la conclusión de que la discrecionalidad ha sido ejercida dentro del orden jurídico, el derecho al debido proceso ha quedado salvaguardado.

En este sentido el Tribunal Constitucional Español ha señalado, con relación a la actividad de los tribunales de concursos y oposiciones, que:

... Aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a estos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal o comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no solo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque estos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el Artículo 24.1 de la CE, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho

(Artículo 103.2 CE), ni la exigencia del control judicial sobre la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (Artículo 106.1).

Es que el control del Tribunal asume “determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”⁴³.

Pragmáticamente ha expresado el Tribunal Constitucional Español que:

... Partiendo de la inteligencia de las bases que se ha realizado, es obvio que la concreta puntuación que haya de otorgarse a los distintos opositores es algo, en principio, de la competencia de la comisión calificadora. Debe recordarse que frente a la discrecionalidad técnica que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de ese razonable y prudente arbitrio, nunca excesivo, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional solo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. Una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en un patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (STC 48/1998; 353/1993; 34/1995). En este sentido la STC 353/1993 hace referencia al error grave o manifiesto, fundado en la malicia de la comisión evaluadora o en el desconocimiento inexcusable de la materia juzgada y, en consecuencia apreciable en su actuación arbitraria o desviación de poder.

De todo ello se advierte que si el juicio técnico fuera erróneo o ni siquiera trasunte una verdad relativa, la pauta científica inaplicable o arbitraria, contradictoria, ilógica, o el procedimiento desviado, los poderes del juez acrecen en su normal dimensión. Los medios de prueba, aún periciales pueden adoptarse como en cualquier proceso.

De tal modo, el juez controla la juridicidad en un sentido amplio, empero, no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la Administración.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 353, del 29 de noviembre de 1993, Sala Segunda, Ponente: D. Carles Viver Pisunyer.

XVI. ESTRATEGIA PRÁCTICA A SEGUIR FRENTE A LA COMPLEJIDAD DE LO DISCRECIONAL, TÉCNICO Y REGLADO

Al respecto pienso que para clarificar prácticamente esta problemática debemos contemplar tres supuestos:

1) Cuando se aplican estándares, reglas técnicas, científicas o de experiencia, de “universal consenso”: Si la idoneidad, la urgencia, la oferta más ventajosa, implican en el caso concreto actuar conforme a pautas ciertas, objetivas y universales, el control judicial es pleno y su operatividad no ofrece dificultad. No queda espacio para una valoración discrecional. Al admitirse solo una solución como consecuencia de una regla o pauta de universal consenso y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo regulado o vinculado.

2) Cuando es posible elegir entre varias alternativas hay discrecionalidad: cuando el orden jurídico se remite a varias técnicas aceptables, la selección de una de ellas incumbe a la Administración.

3) El control judicial de los casos límites complejos: cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas de oscura comprensión o de difícil reproducción probatoria, juicios de probabilidad, etc., el juez no declina su jurisdicción. En efecto, la solución dada por la Administración debe ser controlada por el juez quien ha de contentarse con un juicio “tolerable”, es decir, una “aserción justificada”. La provisionalidad de la ciencia y de la técnica significa que la certeza absoluta a veces no existe, por lo que el juez debe conformarse con una solución técnicamente aceptable cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Esta misma pasa a formar parte del orden jurídico e implica que su realización o concreción cristaliza siempre una verdad relativa, razón por la cual quien la ejecute como quien la controle debe conformarse con aproximaciones atendibles, razonables y suficientes. Si existen pequeños márgenes de aquella, corresponde a la Administración integrar el concepto. Como bien dice Comadira:

... Puede, entonces, existir actividad administrativa fundada en razones científicas o técnicas, que generarán, o no, discrecionalidad, según su grado de univocidad y/o de vinculación con un objeto reglado, o no. Desde esta perspectiva, entonces, la denominada discrecionalidad técnica será, en rigor, una especie de la discrecionalidad en general, cuando el accionar administrativo, cumplido con arreglo a parámetros científicos o técnicos, reconozca, en éstos, más de una posibilidad, o cuando, siendo la valoración técnica unívoca, esté ligada a una actuación elegible...⁴⁴

⁴⁴ Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 516.

El juez o quien ejerce la función jurisdiccional no puede sustituir un juicio tolerable del administrador por otro igualmente "tolerable" de él, porque ello implica violar la separación de poderes.

Como consecuencia de lo anterior no solo es antijurídico el acto administrativo que vulnera las reglas ciertas y universales sino también cuando infrinja los criterios atendibles (falta de coherencia, disparidad de tratamiento, informes técnicos contradictorios, arbitrariedad en la verificación probatoria, etc.).

Es menester que los dictámenes técnicos y periciales informen en detalle cuáles son los aspectos perfectamente objetivables a la luz de las reglas respectivas, cuáles los tolerables, y cuáles admiten un mayor o menor grado de opinabilidad y, por ende, la posibilidad de elegir entre dos o más opciones válidas. Ello puede ser regulado en las leyes de procedimiento administrativo y códigos procesales.

Incluso en los códigos procesales o contencioso administrativos en el capítulo relativo a la sentencia podrían normarse las pautas referidas a fin de clarificar el alcance del control.

En definitiva, quien ejerce la jurisdicción controla la juridicidad, no sustituye ni valora la discrecionalidad y con ello la oportunidad, mérito o conveniencia ya apreciada y seleccionada creativamente por la administración. Llegamos así a un justo equilibrio.

Por todo ello, considero en definitiva que la conducta administrativa en relación con el ordenamiento jurídico puede ser entonces:

- a) Vinculada en forma precisa: cuando existe una normativa expresa y clara sobre la actividad que debe realizar el órgano;
- b) Vinculada en forma implícita: determinable objetivamente mediante reglas lógicas, técnicas, de experiencia o estándares, que tengan universal consenso o sean al menos tolerables;
- c) Desvinculada: objetivamente indeterminable que puede integrarse con la discrecionalidad.

Las pautas señaladas bien pueden ser aplicadas en la construcción del Consejo de Estado Francés cuando después de la "verificación" de los hechos existan vacilaciones en cuanto a la "apreciación" de los supuestos técnicos complejos; de igual modo pueden aplicarse en el derecho norteamericano para encauzar la llamada "discrecionalidad guiada" y su distinción con la verdadera discrecionalidad. Incluso podría aplicarse en aquellos ámbitos que admiten la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados para frenar su inadecuado uso y la posible aniquilación de la discrecionalidad.

XVII. LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN SUS JUSTOS LÍMITES

En sus justos límites, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados sigue constituyendo una de las técnicas o modos más útiles para reducir la discrecionalidad y frenar la arbitrariedad de quienes mandan, no obstante debe ser cuidadosamente interpretada.

Su caracterización fundamental, como es sabido, es someter a interpretación la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados siguiendo un razonamiento estrictamente jurídico para llegar a una solución justa.

En definitiva, la aplicación literal de esta teoría puede ser correcta cuando la realización de ciertos conceptos no admite más que una solución justa, pero no cuando su concreción presenta varias probables soluciones y es tan razonable una como otra.

En consecuencia, sostengo que los conceptos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir, que pueden ser determinables por un proceso intelectual interpretativo puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula, según el caso objeto de interpretación.

No coincido con quienes afirman⁴⁵ que lo aludido por los términos orden público, utilidad pública, urgencia, idoneidad, son conceptos jurídicos indeterminados que solo admiten una solución justa.

Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.

El concepto jurídico indeterminado que realmente opera como límite de la discrecionalidad es solo aquel que puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro. Esto sucede, por ejemplo, cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad; o cuando según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización del concepto idoneidad u oferta más ventajosa se efectiviza, entonces, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.

Sin embargo, los conceptos referidos no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso bajo el mismo esquema normativo; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: el supuesto de que existan dos concursantes que tienen idéntica antigüedad o bien se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir uno u otro concursante, una u otra oferta, en el caso de que la norma nada establezca al respecto bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional.

⁴⁵ Entre otros Sainz Moreno, Fernando, *op.cit.* p. 347.

Considero sumamente peligroso sustentar que tales o cuales conceptos (idoneidad, insalubridad, orden público, utilidad pública, emergencia, etc.) constituyen teóricamente conceptos jurídicos indeterminados y, por ende, aprehensibles solo intelectivamente en todos los casos, sin hacer el análisis referido.

Aceptar, entonces, que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea solo intelectual, negando la posibilidad de que este, según el caso, pueda ser también volitivo o discrecional, importa en mi criterio un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad, y, por ende, promover el control judicial total. Asimismo, podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable sin distinguir, con precisión, cuándo hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control.

Por todo ello, concluyo en que los conceptos jurídicos indeterminados solo sirven parcialmente para delimitar el uso de la discrecionalidad, por cuanto esto depende de la posibilidad de utilizar parámetros objetivos o no en su realización concreta.

La prudencia frente a soluciones medianamente aceptables, y el coraje ante el abuso, la arbitrariedad, el error manifiesto y la injusticia, constituyen pautas rectoras que el juzgador debe tener presente.

XVIII. EL SILOGISMO JUDICIAL QUE OBLIGA A UNA SOLUCIÓN JUSTA NO ES TRASLADABLE CON EL MISMO RIGOR A LA REALIDAD ADMINISTRATIVA

Considero una confusión histórica pretender trasladar el habitual silogismo judicial que obliga a llegar a una solución justa a la actividad administrativa.

En efecto, si analizamos detenidamente los principios del derecho procesal, los estándares jurídicos del derecho privado que en mi criterio influyeron en la creación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, y los diversos criterios de la hermenéutica interpretativa, es dable advertir que constituyen valiosas herramientas metodológicas para colaborar con quien realiza la función jurisdiccional a fin de llegar a “una solución justa”, pues institucionalmente el juez está obligado a ello (todo tiende a facilitar esta tarea).

Esta orientación pretende aplicarse a la actividad administrativa mediante las teorías analizadas entre otras (discrecionalidad técnica y conceptos jurídicos indeterminados), dificultando los límites del juez revisor de la conducta administrativa y la determinación de la verdadera zona de reserva de la Administración al no distinguirse con nitidez lo reglado de lo discrecional. A la postre no tienen otro remedio que llegar al control total atento la naturaleza de la función jurisdiccional y el silogismo judicial aplicado.

Empero, la peculiaridad de la Administración y de su revisión ulterior no concilian con principios indiscutidos aceptados en las otras ramas del derecho. La salvaguarda del interés público, pero fundamentalmente la presencia de una de las partes investida de potestad pública, modifica la pureza de los métodos referidos por lo que es necesario la formulación de un trato diferente.

El ordenamiento utiliza conceptos abiertos que han de ser rellenados por sus destinatarios. La clave reside en interpretar a "quien" se delega, y "como" se integra el contenido de lo delegado.

El agregado que inserta cada poder no es siempre el mismo: el administrador incorpora calificaciones que explicitan:

- a) La juridicidad mediante un juicio objetivo utilizando la hermenéutica interpretativa, y;
- b) Valoraciones subjetivas originales de carácter discrecional relacionadas con la oportunidad y conveniencia.

El juez en cambio utiliza nada más que la interpretación porque solo puede desarrollar elementos que ya forman parte del derecho, buscando la concreción de lo justo en el caso particular. Por ello, lo que hace el juez es explicitar en el caso concreto el sistema ordinamental; por eso "dice" el derecho, utilizando para ello la mecánica interpretativa que será amplia o reducida según el caso. La Administración "actúa", pero para tal accionar usa tanto la técnica de la interpretación como la de la discrecionalidad creativa en función del interés público en juego. Esto no existe en otras esferas del derecho (penal, civil, etc.) y de allí deviene la confusión.

En definitiva, el silogismo judicial no es trasladable a la función administrativa porque la Administración no siempre está obligada a llegar a una solución justa mediante la interpretación, porque si un hecho es opinable y admite varias opciones posibles igualmente válidas para el derecho, puede dirimir la cuestión mediante la "discrecionalidad", ejercitando un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece.

De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes. La opinabilidad en el ámbito de la Administración Pública da lugar a ponderaciones de los más diversos intereses públicos específicos. Quiénes mejor que los natos representantes del pueblo, entonces, para completar este marco de libertad con el ropaje ineludible de la juridicidad.

Admitir la unicidad de solución justa en la praxis administrativa forzando las reglas procesales e interpretativas para ello, o aceptando teorías que lo postulen procurando eliminar lo discrecional, es tan disparatado como aceptar el control total.

Si esto ocurriera, implicaría sustituir el criterio opinable del administrador por el no menos opinable del juez con el agravante que tal soberbia judicial infringiría el precepto ordinamental que dispuso que tal margen de libertad lo completara el poder administrador. En definitiva:

a) Existe primero quien ejerce la función administrativa que debe hacer concreto el concepto indeterminado previsto por la norma;

b) Al juzgador entonces solo le incumbe controlar si la aplicación del concepto encuadra en la juridicidad. Cabe subrayar que la administración ya realizó la subsunción, que en las otras esferas del derecho le hubiera correspondido directamente al juez;

c) El Derecho Administrativo quiere que sea la Administración quien haga operativo el concepto por lo que los instrumentos reglados como discrecionales no deben ser desvirtuados.

La Administración tiene la forma de dirimir la opinabilidad de supuestos alternativos aplicando un juicio subjetivo en pro de un ideal de oportunidad y conveniencia. ¿Por qué quitarle este cometido que en exclusividad le pertenece, acudiendo a estrategias implementadas para otros ámbitos funcionales? ¿Por qué querer cambiar solapadamente una valoración subjetiva por otras de igual naturaleza, cuando el propio ordenamiento pretende que sea más de mérito que de justicia? (el propio ordenamiento constitucional le da otra herramienta que el resto no tiene).

XIX. PALABRAS FINALES

Apreciados colegas, como dice Beltrán Russell, conservar es más fácil que cambiar. Porque cuando postulamos el cambio tenemos que justificar algo nuevo, algo que no existe. Pero, cuando conservar o dejar todo como está ya no satisface las necesidades actuales. Cuando conservar ya no es garantía de orden sino de desorden. Cuando conservar ya no es garantía de orden sino de reacción. Es deber moral de todos los que formamos parte del mundo jurídico de ir bosquejando soluciones nuevas, que por modestas que fueren tiendan a la consecución de un orden nuevo que de pronta y adecuada satisfacción a las necesidades actuales. Yo les agradezco muchísimo vuestra calificada presencia y paciencia.

XX. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ATIENZA, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica"; *RDA*, Madrid, núm. 85, 1995.
- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- BARRA, R.C., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, Abaco, 1980, t. II.
- BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.
- BERNATZIK, Edmund, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial"; *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, núm. 3, 1990.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *Fragmentos de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial"; *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2000.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*, 2ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, 2003.
- COVIELLO, Pedro, "La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa"; *REDA*, Buenos Aires, núm. 23, 1996.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1997.
- DI CHIERCHIA MEROLA, Pietro, *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, CEDAM, 1978.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario" y "Debe la Administración actuar racional y razonablemente"; *Separata Revista Española*, Madrid, octubre de 1993 y julio-septiembre de 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 1994, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Navarra, Civitas, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1998.
-
- _____, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5ª. ed., Madrid, Civitas, 2000.
-
- _____, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Buenos Aires, Fundación de Der. Adm., 1998, t. 1.
- GRECCO, L. M., "La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial", *La Ley*, 1980-D.
- GUZMÁN, Alfredo, "Fronteras del poder discrecional", *Rev. La Ley*, Cuba, 2002.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998.
- JESCH, Dietrich, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1978.
- LEDDA, F., "Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica", *Rivista Diritto Processuale Amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1993.
- MARTINI, Serenella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica*, Tedesca, LUISS, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali; *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*, Milán, Giuffrè, 1997.
- MARZUOLI, C., *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milán, Giuffrè, 1985.
- MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, Montecorvo, 2002.
- OSSENBUHL, Fritz, *Tendenzen und Gefahren der neuen Ermessenlehre*, "D. off. Verw.", 1968.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993.
- POUND, Roscoe, *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale University Press, cap. III.
- QUIROGA LAVIE, H., *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1995.
- SÁNCHEZ MORÓN, Santiago, *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial de España, 1994.
- SCHWARTZ, Bernard, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, París, Économica, 1979.
- SCHMIDT-SALZER, J., *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlín, 1968.

SESIN, Domingo, *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. II.

TETZNER, Friederich, *Das Freie Ermessen Verwaltungsbehorden*, Viena, Ed. Leipzig, 1924.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard, 1951, t. II.

LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EL CASO DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Y LA PRUEBA DE DAÑO

Guillermo A. TENORIO CUETO¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Seguridad Nacional y Seguridad Pública. III. Transparencia y procedimientos de contratación pública en materia de seguridad. IV. La prueba de daño. V. Conclusiones. VI. Fuentes de información.

RESUMEN

La transparencia administrativa así como el derecho de acceso a la información pública encuentran como limitante de difusión, aquella cuyo contenido puede vulnerar un daño a la seguridad pública, a la seguridad nacional o en su caso a derechos de terceros. Este posible daño no significa una herramienta de discrecionalidad para la autoridad administrativa por el contrario, debe suponer un ejercicio reglado que obligue a una adecuada fundamentación y motivación del acto negatorio de la información. El presente trabajo, busca proponer las claves mediante las cuales podrían perfeccionar el sistema de transparencia a partir de una acertada conceptualización de la llamada "prueba de daño".

PALABRAS CLAVE

Transparencia. Acceso a la Información. Información Pública. Reserva de Información.

ABSTRACT

Administrative transparency as well as the right of access to public information are limited to dissemination, which content may violate a damage to public safety, national security or, where appropriate, rights of third parties. This possible damage does not mean a tool of discretion for the administrative authority, on the contrary, it must suppose a regulated exercise that requires an adequate foundation and motivation of the negative act of the information. The present work, seeks to propose the keys through which they could perfect the transparency system from a successful conceptualization of the so-called "proof of damage".

KEY WORDS

Transparency. Access to information. Public information. Reservation of Information.

¹ El autor es actualmente Director del Posgrado de la Escuela de Gobierno y Economía de la Universidad Panamericana. Autor de diversos libros en materia de libertades informativas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad, recorrer los caminos de la transparencia administrativa a partir de la contratación pública y de las excepciones a ese principio. Sabemos que la transparencia, dentro del marco de las libertades informativas, perfecciona el sistema democrático dotando de información al ciudadano de un adecuado ejercicio en lo público.

En ese sentido, se propone que desde su inicio, como sucede con otros derechos y obligaciones derivados de los estándares internacionales de las libertades informativas –no debemos movernos por absoluto– siendo que dichos derechos admiten excepciones. Es el caso de la seguridad pública y de la seguridad nacional.

Esas excepciones no significan la arbitrariedad o la discrecionalidad de la autoridad, sino que supone un ejercicio adecuado de la responsabilidad del Estado al momento de contratar. Para efecto de las negativas de la información, se plantea un sistema fundamentado en la llamada “prueba de daño”, donde el Estado pueda materializar una adecuada fundamentación y motivación respecto a las negativas de la información.

El estudio se focaliza, en el ordenamiento jurídico mexicano, pero es exportable a cualquier realidad jurídica que haya incorporado un sistema de transparencia administrativa o un derecho de acceso a la información. La llamada “prueba de daño” no es privativa en el caso de México y puede ayudar mucho en la construcción de un sistema no discrecional de acceso a la información pública.

De igual manera, el análisis trata de situarse en el marco jurídico internacional de protección a los derechos humanos para la justificación de la llamada “prueba de daño” con lo cual, desde nuestro particular punto de vista, hace más asequible la radicación de la misma en sedes nacionales. Se ha tomado el caso del sistema interamericano de derechos humanos el cual participa activamente en materia de libertades informativas con el sistema europeo.

II. SEGURIDAD NACIONAL Y SEGURIDAD PÚBLICA

Es imperante señalar, que una política de transparencia acompañada de la necesaria creación del derecho de acceso a la información pública no supone un ejercicio absoluto, es decir, este tipo de políticas y de derechos tienen algunas limitaciones, las cuales deben estar establecidas adecuadamente en el marco constitucional así como en la legislación secundaria.

En materia de libertades informativas hablamos del *test tripartito* establecido por el estándar internacional de derechos humanos donde se refiere que estas limitaciones deben estar claramente previstas por la legislación y las mismas deben ser claras y precisas para establecerse como un límite al ejercicio del derecho cuidando preponderantemente las ambigüedades o las inexactitudes.

En ese sentido, el marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión que publica la relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece que:

Según ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el artículo 13.2 de la Convención Americana exige el cumplimiento de las siguientes tres condiciones básicas para que una limitación al derecho a la libertad de expresión sea admisible: (1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr².

Cabe destacar, que esas limitaciones a la libertad de expresión engloban a todo el sistema de las libertades informativas incluido el derecho de acceso a la información y por consiguiente la política de transparencia. Como sabemos, para el sistema interamericano el derecho de acceso a la información forma parte integral de la libertad de expresión a través de una de sus facultades que es la libertad de investigar, pues a partir de la misma, el particular potencia un derecho fundamental fuertemente arraigado a la consagrada libertad.

Dichas limitaciones constituirán un marco jurídico claro, preciso y sobre todo orientado al logro de objetivos imperiosos y con finalidades claramente establecidas. De esa forma, entenderíamos que esas limitaciones son como una carta abierta para el legislador y para la administración sería un absurdo. Ellas constituyen para la política de transparencia un papel protagónico siempre y cuando se establezcan bajo los estándares adecuados.

Una de las más típicas limitaciones de la política de transparencia y del derecho de acceso a la información tiene que ver con la seguridad nacional y la seguridad pública, por ejemplo, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de México que establecía como información reservada lo siguiente: "Artículo 13. Como información reservada podrá clasificarse aquélla cuya difusión pueda: I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional..."

Como podemos observar; aún y cuando el concepto se encontraba así referido en la ley, sería complejo que ya en la práctica pudiéramos dejar al arbitrio de cualquier funcionario público la posibilidad de interpretar los conceptos de seguridad nacional y de seguridad pública, pues a lo mejor desde su perspectiva mucha de la información que el maneja pudiera concebirse como información reservada por motivos de seguridad nacional o seguridad pública.

² *Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Washington, Relatoría especial para la libertad de expresión-Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), 2010, p. 24.

Sabemos que el concepto de seguridad nacional y seguridad pública suponen aspectos distintos, por tal motivo abordaremos en las líneas siguientes una aproximación al concepto de seguridad nacional y posteriormente lo distinguiremos del de seguridad pública. Para cada uno de ellos abordaremos cómo la política de transparencia impacta en dichos conceptos y cómo el derecho de acceso a la información puede encontrar resquicios para su acción.

Refiere Ernesto Villanueva que: la seguridad nacional es uno de esos conceptos de los que suelen denominarse “conceptos jurídicos indeterminados”, es decir, que tienen diversas significaciones³ y que por ello puede prestarse a confusiones. A pesar de ello y en consecuencia de lo referido en líneas anteriores sobre la claridad y la precisión de la Ley en cuanto a las limitaciones en torno a las libertades informativas, es preciso aludir que el Estado debe darse a la tarea de generar definiciones que nos permita entender que es seguridad nacional y como la misma se puede ver afectada por la revelación de determinada información.

En el caso mexicano ya veíamos que la Ley citada nos refiere que, la información se puede clasificar como reservada cuando comprometa la seguridad nacional. Por ende, no define el concepto y menos pretende hacerlo. Lo cierto es, que el Estado mexicano genera a través de la Ley de Seguridad Nacional una serie de amenazas, que si bien es cierto, no inciden directamente en la construcción de un concepto, permite aproximarnos a entender que tipo de actos pueden constituir una amenaza a dicho concepto.

En ese sentido, la referida Ley de Seguridad Nacional establece en su Artículo 5o. las amenazas a la misma, entendiendo por ellas:

- I. Actos tendentes a consumir espionaje, sabotaje, terrorismo, rebelión, traición a la patria, genocidio, en contra de los Estados Unidos Mexicanos dentro del territorio nacional;
- II. Actos de interferencia extranjera en los asuntos nacionales que puedan implicar una afectación al Estado Mexicano;
- III. Actos que impidan a las autoridades actuar contra la delincuencia organizada;
- IV. Actos tendentes a quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación, señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- V. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
- VI. Actos en contra de la seguridad de la aviación;
- VII. Actos que atenten en contra del personal diplomático;

³ Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, IJ-UNAM, 2003, p. LXXI.

- VIII. Todo acto tendente a consumir el tráfico ilegal de materiales nucleares, de armas químicas, biológicas y convencionales de destrucción masiva;
- IX. Actos ilícitos en contra de la navegación marítima;
- X. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas;
- XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contra-inteligencia, y
- XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos.

De igual manera, la Ley de Seguridad Nacional en su Artículo 51 nos permite aproximarnos a la misma a partir del derecho de acceso a la información y refiere que además de las amenazas ya descritas con anterioridad, se considerará información reservada la siguiente:

- I. Aquella cuya aplicación implique la revelación de normas, procedimientos, métodos, fuentes, especificaciones técnicas, tecnología o equipos útiles, a la generación de inteligencia para la seguridad nacional, sin importar la naturaleza o el origen de los documentos que la consignent, o;
- II. Aquella cuya revelación pueda ser utilizada para actualizar o potenciar una amenaza.

Como referíamos con anterioridad, si bien es cierto la ley no nos dota de una definición sobre el concepto, si nos aproxima a una serie de actos (amenazas) e información, que constituyen una amenaza a la seguridad nacional. En ese sentido, el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Datos Personales elaboró los Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, tratando de proponer una serie de variables en las cuales el servidor público pudiera establecer una primera aproximación a la seguridad nacional. Dichos lineamientos refieren en el Artículo 18 que:

La información se clasificará como reservada en los términos de la fracción I del artículo 13 de la Ley, cuando se comprometa la seguridad nacional, esto es, cuando la difusión de la información ponga en riesgo acciones destinadas a proteger la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, la gobernabilidad democrática, la defensa exterior y la seguridad interior de la Federación, orientadas al bienestar general de la sociedad que permitan el cumplimiento de los fines del Estado constitucional⁴.

⁴ Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal. Al respecto y ya de manera sistemática se puede consultar el Marco Teórico Metodológico del Instituto de Acceso a la Información y Datos Personales del año 2003.

Bajo esta óptica, observamos cuatro variables que alertan al funcionario sobre la posible vulneración a la seguridad nacional en el revelado de información, ellos son: *a)* la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, *b)* la gobernabilidad democrática, *c)* la defensa exterior y *d)* la seguridad interior de la federación, cada una de estas variables representan una amenaza, daño o vulneración a la seguridad nacional en diversos aspectos. Al respecto, la primera de ellas es la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano, puede ser vulnerada a través de dos acciones, como son:

- a) Menoscabar o lesionar la capacidad de defensa del territorio nacional, entendiendo como tal el establecido en el artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por otros estados o sujetos de derecho internacional, o
- b) Quebrantar la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁵.

Sobre el particular, el Marco Teórico Metodológico del IFAI refiere como posibles ejemplos de documentos que pudieran encuadrarse en estos supuestos los siguientes:

- a) Documentos con información sobre el despliegue táctico y operativo de las fuerzas armadas en el territorio nacional;
- b) Documentos con información sobre operaciones militares y navales; y
- c) Documentos con información que genere una expectativa de derecho sobre el territorio nacional para un sujeto de derecho internacional⁶.

De este modo, me parece oportuno agregar que la revelación de documentos deberá incluir a las adquisiciones, compras, enajenaciones o contrataciones que el Estado realice en materia de seguridad nacional, como por ejemplo:

- a) Documentos con información acerca de la contratación de equipo destinado a operaciones militares o de seguridad nacional con finalidad de defensa;
- b) Documentos con información de los proveedores de equipo destinado a operaciones militares o de seguridad nacional con finalidad de defensa;
- c) Documentos con información acerca de la construcción de inmuebles destinados a la resguarda de la seguridad nacional; y
- d) Documentos con información acerca de proveedores de insumos de inmuebles destinados a la resguarda de la seguridad nacional.

La segunda de las variables que mencionan los lineamientos sobre seguridad nacional es la estabilidad institucional la cual supone una serie de acciones que:

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

... Ponen en riesgo las acciones destinadas a proteger la estabilidad de las instituciones de la Federación cuando la difusión de la información pueda afectar la integridad física de las máximas autoridades de los tres Poderes de la Unión y de los órganos con autonomía constitucional, que en el caso del Poder Ejecutivo Federal son el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, los Secretarios de Estado y el Procurador General de la República⁷.

En este caso, el Marco Teórico Metodológico del IFAI expone como ejemplos los siguientes casos:

- a) La revelación de datos personales o detalles sobre las actividades privadas de las máximas autoridades de los poderes de la Unión y sus familiares;
- b) Información sobre determinadas rutas de transportación de las autoridades; información personal sobre quienes integran su escolta o equipo de seguridad⁸.

La tercera de las variables que contemplan los lineamientos a los cuales nos hemos venido refiriendo, la que tiene que ver con la gobernabilidad democrática. De tal manera, se establece que se vulnera la seguridad nacional a través de esta variable cuando la información pueda:

- a) Impedir el derecho a votar y a ser votado, o
- b) Obstaculizar la celebración de elecciones federales⁹.

Es claro que para esta variable, el objeto de protección está ceñido a los asuntos electorales, pues para efectos de la consolidación democrática y la estabilidad de las mismas instituciones democráticas es fundamental que no se vulneren los principios rectores de esta. Por ello, se refieren como ejemplos de vulneración a la seguridad nacional los siguientes:

- a) La revelación de información que pueda impedir la expedición de credenciales de elector o que permita falsificarlas;
- b) La información que permita acceder al sistema informático de contabilización de votos con el propósito de alterar los resultados electorales¹⁰.

Las dos últimas variables tienen propuestas por los lineamientos que tienen que ver con la defensa exterior e interior de la Federación. En ese sentido, entendemos que se pone en riesgo la defensa exterior cuando: "... la difusión de la información pueda obstaculizar o bloquear las acciones de prevención o defensa que lleva a cabo el Estado Mexicano frente a otros estados o sujetos de derecho internacional".

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

A este respecto, se considera como un buen ejemplo de información a proteger la siguiente: "a) Información táctica o estratégica sobre las instalaciones, proyectos y acciones militares o navales relacionadas con el Plan DN-1 de Defensa y la Armada"¹¹.

Como ya referíamos, la última de las variables es la relativa a la defensa interior la cual se pondrá en riesgo cuando derivado de la difusión de la información se pueda:

- a) Obstaculizar o bloquear operaciones militares o navales contra la delincuencia organizada;
- b) Obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia;
- c) Menoscabar o dificultar las estrategias o acciones contra la delincuencia organizada;
- d) Menoscabar o dificultar las estrategias para combatir la comisión de los delitos contra la seguridad de la Nación, previstos en el Código Penal Federal;
- e) Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico a que se refieren los párrafos cuarto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- f) Destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos de agua potable, vías generales de comunicación o servicios de emergencia, o
- g) Obstaculizar o bloquear acciones tendientes a prevenir o combatir epidemias o enfermedades exóticas en el país según lo dispuesto por el artículo 73, fracción XVI.2, a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sobre este particular, se establecen como ejemplos los siguientes:

- a) Información sobre instalaciones de dependencias con atribuciones de seguridad interior.
- b) Información sobre testigos e informantes de actividades del crimen organizado que estén al servicio del Estado Mexicano.
- c) Información sobre las rutas de transportación de narcóticos y los operativos en ellas.
- d) Planes para desarticular grupos dedicados al narcotráfico, al robo de vehículos, lavado de dinero, contrabando de bienes o al tráfico de personas.
- e) Información sobre la operación de infraestructura de telecomunicaciones, la energía, los transportes, los sistemas de agua potable y los servicios de emergencia, excluyendo la relacionada con los costos y gastos de operación corrientes, de adquisición o de mantenimiento.
- f) Información detallada sobre operativos encubiertos o sorpresivos de erradicación y de interceptación (terrestre, aérea y anfibia) antinarcóticos y/o el combate al crimen organizado.

¹¹ *Idem.*

Estas cuatro variables que nos plantean los lineamientos no deben significar una carta abierta para el gobernante, donde pretenda eludir el principio de máxima publicidad, por el contrario y en consecuencia de los estándares internacionales se constituyen como auténticas situaciones excepcionales pues se proponen como aspectos que permiten preservar la estabilidad e integridad tanto de la nación como de las instituciones que la protegen.

Prácticamente todas las potestades delegadas del Estado, encontraremos información que colinde con estas variables y por ello desde la construcción del sistema se establecen una serie de mecanismos de transparencia que buscarán no limitar con ellas. Por eso, las llamadas "obligaciones de transparencia" constituyen el régimen principal y general de todas las instituciones públicas delegadas que componen al Estado.

Las variables que hemos venido refiriendo, constituyen el régimen excepcional en materia de seguridad nacional que deben adecuarse y corresponderse a la regla general del principio de máxima publicidad en tanto sea posible. Sabemos que ello, puede inclusive manifestarse al momento de la clasificación de la información cuando solo alguna parte, alguna página o algún párrafo es el que contiene información reservada, siendo en ese momento, la parte que quedará como clasificada, como reservada mientras que, todo el resto del documento, deberá ser entregado en la llamada "versión pública".

En las páginas posteriores hablaremos de cómo esas vulneraciones a la seguridad nacional deberán plasmarse a partir de un elemento conceptual muy importante que es la llamada *prueba de daño*, en donde podremos proponer una elaboración adecuada de cómo consolidar este régimen de excepción sin la vulneración al principio de máxima publicidad.

El segundo de los conceptos lo tomamos a partir del Artículo 13 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, es el referido a la seguridad pública.

Por seguridad pública en términos del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debemos entender: "Aquella función del Estado que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas. Esta función a cargo de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios estará orientada por diversos principios los cuales son: legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos"¹².

Sabemos también que la seguridad pública se distingue de la seguridad nacional a partir de su objeto. Por lo que entendemos que, "aquella tiene como centro de protección los bienes jurídicos de toda persona que vive dentro del Estado"¹³. Asimismo, la distinción

¹² Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ En ese sentido, el Marco Metodológico del IFAI del año 2003 se refiere que se considerará vulnerada la seguridad pública cuando la información revelada ponga en peligro la integridad de las personas, así como el orden público.

se encuentra justamente ahí, pues la seguridad nacional tiene un objeto de estudio más ambicioso que es el Estado y sus instituciones.

Ahora bien, Jorge Fernández Ruiz nos establece el concepto de seguridad pública: "... constituye una expresión polisémicas y anfibológica, dados sus diversos significados y variadas interpretaciones pues es lo mismo un derecho de los integrantes de la población del Estado que una actividad obligatoria del Estado, cuya realización garantizará dicho derecho, sentido este último en el que existe confusión en el orden jurídico mexicano porque pese a que se trata de una función pública, erróneamente se le considera también un servicio público..."¹⁴.

Por su parte, Augusto Sánchez Sandoval explica que: "La seguridad pública cumple la función conservadora del orden social, con base en un orden jurídico que controle al poder y norme sus relaciones con los ciudadanos y de estos entre sí. Es decir, la existencia y permanencia de un orden público y de un orden privado como condición necesaria para la vida social. Así la seguridad pública se constituye en la manifestación de la acción gubernamental, ejercida para salvaguardar la integridad, intereses y bienes de las personas, y de las entidades públicas y privadas"¹⁵.

Como podemos apreciar, la seguridad pública engloba en sí mismo a la seguridad ciudadana y al orden público, esto debido al sistema mixto que nuestro país ha asumido. En ese sentido, Ignacio Carrillo refiere que, esta idea mixta es debida a que nuestro sistema "junto con las instancias policiales públicas concurren las de seguridad privada, que son complementarias y auxiliares de las primeras y que no pueden en forma alguna entenderse sustitutivas, por lo que prevalecerá en materia de seguridad privada respecto de la seguridad pública"¹⁶.

Al igual que sucede con la seguridad nacional, la seguridad pública es abordada por los lineamientos de clasificación generales, para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a través de dos variables.

Por lo que, dichos lineamientos en su Artículo 19 dispone que se comprometerá la seguridad pública "cuando la difusión de la información ponga en peligro la integridad y los derechos de las personas, así como el orden público"¹⁷.

La primera variable será la integridad y derechos de las personas. Esa variable se actualizará cuando la información otorgada permita:

¹⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *Seguridad pública municipal*, México, FUNDAP, 2003.

¹⁵ Sánchez Sandoval, Augusto, *Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*, México, INACIPE, 2000, p. 83.

¹⁶ Cfr. Carrillo Prieto, Ignacio, *Policía y Estado democrático de Derecho*, México, Porrúa, 2004, p. 13.

¹⁷ *Lineamientos...*, *op. cit.*, p. 19.

- a) Menoscabar la capacidad de las autoridades de seguridad pública para preservar y resguardar la vida o la salud de las personas;
- b) Afectar el ejercicio de los derechos de las personas, o
- c) Menoscabar o dificultar las estrategias para combatir las acciones delictivas distintas de la delincuencia organizada.

Esto es, que el citado marco teórico metodológico del IFAI nos establece como posibles ejemplos, el otorgar información sobre:

- a) Investigaciones sobre bandas del crimen organizado;
- b) Acciones futuras para controlar la actividad delincencial en una zona geográfica determinada; y
- c) Información sobre auxilio a personas amenazadas por algún peligro o que hayan sido víctimas de algún delito.

La segunda variable que se considera en materia de seguridad pública es el orden público el cual podrá ponerse en peligro cuando:

- a) Entorpecer los sistemas de coordinación interinstitucional en materia de seguridad pública;
- b) Menoscabar o dificultar las estrategias contra la evasión de reos;
- c) Menoscabar o limitar la capacidad de las autoridades para evitar la comisión de delitos; o
- d) Menoscabar o limitar la capacidad de las autoridades encaminadas a disuadir o prevenir disturbios sociales que pudieran desembocar en bloqueo de vías generales de comunicación o manifestaciones violentas.

Al respecto, los ejemplos de la información que pudiera poner en peligro al orden público serían:

- a) Información obtenida por intercambio de las diferentes dependencias dedicadas a la seguridad pública del país y que esté por producir la captura de integrantes de grupos delictivos.
- b) Información sobre los códigos de encriptación de la Red Nacional de Telecomunicaciones y sus frecuencias exclusivas para seguridad pública.
- c) Información sobre el Centro Nacional de Información y Telecomunicaciones (CNIT) o C\$-Nacional, el que alberga al sistema nacional de información y al Centro de control, Comando, Comunicación y Cómputo de la Red IRIS, permitiendo el intercambio de información de las bases de datos de manera segura¹⁸.

Como podemos apreciar, el marco referencial para establecer el tipo de información que se encuentra susceptible de ser clasificada con motivo de seguridad pública o seguridad nacional, queda claramente definida no solo por los supuestos previstos por la

¹⁸ *Marco teórico...*, *op. cit.*, p. 56.

legislación de la materia sino también por las normas explicativas y documentos de trabajo que el órgano garante ha fijado para la materia.

Una vez que hemos establecido un marco conceptual referencial de la política de transparencia y acceso a la información, luego de haber abordado dos de los supuestos de clasificación de la información que más comúnmente se presentan, ya sea en la discusión académica o en la labor ordinaria del servicio público, pasemos a un siguiente apartado donde veremos cómo esta causales de clasificación pueden presentarse en el día a día del flujo informativo a través de la celebración de contratos públicos.

III. TRANSPARENCIA Y PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE SEGURIDAD

Para efectos de este apartado hemos decidido establecer una primera diferenciación entre los procedimientos licitatorios y los procedimientos de adjudicación directa refiriendo en cada uno de ellos los efectos de la transparencia de cara a los aspectos de revelación de información en materia de seguridad.

1. *Licitación pública*

El primer procedimiento que hablaremos será la *licitación pública* como instrumento de la Administración para contratar bienes y servicios.

Señala Manuel Lucero que la licitación:

- a) Es un procedimiento, dado que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas.
- b) Tiene como finalidad seleccionar a la persona, física o jurídica, con la cual habrá de celebrar un contrato determinado la administración pública.
- c) Selecciona sobre quien ha ofrecido las condiciones más ventajosas para la administración pública¹⁹.

Por otra parte, Carlos Delpiazzo, explica que es:

“... un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración, condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a unas determinadas bases, llamadas pliegos de condiciones, formulen propuestas de las cuales la Administración selecciona la más ventajosa, y todo el procedimiento se inspira para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad y cumplimiento estricto al pliego”²⁰.

¹⁹ Lucero Espinosa, Manuel, *La licitación pública*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 9.

²⁰ Delpiazzo, Carlos, *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999, p. 119.

Ahora bien, Luis José Béjar menciona que, existen diversos principios que irradian a este procedimiento como son la publicidad, la concurrencia, la igualdad, la transparencia y la oposición²¹, todos ellos destinados al pertinente desarrollo del procedimiento que no solo tiene como finalidad la contratación del bien o servicio determinado, sino también que la Administración y en último caso el Estado, demuestre la optimización de recursos en la contratación de los referidos insumos.

Para el caso que nos ocupa, nos centraremos en dos de los principios referidos, por un lado en el *principio de publicidad* y por otro en el *principio de transparencia*.

El principio de publicidad de este tipo de procedimientos encuentra su asiento conceptual vinculado a la tarea primigenia del estado democrático. Queda claro que uno de los elementos matrices de este tipo de Estados es la publicidad de sus actos, entendida esta como la capacidad comunicativa que tiene el Estado de nutrir el espacio público²², es decir, que mediante el principio de publicidad los actos del Estado son susceptibles no solo de conocimiento sino de crítica racional que permite una adecuada valoración de la toma de decisiones²³.

El proceso licitatorio se encuentra impregnado de dicha publicidad pues el objeto del mismo, será que sea conocido para la posible participación de quien desee participar, así como que las propuestas recibidas por la Administración Pública sean conocidas por todos para evaluar, que la elección que se ha hecho para una determinada adquisición de un bien o servicio obedece a la lógica de optimización de recursos y mejora en la calidad de que se trate.

Este principio orilla a la Administración Pública a ello: a elegir adecuadamente en la mayor ventaja para ella. Esta publicidad deberá ser concretada a través de la difusión de la convocatoria, bases, procedimiento y en general toda la información que la misma ley indique y colma el carácter publicitario que la rodea. No perdamos de vista, que el principio de publicidad orienta esta difusión teniendo dos finalidades claramente definidas que son por un lado la capacidad de conocimiento del ciudadano respecto a la elección que llevará a cabo la administración pública y por otro la legitimidad misma del procedimiento de cara a los concursantes.

Hay autores como Juan Carlos Cassagne que fusionan este principio de con el de transparencia²⁴, aunque para efectos de este trabajo seguiremos la distinción a efectos de mostrar un carácter diferenciador entre uno y otro.

²¹ Béjar Rivera, Luis José, *Curso de Derecho Administrativo*, México, Novum, 2012, pp. 294 y ss.

²² Tenorio Cueto, Guillermo, *El Derecho a la información. Entre el espacio público y la libertad de expresión*, México, Porrúa, 2010, p. 26.

²³ *Idem*.

²⁴ Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

La licitación pública también está impregnada del principio de transparencia, es decir, que no solo se colma de una publicidad que permite a los concursantes participar en ella y observar que el procedimiento se cumpla adecuadamente, sino que conceda al ciudadano entender la lógica del Estado en cuanto a la canalización y optimización de los recursos que se emplean para la sustanciación del procedimiento así como la contratación de bienes y servicios.

El proceso licitatorio se vuelve transparente y susceptible de acceso a la información a partir de la naturaleza propia del mismo procedimiento. Es importante recalcar que, como ya hemos dicho, tampoco el principio de transparencia se manifestará como un absoluto en estos procedimientos, por el contrario encontrará limitaciones a la difusión de la información que emane de él. Estas limitaciones correrán la suerte de la política de transparencia prevista en la ley. En ese sentido, se podrá clasificar información derivada de un proceso licitatorio cuando dicha información vulnere los supuestos de la información reservada o bien cuando existan datos que puedan ser considerados como confidenciales. En uno y otro caso la administración pública, deberá clasificar la información como reservada, o generar una versión pública suprimiendo los datos comprometedores.

Lo relevante del principio de transparencia en los procedimientos licitatorios es, no perder de vista que lo que existe como fundamento de este principio es, la información ahí contenida es un asunto de interés público²⁵ por lo que es medular hacer vivir el principio de máxima publicidad, ello sin detrimento de la adecuada vivencia de las excepciones planteadas.

La transparencia se manifestará en este tipo de procedimientos a través de la divulgación de los contenidos esenciales del procedimiento, del monto de lo asignado, de los participantes, de la sustanciación del procedimiento, de las irregularidades del mismo, de la asignación del contrato, así de cómo los términos del mismo en tanto no se vulnere las excepciones referidas.

Como podemos apreciar, el procedimiento licitatorio debe permitir, por su naturaleza propia la publicidad y la transparencia permitiendo llevar al límite el principio de máxima publicidad, pero sobre todo destacando el interés público de la asignación de recursos de la administración pública pudiendo con ello tener un mejor control en el destino de los recursos públicos.

2. Adjudicación directa

El segundo procedimiento es el de la adjudicación directa como un segundo mecanismo donde la Administración puede adquirir bienes o servicios.

²⁵ Cfr. Luna Pla, Issa, "Transparencia política, acceso a la información y consolidación democrática", *Temas Selectos de Derecho Electoral*, México, TEPJF, 2012, núm. 28, p. 18.

Según Jorge Fernández Ruiz menciona que: "Se entiende por contratación directa o adjudicación directa de un contrato administrativo, la designación de un cocontratante por parte de la administración pública sin mediar una licitación pública o privada de la que se deduzca de manera directa el cocontratante específico"²⁶.

Por su parte Carlos Delpiazzo al referirse a este tipo de contrataciones nos refiere que ellas también son: "una manifestación del sistema de restricción, porque está regulada y prefigurada como un mecanismo excepcional; sólo puede verificarse en determinadas hipótesis, que son las que prevé expresamente la ley"²⁷.

Como podemos apreciar la contratación o adjudicación directa de un contrato para la adquisición de bienes o servicios que constituye un régimen excepcional del sistema de contratación pública, siendo este sistema uno de los más controlados por parte del mismo Estado²⁸.

Es evidente que este tipo de contratación genera cierto conflicto y tensión entre las diversas posturas respecto al mismo. Hay quienes apoyan este tipo de contratos, aduciendo que se pueden "celebrar con oportunidad, obviarse trámites burocráticos engorrosos que impiden la adopción de decisiones rápidas, oportunas y eficaces"²⁹.

Por el contrario, existen detractores a este tipo de contrataciones pues se argumenta "no sólo la corrupción propiciada por el amplio margen de discrecionalidad del servidor público facultado para adjudicarlo sino el encarecimiento del precio derivado de la ausencia de concurrencia y por ende de competencia entre potenciales oferentes"³⁰.

Lo anterior, sirve para evidenciar que el tema de la adjudicación directa resulta polémico, incluso dentro de los mismos especialistas de la contratación administrativa y resulta todavía más complejo cuando se analiza desde la óptica de una política de transparencia y acceso a la información.

Hemos venido señalando que el derecho de acceso a la información y la política de transparencia no constituyen derechos absolutos para el ciudadano, ni obligaciones absolutas para el Estado y hemos referenciado que al menos los estándares internacionales en materia de libertades informativas nos refieren un claro "*test tripartito*"³¹ para establecer estas limitaciones.

Este llamado "*test tripartito*" reconoce que en materia de libertades informativas existen limitaciones y las mismas deben:

²⁶ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 209.

²⁷ Cfr. Delpiazzo, Carlos, *op. cit.*, p. 84.

²⁸ Ruiz García, Laura, *Contratos administrativos*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010, p. 186.

²⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 209.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Marco Jurídico Interamericano... op. cit.*, p. 24.

- a) Establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa;
- b) Estar orientadas al logro de objetivos legítimos; y
- c) Ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden³².

Para el caso que nos ocupa, entendiendo que esas limitaciones al derecho de acceso a la información y a la política de transparencia sigue la misma suerte de este llamado *test* no solo en función del estándar internacional sino de la adopción del mismo a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³³ dentro de la resolución de algunos casos en la materia.

Todo lo anterior es relevante para el punto de partida de nuestro análisis, sobre el tema de la adjudicación directa. Es claro que en materia de transparencia y acceso a la información, las limitaciones a los mismos conceptos deberán estar claramente establecidos en la ley, orientadas al logro de objetivos legítimos y ser necesarias para el logro de objetivos imperiosos que se buscan.

Cuando impregnamos del principio de transparencia a la adjudicación directa, esta no implica un ejercicio arbitrario de la administración pues de origen deberá incluir todos y cada uno de los principios de la contratación pública y solo por excepción deberá suprimir el principio de transparencia y acceso a la información en virtud de la naturaleza de la misma.

En ese sentido, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público prevé en su normativa las causas en las cuales la administración pública debe generar la contratación a través de la adjudicación directa y en materia de seguridad hace hincapié que dicha adjudicación ni siquiera debe ser susceptible a algún comité de adquisición en función de la protección de la información que en ese supuesto podría comprometer la misma seguridad.

Ahora bien, inclusive en este supuesto podría pensarse que el margen de discrecionalidad es total para el funcionario y que en aras de dicha discrecionalidad podría comprometer recursos públicos sin tener mayor grado de responsabilidad o bien sin apearse en nada a los principios democráticos del Estado de Derecho. Esto es incorrecto en función de lo siguiente:

Como hemos venido refiriendo en los apartados anteriores, la política de transparencia y acceso a la información se rigen bajo el principio de máxima publicidad, incluida la información que suele clasificarse como reservada. Esto significa que aún y cuando esta-

³² *Idem.*

³³ Desde el año 2009 la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha recibido y adoptado los estándares internacionales en materia de libertad de expresión como es el famoso caso *La Jornada vs. Letras Libres*. Amparo Directo 28/2010 que conoció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

blezcamos un periodo de reserva no significa que la información nunca podrá ser pública o del dominio público, por el contrario significa que la información en cuestión ingresa a una especie de “limbo publicitario” donde permanecerá el tiempo de reserva.

Algunos autores refieren que:

Como se ha venido sosteniendo esta reserva es una mera excepción del principio de máxima publicidad. La reserva no es consecuencia de un margen de arbitrariedad, ni tampoco significa solapar la discrecionalidad. Tampoco implica un reducto de arbitrariedad donde el funcionario se refugia para encubrir su actuar. La razón de la fundamentación y de la motivación para la reserva de la información supone aniquilar esas prácticas nocivas para el ejercicio democrático de la transparencia. El servidor público está obligado a referir el perjuicio que la revelación de la información supondrá para la comunidad o la supervivencia del Estado. Esta información que se reserva nada tiene que ver con los *arcana imperii* de la antigüedad, por el contrario la reserva de información impacta sobre cuestiones públicas y su condición de reservada no supone una creciente condición de poder respecto al que desconoce la información³⁴.

Las adquisiciones directas en materia de seguridad pública o nacional no conllevan una inhabilitación de la política de transparencia, por el contrario perfeccionan el sistema proponiendo una serie de valores comunitarios que deben ser protegidos antes de la revelación de la información. Dicha información solo espera un tiempo mayor para poder ser difundida.

Como sabemos, el régimen de la adjudicación directa, en términos del Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe ser considerado como un régimen excepcional en toda la administración insistiendo en que tampoco implica un régimen arbitrario tratándose de la materia de seguridad en función del objeto y naturaleza misma de la información a resguardar.

Es relevante señalar, que el funcionario público que se mueve por los temas de clasificación de la información por motivos de seguridad nacional o seguridad pública, no solo se apoya en la legislación sino que debe realizar un auténtico estudio que respalde su actuar para poderse encuadrar en los supuestos normativos. Este estudio normalmente establece el daño que presente, probable y específico que puede causarse por la revelación de la información.

Solo como corolario del presente apartado, valdría la pena volver a insistir en que tanto la licitación pública como la adjudicación directa en materia de seguridad nacional o seguridad pública, no se evaden de la política de transparencia. El funcionario público y los órganos garantes deben trabajar concienzudamente en permitir al ciudadano la información cuando esta sea oportuna y pertinente, guardar racionalidad en el gasto y generar

³⁴ Cfr. Tenorio Cueto, Guillermo, *op. cit.*, p. 66.

documentos sustentados y razonables en donde se explique claramente la causa de la reserva de la información.

A esta explicación se le denominará “prueba de daño” de la cual nos ocuparemos en el siguiente apartado.

IV. LA PRUEBA DE DAÑO

1. Marco conceptual sobre “daño” en materia de transparencia y acceso a la información

El concepto daño lo podemos rastrear desde el derecho romano en donde *Damnum* significaba “la pérdida que sufre un propietario por detrimento de una cosa que le pertenece”³⁵. Por su parte la Real Academia Española de la lengua establece este concepto como: “Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.

Este concepto, ha permeado la cultura de transparencia y acceso a la información de diferentes manera en las políticas de la materia en todos los países que poseen normativa reguladora del tema. Para estos efectos, el concepto de daño estará vinculado al menoscabo, detrimento, y perjuicio que se puede causar a la cosa pública por la revelación de una información que debe ser reservada.

Lo anterior nos permite proponer, si la información en manos del Estado que por esencia debe ser pública, ¿puede ser susceptible de causar daño al mismo Estado? La respuesta es afirmativa y debería ampliarse a entender que la revelación de la información no solo puede en algunas ocasiones causar daño al Estado o al gobierno en turno, sino también la revelación de la información puede causar un daño a particulares.

El daño a causar, deberemos analizarlo desde las dos perspectivas de la clasificación de la información. Por un lado, la información reservada y por otro la información confidencial.

Es evidente, que respecto a esta segunda la prueba de daño claramente definida y circunscrita a la protección de un valor determinado que es la protección de los derechos de la personalidad, en concreto la vida privada a través de datos o datos sensibles que son de exclusivo manejo del individuo del que emanan³⁶.

En ese sentido, la revelación de los datos personales cobran una capital importancia e identificación en el manejo de la información. El daño causado por el otorgamiento de ella es evidente y concreto. De cualquier manera, la legislación en materia de transparencia en el caso mexicano establece una serie de instrucciones en materia de protección de datos en posesión de los sujetos obligados que les faculta y les obliga en materia de la información considerada como confidencial.

³⁵ D’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Navarra, Eunsa, 1983, p. 426.

³⁶ La Ley de Acceso a la Información Pública Gubernamental en su Artículo 3o. refiere que los datos personales son: “Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”.

El segundo de los supuestos es el daño que se causa en el caso de la información reservada. A diferencia de lo ocurrido en el caso de la información confidencial, los bienes jurídicos protegidos, no son tan fácilmente identificables. Si bien es cierto, hablamos de un daño al Estado, este es difícil de construir aún y cuando se apele a los conceptos de seguridad que es donde radicaremos el análisis.

El daño en materia de información reservada y en concreto la prueba de que se causará algún daño por la revelación de la información, ni siquiera es materia de la misma ley. Por lo que, Sergio López Ayllón y Alejandro Posadas mencionan que: "aunque la ley no establece explícitamente una prueba de daño, esta se deriva implícitamente del lenguaje del artículo 13"³⁷ de la legislación y de su exposición de motivos en donde al referirse a la información reservada se hace mención al elemento de daño³⁸.

El Reglamento de la Ley, en su Artículo 27, ya dispone una obligación de establecer y referir, al momento de clasificar la información, la consideración de daño que causaría la difusión de la información. Dicho precepto reza que: "Al clasificar expedientes y documentos como reservados o confidenciales, los titulares de las unidades administrativas deberán tomar en consideración el daño que causaría su difusión a los intereses tutelados en los artículos 13, 14 y 18 de la Ley".

Como podemos apreciar, la clasificación de expedientes no es una tarea arbitraria del funcionario público, por el contrario, el mismo reglamento le impone una serie de obligaciones, una de ellas es el establecer en la clasificación la consideración de daño que ocasionaría la revelación de la información.

De igual manera, los lineamientos de clasificación generales para la clasificación y desclasificación de la información de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en su Artículo 8o. refieren el tema de la prueba de daño y obligan al servidor público al momento de clasificar la información a establecer lo siguiente: "Al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en el artículo 13 de la Ley, no será suficiente que el contenido de la misma esté directamente relacionado con las materias que se protegen en dicho artículo, sino que deberá también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados por dicho precepto".

De la lectura de este Artículo, se desprenden varios elementos a considerar. El primero de ellos, la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión

³⁷ López Ayllón, Sergio, y Posadas, Alejandro, "Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada", *Derecho Comparado de la Información*, México, enero-junio de 2007, p. 31.

³⁸ *Idem*.

de la información causaría un daño y posteriormente el mismo refiere si dicha revelación causaría un daño con diversas características a saber: presente, probable y específico.

Es claro que el espíritu de la política de transparencia es irradiar el principio de máxima publicidad y con ello inclusive en los casos de excepción generar un dique a la arbitrariedad de la opacidad. En ese sentido, quien clasifique la información deberá, clara y objetivamente, detectar el daño que puede generar la difusión de la información.

2. Daño presente

Como hemos venido mencionando, la objetividad en la detección del daño deberá venir acompañada de la materialización del impacto de la información. Así pues se tendrá que especificar de qué manera la revelación de la información afecta directa y actualmente a la seguridad pública o seguridad nacional.

Por daño presente deberemos entender ese menoscabo, detrimento o perjuicio que la revelación de la información causa por el simple hecho de ser revelada. Es decir, que no supone una especulación teórica acerca del daño, por el contrario, quien clasifica la información de inmediato sabe que la misma actualiza y genera una situación de alarma respecto a su difusión.

El daño presente deberá redactarse en esa clave, asumiendo de inmediato la vinculación objetiva con los supuestos normativos estableciendo un marco general del daño sobre la información a revelar. Esta descripción deberá contener al menos lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo;
- b) Impacto del acto que genera la información, en la seguridad; y
- c) Impacto de la revelación de la información en la operabilidad de la seguridad.

3. Daño probable

A diferencia del daño presente, el llamado daño probable incide directamente en la suposición, no especulativa sino deductiva, de un menoscabo o detrimento a la seguridad pública o seguridad nacional alertando, quien clasifica la información de la "cascada" de problemas con sus respectivas consecuencias que suscitaría la revelación de la información.

Por daño probable, se entiende como esa aproximación futura a partir de los elementos que la realidad me está indicando. El daño probable, se vincula con una actividad prudencial del funcionario que le permite observar las consecuencias seguras deducidas del estudio de la actualidad y observar los efectos negativos de la revelación de la información.

A diferencia de lo que sucede con el daño presente, el daño probable deberá redactarse en signo de alerta y versara fundamentalmente sobre consecuencias y efectos. Por ende, dicho daño deberá redactarse conteniendo al menos lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo;
- b) Efectos que causará la revelación de la información en materia de seguridad;
- c) Impacto consecuencial de la revelación de la información; y
- d) Disminución de la seguridad en función del acto que genera la clasificación de la información.

4. *Daño específico*

La última de las características que presenta el tratamiento del daño es la que versa sobre el daño específico. Ya vimos en las dos anteriores, como se habla de una especie de daño general, otra de daño futuro y nos faltaría una tercera sobre el daño concreto para cerrar el marco objetivo en la generación del daño.

En consecuencia de ello, se establece la idea de daño específico, el cual significa no solo establecer un marco general y unas consecuencias a futuro, sino que significa el establecimiento de la institución concreta donde recaerá el daño. Con ello, quien clasifica la información deberá detallar en donde del Estado específicamente, se genera el daño.

A diferencia de los dos anteriores, el daño específico deberá redactarse teniendo como objetivo esa concreción en cuanto a la institución que deba ser protegida por la seguridad pública o nacional o el aspecto societario que busque protegerse. Este tipo de daño deberá redactarse teniendo en consideración lo siguiente:

- a) Valoración objetiva del daño en relación con el supuesto normativo;
- b) El órgano del Estado, dependencia del gobierno o entidad social que busca protegerse;
- c) Persona o personas a las cual se puede causar daño (no se busca establecer los nombres, se busca entender que con la revelación de la información ciertos servidores públicos por poner un ejemplo, se encontraría en situación de vulnerabilidad); y
- d) Las funciones del gobierno que podrían verse afectadas o disminuidas.

Como podemos apreciar, la prueba de daño no supone un ejercicio arbitrario en materia de seguridad, sino por el contrario queda sujeta a un régimen de motivación exhaustiva para probar la gravedad de la revelación de la información.

V. CONCLUSIONES

Un sistema de transparencia y acceso a la información no debe propiciar un sistema de discrecionalidad para la administración pública por el contrario, en el marco de la ley, debe auspiciar un marco en donde se promueva el acceso a la información procurando el sano equilibrio entre lo público y lo reservado.

La seguridad pública y la seguridad nacional se presentan como dos excepciones al principio de transparencia administrativa. Estas excepciones, que promueven reservar la información con el ánimo de vincularlas a valores colectivos de mayor calado no significan para el sistema un acto de discrecionalidad, por el contrario, las negativas de información al ciudadano respecto a estas excepciones, deberán estar claramente fundadas y motivadas.

En materia de contratación pública estas excepciones, a partir del principio de la prueba de daño que todo funcionario del Estado deberá proponer, potencian la adecuada vivencia de la política de transparencia y legitiman la respuesta negatoria de acceso a la información a la ciudadanía.

La excepcionalidad no supone un ejercicio de discrecionalidad ni arbitrariedad, por el contrario estas excepciones permiten al Estado un adecuado funcionamiento en aras de la protección del interés general, pero en materia de transparencia y acceso a la información es necesario fijar que estas excepciones deberán justificar su naturaleza a partir del daño causado a la sociedad a algún tercero.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ARELLANO GAULT, David y LEPORE, Walter, "Reformas de transparencia: Hacer endógena la transparencia organizacional. El caso de México", *Foro Internacional*, vol. 49, núm. 2, abril-junio de 2009, <http://www.jstor.org/stable/27755808>.
- ARELLANO GAULT, David, *Derecho de la información*, Navarra, Eunsa, 1997.
- ARENA, G., "Transparencia administrativa y democracia", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 37, 1993.
- BÉJAR RIVERA, Luis José, *Curso de Derecho Administrativo*, México, Novum, 2012.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, *Policía y Estado democrático de Derecho*, México, Porrúa, 2004.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- COTINO, Lorenzo, *Transparencia y derecho de acceso a los documentos en la Constitución europea y en la realidad de su ejercicio*, http://documentostics.com/component?option=com_docman/task,doc_view/gid,1281/.
- DELPIAZZO, Carlos, *Contratación administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1999.
- DESANTES GUANTER, José María, *Derecho a la información*, Valencia, Coso, 2004.
- DIEZ PICAZO, Luis María, *Sobre secretos oficiales*, Madrid, Civitas, 1998.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, Navarra, Eunsa, 1983.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Seguridad pública municipal*, México, FUNDAP, 2003.
- FERRIZ SÁNCHEZ, Remedios, *El derecho a la información*, Valencia, Cosmos, 1974.
- FOX, Jonathan, "Transparencia y rendición de cuentas", en ACKERMAN, John (coord.), *Más allá del acceso a la información*, México, Siglo XXI Editores, 2008.
- FOX, Jonathan, "The Uncertain Relationship between Transparency and Accountability", *Development in Practice*, vol. 17, núm. 4-5, agosto de 2007.
- HERNÁNDEZ VALDEZ, Alfonso, "¿Qué es y para qué sirve la transparencia?", *Recta Ratio*, año 1, núm. 2, enero-junio de 2005.
- KOPITS George, "Calidad de gobierno: Transparencia y responsabilidad", *Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, BID, 2000.

- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, y POSADAS, Alejandro, "Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada", *Derecho Comparado de la Información*, México, enero-junio de 2007.
- LUCERO ESPINOSA, Manuel, *La licitación pública*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002.
- LUNA PLA, Issa, y RÍOS GRANADOS, Gabriela, *Transparencia, acceso a la información tributaria y el secreto fiscal. Desafíos en México*, México, IIJ-UNAM, 2010.
- LUNA PLA, Issa, "Transparencia política, acceso a la información y consolidación democrática", *Temas Selectos de Derecho Electoral*, México, TEPJF, 2012, núm. 28.
- Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, Washington, Relatoría especial para la libertad de expresión-Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), 2010.
- MERINO, Mauricio, "La transparencia como política pública", en ACKERMAN, John (coord.), *Más allá del acceso a la información*, Siglo XXI Editores, México, 2008.
- ORNELAS NÚÑEZ, Lina, "Acceso a la información en el Poder Ejecutivo Federal", CONCHA CANTU, Hugo *et. al.*, *Transparentar al Estado: la experiencia mexicana de acceso a la información*, México, IIJ-UNAM, 2005.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*, México, IFAI, 2007, Cuadernos de Transparencia número 4.
- RUIZ GARCÍA, Laura, *Contratos administrativos*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional*, México, INACIPE, 2000.
- SORIA, Carlos, "Ética y empresa informativa", *Veracidad y objetividad. Desafíos éticos en la sociedad de la información*, Valencia, COSO, 2003.
- TENORIO CUETO, Guillermo, *El Derecho a la información. Entre el espacio público y la libertad de expresión*, México, Porrúa, 2010.
- TENORIO CUETO, Guillermo, "La constitucionalización del acceso a la información pública gubernamental", en BÉJAR RIVERA, Luis José (coord.), *Derecho Administrativo. Perspectivas contemporáneas*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2010.
- UVALLE, Ricardo, "Fundamentos éticos, políticos y técnicos de la transparencia", *Revista de Administración Pública*, Nueva Época, vol. XLIII, núm. especial, septiembre-diciembre de 2008.
- VERGARA, Rodolfo, *La transparencia como problema*, México, IFAI, 2005, Cuadernos de Transparencia, núm. 5.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, México, IIJ-UNAM, 2003.

2. Otros

Acuerdo general de la Comisión de Transparencia, Acceso a la Información Pública Gubernamental y Protección de Datos Personales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a los órganos y procedimientos para tutelar en el ámbito de este Tribunal los derechos de acceso a la información, a la privacidad y a la protección de datos personales garantizados en el Artículo 6o. Constitucional, del 9 de julio de 2008.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RUPTURA DE LA LEGALIDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS

Guillermo CAMBERO QUEZADA¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Origen y evolución de la legalidad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.* III. *Los casos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.* IV. *Conclusión.* V. *Fuentes de información.*

RESUMEN

El Estado compromete su responsabilidad cuando, por ejemplo, en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los particulares, ya sea en su persona o en su patrimonio, en una situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente, las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de una obra pública o de la prestación de un servicio. Esto se conoce como el principio de ruptura de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas. Por lo que la Administración no podrá eludir la responsabilidad probando que no tiene culpa.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad patrimonial del Estado. Responsabilidad por riesgo excepcional. Responsabilidad sin culpa. Indemnización.

ABSTRACT

The State compromises its responsibility when, for example, in a public work, developed for the benefit of the community, it uses resources that place individuals or their patrimonies in a situation of being exposed to experiencing a “risk of an exceptional nature” that exceeds notoriously, the burdens that normally have to be borne by those administered as a counterpart to the benefits derived from the execution of public works or the provision of a service. This is known as the principle of equality of citizens before the law and public charges. Therefore, the Administration can not avoid responsibility by proving that it is not to blame.

KEY WORDS

State liability. Liability for exceptional risk. Liability without fault. Compensation.

¹ Doctor en derecho por la Universidad de Nantes, Francia. Profesor-investigador, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SIN), CONACYT. Profesor visitante de la facultad de Derecho de la Universidad Bretaña Sur, Vannes, Francia.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo, es el Derecho de la acción administrativa. El cual fue concebido y se desarrolló para permitir a la Administración actuar y cumplir sus misiones. Esta característica se explica por el hecho que la Administración persigue el interés general, un interés general que es a la vez su justificación y la explicación de la acción administrativa². Desde esta perspectiva, definiremos los alcances actuales la responsabilidad patrimonial del Estado³ en el marco de la responsabilidad sin culpa o falla en el servicio, en particular la responsabilidad emanada de una ruptura que ha tenido el ciudadano o el administrado de la legalidad frente a las cargas públicas. Para admitir la responsabilidad no hay que referirse al hecho de saber si el servicio ha funcionado bien o mal; ya que en el presente supuesto el particular afectado no tendrá que probarlo. Por el contrario, la Administración no podrá eludir la responsabilidad probando que no tiene culpa. Por ende, es suficiente con demostrar el nexo de causalidad entre la acción administrativa y el daño sufrido, y que el daño presenta ciertos caracteres específicos, lo que convierte el actuar de la Administración en ilegal, anormal o irregular⁴.

El sistema tiene grandes ventajas para el particular que ha sido víctima del daño, pues no tiene que probar ni la existencia de la culpa del servicio ni el grado de gravedad que presenta dicha culpa (lo que hace una verdadera responsabilidad objetiva en el sentido del Derecho Civil). Por tal razón, del Capítulo I analizaremos el origen civil de la teoría de riesgo excepcional aplicado a la ruptura de igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas como fuente de responsabilidad patrimonial del Estado. En el Capítulo II estudiaremos la aplicación de este último principio en el derecho administrativo, y que puede

² No hay que confundir dicho concepto con el interés público. Este se define como las necesidades a las cuales la iniciativa privada no puede responder, y que son vitales para la comunidad y para cada uno de sus miembros, dichas necesidades constituyen el dominio propio de la administración. En contra parte, el motor de la acción administrativa es desinteresada y persigue el interés general o desde una perspectiva filosófica, el bien común. Aunque el contenido del interés general varía de acuerdo con la época y lugar, el objetivo sigue siendo el mismo: la acción administrativa tiende a la satisfacción del interés general. *Cfr.* Chevallier, Jean-Jaques, "L'intérêt général dans l'administration française", *Revue internationale des sciences administratives*, Bruselas, 1975, IV, p. 325.

³ En particular ver a Cambero Quezada, Guillermo, "La evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México", *Letras jurídicas. Revista Electrónica de Derecho*, publicada por el Centro Universitario de la Ciénega (Universidad de Guadalajara), número 21, septiembre de 2015-marzo de 2016.

⁴ En nuestro país existe precedente mediante la Tesis I. 4o.A.35 A (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 2077, de rubro: "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU OBJETIVO Y FINES EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO".

ser de gran ayuda para el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA)⁵ en encontrar respuestas a la responsabilidad sin culpa de la administración pública en los diferentes casos que se le someten sobre el tema.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA LEGALIDAD DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS

El Derecho Administrativo se diferencia la teoría del riesgo de la ruptura de legalidad, la cual se analizara en primer término. Posteriormente estudiaremos la evolución de la teoría de la ruptura de la legalidad y finalmente su integración en el sistema jurídico mexicano.

1. *Diferencia entre la teoría del riesgo y la ruptura de legalidad*

La responsabilidad sin culpa⁶ en ocasiones no se puede vincular a la idea del riesgo creado derivada de la responsabilidad objetiva, teniendo su base en el Derecho Civil, la cual establece que, la obligación de reparar el daño, nace del solo hecho de haberlo causado, sustituyéndose la idea de culpa por la de riesgo⁷ y creando una relación obligatoria de patrimonio a patrimonio, para resarcir los daños causados en la víctima⁸; pero esta hipótesis en derecho civil requiere que el daño por resarcir, sea precisamente causado con motivo del empleo de mecanismos, instrumentos, aparatos, etc., y no por causas extrañas a ellos, e imputables a terceros que nada tienen que ver con los que los manejan. La diferencia esencial entre la teoría del riesgo y la de la culpa, es que en esta última, para que una persona incurra en responsabilidad, es preciso que sea autora del hecho dañoso y que lo haya cometido con culpa (intencionalidad o por imprudencia), y en aquella, basta que a la persona le sea imputable el hecho, para que incurra en responsabilidad, por la sola circunstancia de ha-

⁵ La creación del TFJA se justificó como un tribunal de instancia administrativa colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (inspirado en los principios de creación de tribunales administrativos en Francia), los cuales eran independientes de la administración "activa", pero no del Poder Judicial, ya que existía, y aún existe, sujeción a los tribunales federales en vía de Amparo. Esto es, un tribunal de justicia delegada dentro del Poder Ejecutivo. El TFJA tiene el monopolio la jurisdicción administrativa. Aunque legalmente se ha consolidado como un tribunal de lo contencioso administrativo autónomo (Artículo 1o. párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa), desde su origen se ha cuestionado su constitucionalidad e independencia del Poder Ejecutivo. *Cfr.* Fernández Sagardi, Augusto, "El Tribunal Fiscal de la Federación. Una visión del foro ante las propuestas de su traslado al Poder Judicial de la Federación," *Lo Contencioso Administrativo en la Reforma de Estado*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2001, p. 43.

⁶ *Cfr.* Hélin, Jean-Claude, "Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité," *Thèse*, Nantes, 1969.

⁷ Broyelle, Camille, "Le risque en droit administratif classique (fin du XIXe, milieu du XXe siècle)," *RDP*, número 6, noviembre-diciembre de 2008, pp. 1513-1524.

⁸ Waline, Jean, "L'évolution de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques," *EDCE*, número 46, 1995.

berse producido el daño; independientemente de la ilicitud en la conducta asumida por el causante del daño y que se traduce en la necesidad de repararlo, salvo prueba de haberse producido por negligencia inexcusable de la víctima. Por lo tanto, en una como en otra hipótesis, solo puede hacerse efectiva la responsabilidad contra quien directa o indirectamente sea el autor del hecho material que causó el daño, y en Derecho Administrativo, este sería imputable a la Administración Pública⁹.

En México, la teoría del riesgo se encuentra reconocida legalmente en materia administrativa, tanto en la Constitución¹⁰ como la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado¹¹ al reconocer la responsabilidad objetiva del Estado. Y también ha sido confirmada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación por jurisprudencia, la cual estableció lo siguiente:

La diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva radica en que mientras ésta implica negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño, aquélla se apoya en la *teoría del riesgo*, donde hay ausencia de intencionalidad dolosa. Por otra parte, del contenido del proceso legislativo que dio origen a la adición indicada, se advierte que... el Constituyente... decidió centrar la calidad objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado a los actos realizados de manera irregular, debiendo entender que la misma está desvinculada sustancialmente de la negligencia, dolo o intencionalidad, propios de la responsabilidad subjetiva e indirecta, regulada por las disposiciones del derecho civil. Así, cuando el artículo 113 constitucional alude a que la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado surge si éste causa un daño al particular "con motivo de su actividad administrativa irregular", abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración¹².

Derivado de lo anterior, en la teoría del riesgo¹³ en materia administrativa, existe ausencia de intencionalidad dolosa, es decir, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que se produjo un resultado dañoso, sin importar si este fue cometi-

⁹ Cotteret, Jean Marie, "Le régime de la responsabilité pour risqué en droit administratif", Rivero, J., *Études de droit public*, París, Cujas, 1964, p. 85.

¹⁰ Artículo 106, párrafo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Artículo 1o. de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

¹² Tesis P/J. 43/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 719, de rubro: "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA"

¹³ Broyelle, Camielle, *op.cit.*, p. 1514.

do con culpa o dolo. Lo relevante para establecer una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida por la Administración Pública y el daño que este genera¹⁴. No es necesario buscar si el ente administrativo quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligencia¹⁵. Para indemnizar el perjuicio solo basta demostrar dicha realización de la Administración Pública y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño.

Sin embargo, la teoría del riesgo no podría explicar por si misma otros supuestos de responsabilidad del Estado, en donde existe una necesidad de reparar los daños y perjuicio de naturaleza especial y anormal que manifiestan una ruptura de legalidad frente a las cargas públicas. Los efectos de un acto conforme al principio de la legalidad conciernen a un grupo específico de ciudadanos, en particular cuando la actividad que ejercían antes de la intervención de la administración pública mediante su actuar, sus condiciones de realización se ven profundamente modificadas. La ruptura de legalidad resultado de este actuar, el cual no es ilegal, conlleva una responsabilidad sin falta de la administración. Este principio fue reconocido por los altos tribunales del país al establecer que:

... La razón de la responsabilidad patrimonial es propiciar y garantizar, en primer lugar, que la actividad administrativa sea regular y que la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad, lo que encierra en sí mismo un derecho fundamental a una eficiente administración pública, pues si se incumple con esos estándares se tiene garantizado el derecho a la indemnización. Por ello, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño en los bienes y derechos de los particulares por la actuación irregular de la administración pública, se configura, por una parte, la responsabilidad del Estado y, por otra, el derecho de los afectados a obtener la reparación, ya que la actividad administrativa irregular del Estado comprende también lo que la doctrina denomina *faute de service fonctionnement anormal de un servicio público por falla o deficiencia*¹⁶.

Partiendo de lo anterior, el principio de ruptura de legalidad frente a las cargas públicas estipula que, en base al interés general, algunos ciudadanos sufren un daño que

¹⁴ Torrent I Ribert, Pere Joan, *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, Mapfre, 1995, Colección Estudios y Monografías, p. 46.

¹⁵ "La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, haya habido o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad," Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil*, Santiago de Chile, Imprenta Universal, 1981.

¹⁶ Tesis I.4o.A.35 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 2077: "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU OBJETIVO Y FINES EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO"

el resto de la población no lo ha sufrido, configurando un funcionamiento anormal del servicio público¹⁷. La única forma de restablecer el equilibrio es indemnizar el perjuicio ocasionado. Lo que nos lleva a analizar los principios fundamentales de la legalidad frente a las cargas públicas.

2. Naturaleza de la legalidad frente a las cargas públicas

Inicialmente la igualdad ante la ley implicaba solamente igualdad en el contenido de esta en cuanto norma general, abstracta y atemporal, además de dotar de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna, porque buscaba eliminar los privilegios y arbitrariedades generados por los regímenes monárquicos. El principio de legalidad de los ciudadanos frente a la ley encuentra su fundamento en Francia, como el resultado de una protección efectiva en contra del poder del monarca (o administración pública realizando actos de “rey”), particularmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el Artículo 6o., el cual establece:

La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar. Además, puesto que todos los Ciudadanos son iguales ante la Ley, todos ellos pueden presentarse y ser elegidos para cualquier dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y aptitudes.

En ese sentido, y en épocas más recientes, dentro del ámbito convencional, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su Artículo 7o. que: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 indica que: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) establece en el Artículo 24, de la igualdad ante la Ley, lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual

¹⁷ Al respecto, Paillet, Michel, “La faute du service public en droit administratif”, *Thèse*, París, LGDJ, 1980.

protección de la ley". En el marco del Derecho mexicano, este principio se encuentra en nuestra Carta Magna en los siguientes Artículos:

Artículo 4o., primer párrafo el cual establece: "El varón y la mujer son iguales ante la ley"; y el Artículo 13, primer párrafo: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales"¹⁸. La igualdad ante la ley implica que los órganos encargados de dicha labor no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca previamente, esto es, que la igualdad ante la ley obliga a que esta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna debido a las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas. Esto significa que "en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo"¹⁹.

Lo anterior se traslada al Derecho Público, en particular a la igualdad frente al servicio público, principio de valor constitucional en nuestro país, el cual es la aplicación a este campo del principio general de igualdad de todos ante la ley proclamada por la Constitución mexicana, en sus Artículos 4o. y 13. Significa que todos ciudadanos tienen el mismo derecho a acceder al servicio, participa por igual en la carga financiera resultante del servicio (igualdad de tarifas, por ejemplo), y finalmente debe ser tratado de la misma manera que cualquier otro usuario del servicio. En consecuencia, "*la originalidad de la responsabilidad del Estado es la misión de un sistema de servicio público frente a una violación de la legalidad en dicho servicio*"²⁰. Desde este punto de vista teórico, se considera que el principio de igualdad ante las cargas públicas es el principio que sirve de bases general para todos los supuestos de responsabilidad del poder público, es decir, cualquier daño que se

¹⁸ Pese a que este precepto no contiene un enunciado explícito de la igualdad ante la Ley, por mucho tiempo se ha considerado en México que en él se encuentra contenido de manera específica. El sustento de esa afirmación es en esencia, según lo reflejan los criterios jurisprudenciales que así lo establecen, lo ocurrido durante los debates del Congreso Constituyente de 1856-1857 respecto al proyecto de Artículo 2o., que posteriormente se transformaría en el Artículo 13 de la Constitución, el cual incluía el enunciado: "Todos los habitantes de la República, sin distinción de clases ni de origen, tienen iguales derechos". Enunciado que al final fue eliminado del texto de dicho Artículo por los debates que generó, y por ello, se ha dicho por años que ahí está contenida la igualdad ante la Ley. Al respecto ver: Ovalle Favela, José, "Comentario al Artículo 13 constitucional", en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política Mexicana comentada y concordada*, 16ª. ed., México, UNAM-IIIJ, 2000, p. 154.

¹⁹ García Morillo, Joaquín, "La cláusula general de igualdad", *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 177.

²⁰ Rougevin-Baville, Michel, *La responsabilité administrative*, París, Hachette, 1992, Coll Les Fondamentaux, p. 74.

analice como una carga, que las víctimas no deben sufrir indebidamente, el Estado debe reparar mediante la aplicación de las reglas de la responsabilidad patrimonial²¹.

Afirmamos que el Estado actúa en base al interés general²². Por ello, el interés general que las autoridades establecen disposiciones administrativas legales (decretos, reglamentos, leyes, tratados). En ocasiones, en la búsqueda del interés general se origina una carga en detrimento de una o más personas, es decir, creando un daño grave y especial que no ha sufrido el resto de la colectividad. Esta carga produce una ruptura en la igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas, en deterioro del particular, víctima de la carga indebida. El razonamiento del juez es simple: es inevitable sacrificar el interés de una o más personas por el interés general, sin compensación. El juez restablecerá el equilibrio al asumir la responsabilidad sin culpa del órgano de la Administración Pública que creó la carga anormal en detrimento de un ciudadano. Este principio ha sido confirmado por los tribunales superiores.

3. Principio de legalidad frente a las cargas públicas en el Derecho mexicano

Existe la idea de que la base fundamental de este régimen de responsabilidad es en gran medida "metalegal"; es decir, se justifica en la existencia de un sentimiento de compensación necesaria de las víctimas en ciertas configuraciones particulares, en nombre de la equidad²³. Efectivamente hay daños y perjuicios, que sería "absurdo" no compensar al ciudadano.

El principio de correlación entre cargas y beneficios abarca los casos en los que el interés general se beneficia de una actividad, como consecuencia, debe soportar la carga de la indemnización por daños y perjuicios que la Administración causó al ciudadano que no ha sido beneficiado. En cuanto al principio de igualdad ante las cargas públicas, permite dar cuenta de los casos en que las autoridades deben compensar a las personas por una operación correspondiente a la satisfacción de un interés público y mantenida durante un período regular²⁴.

Siguiendo esta lógica, los Tribunales Colegiados del país han realizado en fechas recientes un análisis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y establecen que la Carta Magna:

²¹ Paillet, Michel, *La responsabilité administrative*, París, Dalloz, 1996, p. 55.

²² Puisoye, Jacques, "Le principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement direct de la responsabilité," *AJDA*, 1964, p. 140 y ss.

²³ Souteyrand, Éric, "La responsabilité de l'administration," *AJDA*, 1999, p. 92.

²⁴ Delvolvé, Pierre, *Le principed'égalité devant les charges publiques*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 187.

Revela que frente al catálogo de derechos humanos que caracterizan a los gobernados ante el poder público, existe también un conjunto de obligaciones a su cargo, derivadas de las restricciones y limitaciones a esos derechos y de las exigencias que impone el funcionamiento correcto de las instituciones públicas, entre las cuales se hallan las manifestaciones de ciertas potestades que, por un lado, someten a los gobernados a ciertos regímenes específicos de sujeción y, por otro, les imponen ciertas conductas o, incluso, la extracción de ciertos bienes o riqueza. Así, es necesario distinguir la situación que guarda una persona en el régimen general de sujeción propio de cualquier gobernado, de aquella que le corresponde cuando se encuentra sometida a uno especial, asociado a su condición o a su actividad. En el régimen general, las personas tienen, por ejemplo, ciertas obligaciones que se rigen por *el principio de igualdad ante las cargas públicas*, las cuales derivan simplemente de su pertenencia a la población de un Estado²⁵.

El Tribunal Colegiado, siguiendo la lógica de la igualdad frente a las cargas públicas agrega que:

Las obligaciones son producto de un régimen especial de sujeción, es decir, de un conjunto de normas, principios, reglas y directrices que pesan sobre un grupo de personas, debido a su situación particular con respecto al interés social o al orden público... Finalmente, existe un tercer supuesto en donde la persona se ve afectada por el ejercicio individual y concreto de cierta potestad pública de ejercicio latente, que se traduce en *una lesión individualizada que crea una situación jurídica individualizada*, como ocurre con la expropiación. De esta manera, es importante distinguir cuándo ciertos deberes a cargo de una persona tienen su origen en un régimen general propio de cualquier gobernado, cuándo examinarlos en uno especial asociado a su condición estatutaria y cuándo en un acto privativo singularizado²⁶.

Al respecto de la ruptura de legalidad de las cargas públicas, no basta que el daño sea cierto –actual–, causalmente ligado a la existencia de un servicio público u obra pública y evaluable²⁷. Además, como en toda hipótesis de responsabilidad sin falta, especial y anormal. Especial porque debe particularizarse a la víctima afectada, y no a todos los miembros de una comunidad (las finanzas públicas de los Estados modernos no tendrían

²⁵ Tesis I.2o.A.E.51 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 39, t. III, febrero de 2017, p. 235: “REGÍMENES DE SUJECCIÓN CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS. SUS CARACTERÍSTICAS”.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Cfr. Moreau, J., *La responsabilité administrative*, 2eme ed., París, PUF, 1986, 106-107; Chapus, R., *Droit administratif*, París, Montchrestein, 1992, vol. II, p. 542; Morand-Deville, J., *Cours Droit Administratif*, París, LGDJ, 2015, p. 812; Papin, J. Ph., *Les ouvrages d’E.D.F. et du G.D.F. peuvent-ils occasionner des troubles d’agrément indemnisables*, París, CJEG, 1984, pp. 96-97.

suficientes fondos para reparar daños de colectividades completas afectadas por una obra pública), Así: la privación a los vecinos de las vías públicas como el derecho de acceso a sus inmuebles o las molestias (ruidos, humos, olores) objetivamente excesivas. Anormal, ya que debe exceder los inconvenientes inherentes al funcionamiento de un servicio que se impone a toda vida en colectividad; verbigracia: los daños corporales y la destrucción o deterioro de la propiedad, son siempre anormales. No se resarce el daño si los inconvenientes que sufren el colindante o vecino de la obra pública son compensados por las ventajas que le reporta la proximidad del inmueble. Y, también la indemnización se excluye si la víctima ha podido prever la producción del daño y, pese a todo, adquiere o construye un inmueble próximo o colindante con una obra pública. En tal caso se considera que asume los inconvenientes derivados de la vecindad del inmueble.

Evidentemente, los tribunales administrativos deben resolver en función de las circunstancias particulares de cada caso, lo que introduce en la materia un cierto grado de contingencia y relatividad. Ante el panorama antes descrito, la aceptación legal y jurisprudencial de la igualdad ante las cargas públicas abre la posibilidad para el juez administrativo mexicano establecer una responsabilidad para la Administración Pública sin falla o culpa, invocando en sus argumentaciones la ruptura de legalidad ante las cargas públicas y que se pueden materializar en diferentes supuestos que analizaremos a continuación.

III. LOS CASOS DE RUPTURA DE LA IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PÚBLICAS

Las obras emprendidas debido al interés general, una colaboración aportada en el servicio público, las actividades peligrosas que satisfacen una necesidad de servicio público, una decisión legal de la policía, una ley o un tratado que, por definición, satisface un interés colectivo no debe ocasionar un perjuicio particular para un individuo u otro, que sería la víctima de una ruptura de igualdad ante las cargas impuestas a todos. La igualdad es, por lo tanto, la base de una responsabilidad sin falta o culpa²⁸ y existe una obligación de reparación del daño. Por lo que analizaremos la responsabilidad generada por hechos administrativos regulares, por los daños permanentes resultado de obras públicas y por leyes y tratados internacionales.

1. Ruptura de igualdad por decisiones administrativas regulares

Se concibe bajo la idea que un acto administrativo emanado de la Administración Pública de manera regular o legal puede generar un daño, que, bajo la estructura del principio an-

²⁸ Debard, Thierry, "L'égalité des citoyens devant les charges publiques, fondement incertain de la responsabilité administrative", *Chronique*, París, Dalloz, número 23, 1987, p. 157.

tes analizado, se tiene la posibilidad de una indemnización por parte del Estado. Si bien es verdad, la legislación mexicana no acepta el supuesto de una responsabilidad por una irregularidad, sin embargo, existen excepciones en la práctica, en la cual Estado, en su actividad regular, genera una ruptura de igualdad de las cargas, y genera daños, lo cual convierte el acto en una verdadera irregularidad. En Derecho comparado podemos encontrar diversos ejemplos de la aplicación del hecho generador de esta responsabilidad, y generalmente son medidas de control de función de policía-administración que, por el hecho de aplicarlas, tienen una consecuencia para el particular, convirtiéndose en un perjuicio anormal, grave y especial; a saber: someter una actividad profesional al control del Estado, reglamentos de circulación en la vía pública para determinados vehículos, etcétera.

También existe daños generados por actos administrativos de orden no reglamentarios, los cuales pueden originarse cuando la policía se rehúsa a la ejecución de una orden judicial de expulsión de personas de un terreno por el riesgo de desestabilizar el orden público superiores a los que conlleva la no ejecución de la decisión. En la medida que ese rechazo a aplicar la decisión se prolongue, puede generar un daño al propietario del bien inmueble o terreno obstruido que desde hace tiempo que ha sido ocupado ilegalmente, y el derecho a reparación puede llevarse a cabo si se demuestra un perjuicio de carácter anormal y especial²⁹. Es por la abstención de tomar una decisión que la administración será considerada responsable, mientras que su abstención se justifica sin embargo por la necesidad del orden público y por el interés general.

Otro ejemplo lo proporciona el alcalde de un municipio francés que decidió reglamentar el tráfico de vehículos en las carreteras de montaña y reservar algunos caminos a los excursionistas a caballo, mientras que otros podrían ser utilizados por los peatones. El dueño de una tienda de recuerdos demanda al municipio porque la decisión de convertir el camino frente a su tienda únicamente en paso para jinetes de caballos le genera una

²⁹ En particular, ver el caso francés "Coutéas", Consejo de Estado (CE), 30 noviembre 1923: En este caso, el propietario de un terreno obtiene por sentencia la expulsión de 8000 personas instaladas en dicho terreno. La asistencia de la fuerza policial se le niega a la vista de los graves disturbios engendrados por la operación. El CE confirma la existencia de un "peligro para el orden y la seguridad" (y, por lo tanto, en el hecho del rechazo no tiene la culpa la Administración). Sin embargo, el CE admite, no obstante, que el daño resultante "no debe existir, pero si supera una determinada duración, se considerara una carga que normalmente incumbe al interesado". Después de un tiempo, el CE considera que la Administración es responsable (esta es la condición para que el daño sea lo suficientemente serio, además del hecho de que es especial). Si el rechazo no está justificado, hay una falla, y luego entramos al terreno de la culpa. La jurisprudencia francesa admite la no intervención, pero mediando una compensación.

gran afectación a su negocio. Aquí, el daño es compensado, incluso si el acto es derivado de un poder reglamentario del alcalde. El daño realmente debe ser especial y grave³⁰.

Finalmente, existen dos hipótesis sobre decisiones individuales en Francia. La primera es la negativa en ejecutar una orden judicial, en la cual se niega el desalojo a los huelguistas en una empresa³¹. La segunda, es la ausencia de un proceso judicial, en la cual la autoridad no puede restablecer del orden público combinado con una abstención de las autoridades policiales locales. Han existido una serie de aplicaciones de esta hipótesis para huelguistas o manifestantes paralizando vías fluviales, puertos marítimos o aeropuertos. Son las necesidades del orden público las que justifican esta abstención de la intervención del Estado, sin embargo, generan daños especiales, y el Estado (federal o estatal) o el municipio deberán compensar.

2. Ruptura de igualdad por daños permanentes resultado de las obras públicas

El daño previsto por este supuesto no está relacionado con la ocurrencia de un accidente (ya que este supuesto es responsabilidad por culpa o irregular, prevista por el sistema de leyes mexicanas), sino que es el resultado de la existencia misma de una obra pública o la ejecución de obras públicas. Esto puede ser una molestia causada por el ruido del tráfico en una autopista construida por encima de los dos metros de altura de una propiedad³² o el cierre de un estacionamiento debido a la transformación de una calle en una pasarela o vía peatonal³³.

En ese sentido, el daño, por su naturaleza anormal y especial, excede el que se expone al mismo, a nombre del interés general, por lo que cualquier ciudadano residente, puede ser reparado sin la necesidad de demostrar culpa alguna. La Administración no puede escapar de la responsabilidad demostrando que no ha cometido ninguna falla o culpa.

Los casos de aplicación de este sistema de responsabilidad sin culpa son, a su vez, muy frecuentes en otros países. Sin embargo, si la obra pública existió antes de la instalarse el solicitante de un posible daño, no puede obtener una compensación por daños resultantes de una molestia a la que ha estado expuesto, a menos que las condiciones de operación de la obra pública hayan cambiado.

El daño permanente también puede ser el resultado de la ausencia o paro sin justificación alguna (o con justificación) de obras públicas realizadas por la administración y de la cual es responsable. En el ámbito de personas con discapacidad, se ha llegado a

³⁰ Consejo de Estado, 22 de febrero de 1963, "Commune de Gavarnie".

³¹ Consejo de Estado, 3 de junio de 1938, "Société La cartonnerie e Imprimerie St Charles".

³² Consejo de Estado, 5 de noviembre de 1982, "Sté des Autoroutes du Sud de France", Lebon, p. 767.

³³ Consejo de Estado, 16 de octubre de 1992, "SA Garage de Garches", Lebon, p. 1303.

considerar que el daño resultante de la inadecuación de un edificio judicial a la discapacidad de un abogado, se asume la responsabilidad sin culpa del Estado si presenta un carácter serio y especial cuya carga excede la que normalmente corresponde a cualquier ciudadano para soportar³⁴.

3. Ruptura de igualdad por leyes y tratados internacionales

Aunque aún sin concepción y sin elaboración doctrinal dentro del marco nacional mexicano, la responsabilidad por aplicación de leyes nacionales la encontramos en el ejemplo francés de una ley aprobada por el parlamento³⁵. La ley prohibía el uso de otros productos distintos de la crema natural o los productos lácteos, lo cual generó un daño a una empresa que solicitó una indemnización por parte del Estado, ya que tuvo que renunciar a su actividad. Por lo que el máximo Tribunal Administrativo francés (Consejo de Estado) estableció la responsabilidad sin culpa del Estado por el daño causado por el legislador. Pero la implementación de este régimen de responsabilidad es muy difícil que pueda aparecer, ya que únicamente han existido cinco solicitudes desde 1938 en Francia, debido a las condiciones estrictas del supuesto. De hecho, el daño debe ser especial, pero esta condición no se cumple a menudo porque las leyes establecen principios generales.

Así, dentro de esta hipótesis, se excluye la responsabilidad por razón de las leyes, cuando el propósito de la ley es evitar un régimen discriminatorio, particularmente en asuntos económicos, o si está destinado a proteger un interés muy general y preeminente, como el de la economía nacional en su conjunto. En este caso, se considera que el daño colateral que podría haber sido causado por la ley no puede ser reparado o compensado.

Esta responsabilidad puede ser incurrida bajo las mismas condiciones como resultado de convenciones internacionales³⁶, la cual solo ha sido admitido tres veces hasta la fecha en el sistema francés. Los ejemplos son la de un propietario que no podía obtener la expulsión de un diplomático que no pagaba alquiler en razón a un acuerdo de sede entre Francia y una organización internacional³⁷. Recientemente, se ordenó al Estado francés pagar una reparación por el monto equivalente de la indemnización por despido al personal de *Air Afrique Compagnie* que residía en Francia y que habían sido privados de su trabajo por los acuerdos internacionales firmados entre Francia y Costa de Marfil³⁸. Finalmente,

³⁴ Ver Consejo de Estado, 22 de octubre de 2010; Bleitrach, Mme Bleitrach, *RFDA*, 2011, p. 141; cond. Roger-Lacan, *AIDA*, 2010, p. 2207; chrono D. Botteghi y A. Lallet, *RDSS*, 2011, p. 151, nota H. Rihal.

³⁵ Consejo de Estado, 14 de enero de 1938, "Société La Fleurette".

³⁶ Consejo de Estado, 30 de marzo de 1966, "Compagnie générale d'énergie radioélectrique", *GAJA*, número 78.

³⁷ Consejo de Estado, 29 de octubre de 1976, "Dame Burgat", Lebon, p. 452.

³⁸ Consejo de Estado, 29 de diciembre de 2004, "Almayrac", *AJDA*, 2005, p. 427.

fue sentenciado a la indemnización de un empleado diplomático, debido a las convenciones internacionales, regularmente ratificadas, otorgándole inmunidad diplomática³⁹.

IV. CONCLUSIÓN

La Administración Pública puede causar daños, lesionando los derechos de los particulares, por actos legales y sin falla o culpa creadas por la propia Administración y los cuales aún no han sido considerados por el Derecho mexicano.

En unos o en otros casos encontramos siempre actos jurídicos u operaciones materiales realizados por sus servidores, o hechos acaecidos durante el funcionamiento del servicio, y unos daños derivados de los actos u omisiones de los servidores o del funcionamiento del servicio. Razones de equidad, de justicia distributiva, de seguridad social, reclaman la indemnización de los daños sufridos por los particulares a causa del desarrollo de la actividad administrativa, aunque sea con regularidad. Así, es deseable una reforma constitucional para la integración de los algunos actos regulares o el funcionamiento normal del servicio, mediante un serio debate a profundidad y tomando en cuenta los factores de hacienda pública en el país. La jurisprudencia también debe ser un motor esencial para la evolución del Derecho Administrativo, ya que ha sido esta la que ha establecido la constitucionalidad, su definición y alcances, así como la integración de otros conceptos, como la falla del servicio y legalidad frente a las cargas públicas. Pero la jurisprudencia aún tiene mucho camino por recorrer y profundizar en conceptos relativos a la materia de responsabilidad patrimonial del Estado. El presente trabajo es una contribución al entendimiento global de la responsabilidad patrimonial del Estado y el reforzamiento de los derechos de los gobernados.

³⁹ Consejo de Estado, febrero de 2011, "Mlle Susilawati", *RFDA*, 2011, 573, conclusiones C. Roger-Lacan.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

- AMSELEK, Paul, "La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative", *Études de Droit Public*, préface de Jean Rivero, Paris, Cujas, 1964.
- AMSELEK, Paul, "La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975.
- BONNARD, Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'administration (étude de droit administratif comparé)*, Paris, Dalloz, 2005.
- CAMBERO QUEZADA, Guillermo, "L'instauration du Système de Responsabilité de L'administration Publique au Mexique. Analyse de Droit Comparé", *Tesis doctoral*, Nantes, Universidad de Nantes, 2011.
- CALAFELL, Jorge, "Teoría general de la concesión", *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, número 26, 1996.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la Administración en México*, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 2000.
- COTTERET, Jean Marie, "Le régime de la responsabilité pour risque en droit administratif", RIVERO, J., *Études de droit public*, Paris, Cujas, 1964.
- COUZINET, Jean-François, "Cas de force majeure et cas fortuit: causes d'exonération de la responsabilité administrative", *RDP*, 1993.
- COUZINET, Jean-François, "La notion de faute lourde administrative", *RDP*, 1977.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1982.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, México, UNAM-Porrúa, 2004.
- JOURDAIN, Philippe, "La formation du concept de service publique", *RDP*, 1987.
- LAFERRIÈRE, Julien, *Des raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaire par l'Assemblée constituante*, Bucarest, 1935.
- LAUBADERE, André De, "Revalorisations récents de la notion de service publique en droit administrative français", *Actualité Juridique de Droit Administratif (AJDA)*, 1961.
- LATOURNERIE, Roger, "De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics", *RDP*, 1945.

- LEMASURIER, Jeanne, *Le contentieux administratif en droit comparé*, París, Económica, 2001.
- LOCHAK, Danièle, *La justice administrative*, París, Montchrestien, 1998.
- LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal*, 10ª. ed., México, Porrúa, 2008.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael, *Derecho Administrativo. Primer Curso*, 5ª. ed., Oxford, 2007.
- MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (coord.) et. al., *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa-ITAM, 2004.
- MELLERAY, Fabrice, *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, París, LGDJ, 2004.
- ODENT, Bruno, y TRUCHET, Didier, *La justice administrative*, PUF, 2004.
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo I. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- RIVERO, Jean, "¿Existe-t-il un critère du droit administrative?"; *RDP*, 1953.
- RIVERO, Jean, y WALINE, Jean, *Droit administratif*, París, Dalloz, 2000.
- TRON PETIT, Jean Claude, "Interpretación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado"; *Revista de la Judicatura Federal*, México, número 20, 2005.
- VALDIVIA, José Miguel, "La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia"; en MARÍN, Juan Carlos (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa-ITAM, 2004.
- VELASCO ALBIN, Pedro Enrique, "Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal"; *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal* (INAP), México, número 57, 1997.

ACCESO A LA INFORMACIÓN

Fernando Raúl MURRIETA Y DE LA BRENA DÁVILA¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Origen trasnacional.* III. *Corte Interamericana de Derechos Humanos.* IV. *Principios del derecho al acceso a la información.* V. *Limitaciones o excepciones al derecho a la información.* VI. *Derecho de acceso a la información en México.* VII. *Conclusión.* VIII. *Fuentes de información.*

RESUMEN

El derecho de acceso a la información ha evolucionado desde su génesis en el derecho trasnacional y los Estados han adoptado medidas sustantivas para su cumplimiento; la Resolución 59 de la Organización de las Naciones Unidas en el año 1946, la Declaración Universal de Derechos Humanos auspiciada por el mismo organismo en 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en 1966, entre otros. La adaptación de mecanismos administrativos como plataformas digitales que permiten al ciudadano acceder a este derecho ha sido un gran avance en el marco de respeto e impulso a este derecho. El debate sobre, si se considera un derecho humano es abordado en el presente trabajo, mostrando los argumentos y concatenaciones internacionales que llevaron a los organismos trasnacionales a colegir esta naturaleza. La fuente del derecho de acceso a la información deviene de la modalidad del derecho de liber-

ABSTRACT

The right of access to information has evolved since its genesis in transnational law and the States have adopted substantive measures for compliance; Resolution 59 of the United Nations Organization in 1946, the Universal Declaration of Human Rights, sponsored by the same organization in 1948, the International Covenant on Civil and Political Rights adopted by the United Nations Organization in 1966, among others. The adaptation of administrative mechanisms as digital platforms that allow the citizen to access this right has been a great advance in the framework of respect and promotion of this right.

The debate on, if it is considered a human right is addressed in the present work, showing the international arguments and concatenations that led the transnational organisms to collect this nature. The source of the right of access to information becomes the modality of the right to freedom of expression, studying its transformation or adaptation to be-

¹ Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, certificado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en diversos cursos, ha publicado múltiples artículos en materia de propiedad intelectual en revistas especializadas en la materia. Actualmente cursa la maestría en Derecho Procesal Constitucional en la Máxima Casa de Estudios del estado de Nuevo León.

tad de expresión, estudiando su transformación o adaptación hasta convertirse en lo que hoy en día de forma plasmada en leyes reglamentarias encontramos en el derecho positivo como derecho al acceso a la información. Las sesiones de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos han resultado, en la encomienda de relatorías especiales tanto del derecho de libertad de expresión como del derecho de acceso a la información; logrando así ampliar el concepto, definir principios y enmarcar interpretaciones sobre dichas prerrogativas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha tenido un papel fundamental en la enmarcación de obligaciones en torno a los Estados respecto al cumplimiento eficaz de este derecho.

PALABRAS CLAVE

Protección de Datos. Derechos Humanos. Datos Personales. Derechos Civiles. Libertad.

come what today embodied in statutory laws found in positive law as a right to access to information.

The sessions of the Organization of the United Nations and the Organization of American States have resulted, in the commissioning of special rapporteurships, of both the right to freedom of expression and the right of access to information. By thus broadening the concept, defining principles and framing interpretations of said prerogatives, the Inter-American Court of Human Rights has also played a fundamental role in the framing of obligations regarding States regarding the effective fulfillment of this right.

KEY WORDS

Data Protection. Human rights. Personal information. Civil rights. Liberty.

I. INTRODUCCIÓN

La participación activa en la vida política de un Estado, es cada vez más protagónica en el día a día de los ciudadanos para refrendar el Estado de Derecho, las nuevas tecnologías, redes sociales y la globalización son un aditivo natural para que el ciudadano se enteré de forma superficial de los sucesos que orbitan la administración pública de sus Estado, la toma de decisiones de sus gobernantes y las discusiones de sus órganos parlamentarios, obviamente acotándonos al hemisferio occidental.

Si bien es cierto, el derecho de acceso a la información nace en Latinoamérica por el impulso y rogativas de asociaciones de periodistas, el *quid* de tal derecho y como en el presente trabajo se expone; es el dotar a la ciudadanía de una llave sustantiva a acceder efectivamente a otros derechos, tales como el de participación en la vida política, fiscalización y rendición de cuentas. Debiendo tener en claro que el ciudadano es el titular de la soberanía que envuelve a las naciones, son ellos quienes extienden mandatos a los funcionarios públicos a efecto de accionar la maquinaria gubernamental a través de la administración pública, por tanto, al ser el gobernado el legítimo protagonista del Poder de la Unión,

debe tener herramientas que lo lleven a verificar que el mandato que ha encomendado ha sido debidamente cumplido de conformidad con la legislación interna y los tratados internacional de los cuales el ciudadano es protagonista de la tutela.

Por ende, el presente trabajo recapitula históricamente el origen y evolución del derecho que nos ocupa, transitando por diversos procesos internacionales, los cuales dan un marco para que los Estados, respetando el deber ser, adopten sus procesos y adapten sus legislaciones a efecto de impulsar este derecho.

II. ORIGEN TRANSNACIONAL

La denominación “*libertad de información*” fue acuñada por la Organización de las Naciones Unidas en 1946, donde se adoptó tras la Resolución 59², el cual pronuncia: “La libertad de información es un derecho humano fundamental y la piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas”.

Como se aprecia, se amplía la interpretación del derecho de libertad vislumbrando los múltiples derechos que devienen del derecho de libertad.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos³ emitida en 1948, da origen al derecho humano de Acceso a la Información en los siguientes términos: “Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

En un sentido similar, el texto del diverso 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, tratado jurídicamente vinculante adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1966, contempla también el derecho a recibir información y en dicho instrumento internacional, emerge la novedad de las excepciones o restricciones superficiales a dicho derecho:

Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas res-

² Doc., [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59\(I\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59(I)).

³ Doc., <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

⁴ Doc., <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

tricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por ello, el fragmento del tratado transcrito; expone en mayor amplitud el manejo y alcance del derecho al Acceso de la Información, además de incluir la obligación derivada del principio de legalidad.

En 1998 en el Informe Anual del Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión⁵, se dijo claramente que el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a acceder a la información que está en manos del Estado: "Se cree que el derecho de acceso a la información en poder del Gobierno debe ser la regla y no la excepción. Además, debe existir un derecho general de acceso a tipos de información relacionada con lo que puede denominarse "actividad estatal"; por ejemplo, las reuniones y los foros de toma de decisiones deben estar abiertos al público siempre que sea posible"⁶.

Como de forma introductoria se abordó; la actividad estatal responde a un mandamiento público soberano, poder supremo que, por lo menos en la mayoría de los Estados de occidente, radica esencial y primigeniamente en el pueblo.

Para el año 2000, la Relatoría especial amplió significativamente su comentario sobre el derecho a la información en su Informe Anual a la Comisión⁷, anotando su fundamental importancia no solo para la democracia y libertad, sino también para el derecho a participar y para la realización del derecho al desarrollo.

Se reiteró la preocupación por la regresiva tendencia de los Gobiernos a retener información a la ciudadanía que de forma originaria y por derecho le corresponde: "Por lo tanto, el Relator Especial desea destacar en este informe que su preocupación constante por la tendencia de los gobiernos y de las instituciones gubernamentales a negarle al pueblo información que les pertenece, justamente porque las decisiones de los gobiernos y la aplicación de las políticas por parte de las instituciones públicas tienen un impacto directo y a menudo inmediato en sus vidas y no pueden realizarse sin su consentimiento informado"⁸.

⁵ Informe del Relator Especial de la ONU, *Promoción y protección a la libertad de opinión y expresión*, ONU Doc., E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998.

⁶ *Idem*, párrafo 12.

⁷ Informe del Relator Especial de la ONU, *Promoción y protección a la libertad de opinión y expresión*, ONU Doc., E/CN.4/2000/63, 18 de enero de 2000.

⁸ *Idem*, párrafo 43.

Por su parte, la Organización de Estados Americanos, administra instrumentos internacionales que garantizan la libertad de expresión en términos similares e incluso más estrictos que los de la Organización de las Naciones Unidas. La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969⁹, en su arábigo 13 establece lo conducente a la libertad de expresión y libertad de buscar y recibir información:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Lo dable a resaltar del artículo transcrito, es que se plasma por primera vez la puntualización de diversos principios del derecho que ocupa al presente trabajo, definiendo la comprensión del mismo, estableciendo las excepciones limitadas a este.

El 11 de marzo del año 1994, la Sociedad Interamericana de Prensa, organizó la Conferencia Hemisférica sobre la Libertad de Expresión, que adoptó la Declaración de Chapultepec¹⁰, la cual contiene un conjunto de principios que amplían la garantía de la libertad de expresión. De cuyos principios conciernen al presente trabajo los siguientes:

1. No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo.

2. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos.

3. Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información.

⁹ Doc., https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

¹⁰ Celebrada en México, Distrito Federal el día 11 de marzo de 1994, Doc., <http://portales.te.gob.mx/internacional/sites/portales.te.gob.mx.internacional/files/DECLARACION%20DE%20CHAPULTEPEC.pdf>.

Tal y como se ha venido sosteniendo a lo largo del presente, el derecho de acceso a la información guarda una estrecha y simbiótica relación con el ejercicio pleno de derechos ciudadanos. Derecho que, cabe resaltar, no es una concesión del Estado en favor del ciudadano, sino que la naturaleza del mismo atiende a reconocer un derecho del que el ciudadano primigeniamente es titular.

Tras la mencionada Declaración de Chapultepec, la Organización de las Naciones Unidas; la Organización de los Estados Americanos a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 1997, durante su 97º Período de Sesiones¹¹, por decisión unánime de sus miembros, decidió crear la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

En el informe anual de 1999 dicha Relatoría expuso por primera vez la interrelación que tiene el derecho de acceso a la información con otros derechos de suma importancia para el ciudadano:

El derecho de acceso a la información en poder del Estado es uno de los fundamentos de la democracia representativa. En un sistema representativo los funcionarios son responsables frente a la ciudadanía que confió en ellos su representación política y la facultad de decidir sobre los asuntos públicos. El titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos. Asimismo, la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos¹².

Es importante resaltar el párrafo anteriormente transcrito porque, además de pormenorizar diversos enunciados que posteriormente se adoptan como principios inherentes al derecho de acceso a la información, también establece el sincronismo que dicho derecho conlleva con la forma de gobierno democrático representativo porque expone la conexidad de estas instituciones. Ya que los gobernados son los legítimos y soberanos titulares de la voluntad del Estado, por encima de los intereses o afanes de los gobernantes en turno.

III. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En una Opinión Consultiva¹³, en el año de 1985, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, referenciando la naturaleza doble del derecho a la libertad de expresión que protege tanto

¹¹ Doc., <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/1997/Comunicados%207-13.htm#13>.

¹² Informe anual del relator especial para la libertad de expresión 1999, Doc., <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%201999.pdf>.

¹³ Documentos mediante los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dependiente de la Organización de los Estados Americanos, previa solicitud de algún Estado miembro, emite una opinión respecto a la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas y los tratados internacionales administrados por dicha Organización internacional.

el derecho a impartir, como el de buscar y recibir, la información y las ideas, lo cual señala que la libertad de pensamiento y expresión:

Comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹⁴.

Este documento representa un gran avance en la evolución y posicionamiento del derecho de acceso a la información, ya que define lo que debe entenderse por el contenido literal de dicho artículo, lo cual resultó en una bifurcación, la primera es la que corresponde al derecho de libertad de expresión, mismo que se ejerce de forma individual; mientras que la segunda faceta de dicho derecho corresponde a la prerrogativa de cualquier ciudadano a recibir y buscar información con el objeto de conocer la expresión de algún tercero.

En ese sentido, la Corte se encaminó a dejar muy claro las posiciones que juegan las partes; el Estado y el ciudadano, frente al ejercicio de este derecho humano esto es así, ya que el derecho legitima de forma activa a un conjunto de personas –siendo un derecho social o colectivo, ya que cualquier persona puede solicitar información– y al mismo tiempo impone una obligación positiva para con el Estado, tal y como lo apunta en la jurisprudencia derivada del Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, resultando en de la Sentencia de 19 de septiembre de 2006, la cual dispone: "77... Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto"¹⁵.

¹⁴ *Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, Doc., http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

¹⁵ *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Doc., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.

Lo que hay que destacar de la citada sentencia, además de las prerrogativas y obligaciones dispuestas e impuestas a las partes. Es que se les impone a los Estados el respeto a dos principios; el primero es el equivalente al principio de legalidad, es decir que la respuesta que emita el Estado debe estar fundada en una ley y motivada por hechos que actualicen la aplicación de la ley, además dicha fundamentación, en caso de limitar dicho acceso, debe ser acorde a lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos.

IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN

Mediante una resolución del Comité Jurídico Interamericano¹⁶, emitida el 7 de agosto del año 2008, dentro del 73° período de sesiones en Río de Janeiro, Brasil, la Organización de Estados Americanos –a través de dicho organismo– estableció los principios o axiomas mínimos por medio de los cuales la actuación de los Estados miembros deberían conducirse para la observancia del derecho de acceso a la información:

1. Máxima Transparencia. Este principio contempla que toda información es accesible en principio, es decir, que la generalidad y la premisa de toda información es pública y solo podrá ser limitada en casos excepcionales. “El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto solo a un régimen limitado de excepciones, acordes con una sociedad democrática y proporcional al interés que los justifica”¹⁷.

2. Carga positiva del Estado. Este principio conlleva la premisa de que todos los organismos, instituciones, niveles de gobierno, organismos autónomos, entes creados mediante leyes o reglamentos, incluso aquellas organizaciones o personas que operen con recursos públicos o que desarrollan actividades inherentes al Estado: tiene la obligación positiva de publicar toda la información que se estime de interés público, esto *mutuo proprio*. Por ejemplo, el marco jurídico por el cual operan, información operativa, orgánica, entre otras.

3. Naturaleza de la Información; el presente principio conlleva definir que el derecho de acceso a la información se refiere a toda información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio. Es decir que la interpretación de la denominación “Información” debe ser interpretada en un sentido amplio, progresista, de ninguna forma de forma limitativa o excepcional.

¹⁶ *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), 73° periodo ordinario de sesiones, 4 al 14 de agosto de 2008, Rio de Janeiro, Brasil, Doc., http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf.

¹⁷ *Idem*.

4. Gobierno abierto. El presente axioma hace referencia a que los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades –incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos– de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible.

5. Adaptación de la legislación interna. Este aforismo supone una premisa, ya que este supone la existencia de un procedimiento o un mecanismo mediante el cual, el gobernado, puede solicitar información al Estado, pero además impone una carga impositiva a los Estados a efecto de adecuar el trato que debe dársele a las solicitudes de información.

Deben implementarse reglas claras, justas, no discriminatorias y simples respecto al manejo de solicitudes de información. Estas reglas deben incluir plazos claros y razonables, la provisión de asistencia para aquél que solicite la información, el acceso gratuito o de bajo costo y que, en ese caso, no exceda el costo de copiado o envío de la información. Las reglas deben disponer que cuando el acceso sea negado, deben darse las razones específicas sobre la negativa en un tiempo razonable¹⁸.

Este principio ya ha sido estudiado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos casos contenciosos, en los cuales ha sostenido en reiteradas ocasiones:

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculpados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención¹⁹.

Fue en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, del 30 de mayo de 1999, la primera vez que exponía el contenido del Artículo 2o. de la citada Convención.

1. Excepción y legalidad. En esta máxima encontramos dos vertientes, la primera es que puede haber excepciones al derecho de acceso a la información, pero dicha excepción debe ser –además de tener la premisa de que es solo en los casos donde se contravenga el interés público– contemplada previamente por algún instrumento normativo

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo: 207. Doc., http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.

armónico a la Convención Americana de Derecho Humanos: “Las excepciones al derecho de acceso a la información deben ser establecidas por la ley, ser claras y limitadas”²⁰.

Aunque en el texto donde se establecieron los principios analizados no se menciona la obligación de que las excepciones previstas por la legislación interna deben ser armónicas a la Convención Americana de Derechos Humanos, en el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile citado en acápites precedentes, se sentó lo siguiente: “En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”²¹.

En este principio encontramos los motivos por los que un Estado podrá utilizar las excepciones que prevé la Convención Americana de Derecho Humanos; siempre encaminadas a asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” no es el objetivo de este trabajo, sin embargo no se omite mencionar, que hay posibilidad de que los Estados y sus instituciones interpreten de forma laxa o abusiva estos motivos de excepción.

2. Carga de la prueba en caso de excepción. Se establece que la carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a la información debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada.

3. Derecho de casación; el presente axioma –aunque al igual que el principio de excepción y legalidad, no se menciona la interrelación con otro artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos– se colige que, tras la obligación internacional prevista por el numeral 8.1 de dicha Convención, en el presente principio se acoge lo dispuesto por tal numeral: “Todo individuo debe tener el derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción de acceso a la información ante una instancia administrativa. También debe existir el derecho de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia”²².

4. Principio de sanción, el presente aforismo impone la obligación a los Estados a que en caso de que algún ente perteneciente al mismo viole el derecho de acceso a la información deberá enfrentar un procedimiento sancionador.

5. Promoción del derecho al acceso a la información, este principio impone la carga impositiva al Estado a efecto de que aplique las medidas necesarias en su régimen

²⁰ *Idem.*

²¹ Ver nota 7.

²² Véase nota 8.

interior para el efecto de hacer respetar, promover, implementar y asegurar el derecho de acceso a la información. Incluyendo la capacitación de funcionarios, adaptación de los archivos públicos de forma seria y profesional, inclusive la implementación de programas para aumentar la importancia en el público sobre el ejercicio de este derecho.

V. LIMITACIONES O EXCEPCIONES AL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Como se ilustró en párrafos precedentes; las premisas para normar en la legislación interna de un Estado, las excepciones al derecho de acceso a la información son las enumeradas por el párrafo segundo del Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Así pues, las legislaciones locales de los países miembros de la Organización de Estados Americanos, de conformidad con el numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos²³, deberán adoptar en sus legislaciones aquellas excepciones que sean armónicas con el diverso 13 de dicha Convención, texto que es análogo, en cuanto al tema de excepciones, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Sociales.

VI. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN MÉXICO

En México, el derecho de acceso a la información pública tiene su origen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en su Artículo 6o., ya que el mismo tiene un contenido extenso y al mismo tiempo sienta las bases mínimas a las que toda legislación interna debe subyugarse, esto de conformidad con el principio de supremacía constitucional. Así entonces, el numeral citado en la última línea de su primer párrafo y en la integridad del segundo, expone lo que los numerales 19 y 13 de la Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, engloban como origen del derecho de acceso a la información: "El derecho a la información será garantizado por el Estado. Toda persona tiene de-

²³ Artículo 2o. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Doc., https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.

recho 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.”

A continuación, el cuerpo constitucional expone y delimita los mínimos requisitos y obligaciones para las partes en un supuesto ejercicio del derecho de acceso a la información, es decir, una solicitud de información a una entidad pública.

...

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...

En tal virtud, en la fracción I del inciso A del Artículo 6o.²⁴, la Constitución general reconoce el principio de máxima publicidad desarrollado y explicado en acápites precedentes del presente trabajo. También prevé que toda la información o acto que las autoridades elaboren por mandato de ley, están obligadas a documentarlo y que solo excepcionalmente, bajo supuestos específicos, la ley determinará sus supuestos de reserva o inexistencia.

En las fracciones II y III del mismo apartado, se plasma la excepción contenida en el Artículo 13.2.a de la Convención Americana de Derechos Humanos, salvaguardando la integridad, respeto a los derechos y moralidad de terceras personas. Además, se establece como presupuesto, que cualquier persona podrá acceder a la información, incluso sin justificar algún interés para su obtención, esto reviste de lógica en atención a que, como ya se expuso en secciones *supra* desarrolladas el ciudadano es el legítimo titular de la información almacenada, producida o utilizada por el aparato de gobierno, en sus tres poderes, niveles, bifurcaciones o modalidades.

Es oportuno resaltar que en la fracción I, se expone un abanico de autoridades bastante amplio, que a pesar de establecer el concepto de “cualquier autoridad” en México existen criterios para determinar cuándo una autoridad actúa como tal y cuando no, por lo que creemos acertada la inclusión del siguiente catálogo:

I.- Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal...

Ahora bien, continuando con el desglose de las fracciones la fracción IV prevé la implementación de mecanismos que sean expeditos tanto para el ejercicio del derecho como para su eventual y circunstancial revisión, esto resulta armónico con el Artículo 17

²⁴ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

de la Constitución Federal, no obstante, dicha fracción continúa exponiendo: “.. que se sustanciarán ante los organismos autónomos especializados e imparciales que establece esta Constitución”. En tal virtud la misma Constitución mandata la creación de un organismo autónomo especializado y garante del derecho humano y fundamental de acceso a la información del mismo se hablará más adelante.

En la siguiente fracción, es decir la V, se potencializa el derecho de máxima publicidad –o transparencia máxima, según la Resolución del Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos²⁵– esto en atención a que prevé la obligación de las autoridades a efecto que deban: “preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos”.

En cuanto a las fracciones VI y VII prevén dos de los axiomas del derecho de acceso a la información, el principio de legalidad y de sanción, la primera de ellas dispone: “Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales”; de esta forma la Constitución prevé que la ley será el instrumento mediante el cual se establezcan los mecanismos por los que la información será puesta a disposición de los ciudadanos, como se sabe, en México se cuenta actualmente con el dicho sistema que por medio de una plataforma digital denominada como “Plataforma Nacional de Transparencia” se puede solicitar información, además los sujetos obligados cuentan con una “Unidad de Enlace” la cual es la responsable de recibir y atender dichas solicitudes, además de poner a disposición en el portal web del sujeto obligado toda la información que de forma oficiosa y obligatoria debe poner a disposición de los gobernados.

VII. CONCLUSIÓN

Existen actitudes de los sujetos obligados que buscan alejarse del respeto al derecho de acceso a la información, excediendo en extremo los límites a tal derecho, interpretando de forma extensiva las excepciones a su ejercicio y restringiendo el principio de progresividad. Por lo que se invita a los sujetos obligados a otear el génesis y razón de este derecho, el cual más allá de una simple petición para saber, es el ejercicio pleno de la vigilancia soberana del mandato constitucional que los ciudadanos delegan para su cumplimiento a los distintos órganos y entes gubernamentales.

Así entonces, el presente documento se inscribe en el encuentro de los orígenes internacionales del derecho de acceso a la información como herramienta que nos per-

²⁵ Ver nota 15.

mite ser capaces de verificar si la actuación de las autoridades en este tema, es apegada a los axiomas que rigen este derecho fundamental, que hoy por hoy resulta de suma importancia para la participación política del gobernado, quien al ejercer puntualmente estos sus derechos –acceso a la información, rendición de cuentas, fiscalización, participación democrática en la vida pública, entre otros– pasa de gobernado a ciudadano empoderado acorde, en ejercicio, apego y defensa de los principios establecidos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como por los diversos tratados que dieron pie a su desarrollo.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de mayo de 1999, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.
- Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.
- Declaración de Chapultepec*, Sociedad Interamericana de Prensa, <http://portales.te.gob.mx/internacional/sites/portales.te.gob.mx.internacional/files/DECLARACION%20DE%20CHAPULTEPEC.pdf>.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- Informe anual del relator especial para la libertad de expresión 1999*, Organización de los Estados Americanos, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%201999.pdf>.
- Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Organización de las Naciones Unidas, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.
- Principios sobre el derecho de acceso a la información*, CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), Comité Jurídico Interamericano, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf.
- Promoción y protección a la libertad de opinión y expresión*, Informe del Relator Especial de la ONU, E/CN.4/1998/40, 28 de enero de 1998.
- Promoción y protección a la libertad de opinión y expresión*, Informe del Relator Especial de la ONU, E/CN.4/2000/63, 18 de enero de 2000.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/1997/Comunicados%207-13.htm#13>.
- Resolución 59*, Organización de las Naciones Unidas, [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59\(I\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/59(I)).

EL ACTUAL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EL PRINCIPIO DE RESIDENCIA EN LAS RENTAS DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES

César GARCÍA NOVOA¹

SUMARIO

I. *Introducción. Contexto internacional y aplicación de la norma tributaria en el territorio.* II. *El fenómeno de los puntos de conexión.* III. *Puntos de conexión, residencia y renta mundial.* IV. *Los puntos de conexión en el caso de entidades con personalidad jurídica.* V. *La residencia y la elusión. Planificación fiscal agresiva y tax arbitrage.* VI. *La irrupción de BEPS y el futuro del principio de residencia en la tributación de las rentas empresariales.* VII. *Fuentes de información.*

RESUMEN

La globalización económica ha supuesto un cambio radical en la producción del Derecho Tributario. La generalización de hechos imponibles de carácter internacional, en especial con relación a las actividades y rentas empresariales, supuso un cambio importante en el modelo de fiscalidad, que originariamente se había caracterizado por la existencia de un poder tributario vinculado al territorio, y que hoy es la aplicación de las normas, expresión de un poder tributario determinado, a hechos o situaciones generadas en el exterior o a sujetos no nacionales o no residentes. Por tanto, es indispensable precisar el concepto de los puntos de conexión de las normas tributarias.

PALABRAS CLAVE

Derecho Tributario. Rentas empresariales. Puntos de conexión. Renta mundial. Grupos empresariales. Creación de valor. BEPS.

ABSTRACT

Economic globalization has brought about a radical change in the production of Tax Law. The generalization of taxable events of an international nature, especially in relation to business activities and income, implied a significant change in the taxation model, which had originally been characterized by the existence of a tax authority linked to the territory, and which today is the application of the rules, expression of a determined tax power, to facts or situations generated abroad or to non-national or non-resident subjects. Therefore, it is essential to specify the concept of connection points of tax regulations.

KEY WORDS

Tax Law. Business income. Connection points. World income. Business groups. Value creation. BEPS.

¹ Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Santiago de Compostela.

I. INTRODUCCIÓN. CONTEXTO INTERNACIONAL Y APLICACIÓN DE LA NORMA TRIBUTARIA EN EL TERRITORIO

Es un lugar común afirmar que la globalización económica ha supuesto un cambio radical en la producción del Derecho Tributario, provocando incluso un proceso acentuado de desnaturalización del tributo². El crecimiento exponencial de las operaciones económicas internacionales y transfronterizas, la generalización de la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento supuso la proliferación de los denominados *hechos imponibles internacionales*, a los que se refería Sainz de Bujanda, para mencionar aquellos presupuestos de hecho que se dan cuando un sujeto tiene dos puntos de conexión (residencia con su país y territorialidad con el Estado donde obtiene parte de sus rentas) y por tanto, tiene dos Administraciones con las que relacionarse³.

En efecto; la generalización de hechos imponibles de carácter internacional, en especial con relación a las actividades y rentas empresariales, supuso un cambio importante en el modelo de fiscalidad. Un modelo que, originariamente, se había caracterizado por la existencia de un poder tributario vinculado al territorio. Cuando hacemos referencia a las normas tributarias, que son ejercicio del poder tributario de un Estado y al alcance de las mismas, es necesario recordar que las normas son eficaces en el territorio del ente que las ha dotado de vigencia⁴, pues ello es una consecuencia de la pertenencia de las normas a un ordenamiento jurídico, que, por definición, tiene una base territorial. Así ocurre con el ordenamiento tributario. Algunos fundamentan esta proyección territorial de las normas tributarias en la soberanía (el territorio es un elemento de la soberanía), y así Uckmar afirma que los ciudadanos "únicamente pueden ser sometidos a tributación cuando los presupuestos del impuesto se producen en el territorio del Estado que ejercita

² Cruz Pardial, I., "Globalización económica. Sinónimo de desnaturalización tributaria", *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 109, 2003, p. 60 y ss.; Gutiérrez Lousa, M., y Rodríguez Ondarza, J.A., *Las consecuencias fiscales de la globalización*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, Documentos de Trabajo, núm. 8.

³ Sainz De Bujanda, F., *Sistema de Derecho Financiero (Introducción)*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977, t. I, vol. I, p. 366; y *Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, t. IV, p. 467. Ferreiro Lapatza, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español*, 29ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 37 y ss. También para Udina, M., *Trattato di Diritto Internazionale*, Padova, Cedam, 1949, vol. 10, p. 32 y ss., para quien, el Derecho Internacional Tributario podía ser entendido en sentido más amplio como comprensivo de las normas del ordenamiento internacional que conciernen de un modo u otro al ejercicio del Poder Tributario de los Estados, considerando las relaciones tributarias en cuanto desarrolladas no entre los mismos Estados, sino entre cada Estado y las personas físicas o jurídicas dependientes de este y, así pues, solamente como objeto indirecto y mediato de las normas internacionales. Mientras que el "Derecho Tributario Internacional", estaría integrado por las "normas tributarias internas relativas a las relaciones con el extranjero".

⁴ Berliri, A., *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 5. También, *Principios de Derecho Tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1964, vol. I, pp. 151 y 152.

el poder impositivo”⁵. Pero sin necesidad de recurrir a un concepto obsoleto de soberanía fiscal se puede fundar esta incidencia territorial en la esencia misma de la vigencia de las normas. Para que las normas jurídicas sean aplicables a situaciones de la vida real las mismas deben estar vigentes en el lugar en que se hayan producido esas situaciones⁶. Las cuestiones que plantea esta vigencia territorial de las normas se han estudiado, tradicionalmente, siguiendo el criterio, como señala Berliri, de la *eficacia de las normas tributarias en el espacio* que pretende resolver, entre otros, el interrogante de la delimitación del territorio de las normas fiscales respecto al cual las mismas producen sus efectos⁷. La eficacia territorial de las normas se contrapone a la extraterritorialidad de las mismas; por regla general las normas tributarias carecen de eficacia extraterritorial⁸.

Al tiempo, la eficacia territorial de la norma tributaria configura el marco territorial en el que debe desarrollarse el hecho imponible, entendido como una situación sujeta a tributación normativamente definida, fijando lo que se conoce como el elemento territorial del hecho imponible. Este elemento consiste, precisamente en la vinculación que las situaciones sujetas tienen con un determinado territorio. Y configura también el propio elemento territorial de la obligación tributaria, que Altamirano describe como el ámbito espacial de injerencia de la obligación tributaria definida en la ley⁹. Precisamente, la irrupción de Internet como espacio en el que se pueden desarrollar actos, hechos o negocios, trajo consigo un efecto de *desterritorialización* de la fiscalidad¹⁰.

Como señalaba el propio Berliri, cuestión diferente a la de la eficacia de la norma en el territorio es determinar la extensión de la ley en el espacio, esto es, fijar los hechos que la ley de un Estado puede regular cuando los mismos se realicen total o parcialmente fuera de su territorio o por ciudadanos de otro Estado. Sobre la base de la tradicional distinción de Berliri, la diferenciación entre Derecho Tributario Internacional –normas na-

⁵ Uckmar, V., “Influencia del domicilio, de la residencia y de la nacionalidad en el Derecho Tributario”, *RDFHP*, Madrid, núm. 25, 1956, p. 586.

⁶ Menéndez Moreno, A., *Lecciones de Derecho Financiero*, Valladolid, Lex Nova, 2013, p. 128.

⁷ Berliri, A., *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, op. cit., p. 14.

⁸ López Espadafor, C.M., “Los criterios de sujeción a las normas tributarias ante la nueva Ley General Tributaria”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid, núm. 121, 2004, p. 9 y ss. FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) es ejemplo excepcional de norma tributaria con alcance extraterritorial.

⁹ Altamirano, A., *Derecho Tributario, Teoría General*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2012, p. 419.

¹⁰ Sobre la cuestión, Gustafson, C., “The role of international law and practice in addressing international tax issues in the global era”, *Villanova Law Review*, Philadelphia, vol. 56, núm. 3, 2011, p. 475; De Juan Ledesma, A., “Internet y nuevas tecnologías en telecomunicaciones: nuevos retos de la fiscalidad internacional”, *Impuestos. Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1998, t. II, p. 1192.

cionales– y Derecho Internacional Tributario –normas internacionales– ha sido muy habitual en la doctrina clásica¹¹. Históricamente se han extraído importantes conclusiones de este juego consistente en modificar el orden factores que en esta cuestión, *sí altera el producto* (como dice Montañó Galarza, “el orden de las palabras no es apático”)¹². Aunque se trate de una diferenciación cuya relevancia práctica es más que discutible.

Si alguna virtualidad tiene esta distinción, es fundamentalmente, la de servir como un aceptable instrumento para ayudar a discernir entre un Derecho Internacional integrado por genuinas normas de cuño internacional (los Convenios de Doble Imposición), antecedente de las propuestas más recientes de un *international tax regime*, y un Derecho puramente interno, destinado a regular las consecuencias fiscales de lo que hemos mencionado como hechos imposables con trascendencia o dimensión internacional.

Estos hechos imposables de dimensión internacional, aunque son hipótesis de incidencia tributaria definidas en la ley, suponen que una o varias de las situaciones contempladas en su definición legal tienen algún *elemento de extranjería*, entendido como circunstancia que pone en liza distintos ordenamientos nacionales. Lo peculiar es la manera en que ese elemento de extranjería se define en Derecho Tributario. El poder tributario y las relaciones tributarias generadas a su abrigo, son expresiones jurídicas genuinamente internas o nacionales, puesto que la vinculación fiscal permanente se produce con relación a un Estado. Ni la Administración ni los jueces aplican, en Derecho Tributario, Derecho extranjero, por lo que no hay normas de conflicto, en sentido estricto del término. La cuestión no es de aplicación de Derecho extranjero sino de aplicación de las normas, expresión de un poder tributario determinado, a hechos o situaciones generadas en el exterior o a sujetos no nacionales o no residentes. Al Derecho interno con dimensión internacional (Derecho Tributario Internacional) le corresponde, pues, definir los *puntos de conexión*, a efectos de perfilar el alcance de las competencias tributarias del Estado¹³.

II. EL FENÓMENO DE LOS PUNTOS DE CONEXIÓN

Para ello resulta fundamental precisar el contenido conceptual de los que se llaman *puntos de conexión* de las normas tributarias. Estos abarcarían las conexiones de naturaleza real (situación o localización del bien o fuente de la renta) o personal (residencia, domicilio o nacionalidad)¹⁴. Esta tipología de preceptos tributarios se recogen en la Ley 58/2003,

¹¹ Sainz De Bujanda, F., *Sistema de Derecho Financiero (Introducción)*, op. cit., p. 366; y *Hacienda y Derecho*, op. cit., p. 467. Ferreiro Lapatz, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español*, op. cit., p. 37 y ss. También para Udina, M., *Trattato di Diritto Internazionale*, op. cit., p. 32 y ss.

¹² Montañó Galarza, C., *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007, p. 13.

¹³ Taveira Torres, H., *Plurirributação Internacional sobre as Rendias de Empresas*, Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 642.

¹⁴ *Ibidem*, p. 95.

General Tributaria, de 17 de diciembre (en adelante, LGT), cuyo numeral 11 dispone que “los tributos se aplicarán conforme a los criterios de residencia o territorialidad que establezca la Ley en cada caso”, y añadiéndose que “... en su defecto, los tributos de carácter personal se exigirán conforme al criterio de residencia y los demás tributos conforme al criterio de territorialidad que resulte más adecuado a la naturaleza del objeto gravado”.

Las normas que, dentro del ordenamiento tributario, regulan los distintos puntos de conexión, y, en particular, disciplinan la residencia, se conocen como normas de Derecho Tributario Internacional. Y más en concreto, se refieren a los casos en que no todos los puntos de conexión apuntan al mismo Estado. Si una renta es obtenida en España por un nacional y residente español no existe ningún componente o elemento de extranjería¹⁵. Pero si, como consecuencia de los puntos de conexión regulados por las normas de Derecho Tributario Internacional, entra en juego el ordenamiento fiscal de diversos Estados, la determinación de la carga aplicable deja de ser una cuestión del Derecho Tributario Internacional para tener que resolverse en el marco del llamado Derecho Internacional Tributario¹⁶.

En la definición de los puntos de conexión existe una gran variedad de alternativas en el Derecho comparado, sobre la base de la célebre distinción entre puntos de conexión personales y puntos de conexión territoriales. Además, la normativa relativa a los puntos de conexión suele regular condiciones personales en virtud de las cuales los propios Estados limitan el ejercicio de su soberanía tributaria. Y esas condiciones suponen una mayor o menor vinculación con el territorio. Desde un simple *genuine link* como el caso de la India (basta cualquier conexión con el país para que se grave una renta, incluso la obtenida en el exterior) hasta aquellos ejemplos de legislaciones internas que exigen vínculos de carácter material o fáctico del sujeto con el territorio (*locally related attachment criteria*) como la residencia cualificada (cualificación de la permanencia con la titularidad de una vivienda) o la condición de domiciliado, que requiere la prueba de una voluntad de establecerse permanentemente¹⁷.

En cualquier caso, y aunque hay quien atribuye a la distinción escasa virtualidad práctica¹⁸, hay que seguir diferenciando entre criterios territoriales y criterios personales.

¹⁵ La territorialidad en sentido formal hace referencia, en palabras de López Espadafor, C.M., a los problemas de que sobre el territorio de un Estado solamente tiene vigor su propia ley...”; *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1995, p. 76.

¹⁶ Falcón y Tella, R., y Pulido Guerra, E., *Derecho Fiscal Internacional*, 2ª. ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 12.

¹⁷ Lang, M., *Introducción al Derecho de los convenios para evitar la doble imposición*, trad. de Diego Quiñones, Amsterdam-Bogotá, Temis-IBFD, 2014, p. 1; Vogel, K., *On Double Tax Conventions*, London, Kluwer, 1997, p. 228.

¹⁸ Herrera Molina, P.M., “La residencia y la nacionalidad como puntos de conexión en materia tributaria”; García Novoa, C., y Hoyos Jiménez, C., *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2012, t. I, p. 380.

En el caso de los criterios territoriales, es posible referirse a un doble nivel de incidencia territorial. Por un lado estarían aquellos Estados que solo gravan la renta producida o generada en el territorio, lo que supone que la renta obtenida en el exterior no tributa nunca en el país que se orienta por este criterio territorial (diversos países de América Latina como Panamá, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguay o Bolivia siguen este criterio). Y no se grava, ni siquiera cuando dicha renta exterior es repatriada. En segundo lugar, existe una modalidad ligada al régimen británico del *non-dom*, según el cual ciertos residentes son gravados exclusivamente por las rentas obtenidas en el territorio, además de las percibidas del exterior en el momento en que las mismas son percibidas o repatriadas –*remittance basis regime*–. De esta manera, los países que siguen el régimen de los residentes no domiciliados no deja exentas o no sujetas las rentas de fuente extranjera (a diferencia de los países que aplican el criterio de la fuente) sino que simplemente retrasan su imputación hasta el momento en que se “remiten” al país de residencia¹⁹. Un sistema similar, es el contemplado en Portugal con el régimen fiscal de residentes no habituales, regulado en el Decreto Ley núm. 249/2009, de 23 de septiembre, y que prevé el no gravamen de los rendimientos de fuente extranjera en el momento de su percepción, siempre que el perceptor no hubiera sido residente en Portugal en los últimos cinco años.

En segundo lugar, los criterios personales son los que toman como fundamento las condiciones personales que un Estado atribuye a determinados sujetos; bien por considerarlos partícipes de una comunidad política, bien por asignarles cualquier otro tipo de *status* especial. El principal elemento de carácter personal es la nacionalidad, como vínculo civil más importante. De acuerdo con la nacionalidad, las leyes tributarias se aplicarían a todos los ciudadanos que ostentaran la nacionalidad del país en cuestión, fuere cual fuere el lugar de residencia y fuere cual fuere el lugar donde se realizare el hecho imponible. Esto es: el criterio de la nacionalidad permite sujetar a un ciudadano al ordenamiento del Estado del que es nacional allí donde se encuentre. Por eso, precisamente, en los ordenamientos supranacionales, las singularidades en materia de nacionalidad resultan excluidas, como ocurre en relación con la prohibición de discriminaciones por razón de la nacionalidad en el ordenamiento de la Unión Europea²⁰.

¹⁹ Falcón y Tella, R., “El cierre registral, los residentes no domiciliados y otras curiosidades del informe de los expertos sobre la reforma fiscal”, *Quincena Fiscal*, Madrid, núm. 11, 2014, p. 7.

²⁰ Recordemos al respecto lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-137, de 1996, al decir que, “como es sabido, el concepto de supranacionalidad dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena implica que los países miembro de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembro, sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter

Aunque es frecuente desconocer la relevancia de la nacionalidad como punto de conexión (probablemente porque la misma se adscribe a la cultura tributaria de Estados Unidos) no se debe olvidar la íntima relación entre el criterio de la nacionalidad y el principio de no discriminación (no solo en el ámbito del Derecho de la Unión europea, sino en la cláusula de no discriminación del Artículo 24 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE)²¹.

Ni tampoco cabe olvidar la importancia de las personas jurídicas como sujetos tributarios y la existencia de una regla específica de nacionalidad de las sociedades, de manera que la nacionalidad se aplicaría hoy en día en el caso singular de las compañías con forma mercantil. Este aspecto es importante, porque nos referiremos de forma especial a los puntos de conexión que se siguen para el gravamen de las rentas derivadas de actividades empresariales.

III. PUNTOS DE CONEXIÓN, RESIDENCIA Y RENTA MUNDIAL

Obviamente, no son idénticos los parámetros que rigen la residencia de las personas físicas y la de las personas jurídicas. Pero en ambos casos, la regla de la residencia aparece ligada al gravamen de la renta mundial (*world wide income*), según la cual se tributa en el país de residencia por toda la renta obtenida a nivel global. Además, el gravamen del residente a efectos de respetar la capacidad económica, requiere que los ordenamientos nacionales no introduzcan distinciones arbitrarias entre dos contribuyentes con igual capacidad económica (en este caso, con la misma renta), por el hecho de que el primero realice su hecho imponible exclusivamente en el territorio de su Estado de residencia y que el otro incurra en un hecho imponible internacional o transfronterizo y obtenga parte

subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros de los tratados de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando esta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) –dentro del efecto conocido como *preemption*– a la norma nacional”.

²¹ Y también hay que tener presente la proyección del criterio de nacionalidad. Como recuerda Herrera Molina, P.M., hay que recordar que “las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo (libertad comunitaria de establecimiento), a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”. “La residencia y la nacionalidad como puntos de conexión en materia tributaria”, García Novoa, C., y Hoyos Jiménez, C., *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, op. cit., p. 380.

de su renta en el territorio de un Estado diferente. El principio de capacidad económica requiere que la operatividad del *world wide income* se lleve a cabo sin menoscabar el tratamiento igualitario desde el punto de vista de la capacidad económica entre quienes obtienen todas sus rentas en el país de residencia y quienes la consiguen parcialmente en otro Estado.

En las personas físicas la residencia se vincula, con carácter general, a la renta mundial, aunque hay algunos países que no aplican el criterio de sujeción al impuesto por la renta mundial a todos los residentes, sino solo a los residentes que además sean nacionales, como es el caso de Filipinas, o que estén domiciliados, como el caso del Reino Unido. Como recuerda Falcón y Tella, se consideran domiciliados a los nacidos en el territorio del país y a los que han adquirido dicho domicilio por matrimonio o por opción, cumplidos ciertos requisitos²². Y también respecto a las personas físicas, el punto de conexión *residencia* es un concepto definido por las normas domésticas que toma en consideración el elemento territorial a partir de un lapso temporal de permanencia. Y así lo hace la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). La Ley reguladora del IRPF, en su Artículo 9o., atiende a tres criterios.

En primer lugar, a la permanencia durante un período de tiempo determinado. La permanencia es el elemento objetivo de la residencia. Como señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de noviembre de 2009 (8294/2003, Caso Arantxa Sánchez Vicario) para adquirir la condición de residente en España se exige un elemento espiritual, la *intención* de residir en un lugar determinado y, por otro lado, un elemento material, la residencia efectiva, a través del elemento objetivo de la *permanencia* como rasgo definidor de la residencia.

Ese período, siguiendo lo que es habitual en el Derecho comparado, suele fijarse en un número de días equivalente a la mitad más uno del año natural. Pero, dado que la residencia es un *status* creado por la ley y no una situación de permanencia de hecho, el transcurso de ese período temporal es el presupuesto para adquirir tal *status*. De ahí que la norma determine la manera en que se computa ese período y disponga, por ejemplo, que los 183 días no han de contabilizarse de forma continuada, sino que tal cómputo incluirá las ausencias esporádicas²³.

El no tener en cuenta las ausencias temporales supone que la interrupción de la permanencia por una ausencia de este tipo no afecta a la contabilización del tiempo ni, por tanto, hace perder la condición de residente. Así, no se exige una permanencia efectiva ni

²² Falcón y Tella, R., "El cierre registral, los residentes no domiciliados y otras curiosidades del Informe de los expertos sobre la reforma fiscal", *op.cit.*, p. 7.

²³ Rodríguez Rodríguez, A., "Residencia de las personas físicas: aspectos prácticos", *Cuadernos de formación*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, vol. 11, p. 261.

que la presencia se lleve a cabo con voluntad de establecerse definitivamente en España; solo permite no computar las ausencias que no tiene carácter definitivo. No existe ningún matiz en cuanto a que la permanencia efectiva deba denotar una voluntad de continuidad o *definitividad*, lo que aleja al modelo español de cómputo de la residencia del esquema propio del ordenamiento británico. El modelo anglosajón de contabilización de la permanencia, a efectos de atribuir la condición de residente, típico del Reino Unido, se basa en la atribución de dos condiciones personales: la de residente y la de domiciliado, y dentro de la primera se diferencia entre la simple residencia y la *qualified resident* o condición de *residente cualificado*. La atribución de una u otra condición se fundamenta en el mayor o menor grado de *definitividad* de la permanencia; mientras para ser residente solamente es necesaria la presencia física por más de noventa días, la condición de residente cualificado implica la titularidad de una vivienda, aunque no sea en propiedad, mientras que el *status* de domiciliado se alcanza por el dato, acreditado mediante elementos objetivos, de la voluntad de establecerse permanentemente.

Pero, como dijimos, en el ordenamiento español únicamente se cualifica la presencia en territorio español a partir de la exclusión de aquellas ausencias esporádicas que no son tenidas en cuenta a efectos de la residencia en España de las personas físicas²⁴.

Las ausencias tendrán la condición de *esporádicas* cuando de las condiciones de tal ausencia o de los motivos de la misma no se infiera una vocación de *definitividad*. Esto es, cuando la ausencia sea por motivos de los que, objetivamente, quepa deducir una voluntad de retorno (trabajos esporádicos, permanencias en el exterior por motivos de negocios o gestiones, vacaciones, estudios...). Estas no se descuentan del número de días necesarios para fijar la presencia mínima de 183, siempre que tales ausencias temporales se hayan producido cuando la persona física ya se encuentra en España con la intención de convertirse en residente fiscal [así, la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT) en su respuesta a consulta de 23 de febrero de 2000]. Por tanto, el cómputo de los 183 días del período temporal se hará sobre la base de la permanencia en España, acreditada por los diversos medios admitidos en Derecho²⁵ (contratos de alquiler o de suministro,

²⁴ Así lo ha manifestado, respecto a la amplitud del concepto hecho negativo a efectos de su acreditación, la Sentencia del Tribunal Supremo (TS), de 25 de febrero de 2009.

²⁵ A efectos de acreditación de la residencia en cuestiones de Seguridad Social, la Comisión europea ha publicado, en enero de 2014, su *Practical Guide, The legislation that applies to workers in European Union, que establece los distintos medios de prueba de la residencia*. Entre los medios de prueba habituales se citan extractos de cuentas bancarias y otros documentos, cartas enviadas, e-mails remitidos, billetes de avión expedidos en España, contratos de trabajo firmados de servicios prestados en España, informes de la Tesorería General de la Seguridad Social, relación de teléfonos móviles, imputaciones de compañías telefónicas en España... Martín Huerta, S., "La residencia fiscal de las personas físicas según la legislación española y la del Reino Unido," *Cuadernos de formación*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, vol. 10, p. 102.

relación laboral o lazos familiares, vínculos económicos, empadronamiento...)²⁶. Sin embargo, no se incluyen las ausencias esporádicas, ni aquellas estancias temporales en España que sean consecuencia de las obligaciones contraídas en acuerdos de colaboración cultural o humanitaria a título gratuito, con las Administraciones Públicas españolas²⁷.

Siendo la ausencia un hecho negativo, el modo más eficaz de probar esta circunstancia es hacerlo a través de la adveración de hechos positivos incompatibles, desplazando a la otra parte (la Administración Tributaria) la carga de enervar tales hechos incompatibles. Así, la ausencia puede probarse por la presencia en otro Estado y la ausencia será esporádica en la medida en que la presencia en otro país no atribuya la condición de

²⁶ Según el Artículo 16 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, tras la modificación por Ley 4/1996, de 10 de enero (en vigor desde el 13 de enero de 1996), el certificado de empadronamiento, según la legislación interna española, “prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo”, y no presunción legal. En este sentido, conviene recordar que el certificado de empadronamiento era presunción *iuris tantum* hasta la modificación de la Ley 7/1985 por la Ley de 4/1996 que modifica el carácter de tal documento público, señalando que constituye prueba de residencia en el Municipio y del domicilio habitual en el mismo (Artículo 3o. de la Ley 4/1996 que modifica el Artículo 16 de la Ley 7/1985). Ello obliga a quien sostiene la no residencia (que puede ser la Administración Tributaria), a desarrollar una actividad probatoria suficiente para desvirtuar la prueba que constituye este documento.

²⁷ Entramos aquí en una cuestión que va más allá de lo terminológico y es la que hace referencia a si es lo mismo *probar* la residencia que *acreditarla*. En la medida en que el texto de la Ley del IRPF procedió a reemplazar, con efectos del 1 de enero de 1999, la frase se “pruebe” la residencia, por la expresión se “acredite”. Para Medina Cepero, J.R., ello tiene un significado que trasciende lo estrictamente terminológico, pues supondría la implantación de una regla de prueba preferente, cuando no tasada, ya que no se podría probar la residencia con otro medio de prueba que no fuese una acreditación de las autoridades fiscales del Estado que corresponda, rompiendo con ello la regla general según la cual, en materia tributaria, prevalece la regla de la libertad de prueba, procedente de la Ley de Enjuiciamiento Civil; “Los criterios para determinar la residencia fiscal”, *Impuestos. Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Madrid, núm. 22, 2006, p. 19. Se trata de un criterio general que solo se ha excepcionado por algún pronunciamiento jurisprudencial aislado, como la sentencia del TSJ de Madrid, de 14 de junio de 2005 (NFJ021176), según el cual, “por la prueba documental consideramos que el actor tiene su residencia habitual en España y que es conforme a derecho la valoración jurídica que tanto el Tribunal Regional como el acuerdo de la Inspección hacen de esa documentación”. No obstante, existe una tendencia jurisprudencial que ha venido confirmando la tesis de la Administración, conforme la cual la prueba de la residencia en otro Estado únicamente puede llevarse a cabo a través del certificado expedido por la Administración española. Según la STSJ de Galicia, de 30 de abril de 2007 (NFJ027147), “para acreditar la residencia fiscal en un determinado país, solo se puede aceptar el certificado expedido por la autoridad fiscal competente de ese país en el conste su permanencia y sus obligaciones fiscales en el mismo”. Y aunque existe libertad de prueba, el medio óptimo de acreditación será documental. Descartando otros documentos como pasaportes o tarjetas de residentes de países extranjeros, será el certificado de residencia de ese otro país la forma de acreditar la residencia en él y enervar la posible catalogación de una ausencia como temporal (Resolución de la Dirección General de Tributos núm. 66/2009, de 19 de enero).

residente en este. Si el particular prueba la residencia en otro país, será la Administración Fiscal española quien tendrá que controvertir esa condición de residente en otro Estado²⁸.

La referencia al año natural supone que el cómputo del plazo de permanencia debe realizarse en referencia al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año. Interpretando este precepto en resolución de diversas consultas, la DGT ha confirmado que el criterio de presencia al menos durante 183 días en el territorio español, se establece durante el año natural y que este se determina por años naturales completos²⁹, y el inicio del cómputo vendrá determinado por el primer día de la mera estancia o presencia física concurriendo elementos objetivos que permitan inferir una vocación de permanencia en dicha estancia³⁰.

En suma, si el período de tiempo transcurrido desde el primer día de la nueva residencia en territorio español hasta la finalización del período impositivo es superior a ciento ochenta y tres días, y no se acredita la residencia fiscal en otro país, se tendrá la condición de contribuyente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, manteniendo esta condición hasta que se acredite tener la condición de residente en otro Estado por razón de una permanencia mayor a 183 días.

La condición de residente en un determinado país deberá ser certificada por sus autoridades fiscales. Respecto al contenido de ese certificado, la Administración española viene exigiendo que en el mismo conste el período de permanencia y las obligaciones fiscales en el Estado de residencia. Así se desprende de la Orden HAC/3626/2003, de 23 de diciembre (BOE de 30 de diciembre). En la práctica suele tratarse de obligaciones fiscales cumplidas, por lo que la emisión del certificado requiere que, previamente, el contribuyente haya cumplido dichas obligaciones fiscales mediante la presentación de las respectivas declaraciones. Así, en respuesta a Consulta 0296-02 de 25 de febrero de 2002, la DGT señala que:

²⁸ Así, por ejemplo, para la Audiencia Nacional (en adelante AN), en Sentencia de 30 de noviembre de 2001 (NFJ011961), se considera "probada la residencia fuera de España de una persona física con establecimiento permanente en territorio español y con residencia en Mónaco, al aportar su tarjeta de residencia, pasaporte expedido en el consulado de Marsella, por certificarlo el propio cónsul y por así haberlo notificado en su momento a la Delegación de Hacienda de Madrid a los oportunos efectos". No obstante, la AN viene rechazando que quepa probar la residencia utilizando el pasaporte como medio de prueba o la tarjeta de residente, optando por la certificación de residencia fiscal, expedida por la autoridad fiscal competente. Así queda claro, a partir del texto de la sentencia de la propia AN de 30 de noviembre de 2006, la cual señala que "... sin embargo, la prueba que debería haber aportado es la certificación de su residencia en Israel, por lo que no procede la anulación del acto administrativo".

²⁹ Respuesta a Consulta V0296-02, de 25 de febrero de 2002.

³⁰ Respuestas a Consulta V0320-00, de 23 de febrero de 2000.

... el certificado de residencia fiscal debe expresar que la persona tiene su residencia fiscal en el Estado que lo expide, debe estar sujeto a imposición en el mismo por su renta mundial y debe ser expedido por la autoridad fiscal competente. En el caso que exista Convenio para evitar la Doble Imposición se adjuntará un certificado de residencia fiscal expedido por la autoridad fiscal correspondiente, en el que deberá constar expresamente que el contribuyente es residente en el sentido del Convenio³¹.

No obstante, es posible que el certificado de residencia se otorgue en ese otro Estado atendiendo a criterios distintos de la permanencia efectiva, por lo que en la práctica ello puede suponer una imposibilidad de la Administración española para determinar, con aceptable exactitud, las ausencias temporales.

Al margen de que sería deseable que la norma especificase que las certificaciones de residencia en el extranjero, a efectos de prueba del carácter no temporal de la ausencia, se basen en la permanencia efectiva y no en otros criterios (como por otro lado se exige para los Estados calificados como paraísos fiscales), en la práctica la condición de residente de las personas físicas basada en la permanencia supone que la Administración seguirá considerando que tiene tal *status* quien haya permanecido el número de días fijados en la Ley hasta que el contribuyente acredite haber adquirido la residencia de otro Estado. Con la redacción actual de la norma, la Administración no puede computar las ausencias temporales en la determinación de los 183 días de permanencia cuando el contribuyente aporte cualquier tipo de certificado de otro Estado, salvo que este se encuentre catalogado como paraíso fiscal. En la actualidad, en estos casos, la Administración tendría que acudir al segundo criterio (el de los intereses económicos), tal y como se pronunció la DGT en la respuesta a Consulta 0893-98, de 26 de mayo de 1998, en la cual se insistió que la existencia de una certificación acredita:

... que una persona ha permanecido por un período superior a 183 días durante el año en ese país y, por consiguiente, no puede ser considerado residente fiscalmente en España, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, uno, a) anteriormente citado; pero no presupone que dicha persona no pueda ser considerada residente fiscalmente en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, uno, b), esto es, por la radicación en España del núcleo principal de sus actividades empresariales o profesionales de sus intereses económicos.

³¹ No obstante, cabe admitir otros medios de prueba diferentes del certificado de residencia, como se señala en las Recomendaciones de la Comisión Europea de 19 de octubre de 2009, sobre los procedimientos de reducción de la retención a cuenta (2009/784/CE). Véase, al respecto Prieto Moliner, P., "Residencia fiscal de las personas físicas: aspectos relevantes", *Cuadernos de formación*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2014, vol. 17, pp. 250-251.

Además, el Artículo 9o. de la Ley del IRPF incluye una medida especial prevista para los Estados o territorios calificados como paraísos fiscales. En el caso de que se trate de un paraíso fiscal, la Administración podrá exigir que se pruebe la permanencia en territorio español durante 183 días del año natural. Esta regla es complementaria de la prevista en el Artículo 8,2 y ambas integran las denominadas *medidas antiparaíso*. Este precepto incluye la regla de mantenimiento de la residencia en caso de traslado a un paraíso fiscal durante los cuatro períodos impositivos siguientes (la llamada *cuarentena fiscal*). En suma, en el caso de países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, la Administración tributaria podrá exigir que se pruebe la permanencia en tal territorio durante 183 días en el año natural, lo que significa que la Administración española no aceptará como prueba un simple certificado de residencia, sino que exigirá acreditar que dicho certificado se basa en la permanencia.

No se trata aquí de profundizar en el concepto de *paraíso fiscal*³², pero sí recordar que es habitual, en el Derecho comparado, el sistema de listas negras (*black list*), como sería el caso, en España, del RD 1080/1991, modificado por el RD 116/2003, de 31 de enero. Y no tendrán tal condición nunca aquellos Estados que suscriban un Convenio de Doble Imposición con cláusula de intercambio de información y aquellos de la Unión Europea a los que les resulten aplicables las normas de la Unión en materia de intercambio de información (singularmente, la Directiva 2011/16/UE, teniendo en cuenta las disposiciones sobre intercambio automático, aprobadas en marzo de 2014 y las modificaciones incluidas en la Directiva 2014/107/UE). En suma, y dado que en España sigue existiendo una lista negra, tendrá la condición de paraíso cualquier Estado que figure en la citada lista salvo que haya concertado un Convenio de Doble Imposición, un acuerdo de intercambio de información o pertenezca a la Unión Europea³³.

La Ley española incluye un segundo criterio que es la residencia en España del cónyuge no separado y los hijos menores del contribuyente, en torno a la cual se articula una presunción legal *iuris tantum*. Al tratarse de una presunción legal, la norma establece

³² Esta segunda fase supone entrar en el análisis de la aplicación práctica de los mecanismos de intercambio de información, de la existencia de una verdadera actitud positiva de las autoridades para dar información y de la existencia de facilidades o de dificultades administrativas para propiciar este intercambio, además de la calidad de los datos intercambiados.

³³ Por tanto, siempre que nos encontremos con un Estado caracterizado como paraíso fiscal, será necesario acreditar una determinada permanencia. Así, la Sentencia de la AN de 30 de marzo de 2007 (NFJ025519), “para evidenciar que no se es residente en España, una tarjeta de *sejour* en Mónaco no es definitoria de la residencia fiscal en el Principado, ni constituye prueba alguna que determine que no concurren en España, ni la permanencia ni el centro de intereses económicos, ya que ninguno de los requisitos exigidos para su obtención hace referencia a una determinada permanencia en el país.

un hecho base, la residencia en España del cónyuge e hijos menores, que es necesario acreditar plenamente. Y un hecho presumido, respecto al cual cabe prueba en contra.

Finalmente, el tercer criterio, que en realidad es la fórmula alternativa, atribuye la condición de residente a aquellos sujetos que, aunque no permanezcan en territorio español el período temporal previsto en la norma, tengan en España “el núcleo principal o centro de intereses económicos”. En tal caso, si concurre esta circunstancia, la persona física será residente, aunque no cumpla el requisito de permanencia, de manera que la Administración podrá acudir únicamente a este criterio.

Varios son los fundamentos teóricos de esta regla destinada a regular la atribución de la residencia de las personas naturales.

Esta disposición, calificada como *cláusula de cierre*, pretendería ser un patrón objetivo habilitado por la norma ante la dificultad de determinar en cada caso concreto el presupuesto de hecho (la realidad de la permanencia física por más de 183 días). Se trataría de un ejemplo más de objetivización en la norma tributaria, con el uso de parámetros que definen la realidad a partir de rasgos o indicios³⁴. Y también se trataría de evitar situaciones elusivas, en atención a la circunstancia evidente de que la presencia física en un territorio es difícil de controlar. Dificultades de control que se hacen evidentes en un marco europeo, marcado primero por la afirmación continuada de la libre circulación de personas y trabajadores, y después, por el acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, que supone la supresión del control físico de fronteras en el territorio de la Unión. En este contexto, es necesario habilitar fórmulas complementarias que eviten posibles fraudes en la definición de la condición de residente. Así, la Administración podrá acudir a este criterio, aunque la carga de la prueba de que el núcleo de intereses se encuentra en España correrá necesariamente a cargo de la propia Administración Tributaria.

Pero el término *centro de intereses económicos* es un concepto jurídico indeterminado³⁵, que tiene todas las características propias de este tipo de conceptos. Es un término que trae causa de otra categoría similar que se incluye en el Artículo 4o. del Modelo OCDE cuando regula las reglas relativas a la resolución de conflictos de doble residencia (*tie break rules*) y que es el concepto de *centro de intereses vitales*. A tenor de lo señalado en el artículo 4,2, a) del Modelo OCDE, se entiende por centro de intereses vitales el Estado con que el sujeto mantiene relaciones personales y económicas más estrechas. Esas relaciones se basan en “vínculos de vida familiar e intereses sociales”. Este término

³⁴ Cubero Truyo, A.M., *La simplificación del ordenamiento tributario (desde la perspectiva constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 32.

³⁵ Martín Queralt, J., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: los tributos en particular*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 69.

es más amplio que el de centro de intereses económicos, pues los elementos tomados en consideración para definir este criterio coinciden con la parte del concepto de centro de intereses vitales referente a las “relaciones económicas más estrechas”³⁶. Partiendo de que las relaciones de un sujeto con un Estado pueden ser de carácter personal o de carácter estrictamente económico, el concepto de centro de intereses vitales se refiere a ambas, mientras el de los intereses económicos se refiere al segundo tipo de relaciones. Así lo entiende la Audiencia Nacional en Sentencia de 20 de septiembre de 2001 (JT 2001/1621), que habla del concepto “más amplio” de centro de intereses vitales y de un concepto de centro de intereses económicos “como un criterio puramente economicista que atiende exclusivamente a los intereses económicos del sujeto pasivo”.

Desde esta perspectiva, podrá afirmarse que se tendrá en España el centro de intereses económicos cuando pueda entenderse que el sujeto cuenta en territorio español con elementos que, objetivamente, permitan concluir que está organizando su vida o intereses económicos desde ahí. Esto es; si tiene en España la mayor parte de su patrimonio, las mayores fuentes de renta, si contrata desde España o centraliza en España la actividad de la que proceden la mayor parte de sus rendimientos³⁷.

No obstante, mucho más problemas se plantean respecto a la tributación por renta mundial de las empresas como forma de entidad mercantil y en relación con la residencia de las sociedades.

IV. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN EN EL CASO DE ENTIDADES CON PERSONALIDAD JURÍDICA

Los puntos de conexión residencia-territorio adquieren unas características especiales cuando los referimos a la obtención de rentas empresariales. Y ello, porque es en el ámbito de las rentas empresariales donde más se ha incrementado la producción de hechos imposables de dimensión internacional como consecuencia de la globalización económica. Y sobre todo, es importante destacar el supuesto singular de rentas obtenidas por sujetos con forma de sociedad mercantil.

³⁶ Vega Borrego, F., “Artículo 4. Residencia Fiscal”, *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, La Coruña, Fundación Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004, p. 245.

³⁷ Así, y poniendo algunos ejemplos, la DGT ha entendido que, tiene el centro de sus intereses económicos en España un abogado que a partir de 1 de enero de 2013 reside en Turquía, siendo su esposa turca, pero que sigue desarrollando su trabajo como profesional en España y facturando a empresas españolas, sin tener en Turquía ningún cliente. Para el Centro Directivo, aunque no va a permanecer más de 183 días durante el año natural en territorio español, “se podría presumir que el centro de sus intereses económicos sí reside en España, ya que su actividad profesional como abogado se desarrollará en España...” (Consulta V3084-13, de 17 de octubre de 2013).

Así, un criterio que se está abriendo paso en el Derecho Internacional es el relativo a la nacionalidad de las sociedades. En la historia de las ideas jurídicas se han defendido muchas pautas para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas; voluntad de los fundadores, nacionalidad de los socios, localización de mayor parte de los bienes del activo... Uno de los criterios que más se están difundiendo en la actualidad es el que toma en consideración el lugar de constitución de la personas jurídica (*law of constitution*). Se trataría de una especie de *ius soli* de las sociedades en las que estas tendrían la nacionalidad del lugar donde nacen a la vida jurídica y de acuerdo a cuyo ordenamiento se constituyen. Se trata de una regla muy difundida por su recepción en ciertos instrumentos jurídicos de alcance internacional, como los Tratados de Protección de Inversiones (TPIs). Estos definen la nacionalidad de una persona jurídica atendiendo a que su constitución se haya llevado a cabo de acuerdo con la normativa doméstica de alguno de los Estados firmantes del Tratado.

La pauta del *law of constitution* ha ido adquiriendo importancia a medida que se fue adoptando como regla general en el sistema de Estados Unidos, en el que se parte del lugar donde se localice formalmente la sede social. De esta manera, el sistema fiscal estatal norteamericano se aplica a las empresas constituidas de acuerdo y bajo la ley de los Estados Unidos de América³⁸. A partir de entonces, el lugar de constitución, a pesar de las críticas por resultar manipulable y por las posibilidades de elusión que se derivan de su aplicación, se ha ido extendiendo. Así, destaca por ejemplo, el caso de Irlanda, para cuya legislación una compañía constituida jurídicamente en el país es automáticamente considerada como residente. Existía la excepción de si la sede de la dirección efectiva estaba en otro país (incluso en un paraíso fiscal como Bermudas o las Islas Cayman), prevalecía el criterio sustancial de la residencia en la sede de la dirección efectiva. Circunstancia ésta que propiciaba estructuras elusivas como el *doble irlandés* y que dio lugar a una modificación de la legislación irlandesa con efectos de 1 de enero de 2015, aunque con un período transitorio –*grandfather provisions*– hasta 2020³⁹. Otros países, como Reino Unido (y España, como veremos) acumulan los criterios de nacionalidad (constitución) y residencia (sede de dirección efectiva)⁴⁰.

³⁸ Pomp, R., y Lucas Mas, M.O., "La tributación multiestatal de sociedades en Estados Unidos (una introducción al modelo de articulación entre sistemas tributarios estatales del mercado norteamericano)", *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 122, 2007, p. 143.

³⁹ De acuerdo con la *Finance Bill* de 2014, se establecen como criterios para fijar la residencia de las compañías en Irlanda, la regla general de que si la compañía se constituyó en Irlanda solo será tratada como no residente si el país en el que tiene la sede de la dirección efectiva tiene con la República de Irlanda un Convenio de Doble Imposición.

⁴⁰ González Sánchez, M., "El concepto de residencia fiscal de las entidades en el ámbito de la Unión Europea: la necesidad de su reforma como punto de conexión entre las Administraciones Tributarias y los contribuyentes", *Nueva Fiscalidad*, vol. 10, 2004, p. 148.

En cualquier caso, la residencia en función del lugar de constitución es una pauta que se acepta con carácter general y a la que hacen referencia los Convenios de Doble Imposición. También ha sido el criterio defendido por la OCDE en su documento elaborado por su Grupo Técnico Fiscal (OECD-TAG *Definition of Place of Effective Management in Treaty Tie-Breaker Rule*) para hacer frente al supuesto de grupos multinacionales con presencia en muchos países (propiedades y activos en un Estado, residencia de los directivos en otro, reunión del Consejo de Administración en otro)⁴¹. La OCDE propone “redefinir la residencia atendiendo al lugar de constitución de la entidad” (*the State from the laws of which it drives its legal status*).

En el caso español, el Artículo 8 de la Ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades, sigue la regla del lugar de formalización al decir que se considerarán sujetos del Impuesto sobre Sociedades, entre otras, aquellas personas jurídicas “que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas”. Podría decirse, por tanto, que nuestra normativa considera la nacionalidad de las sociedades como un criterio general de sujeción al impuesto por obligación personal de contribuir. Pero incluye también los criterios de domicilio y el de sede de dirección efectiva, requisito, este último, que concurrirá cuando “en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades”.

El criterio preferente de la nacionalidad en las sociedades resulta especialmente importante si tenemos en cuenta el fenómeno de los grupos de ellas que operan en diversos países (esto es; el fenómeno de los grupos multinacionales o transaccionales) y respecto a los cuales existe la disyuntiva de catalogar como sujetos tributarios, bien al grupo multinacional, bien a cada sociedad individualmente considerada.

La posibilidad de considerar al grupo de sociedades como sujeto evitaría muchos problemas y, además, sería la solución técnica más acorde con el principio de capacidad contributiva, pues la verdadera riqueza gravable en la empresa transnacional es la que se pone de manifiesto en todo el grupo, y no en cada sociedad integrante por separado. Además, haría irrelevantes desde el punto de vista económico las transacciones de esta naturaleza entre las sociedades del grupo, evitando el uso de las mismas como un instrumento de traslación de beneficios.

⁴¹ Tras la actualización de los comentarios del Modelo de Convenio de febrero de 2000, se incluye en los mismos la mención al criterio de la “dirección estratégica” –*key management*– lo que supone reconocer la existencia de varios lugares de *day by day management*, pero manteniendo una clara pretensión de individualizar un solo lugar de dirección efectiva. Ello se hace, no obstante, atendiendo preferentemente a la presencia física de las personas vinculadas a la sociedad –*senior persons* o *group of persons*–, lo que parece absolutamente inadecuado en la era de las comunicaciones informáticas.

A las propuestas que tienen como finalidad configurar como sujeto tributario internacional a los grupos de sociedades se le denominan técnicas de *consolidación fiscal*. Las propuestas de consolidación fiscal que se han barajado no han tenido una traducción práctica, como ocurre con el modelo de *Home State Taxation*, que considera como contribuyente al grupo multinacional y propone su tributación aplicando las normas del Estado de residencia de la matriz⁴². Otros han tenido cierto predicamento en áreas de integración económica como la modalidad del *Common Consolidated Corporate Tax Base*, contenida en la propuesta de la Comisión Europea, de 16 de marzo de 2011, relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCS). Esta propuesta presupone una base armonizada y unas normas dictadas por los órganos de la Unión Europea⁴³, y ha adquirido un notable impulso por la Comisión con la propuesta de 25 de octubre de 2016⁴⁴.

Si la sociedad es parte de un grupo, y es una filial más de una cabecera central (que bien puede ser un *holding* o un centro de coordinación), la regla de renta mundial no se lleva a sus últimas consecuencias. Y ello porque, como se apuntó, el principio *world wide income* no conlleva una consolidación fiscal mundial. Por el contrario, rige el principio de independencia que supone la tributación de cada filial en el Estado en que la misma se haya constituido o en el que tenga su domicilio. De acuerdo con este modelo, una filial constituida en otro país es un sujeto independiente que tributa en el Estado de constitución. Se tributa por toda la renta mundial en el Estado donde radique la sociedad, pero la generalización de sistemas de exención para corregir la doble imposición internacional (que se aplican también respecto a las rentas de establecimientos permanentes en el exterior) supone que únicamente se grave la renta imputable a la sociedad constituida en el país en cuestión.

La tributación de las filiales en el Estado en el que estén constituidas supone, por ejemplo, aceptar la posibilidad de que se utilicen las llamadas *base companies*, que son compañías filiales situadas en territorios de favorable o baja tributación, destinadas a

⁴² Véase García-Torres Fernández, M.J., "La internacionalización de la empresa española: problemas y tributación del beneficio empresarial en la UE (I)", *Quincena Fiscal*, Madrid, núm. 5, 2011, p. 8 y ss.; Magraner Moreno, F., "Hacia un armonización del impuesto sobre sociedades en la Unión Europea: la determinación de la base imponible mediante la normativa del Estado de la sede (*Home State Taxation*)", *Tribuna Fiscal, Revista Tributaria y Financiera*, Madrid, núm. 209, 2008, p. 28 y ss.

⁴³ Cosin Ochaira, R., *Fiscalidad de los precios de transferencia*, Madrid, Ciss, 2007, p. 28; Cordón Ezquerro, T., y Gutiérrez Lousa, M., "La política fiscal en la Unión Europea: ¿convergencia o competencia?", *CLM Economía*, núm. 9, segundo semestre de 2006, pp. 65 y 66.

⁴⁴ Poza Cid, R., y Prieto Cuadrado, M.I., "La base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades (BICCS)", *Cuadernos de formación*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2012, vol. 15, p. 142.

remansar rentas sin que estas lleguen a tributar en el Estado de residencia de su beneficiario último⁴⁵.

Pero, por un lado, la aplicación del principio de residencia como único criterio de tributación internacional (como en su momento propuso el Informe *Neumark*) no es posible hoy en día, ya que los Estados donde se localizan las inversiones no renuncian a gravar la renta que se genera en su territorio⁴⁶. Y también es evidente que la mayoría de los Estados aplican simultáneamente los principios de la residencia y el de la fuente.

En suma, la regla de la independencia y de la empresa separada, condicionan el principio de renta mundial, lo que es especialmente importante con relación a la tributación internacional de los grupos de sociedades. Así, el principio de la renta mundial facilita la neutralidad en la exportación de capitales, al pretender un gravamen de las rentas con independencia de la localización de su fuente. Sin embargo, esa neutralidad se rompe en la medida en que no se produce esa consolidación global de la base gravable. Por otro lado, en tanto las filiales tributan en el Estado donde están radicadas, la renta de la filial va a ser gravada en el Estado de la fuente como beneficio social mediante el *Corporation Tax* que exija el Estado de la fuente⁴⁷. Desde la perspectiva de la matriz situada en el Estado de residencia, ello supone que ese beneficio solo va a ser gravado en el Estado de residencia cuando se repatrie efectivamente en concepto de dividendo pagado por la filial a la matriz. En ese momento es posible que se soporte una doble imposición económica internacional, la cual habrá de ser corregida en el Estado de residencia, pero hasta entonces se producirá un efecto de diferimiento o *tax deferral*. La única excepción será el supuesto de que en el Estado de residencia exista una regla de *controlled foreign companies* (CF) porque la filial es una *base company*⁴⁸.

Pero, sobre todo, la ausencia de un régimen de consolidación supone, como se apuntó, que las operaciones entre matriz y filial, y viceversa, tienen necesariamente re-

⁴⁵ Frente a las mismas se habilita la figura de la *controlled foreign companies*, que es una norma antielusión aplicable cuando se obtienen rentas pasivas a través de *base companies* situadas en territorios de baja tributación: Sanz Gadea, E., "El régimen especial de transparencia fiscal internacional", *Working Papers*, La Coruña, IEE-Banco Pastor-Fundación Barrié, 2000, p. 47.

⁴⁶ Por ello, el Estado de residencia no puede eliminar la tributación, mayor o menor, en el Estado de la fuente porque ello es ajeno a su soberanía. Y por eso, también, la principal amenaza a la neutralidad en la exportación de capitales es la doble imposición jurídica internacional.

⁴⁷ Delgado Pacheco, A., "Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional", *Información Comercial Española ICE: Revista de Economía*, Madrid, núm. 825, septiembre-octubre de 2005, p. 105.

⁴⁸ Como señala Delgado Pacheco, A., la mayoría de los Estados aceptan, de una u otra forma, que entidades no residentes del grupo desarrollen actividades y obtengan rentas que solo deben tributar en residencia cuando se obtengan en forma de retribución de servicios prestados en este Estado, o cuando se produce la distribución de los dividendos procedentes de esas entidades no residentes; *ibidem*, pp. 105 y 106.

levancia tributaria. Si se asumiese un régimen de consolidación fiscal a nivel mundial las operaciones entre matrices y filiales no se tendrían en cuenta. Al no ocurrir esto, tales operaciones se valorarán y se harán en condiciones normales de independencia. De esta forma, la regla *arms's length* se configura, fundamentalmente, como un principio de distribución internacional del poder tributario en el gravamen de los grupos de sociedades⁴⁹, según un canon de tributación internacional acepado por las organizaciones internacionales y, singularmente, por la OCDE. Ese canon se incluye en la Guía de la OCDE, especialmente desde la revisión de la misma de 22 de julio de 2010, y constituye una expresión del *soft law*, de manera que estas reglas se erigen en la referencia internacional para la adaptación de las normativas nacionales en un contexto de globalización económica. Por tanto, el régimen de precios de transferencia tiene además un efecto colateral importante, que afecta al propio sistema de fuentes del Derecho Tributario. Los precios de transferencia son la materia que ha sido objeto, por excelencia, de regulación por medio de instrumentos de *soft law* y ha servido para atribuir relevancia al *Derecho blando* en el sistema de fuentes, que es uno de los signos de distinción del poder tributario en el siglo XXI.

Pero no conviene olvidar, sin embargo, que la consagración de esta regla internacional de distribución del poder tributario se lleva a cabo, precisamente, respecto a ciertos sujetos contribuyentes como las sociedades que integran un grupo multinacional cuyas especiales circunstancias de dependencia o vinculación les faculta a una alteración en la imputación o atribución de rentas, en comparación con lo que ocurre respecto a la situación en que se encuentran contribuyentes no vinculados. Y aunque la aplicación del principio de plena competencia no requiere la concurrencia de una situación abusiva, artificial o fraudulenta, el origen de la regla contempla un factor de potencialidad elusiva que debe ser tenido en cuenta⁵⁰. Y que es especialmente relevante en la filosofía de los informes relativos a las Acciones 8 y 9 de BEPS.

V. LA RESIDENCIA Y LA ELUSIÓN. PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA Y TAX ARBITRAGE

La consolidación de una nueva etapa en la definición de un régimen fiscal internacional viene de la mano de un conjunto estandarizado de normas fiscales internacionales en

⁴⁹ Calderón Carrero, J.M., *Precios de transferencia e impuesto sobre sociedades (Un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 41 a 43.

⁵⁰ Así, para Balzani, F., "resulta oportuno subrayar que esta regla presenta un ámbito operativo particularmente amplio, al ser aplicable cualquiera que sea la causa que hubiera determinado la alteración del *transfer pricing*..."; "El *transfer pricing*", *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Temis, 2003, t. I, p. 392. Calderón Carrero, J.M., *Precios de transferencia e impuesto sobre sociedades (Un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*, *op. cit.*, p. 159.

materia de lucha contra la elusión y evasión internacional, y que tiene en el Proyecto de la OCDE sobre *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPs) su manifestación más clara.

BEPS supondrá una clara superación de la definición tradicional de la elusión tributaria, que, hasta ese momento, se definía en clave interna, a través de conceptos como simulación, fraude de ley, abuso de derecho, abuso de las formas o negocios carentes de sustancia económica⁵¹. En la actualidad, los planteamientos de la lucha contra la elusión han cambiado porque también cambió el escenario globalizado en el que la elusión tiene lugar. Sobre todo a partir de la proliferación de esquemas de ahorro fiscal en ciertas multinacionales. Lo que ha llevado a que la OCDE haya acuñado el concepto de *planificación fiscal agresiva*, como modalidad de planificación fiscal inadmisibles y equiparables a las conductas elusivas. Fue en el Tercer Foro OCDE sobre Administración Tributaria, celebrado en Seúl, en 2006, en el que se decía que *los intercambios comerciales, la liberalización de capitales y las nuevas tecnologías han abierto el mercado global a una gama de contribuyentes mucho más amplia, lo que ha puesto muy difícil asegurar que nuestras respectivas normativas fiscales se cumplen*, además de incluir una directa acusación a las empresas de “asesoría jurídica y fiscal” como responsables de tales comportamientos agresivos.

De esta manera se concebía un auténtico oxímoron. Estaríamos ante una modalidad de planificación fiscal, que es una conducta de lícito aprovechamiento de lagunas legales o de ausencia de armonización impositiva que, no obstante, debía ser evitada y perseguida por producir “efectos indeseados”. La licencia argumental que permitía defender esto no era otra cosa que la pretendida imposibilidad natural de construir un concepto apriorístico de planificación fiscal⁵². Así, Amorós Viñals ha señalado que la OCDE define la planificación fiscal agresiva como aquella que implica una situación fiscal que es sostenible pero que tiene “consecuencias fiscales *no deseadas e inesperadas*”⁵³.

Así, nos encontraríamos ante lo que podríamos llamar *elasticidad negativa* del término planificación fiscal, de manera que el mismo podría comprimirse conceptualmente

⁵¹ Palao Taboada, C., *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Madrid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2009, p. 10. Definiendo estos conceptos se trataría de preservar la *potencialidad recaudatoria del ordenamiento*, proscribiendo la evitación artificiosa de hechos imposables. Véase Falcón y Tella, R., “El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): Su radical diferencia con los supuestos previstos en el Art. 6.4. C.C.”, *Quincena Fiscal*, Madrid, núm. 17, 1995, p. 5.

⁵² Pero una cosa es que el concepto de planificación fiscal dependa del concepto de elusión, y otra muy distinta que se pueda reducir el ámbito de la planificación fiscal lícita sin respetar las notas abusivas que caracterizan, en lo sustancial, el término “elusión”. Véase Cerdón Ezquerro, T., “La planificación agresiva y la estrategia de la UE para combatirla”, *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 7, 2013, p. 4.

⁵³ Amorós Viñals, A., “La planificación fiscal agresiva”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, Madrid, núm. 362, 2013, p. 30.

aumentando los supuestos en que las ventajas fiscales perseguidas podrían ser denegadas por el ordenamiento.

Al amparo de este planteamiento surgen ideas como el de "arbitraje fiscal" (*tax arbitrage*). Como señala Marín Benítez, el origen del concepto de arbitraje fiscal, uno de los términos más utilizados en el Derecho Tributario de nuestros días, está en el mundo de los negocios y hace referencia a las operaciones de intercambio de valor, productos o servicios en la que se busca una ganancia aprovechando las diferencias de precios entre unas plazas y otras. En el ámbito fiscal, el arbitraje se relaciona con la "posibilidad de obtener un tratamiento fiscal asimétrico para las distintas facetas de una operación que resulta en la obtención de una ventaja fiscal", aun cuando la operación, a través de la que se pretende lograr ese resultado asimétrico, no resulte económicamente rentable "antes de impuestos". En el plano internacional, el principal medio para lograr las asimetrías que derivan en ventajas fiscales es el aprovechamiento de las diferencias de tributación entre Estados que son resultado del ejercicio independiente de las respectivas soberanías fiscales, unido a la frecuente falta de neutralidad tributaria⁵⁴.

En el trasfondo del concepto está la idea de "inconsistencia", que es el antecedente lógico de la "asimetría" en que se basa el arbitraje. Y, en concreto, la idea se extrapola al ámbito internacional para hacer referencia a la incoherencia entre sistemas impositivos diferentes. El aprovechamiento de esa incoherencia, que en el plano interno daría lugar a un supuesto de planificación fiscal por búsqueda de la vía menos gravosa, se viene catalogando a nivel internacional como una repudiable expresión de elusión fiscal. Así, se incluirían en este concepto desde el aprovechamiento de la menor tributación de un Estado de baja fiscalidad, por ejemplo mediante el traslado de beneficios (pago de intereses o *royalties*) hasta la no tributación derivada de la deducibilidad de un gasto en una jurisdicción y el no gravamen correlativo en la otra (la denominada doble no imposición)⁵⁵.

Así, la planificación agresiva se ha manifestado como la nueva modalidad de elusión tributaria, frente a la cual se están articulando las diversas políticas de los Estados. Así, en Europa, el 6 de diciembre de 2012, la Comisión Europea publicó un plan para reforzar la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales [COM (2012) 722/2 y C (2012) 8806 final] que, entre otro tipo de medidas, incluía una recomendación a los Estados miembros para que limiten la *planificación agresiva*. Este plan fue el precedente de la política BEPS

⁵⁴ Marín Benítez, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?*, Madrid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, p. 32.

⁵⁵ Falcón y Tella, R., y Pulido Guerra, E., han criticado el uso del término "doble no tributación", al señalar que "no es muy afortunada desde el punto de vista lógico, pues si bien la imposición puede ser doble o triple... si concurren sobre un mismo objeto los impuestos de dos o más Estados, sin embargo la "no imposición" no admite multiplicadores..."; *Derecho Fiscal Internacional*, *op. cit.*, p. 115.

europea, coronada por la aprobación de la Directiva 2016/1164, de 12 de julio de 2016, conocida como Directiva antiabuso o ATAD (*Anti Tax Avoidance Directive*). La política contra este tipo de conductas se desarrolla en un nuevo contexto en el que la diferenciación entre evasión y elusión se ha diluido completamente. Hasta tal punto de que la legítima aspiración científica de diferenciar entre uno y otro concepto, uno de los puntos clave de la fiscalidad clásica, es denigrada a través de expresiones como la del exministro británico de Hacienda, Denis Healey, para quien “la diferencia entre evasión y elusión fiscal es el grosor de una pared de cárcel”⁵⁶.

Es decir; se están convirtiendo en objeto de la política anti-elusiva internacional conductas que, en los esquemas clásicos de la elusión tributaria, serían lícitos comportamientos de planificación fiscal, sobre la base del principio, fijado en la *Doctrina Westminster*, según la cual “el contribuyente debe resultar gravado por los hechos imponibles que ha realizado efectivamente, no por los que habría podido hacer”⁵⁷.

Curiosamente, el fundamento de estas nuevas fórmulas de elusión no radica en la vulneración directa ni indirecta del ordenamiento que, obviamente, no tiene lugar. Lo que determina que cierta planificación fiscal, lícita por naturaleza, sea catalogada como “agresiva” y, por tanto, como reprobable, se viene justificando en consideraciones más bien éticas (reducir la tributación mediante planificación fiscal agresiva puede ser moral pero no sería ético).

Frente a estas consideraciones de tipo moral, el Plan BEPS impulsa decididamente la regla de que la tributación debe alinearse con la generación de valor, gravando al beneficio allí donde se produce. Como veremos, ello supone relativizar el principio de residencia.

VI. LA IRRUPCIÓN DE BEPS Y EL FUTURO DEL PRINCIPIO DE RESIDENCIA EN LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS EMPRESARIALES

La pequeña intrahistoria de BEPS es fácil de resumir: El fracaso de la política de la OCDE contra los paraísos fiscales que se inicia con el informe sobre *Harmful Tax Competition* de 1998, coincide con un embate en los medios de comunicación contra ciertas multinacionales a las que se acusa de no pagar *suficientes impuestos*, especialmente en Europa. Destaca sobremanera el caso de Starbucks y la campaña mediática contra esta multinacional⁵⁸.

El origen remoto del documento BEPS se encuentra en la presión social y mediática en torno a este supuesto pago reducido de impuestos por ciertas multinacionales (ade-

⁵⁶ https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1992652.

⁵⁷ Este principio ha sido traducido en un derecho subjetivo del contribuyente en el Tax Payer Bill of Rights de Estados Unidos, donde se dice que “*taxpayers have the right to pay only the amount of tax legally due*”.

⁵⁸ Van Den Hurk, H., “Starbucks contra el pueblo”, *Nueva Fiscalidad*, marzo-abril de 2014, p. 34.

más de la propia Starbucks; Google, Microsoft, Facebook, Amazon...), ligada a conocidas estructuras fiscales agresivas y que, como vimos, más allá de su legalidad o ilegalidad, se cataloga como inmoral. Ello supuso un excelente caldo de cultivo para un cambio en la estrategia global sobre la base de la mencionada *planificación fiscal agresiva*.

Así, en Europa ya se había producido un movimiento en este sentido, con la emisión de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, que recoge el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal [COM (2012) 722/2], y en el ámbito internacional, por la decidida apuesta del G-20 contra la elusión fiscal internacional. En este contexto se adopta, a partir de las conclusiones de la declaración de Lough Erne de 18 de junio de 2013, el Plan de Acción de BEPS, publicado el 19 de julio del mismo año. A partir de este documento, la OCDE, a petición del G8, ha recibido el encargo de diseñar una solución que cambie las deficiencias del marco fiscal global, lo que puede suponer una de las mayores revoluciones en el panorama fiscal global de los últimos años.

Pues bien; el documento del Plan de Acción que fija el programa de trabajo para los siguientes tres años, en colaboración con las Administraciones Fiscales de los países miembros, señala que “las normas tributarias nacionales e internacionales deberían ser modificadas para alinear con mayor detalle el destino de las ganancias con la actividad económica que genera esa renta”, instando a los Estados a que acuerden cambios específicos en las reglas tributarias internacionales en los próximos años.

El Plan se estructuraba en tres fases; la primera se ha puesto de manifiesto en la formulación de las acciones que integran el Plan. Así, BEPS contiene 15 acciones, desarrolladas en otros tantos informes, que fueron elaborándose durante los años 2014 y 2015. El Informe Final se presentó el 5 de octubre de 2015.

En la última fase de este proyecto se incluye la incorporación de los resultados esperados a los ordenamientos internos de los distintos países, en la medida en que BEPS va a condicionar el poder legislativo de los Estados que se adhieran al Plan. En algunos casos, el resultado esperado se limita a elaborar un informe de identificación de problemas. En otros, se van a formular recomendaciones para el diseño de normas internas (singularmente en la elaboración de cláusulas generales antiabuso o *General Anti-Abuse Rules* –GAAR–). En tal caso, estas recomendaciones serán disposiciones que limiten o condicionen el poder legislativo, erosionando la centralidad de la ley como expresión de soberanía en el diseño del sistema tributario. Y en otros casos, las medidas condicionarán la nueva versión del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE que se adopte en su momento.

Todo este conjunto de medidas tiene, como nota definitoria, el erigirse en reglas que intentan corregir los problemas de la fiscalidad internacional. En algún caso, y con evidente exageración, se ha llegado a decir que BEPS supone la “refundación” del Derecho Internacional Tributario o la inauguración de una “nueva era”⁵⁹. Pero lo cierto es que BEPS no cuestiona los aspectos medulares que informan el actual *international tax regime*. No se pone en tela de juicio ni el reparto del poder tributario entre el Estado de residencia y el de la fuente, ni aspectos como la aplicación del principio de independencia o *arm’s length* en los precios de transferencia, ni las bases que fundamentan el concepto de establecimiento permanente, sobre los que se erige el actual sistema de fiscalidad internacional. Por todo ello, BEPS es un avance significativo en el planteamiento de soluciones a la fiscalidad internacional, pero no constituye, ni mucho menos, una revolución fiscal.

En suma, y aunque hay aspectos del *framework* internacional que se van a ver alterados por este documento de la OCDE y el G-20, no estamos ante una revolución fiscal. Pero la época post-BEPS exige replantearse aspectos importantes de la fiscalidad internacional. En lo relativo a los puntos de conexión, el nuevo paradigma de la fiscalidad internacional en un entorno post-BEPS puede afectar a elementos cardinales del actual régimen de distribución del poder tributario, basado en un Modelo OCDE de Convenio de Doble Imposición que prima al Estado de residencia. BEPS no cuestiona la residencia y la renta mundial, pero lo cierto es que la regla de tributación de acuerdo con la creación de valor, auténtico *leit motiv* de BEPS, encaja mejor con una reformulación de la distribución del poder fiscal en clave territorial. Es decir, la filosofía de BEPS justificaría un cambio de orientación hacia la territorialidad.

Aunque es un criterio de sujeción muy criticado respecto a las personas naturales, pues supone que cada Estado renuncia a gravar la renta no generada en su territorio, la territorialidad ha experimentado un renovado vigor en los últimos tiempos⁶⁰. Así, respecto a empresas y grupos multinacionales, se está recuperando el criterio de territorialidad⁶¹ a través de aportaciones como la Segunda Conferencia Regional del Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones de 1943, la resolución del Congreso IFA de 1984 y el

⁵⁹ Avi-Yonah, R.S., “A Model Treaty for the Age of BEPS”, *University of Michigan Public Law Research Paper*, núm. 411, 2014; donde se señala que BEPS va a suponer el mayor cambio en la fiscalidad internacional desde los años veinte.

⁶⁰ Falcón y Tella, R., “Tendencias actuales en los criterios de sujeción al tributo. Hacia la territorialidad”, *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 100, 2001, p. 57.

⁶¹ Según Herrera Molina, P.M., “... en una opinión que va extendiéndose, la Unión Europea debería abandonar la pretensión de someter a gravamen la renta mundial de sus empresas optando abiertamente por el gravamen basado en el criterio de la fuente (opuesto tanto al de la residencia como al de la nacionalidad) como expresión de la neutralidad en la importación de capitales (*Capital Import Neutrality* o CIN)”: “La residencia y la nacionalidad como puntos de conexión en materia tributaria”, *op. cit.*, p. 380.

Informe de la Comisión Kemp (documento *simplify international taxation*)⁶² así como las teorías promovidas por los BRICS, sobre la “ubicación razonable del beneficio” como criterio de tributación mínima de cada filial en el país en que opere⁶³. Esa recuperación del principio de país de la fuente supone una legítima reacción de los países receptores de inversiones contra unas reglas contenidas en el Modelo OCDE, que priman al país de residencia. Frente a ellas países como Brasil o India vienen defendiendo un paradigma de fiscalidad internacional en el cual los Estados receptores de inversión tengan una *justa participación* en el gravamen de los beneficios de las empresas inversionistas procedentes del exterior⁶⁴.

Efectivamente, no conviene olvidar que, en el actual contexto internacional, los países receptores de inversiones tienen más interés en aprobar disposiciones que garanticen un gravamen en la fuente, de acuerdo con la regla de “ubicación razonable del beneficio” como criterio de tributación mínima de cada filial en el país en que opere, o reglas como las que rigen en países como Perú, de *venta indirecta de acciones* (Artículos 9o., h) y 10 e) de la Ley del Impuesto sobre la Renta), inspiradas en la sentencia *Vodafone* de la Corte Suprema de la India⁶⁵.

Muestra de ello son algunas expresiones novedosas del poder tributario territorial, como el gravamen de beneficios desviados (*Diverted Profit Tax*), aprobado unilateralmente por Gran Bretaña en el *Finance Bill 2015* y que se aplica desde el 1 de abril. La medida grava las prácticas tendentes a evitar la existencia de un establecimiento permanente en el Reino Unido o la realización de operaciones sin sustancia económica siempre que la actividad se diseñe para garantizar que la compañía extranjera no desarrolla una actividad en el Reino Unido y que, además, concorra una “condición de desajuste fiscal” (*the mismatch condition*) o una “condición de evasión fiscal” (*the tax avoidance condition*).

En esta línea se sitúa una de las reglas esenciales que preside el documento BEPS, y es el principio de alineación de la tributación con la creación de valor o *value creation*.

⁶² Núñez Grañón, M., “El principio de territorialidad como criterio de sujeción: el documento *simplify international taxation* incluido en el informe de la Comisión Kemp”, *Quincena Fiscal*, Madrid, núm. 10, 1997, p. 45.

⁶³ Van Den Hurk, H., “Starbucks contra el pueblo”, *op. cit.*, p. 15. Desde el 2010, la OCDE incluye en la Guía de Precios de Transferencia la posibilidad de considerar artificial una ubicación no razonable del beneficio. Se trata de enfrentar la cuestión de la localización de empresas distribuidoras con niveles mínimos de asunción de riesgos. Por otra parte, países BRIC como Brasil, vienen defendiendo de forma clara en los últimos tiempos la aplicación del criterio del Estado de la fuente, y la aplicación preferente del Modelo de Naciones Unidas.

⁶⁴ Van Den Hurk, H., “Starbucks contra el pueblo”, *op. cit.*, p. 35.

⁶⁵ Sobre el tema, véase Rodríguez Losada, S., “La particular concepción de la Administración Tributaria de la India en relación con el concepto y el régimen jurídico tributario de los servicios de asistencia técnica”, *Crónica Tributaria: Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 4, 2014, p. 25.

Se trata de un principio que es especialmente importante en lo concerniente a la Acción 8 de BEPS y al desarrollo del régimen de precios de transferencia respecto a intangibles⁶⁶, pero que aparece entreverado en las distintas acciones del Plan. Está adquiriendo relevancia como guía de las distintas reformas de la imposición societaria y, en última instancia apela a la necesidad de instaurar una regla general según la cual, el poder de gravar el beneficio empresarial debe corresponder, en principio, al Estado donde el beneficio se genere⁶⁷. Si ello es así, se está progresivamente privando del poder tributario originario para gravar rentas empresariales al Estado en el que la sociedad tenga su domicilio formal o en el que se haya constituido, a favor de un criterio sustancial, que apela a la tributación allí donde se obtenga la renta.

En esta línea, próxima a localizar el beneficio empresarial en el territorio donde el mismo se genera, se sitúan propuestas muy sugerentes como la de Devereux y De la Feria⁶⁸, proponiendo un impuesto sobre sociedades que situase el beneficio global en el lugar de las ventas (*destination-based corporate tax*). Este modelo de *destination base* se ha erigido además en Estados Unidos como una posible vía de coordinación de impuestos sobre ventas ante la posible implantación de un modelo BAT (*Border Adjustment Tax*), aplicable a importaciones y exportaciones. Como se sabe, este modelo impositivo grava la exportación como un ingreso del vendedor, permitiendo deducir solamente los costes generados en territorio de Estados Unidos⁶⁹.

Y también, en esta tesitura, es de destacar la nueva obligación formal derivada de la Acción 13 de BEPS, relativa a la documentación de los precios de transferencia y a los ingresos obtenidos y pagos realizados en cada país. Las corporaciones tendrán que detallar en un formulario estandarizado, ante la Administración Tributaria de cada país (o ante aquella en la que esté la matriz, según la regla *Constituent Entity*), la cifra de negocio, los activos, los impuestos que se están pagando, las plantillas, los derechos de propiedad intelectual y patentes (intangibles) que tienen en cada Estado. A pesar de que esta obligación cuenta

⁶⁶ Tavares, R., y Owens, J.: "Human capital in value creation and post BEPS tax policy", *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, vol. 69, núm. 10, septiembre de 2015, pp. 590-601.

⁶⁷ Quentin, D., *Corporate Tax Reform and "Value Creation": Towards Unfettered Diagonal Re-allocation across the Global Inequality Chain*, <https://doi.org/10.1515/ael-2016-0020>, noviembre de 2016; hace referencia a la necesidad de una "tributación unitaria por reparto del formulario de toda la cadena de valor" (*unitary taxation by formulary apportionment of the entire value chain*), lo que permitiría reasignaciones "diagonales" sin restricciones a través del espacio que la cadena de desigualdad global describe.

⁶⁸ Devereux, M., y De la Feria, R., *Designing and implementing a destination-based corporate tax*, Oxford University Centre for Business Taxation, mayo de 2014, pp. 7 a 9.

⁶⁹ Véase la explicación de este modelo impositivo formulado por Cordes, J.J., Ebel, R.D., y Gravelle, J.G., *Taxation & Tax Policy*, Washington, Urban Institute Press, 1999, p. 25.

con el precedente del Informe de 3 de octubre de 2013 de la OCDE sobre documentación de precios de transferencia e información a aportar a cada país (*country-by-country reporting*), la OCDE advierte que los trabajos continuarán en el futuro para definir con detalle la información a suministrar, y el contenido del *country-by-country reporting*, *Masterfile* y *Localfile*⁷⁰. Como se sabe, la mayoría de las recomendaciones del Informe de la Acción 13 de BEPS han sido incorporadas a la normativa interna, como consecuencia de la reforma al Capítulo V del Título I, Reglamento del Impuesto de Sociedades (RD 634/2015, de 10 de julio), para entidades que forman parte de grupos de sociedades, en los términos del Artículo 42 del Código de Comercio⁷¹.

No cabe duda que esta obligación, sin afectar la aplicación del principio de independencia y al método comparable como guía del régimen actual de precios de transferencia, puede ser un precedente de una progresiva implantación del método *profit split*, mucho más acorde con la regla de *value creation*.

La tributación de acuerdo con la creación de valor, una de las ideas-fuerza de la etapa post-BEPS, sí puede convertirse en un criterio para atribuir el poder originario de gravar las rentas empresariales al Estado del territorio, en lo que supondría un cambio sustancial en el paradigma de distribución del poder tributario a nivel global. Y, desde luego, significará un paso hacia una concepción territorial de la capacidad de gravar el beneficio económico, matizando la regla de residencia, que ha presidido la distribución del poder tributario respecto a rentas empresariales en los últimos cincuenta años.

⁷⁰ El Artículo 4o. del Informe Final de la OCDE sobre la Acción 13 describe pormenorizadamente el contenido de la información país por país, al decir que se incluirá en el modelo a presentar ante la Administración del país donde reside la matriz: *aggregate information relating to the amount of revenue, profit (loss) before income tax, income tax paid, income tax accrued, stated capital, accumulated earnings, number of employees, and tangible assets other than cash or cash equivalents with regard to each jurisdiction in which the MNE Group operates.*

⁷¹ Véase al respecto, Álvarez Barbeito, P., "La información y documentación sobre entidades y operaciones vinculadas en el Nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades", *Spanish Tax Alert*, Madrid, Gómez Acebo & Pombo, julio de 2015, pp. 4 y 5.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ALTAMIRANO, A., *Derecho Tributario, Teoría General*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2012.
- AMORÓS VIÑALS, A., "La planificación fiscal agresiva", *Revista de Contabilidad y Tributación*, Madrid, núm. 362, 2013.
- AVI-YONAH, R.S., "A Model Treaty for the Age of BEPS", *University of Michigan Public Law Research Paper*, núm. 411, 2014.
- BALZANI, F., "El transfer pricing", *Curso de Derecho Tributario Internacional*, Bogotá, Temis, 2003, t. I.
- BERLIRI, A., *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, Milano, Giuffré, 1965.
- BERLIRI, A., *Principios de Derecho Tributario*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1964, vol. I.
- CALDERÓN CARRERO, J.M., *Precios de transferencia e impuesto sobre sociedades (Un análisis de la normativa española desde una perspectiva internacional, comunitaria y constitucional)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- CORDES, J.J., EBEL, R.D., y GRAVELLE, J.G., *Taxation & Tax Policy*, Washington, Urban Institute Press, 1999.
- CORDÓN EZQUERRO, T., "La planificación agresiva y la estrategia de la UE para combatirla", *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 7, 2013.
- CORDÓN EZQUERRO, T., y GUTIÉRREZ LOUSA, M., "La política fiscal en la Unión Europea: ¿convergencia o competencia?", *CLM Economía*, núm. 9, segundo semestre de 2006.
- COSIN OCHAIRA, R., *Fiscalidad de los precios de transferencia*, Madrid, Ciss, 2007.
- CRUZ PARDIAL, I., "Globalización económica. Sinónimo de desnaturalización tributaria", *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 109, 2003.
- CUBERO TRUYO, A.M., *La simplificación del ordenamiento tributario (desde la perspectiva constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- DE JUAN LEDESMA, A., "Internet y nuevas tecnologías en telecomunicaciones: nuevos retos de la fiscalidad internacional", *Impuestos. Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1998, t. II.
- DELGADO PACHECO, A., "Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional", *Información Comercial Española ICE: Revista de Economía*, Madrid, núm. 825, septiembre-octubre de 2005.
- DEVEREUX, M., y DE LA FERIA, R., *Designing and implementing a destination-based corporate tax*, Oxford University Centre for Business Taxation, mayo de 2014.

- FALCÓN Y TELLA, R., "El cierre registral, los residentes no domiciliados y otras curiosidades del informe de los expertos sobre la reforma fiscal", *Quincena Fiscal*, Madrid, núm. 11, 2014.
- _____, "El fraude a la ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): Su radical diferencia con los supuestos previstos en el Art. 6.4. C.C.:", *Quincena Fiscal*, Madrid, núm. 17, 1995.
- _____, "Tendencias actuales en los criterios de sujeción al tributo. Hacia la territorialidad", *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 100, 2001.
- _____, y PULIDO GUERRA, E., *Derecho Fiscal Internacional*, 2ª. ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2013.
- FERREIRO LAPATZA, J.J., *Curso de Derecho Financiero Español*, 29ª. ed., Madrid, Marcial Pons, 2009.
- GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M.J., "La internacionalización de la empresa española: problemas y tributación del beneficio empresarial en la UE (I)", *Quincena Fiscal*, Madrid, núm. 5, 2011.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., "El concepto de residencia fiscal de las entidades en el ámbito de la Unión Europea: la necesidad de su reforma como punto de conexión entre las Administraciones Tributarias y los contribuyentes", *Nueva Fiscalidad*, vol. 10, 2004.
- GUSTAFSON, C., "The role of international law and practice in addressing international tax issues in the global era", *Villanova Law Review*, Philadelphia, vol. 56, núm. 3, 2011.
- GUTIÉRREZ LOUSA, M., y RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A., *Las consecuencias fiscales de la globalización*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, Documentos de Trabajo, núm. 8.
- HERRERA MOLINA, P.M., "La residencia y la nacionalidad como puntos de conexión en materia tributaria", GARCÍA NOVOA, C., y HOYOS JIMÉNEZ, C., *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, Marcial Pons, 2012, t. I.
- LANG, M., *Introducción al Derecho de los convenios para evitar la doble imposición*, trad. de Diego Quiñones, Amsterdam-Bogotá, Temis-IBFD, 2014.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, Madrid, Mc Graw-Hill, 1995.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C.M., "Los criterios de sujeción a las normas tributarias ante la nueva Ley General Tributaria", *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid, núm. 121, 2004.

- MAGRANER MORENO, F., "Hacia un armonización del impuesto sobre sociedades en la Unión Europea: la determinación de la base imponible mediante la normativa del Estado de la sede (*Home State Taxation*)", *Tribuna Fiscal, Revista Tributaria y Financiera*, Madrid, núm. 209, 2008.
- MARÍN BENÍTEZ, G., *¿Es lícita la planificación fiscal?*, Madrid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013.
- MARTÍN HUERTA, S., "La residencia fiscal de las personas físicas según la legislación española y la del Reino Unido", *Cuadernos de formación*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, vol. 10.
- MARTÍN QUERALT, J., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: los tributos en particular*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- MEDINA CEPERO, J.R., "Los criterios para determinar la residencia fiscal", *Impuestos. Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, Madrid, núm. 22, 2006.
- MENÉNDEZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Financiero*, Valladolid, Lex Nova, 2013.
- MONTAÑO GALARZA, C., *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2007.
- NÚÑEZ GRAÑÓN, M., "El principio de territorialidad como criterio de sujeción: el documento *simplify international taxation* incluido en el informe de la Comisión Kemp", *Quincena Fiscal*, Madrid, núm. 10, 1997.
- PALAO TABOADA, C., *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Madrid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2009.
- POMP, R., y LUCAS MAS, M.O., "La tributación multiestatal de sociedades en Estados Unidos (una introducción al modelo de articulación entre sistemas tributarios estatales del mercado norteamericano)", *Crónica Tributaria, Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 122, 2007.
- POZA CID, R., y PRIETO CUADRADO, M.I., "La base imponible común consolidada del impuesto sobre sociedades (BICCS)", *Cuadernos de formación*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2012, vol. 15.
- PRIETO MOLINER, P., "Residencia fiscal de las personas físicas: aspectos relevantes", *Cuadernos de formación*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2014, vol. 17.
- QUENTIN, D., *Corporate Tax Reform and "Value Creation": Towards Unfettered Diagonal Reallocation across the Global Inequality Chain*, <https://doi.org/10.1515/ael-2016-0020>.
- RODRÍGUEZ LOSADA, S., "La particular concepción de la Administración Tributaria de la India en relación con el concepto y el régimen jurídico tributario de los servicios de asistencia técnica", *Crónica Tributaria: Boletín de actualidad*, Madrid, núm. 4, 2014.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, A., "Residencia de las personas físicas: aspectos prácticos", *Cuadernos de formación*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, vol. 11.
- SAINZ DE BUJANDA, F., *Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, t. IV.
- SAINZ DE BUJANDA, F., *Sistema de Derecho Financiero (Introducción)*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977, t. I, vol. I.
- SANZ GADEA, E., "El régimen especial de transparencia fiscal internacional", *Working Papers*, La Coruña, IEE-Banco Pastor-Fundación Barrié, 2000.
- TAVARES, R., y OWENS, J.: "Human capital in value creation and post BEPS tax policy", *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, vol. 69, núm. 10, septiembre de 2015.
- TAVEIRA TORRES, H., *Plurirributação Internacional sobre as Renditas de Empresas*, Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- UCKMAR, V., "Influencia del domicilio, de la residencia y de la nacionalidad en el Derecho Tributario", *RDFHP*, Madrid, núm. 25, 1956.
- UDINA, M., *Trattato di Diritto Internazionale*, Padova, Cedam, 1949, vol. 10.
- VAN DEN HURK, H., "Starbucks contra el pueblo", *Nueva Fiscalidad*, marzo-abril de 2014.
- VEGA BORREGO, F., "Artículo 4. Residencia Fiscal", *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, La Coruña, Fundación Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, 2004.
- VOGEL, K., *On Double Tax Conventions*, London, Kluwer, 1997.

PRODECON: TOMANDO LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES EN SERIO¹

Guillermo TORRES DOMÍNGUEZ²

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *El paradigma de la obligación formal tributaria.* III. *Los derechos de los contribuyentes en serio.* IV. *Prodecon como garante de los derechos de los contribuyentes.* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de consulta.*

RESUMEN

El presente trabajo propone un cambio en el paradigma contributivo de nuestro país, que priorice en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos de los contribuyentes, así como en la consideración de la obligación de contribuir como un deber de solidaridad ciudadana, y no como una mera obligación coactiva. Partiendo del estudio de lo que se considera el actual modelo tributario (tomando como base la sentencia de una acción de inconstitucionalidad sobre las deducciones personales), se evidencia la falta de conformidad de dicho modelo con la nueva arquitectura constitucional en materia de derechos humanos. A su vez, se presenta el marco teórico conceptual de la *rights thesis* de Dworkin y el enfoque en derechos humanos, para plantear cómo debería ser un modelo de tributación coherente con el Estado constitucional de Derecho, así como el rol

ABSTRACT

The present paper proposes a change in the actual tax paradigm in Mexico, to one that prioritizes in promoting, respecting, protecting and guaranteeing taxpayers' fundamental rights, as well as in the consideration of the obligation to contribute as a duty of citizen solidarity, rather than a mere coercive obligation. Based on the study of what is considered the current tax model (based on the judicial judgment of an unconstitutionality action regarding the deduction for personal exemptions), the lack of conformity of such model with the new constitutional architecture regarding human rights is put in evidence. In turn, the conceptual framework of Dworkin's rights thesis and the human rights-based approach is presented, in order to consider how a model of taxation consistent with the constitutional state of law should look like, as well as the role to which institutions such as the

¹ Una versión previa (no publicada) del presente trabajo se presentó en el Concurso Nacional de Ensayo 2016, de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente.

² Licenciado en Derecho por la Universidad Regional del Sureste; estudios de Maestría en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y de Especialidad en Justicia Administrativa por el Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Miembro de la Academia de Derecho Fiscal de Aguascalientes. Contacto: gtorresd@outlook.com

que están llamados a desarrollar instituciones tales como la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, como modelo de actuación para otro tipo de autoridades administrativas, legislativas y jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE

Estado constitucional de Derecho. Derechos de los contribuyentes. Enfoque en derechos humanos. Paradigmas tributarios.

Taxpayers' Advocate are called to perform, as a model for other administrative, legislative and jurisdictional authorities.

KEY WORDS

Constitutional State of Law. Rights of taxpayers. Human rights-based approach. Tax paradigms.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo las categorías de *democracia constitucional*, *Estado constitucional de Derecho*, *Estado democrático (y social) de Derecho*, *constitucionalización del orden jurídico* o *neo-constitucionalismo*, se ha identificado un fenómeno del Derecho Constitucional contemporáneo que surge a partir de la Segunda Guerra Mundial. Ya sea como ideología (modelo de Estado), metodología (modelo interpretativo) o teoría (modelo de derecho), los rasgos característicos de este fenómeno lo constituyen la jerarquía suprema y la fuerza normativa vinculante de la Constitución³, en particular de su denso contenido de normas materiales o sustantivas que no solo persiguen como objetivo limitar el poder político, sino, al mismo tiempo, distribuirlo entre los ciudadanos, sobre la base de una garantía efectiva de derechos fundamentales⁴. Inclusive, lo que se busca poner en primer plano –como núcleo sustantivo y proyecto de justicia del Estado Constitucional– es asegurar plena y extensivamente los derechos fundamentales⁵, articulando el ordenamiento jurídico y funcionalizando todos los poderes estatales en la garantía de tales derechos⁶, cuya violación es causa de invalidez de los actos lesivos y de responsabilidad para sus autores⁷.

Estas características del Estado constitucional de Derecho denotan, a su vez, dos cuestiones sobresalientes: en primer lugar, el abandono del principio que caracterizaba al

³ Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Palma, Lleonard Muntaner Editor, 2008, p. 13.

⁴ Salazar Ugarte, Pedro, "Democracia constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et. al.* (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, t. I, p. 326.

⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 39.

⁶ Ello, con el objetivo de "ofrecer a todas las personas un piso de igualdad material y de satisfacción necesidades básicas, un amplio catálogo de derechos y la posibilidad de participar activa y autónomamente en las decisiones fundamentales colectivas": Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 327.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989, pp. 856 y 857.

“Estado legislativo de Derecho”, que consistía en la soberanía del legislador; en la democracia constitucional, las mayorías políticas están sometidas a la Constitución⁸, de ahí que los derechos fundamentales constituyan vínculos sustanciales impuestos normativamente a las decisiones de la mayoría, que determinan –en palabras de Ferrajoli- *qué se debe y qué no se debe decidir*⁹. Una democracia constitucional se basa, pues, no en el principio de mayoría como fuente de legitimidad, sino en la sustancia de las decisiones impuestas al Estado por los derechos fundamentales¹⁰.

Por otro lado, a consecuencia de la preeminencia de los derechos fundamentales, en las democracias constitucionales las personas adquieren una significación especial como sujetos de protección: parece razonable que, en el contexto de un sistema político respetuoso de los derechos fundamentales (como lo es el Estado constitucional), con instituciones democráticas sólidas, generadoras de confianza en los ciudadanos y con división de poderes y respeto del principio de legalidad, las posibilidades de bienestar humano, concebido de modo integral, se incrementan¹¹. Así, puede decirse que la democracia constitucional es “una condición contribuyente del desarrollo y florecimiento humano”¹², una condición necesaria sin la cual el bienestar humano difícilmente podría asegurarse.

Las anteriores consideraciones en torno al fenómeno del Estado democrático de Derecho tienen relevancia para el caso mexicano: con la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, el Estado mexicano hizo patente la directriz –como política vinculante de Estado– de funcionalizar sus poderes, normas e instituciones en garantía de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. A la par, estableció el compromiso de velar por el pleno goce y efectividad de los derechos reconocidos a nivel constitucional y convencional. Con ello, los diversos ámbitos de actuación estatal quedaron sujetos al cumplimiento de dichos objetivos, mediante una serie de obligaciones que permiten instrumentalizar los derechos fundamentales a la vez que desarrollar un ejercicio de control y escrutinio de sus acciones y omisiones, tanto de manera externa (control ciudadano e internacional) como interna (control administrativo, político, ministerial, judicial y por órganos garantes).

No obstante, el conjunto de cambios implicados en la reforma constitucional de 2011 no solo nos brinda una poderosa herramienta analítica con la que podemos evaluar la conducta y actuaciones de la autoridad en ámbitos concretos, sino también un marco

⁸ Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 327.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, p. 858.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 51 y 52.

¹¹ Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 22.

¹² *Idem*.

metodológico con el que proponer diseños institucionales y políticas públicas que cumplan los estándares y directrices establecidos en el *statement* constitucional de junio de 2011. Todo, en aras de cumplir con el objetivo primordial del Estado constitucional y democrático: el respeto y garantía de los derechos fundamentales.

Es bajo esa perspectiva que el presente trabajo tiene por objetivo proponer un cambio en el paradigma contributivo de nuestro país, que priorice en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos de los contribuyentes, así como en la consideración de la obligación de contribuir como un deber de solidaridad ciudadana, y no como una mera obligación coactiva. Lo que se busca poner de manifiesto con este cambio de perspectiva es que la relación jurídico-tributaria se deje de ver como un ámbito imperativo de obligaciones, para convertirse en un *campo de los derechos*.

Para ello, retomamos como marco teórico tanto la categoría del Estado constitucional de Derecho –ya presentado en párrafos anteriores– así como la *rights thesis* de Ronald Dworkin, presentada bajo el atractivo eslogan de “*los derechos en serio*”; nuestra herramienta metodológica será el enfoque en derechos humanos que incorpora la Constitución mexicana desde 2011, así como las obligaciones generales estatales en materia de derechos humanos. Previo a ello, y a efecto de proporcionar un punto de referencia que nos permita contrastar el paradigma contributivo que proponemos, se presenta el paradigma que he denominado como de la “obligación formal tributaria”.

En fin, que con este trabajo busquemos realizar un pequeño aporte a la promoción de una política que la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon) ha venido impulsando desde su creación: la conformación de una nueva cultura contributiva en México, donde tomemos los derechos de los contribuyentes en serio.

II. EL PARADIGMA DE LA OBLIGACIÓN FORMAL TRIBUTARIA

1. Las deducciones personales: desde una óptica formal

El 26 de agosto de 2014, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad 40/2013 y su acumulada 5/2014, promovida por diversos senadores y diputados del Congreso de la Unión, en contra de un decreto de reformas fiscales promulgado el 11 de diciembre de 2013. Por dicho decreto, además, se expidió una nueva Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Dentro de los diversos de conceptos de invalidez formulados, se planteó la inconstitucionalidad del Artículo 151 de la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta (en vigor desde el ejercicio fiscal de 2014), al establecer un límite a las deducciones personales, consistente en la cantidad que resulte menor entre cuatros salarios mínimos generales elevados al año o el 10% del total de los ingresos del contribuyente. El argumento que

se presentó para sustentar la pretensión de invalidez sobre este punto, se centró básicamente en la falta de una adecuada motivación legislativa para la procedencia del límite a las deducciones. No obstante, en las sesiones en las que se debatió el considerando décimo tercero de la sentencia (en donde se analizaba el tope a las deducciones personales), la discusión al interior del Pleno de la Suprema Corte también versó sobre la naturaleza de ese tipo de deducciones, así como si, a las mismas, les aplica el principio de proporcionalidad tributaria¹³.

La acción de inconstitucionalidad promovida fue declarada infundada; el punto total esgrimido por la Corte –en cuanto a las deducciones personales– versó en la denominada “libertad de configuración” del legislador en materia tributaria¹⁴, que por un lado, le *“impide”* a dicho Tribunal pronunciarse sobre *“el acierto o la eficacia de la decisión legislativa,”* *“al reconocérsele al Poder Legislativo un marco en el que legítimamente puede actuar en la definición del modelo tributario y de las políticas públicas”*¹⁵ y, por el otro, no le exige al legislador motivar su actuación, no siendo necesaria *“la demostración de que [la medida establecida por el legislador] es la mejor opción escogida para alcanzar dichos fines [perseguidos con la medida], pues sería tanto como analizar la mejor política tributaria”*¹⁶; en consecuencia, la intensidad del escrutinio por parte de la Corte debía ser laxo o flexible respecto de la limitación a las deducciones personales.

A la par, la Corte completó dicho argumento con la idea de que, con base en la libre configuración, el legislador puede establecer normas y categorías en atención a fines extrafiscales, pero que *“la creación de normas que persigan una finalidad distinta de la recaudatoria”*¹⁷, al fundarse en la libertad política de legislador, *“no implica que su otorgamiento sea constitucionalmente exigible”*, siendo que *“no existe un derecho constitucionalmente tutelado a la exención tributaria ni al otorgamiento de un estímulo fiscal, en tanto que todos[...]están obligados a contribuir al sostenimiento del gasto público”*¹⁸. Dentro de las medidas que persiguen fines extrafiscales se encuentran las deducciones personales, mismas que, de acuerdo con este razonamiento, no constituyen reflejo de un derecho, ni su otorgamiento es constitucionalmente obligatorio; se trata, por tanto de concesiones voluntarias de la autoridad en ejercicio de su libertad configurativa.

¹³ *Acción de inconstitucionalidad 40/2013 y su acumulada 57/2014*, del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 8.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 126-133 y 238.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 237 y 238.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Ibidem*, p. 132.

¹⁸ *Ibidem*, p. 132 y 133.

Por otra parte, en las discusiones que se llevaron a cabo en el Pleno sobre el proyecto de sentencia, se hizo hincapié en que las deducciones personales no forman parte de los gastos que inciden en la generación de ingresos, así como que a las mismas no les aplica el principio de proporcionalidad, dado que no forman parte del ingreso neto (al no ser estructurales) que se toma como base para la determinación del impuesto¹⁹. Esta idea se ve complementada también con lo señalado previamente, en el sentido de que *“una deducción no estructural es una concesión básicamente legislativa que no responde a ninguna obligación constitucional, y de ahí que no sea inconstitucional que el legislador limite o restrinja estas deducciones”*²⁰ y que, además, no se exija motivación legislativa alguna, al ser parte de la competencia del legislador, bastando que se acredite la necesidad de la medida y una idoneidad mínima. Sobre este punto, se argumentó que la necesidad de establecer el límite a las deducciones personales estriba en evitar que el beneficio que otorgan las deducciones personales se concentre en aquellos contribuyentes de mayor capacidad económica²¹: de ahí que *“el límite a las deducciones personales proporciona progresividad al sistema, porque impide que los ingresos más altos se beneficien más de los recursos del Estado, que los ingresos inferiores”*²², siendo el límite de cuatro salarios mínimos elevados al año o el 10% del total de los ingresos del contribuyente, una medida *“racionalmente diseñada para lograr ese propósito”*²³. Tal es la argumentación de la Corte para sostener la constitucionalidad del límite a las deducciones personales, establecido en el Artículo 151 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

La discusión y decisión sobre el tope a las deducciones personales es pobre en aspectos técnicos y argumentativos, pero también –y sobre todo– en los sustantivos. En la parte técnica, porque el establecimiento de límites a las deducciones personales, por más que se aduzca una libertad de configuración legislativa, distorsiona la base gravable del impuesto, al no ser un verdadero reflejo de la capacidad contributiva. Señalar que el principio de proporcionalidad tributaria no resulta aplicable a las deducciones personales *“por no ser parte del cálculo del ingreso neto del impuesto”* es totalmente falso, pues el Artículo 152 de la Ley del Impuesto sobre la Renta las establece como un elemento para determinar la base sobre la que se aplicará la tarifa, siendo tal base el ingreso neto gravable. Si son un elemento que determina la base gravable del impuesto, es claro que a

¹⁹ *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, celebrada el lunes 25 de agosto de 2014, pp. 40, 42, 43 y 45.

²⁰ *Ibidem*, p. 46.

²¹ *Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta*, enviada por el Presidente de la República, p. LXII.

²² *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, celebrada el martes 26 de agosto de 2014, p. 14.

²³ *Ibidem*, p. 16.

las deducciones personales les resulta aplicable el principio de proporcionalidad tributaria. Pensar lo contrario nos llevaría entonces a considerar –por ejemplo– que prohibir la deducción del pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas no haría desproporcional un impuesto; cuestión que, no obstante, la Corte ya ha determinado que transgrede el principio de proporcionalidad tributaria²⁴. En suma, la inexactitud técnica de este razonamiento es evidente²⁵.

En términos argumentativos, la resolución de la Corte no expresó razones sustantivas que justificaran adecuadamente el sentido de su fallo, recurriendo incluso a una petición de principio con el tema de la “libertad de configuración” del legislador, al confundir competencia con corrección²⁶: la Corte dio por sentado que, si el legislador goza de la facultad de configurar normativamente el sistema tributario, al ejercer dicha facultad está cumpliendo, por ese solo hecho, correctamente con su función, justamente por ser la autoridad facultada para ello; es decir, al tener libertad de configuración. Como señalaron los ministros Cossío y Pérez Dayán, en su voto concurrente, el argumento presentado equivale a decir “*pues toda vez que el legislador actuó, en lo actuado es correcto*”²⁷. En todo caso, sobra decir que la competencia legislativa no puede –por más amplia que se pretenda– por menos, inhibir la también amplia competencia constitucional con que cuenta la Corte para determinar si la actuación legislativa se apegó a los estándares constitucionales, al ser precisamente ello una de sus primordiales funciones. De ahí que la decisión de la Corte también resulta incorrecta en este punto.

²⁴ Véase la Tesis P./J. 19/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 5, de rubro: “PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS UTILIDADES DE LAS EMPRESAS. EL ARTÍCULO 32, FRACCIÓN XXV, DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, QUE PROHÍBE SU DEDUCCIÓN, TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”.

²⁵ En ese sentido, resulta alarmante que se señalara, en las discusiones del Pleno, que una deducción personal “*le da una deducción adicional a lo que ya sería proporcional y equitativo*” (el supuesto ingreso neto), cuando incluso cierto tipo de ingresos –como por salarios– ni siquiera cuentan con deducciones autorizadas del tipo estructural: *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, celebrada el martes 26 de agosto de 2014, p. 8.

²⁶ Así fue expresado por la Ministra Luna Ramos: “El proyecto, en cuanto a estos planteamientos, está declarando que [los conceptos de invalidez] son infundados, determinando que las razones de alguna manera están establecidas en las discusiones que se determinaron por el Congreso de la Unión. Y además tenemos la tesis de fundamentación y motivación legislativa, de que no es necesario establecer este tipo de razones, *basta con que exista la competencia por parte del Congreso de la Unión, en este caso, y que haya la necesidad de regular determinada situación para que se satisfaga el requisito*”: *Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, celebrada el lunes 25 de agosto de 2014, p. 26.

²⁷ *Acción de inconstitucionalidad 40/2013 y su acumulada 572014*, p. 272.

Las anteriores falacias “formales” nos parecen menores frente a omisiones sustanciales graves en el debate y resolución de la Corte: la ausencia de análisis de la medida legislativa a un nivel de derechos fundamentales, así como la nula asunción de una función democrática constitucional por parte del Alto Tribunal. Si bien en los votos minoritarios se hace alusión a ello, el análisis de las deducciones personales limitado a un mero nivel técnico formal tanto de su origen (la libertad de configuración legislativa) como de su naturaleza (como “no estructurales”) y función (“extrafiscal”), empobrecen el alcance de una figura jurídica que, se ha reconocido, constituye una medida que materializa y garantiza una amplia gama de derechos humanos, agrupados bajo el *mínimo vital*²⁸. Un ejemplo claro de este vacío nivel de análisis es la mención que se hizo (en las discusiones del Pleno) de la deducción personal por intereses reales pagados por créditos hipotecarios; en este caso, lo que se considera como fin de la deducción es “fomentar una actividad” (la compra de una casa habitación), sin que aparezca como relevante que el fin de la deducción pueda ser el apoyar un gasto (el pago de intereses) que materialice un derecho humano: la vivienda digna. Visiones reducidas al aspecto técnico y procedimental del sistema fiscal, aíslan este ámbito e invisibilizan otros aspectos de mayor peso y sustancia, como el de los derechos en juego tras sus disposiciones, reduciendo el ámbito tributario a una reproducción de obligaciones formales, técnicas y procedimentales.

Por otro lado, esta forma de acometer el estudio de las medidas legislativas por parte de la Corte pone de manifiesto la no asunción de su papel como Tribunal Constitucional, sujeto a los estándares de las democracias constitucionales. De ser una institución de control de la constitucionalidad de la actuación estatal y una garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los contribuyentes, la Corte reduce su función al de un órgano verificador de la correspondencia técnica y formal de las actuaciones legislativas y administrativas con disposiciones constitucionales que, por lo mismo, son reducidas también a reglas técnicas (no sustantivas) de actuación. La pobreza argumentativa reflejada con la “libertad de configuración del legislador” redujo el debate a cuestiones técnicas –la “amplia” competencia legislativa en materia tributaria– dejando de analizar, por esa misma limitante formal, las consideraciones e implicaciones que la medida legislativa tiene frente a los derechos fundamentales de los contribuyentes reconocidos en la Constitución, ya no respecto del “novedoso” derecho al mínimo vital, sino por lo menos bajo el tradicional principio de proporcionalidad tributaria, que también es un derecho fundamental²⁹.

²⁸ Véase la Tesis P. X/2013 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, t. I, diciembre de 2013, p. 133.

²⁹ Así lo ha señalado la Corte: “Aunque desde el origen de los indicados principios, por costumbre se les ha denominado de esa manera, desde el punto de vista constitucional no tienen la calidad de principios ni son normas programáticas, sino que por sus rasgos pueden ubicarse como derechos fundamentales de corte económico, que guardan cierta relación con las ga-

Esta equívoca autocensura de la Corte la llevó a que, por ejemplo, la arbitrariedad del tope legal de la deducción –cuatro salarios mínimos elevados al año o el 10% de los ingresos del contribuyente– no fuera analizada, siendo que dicho límite carece de una base objetiva que acredite su idoneidad³⁰. Por las mismas razones, la Corte no aplicó el principio de proporcionalidad para determinar que la medida resulta sobreinclusiva (abarcando a más personas que las necesarias³¹, pues con la intención de limitar a quienes se benefician en mayor medida con las deducciones personales, se terminó afectando a quien tiene menores ingresos³²).

Con esto, también, se hace evidente que el criterio que emplea la Suprema Corte para determinar el grado de escrutinio de las medidas legislativas resulta incorrecto: el Tribunal recurre a un criterio competencial *ratione materiae*, para determinar cuándo ejercer un escrutinio estricto y cuándo uno débil³³; es por esto que, en la materia tributaria (al

rantías de propiedad y libertad, que tienen operatividad plena, eficacia propia y no son meros criterios orientadores de los poderes públicos, pues éstos deben cumplirlos inmediatamente, en tanto que pueden aplicarse sin necesidad de un desarrollo legislativo posterior, y los obliga a no emitir disposición alguna que contradiga su contenido esencial y a producir una que sea acorde con su interpretación constitucional, pues de lo contrario la norma relativa podría invalidarse a través de los medios de control de la regularidad constitucional”: Tesis 2a. LXXX/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 447.

³⁰ Lo anterior, al no existir prueba alguna de que, limitando la deducción a cuatro salarios mínimos anualizados o el 10% de ingresos, se cumpliría la finalidad de evitar que contribuyentes con mayor capacidad contributiva se beneficiaran de ella. En ese sentido, la idoneidad implica que la medida sea adecuada para la consecución del fin pretendido: Martínez Zorrilla, David, “El principio de proporcionalidad como criterio de resolución de conflictos constitucionales”, en García García, Mayolo, y Moreno Cruz, Rodolfo (coords.), *Argumentación jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 13.

³¹ Saba, Roberto P., “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. II, p. 713.

³² El carácter sobreinclusivo de la medida ya ha sido demostrado por la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon) en los argumentos de demandas de amparo promovidas por dicha Procuraduría. Véase: *Argumentos de demanda, tope a deducciones personales*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, 2014, pp. 6 y 7.

³³ Este criterio ha quedado reconocido en, por lo menos, un par de precedentes; en la Tesis 1a./J. 84/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 29, la Suprema Corte señaló que: “la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma”; “considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada”. Por su parte, en la Tesis 1a. LIII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VII, t. 1, abril de 2012, p. 882, se manifestó que, conforme al criterio material establecido la Corte, la aplicación del principio de proporcionalidad “implica que el cumplimiento de los criterios que lo integran requiere de un mínimo y no de un máximo de justificación”.

existir libre configuración legislativa), el escrutinio debe ser flexible, según el criterio de la Corte. No obstante, la graduación del escrutinio debe estar determinado por un criterio de derechos y no por uno de competencias materiales, pues bien puede ocurrir que en una determinada materia que no exija un alto grado de examen, se presenten violaciones a derechos fundamentales que se pasarían por alto, como es el caso. Así, el tipo de escrutinio judicial debe atender si en la especie se presenta una posible violación a los derechos fundamentales, sin anteponer a la naturaleza de la norma para, en automático, abstenerse de entrar al estudio de la razonabilidad de la medida, o realizarlo de manera sumamente superficial.

En suma, las omisiones por parte de la Suprema Corte en el análisis del Artículo 151 de la Ley del Impuesto sobre la Renta reflejan la nula percepción de la Corte como una institución al servicio de la garantía de los derechos fundamentales, lo que implica que su nivel de análisis normativo se aleje de consideraciones sustanciales para enfocarse en aspectos meramente formales. Con ello, bajo la idea de la no injerencia en aspectos de política fiscal, se construye un coto de inmunidad legislativa que se presenta bajo la "libertad de configuración". Al respecto, cabe decir que en una democracia constitucional, la rama judicial está llamada a desempeñar un rol activo en la consolidación del Estado democrático de Derecho. En tanto intérpretes de las esencias constitucionales que están consagradas en el texto de la Carta Magna, se espera que los tribunales supremos constitucionales, mediante su revisión judicial, constituyan un filtro veraz de los posibles excesos a los que pueden conducir las mayorías, de tal manera que todo el ordenamiento jurídico esté orientado por el respeto a unos derechos y libertades básicos de los ciudadanos³⁴. En ese sentido, mientras la Suprema Corte de Justicia de la Nación no asuma un papel de protección y garantía de los derechos fundamentales, materias como la tributaria seguirán erigiendo espacios técnicos y formales, ajenos a todo lenguaje de derechos.

Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir que la ausencia de un análisis institucional sustantivo de los diseños normativos en materia tributaria, no son concordantes con un paradigma democrático constitucional que, como vimos, se articula en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No obstante, la falta de una orientación garantista de derechos no se limita al ámbito judicial; debemos añadir que la autoría de la limitante a las deducciones personales provino del Ejecutivo, siendo a su vez convalidada por el Legislativo. En este caso, la desatención a los derechos fundamentales en el diseño

³⁴ Restrepo Tamayo, John Fernando, "Tribunales constitucionales: Dinamizadores en la construcción de la democracia contemporánea para John Rawls", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 247.

es manifiesta en la exposición de motivos de la ley, donde se adujo un argumento de eficiencia administrativa para “*incrementar la recaudación*” como razón para proponer tal medida³⁵. Similar óptica se presenta en los argumentos esgrimidos por los demandados en la acción de inconstitucionalidad, donde prácticamente se reprodujeron los mismos argumentos que los expresados en la sentencia: la libertad de configuración de legislador, el carácter no estructural de las deducciones personales y la no aplicación del derecho a la proporcionalidad tributaria³⁶. De este modo, vemos una vez más la ausencia de un enfoque de derechos detrás de la confección del sistema normativo fiscal.

2. *El paradigma tributario en México*

El caso de la acción de inconstitucionalidad 40/2013 nos pone de manifiesto las características del sistema tributario en México. Estas constituyen lo que denominamos como el *paradigma de la obligación formal tributaria*. En el trasfondo de la decisión judicial analizada, se encuentran rasgos bastante reveladores del mismo: su carácter técnico y formal, encaminado al mero cumplimiento de obligaciones. Tales rasgos operan en dos niveles, normativo e institucional.

Por lo que hace al aspecto normativo, lo que la sentencia de la acción de inconstitucionalidad nos revela es que tanto para el legislador como para los Poderes Judicial y Ejecutivo, la materia tributaria es un ámbito técnico y formal dirigido preponderantemente a sostener una obligación: contribuir a los gastos públicos; no es un ámbito de derechos. Técnico, en el sentido de que todas sus disposiciones han de entenderse como parte de un diseño organizativo que proporciona elementos precisos y estrictamente procedimentales para calcular y enterar contribuciones. Formal en tanto la interpretación y cumplimiento de sus normas se hace en atención a una estructura previamente definida (el sistema tributario y sus políticas), sin reparar en mayores consideraciones que las puramente procedimentales, dejando de lado aspectos sustantivos sobre –verbigracia– el impacto material de dichas disposiciones en los contribuyentes. Así, la finalidad de las normas fiscales será única y exclusivamente el formal cumplimiento de la obligación contributiva.

De este modo, el paradigma de la obligación formal hace que los principios constitucionales en materia tributaria (incorporados en la fracción IV del Artículo 31 constitucional) se *tecnifiquen*, esto es, funcionan y articulan al paradigma formal obligacionista; sus contenidos se vuelven vacuos y su eficacia como límites al poder estatal se reduce significativamente, mientras que su interpretación y alcance se restringen a la perspecti-

³⁵ *Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta*, enviada por el Presidente de la República, p. LXI.

³⁶ *Acción de inconstitucionalidad 40/2013 y su acumulada 57/2014*, p. 108.

va exclusivamente técnico-formal marcada por el sistema tributario. Un sistema tributario obligacionista y formalista diseña, instrumenta, evalúa y controla el ciclo tributario desde una visión unidimensional que reduce el tipo de consideraciones válidas para establecer, aplicar e interpretar las normas fiscales y que, a su vez, maximiza la obligación contributiva. De este modo, el paradigma tributario está guiado, con especial preponderancia, por la concurrencia de criterios y bases técnicas que justifican la estructura y razonabilidad de las normas tributarias, sin tomar en consideración criterios o enfoques basados en derechos fundamentales. La incorporación de otro tipo de consideraciones que justifiquen una medida legislativa no se asume como constitucionalmente obligatoria, sino como una dádiva del legislador que, por tanto, escapa del ámbito del control constitucional. La falta de garantía y protección a los derechos fundamentales de los contribuyentes se convierte, así, en otra característica del paradigma de la obligación formal tributaria, mismo que no se sujeta a estándares democráticos constitucionales.

Lo antes señalado nos lleva a la segunda consideración: a nivel institucional, el paradigma de la obligación formal tributaria pone de manifiesto el papel que los órganos del Estado deben jugar. Las autoridades encargadas del diseño e instrumentación de políticas fiscales y medidas legislativas actuarán atendiendo a parámetros y directrices que potencialicen la recaudación; por su parte, los órganos estatales que realicen el control y evaluación de dichas políticas y medidas, restringirán su cometido a un nivel netamente formal o procedimental.

Así, los principios que guían el diseño de la política tributaria son de tipo estrictamente procedimental: eficacia, eficiencia, maximización de recursos, modernización tecnológica, fortaleza jurídica e institucional, entre otros. La instrumentación de tales políticas determinará el tipo y contenido de las normas fiscales, dándose preponderancia a su reglamentación técnica y buscando incluso estandarizar su interpretación. La reglamentación técnica de la normatividad fiscal provoca una inflación normativa: emisión y actualización constante, y cada vez mayor, resoluciones, circulares, criterios, manuales y formatos que, por otro lado, generan más complejidad en el pago de impuestos³⁷.

Por su parte, la evaluación de dichas políticas y normas fiscales se reduce a contrastar y verificar la correspondencia con principios constitucionales o legales *tecnificados*, generando precedentes que se limitan a dar guías formales sobre interpretación o alcance de las reglas tributarias, sin otorgarles una verdadera extensión garantista o protectora. Cuando de manera excepcional se detecta algún vicio de inconstitucionalidad

³⁷ *Panorama de la situación de los contribuyentes en México*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, núm. I, 2012, p. 1.

de una norma tributaria, el sistema de control hace que se emitan nuevas normas fiscales que cubran dicha irregularidad³⁸, llegando incluso a apreciarse que ciertas disposiciones legales se construyen a partir de la jurisprudencia de la Corte (como órgano de control), con el exclusivo propósito de evitar un posterior escrutinio constitucional³⁹.

Estructurado de esta forma, el paradigma de la obligación formal tributaria potencializa el cumplimiento efectivo de la obligación de contribuir, cumplimiento medible en términos cuantitativos –el incremento de la recaudación de impuestos– y no cualitativos –la forma en que se realiza esa recaudación–. Así, la materialización de los principios que guían la política y normatividad tributarias incide en la capacidad del sistema tributario para cumplir su cometido (mejorar la recaudación) pero a la vez debilita la posición del contribuyente frente al sistema. Veamos un ejemplo.

Conforme a su plan estratégico 2014-2018, el Servicio de Administración Tributaria (SAT) tiene como principal objetivo estratégico aumentar la recaudación, planteándose para ello: “[poner] a disposición de los contribuyentes nuevas herramientas tecnológicas que le permitirán el registro de ingresos, gastos, emisión de comprobantes fiscales digitales, el envío de declaraciones y el pago en línea. Asimismo, para aquellos contribuyentes que no realicen el pago voluntario de sus obligaciones fiscales, se aplicarán los mecanismos de auditoría y cobranza bajo esquemas tecnológicos modernos”⁴⁰.

De este modo, el diseño de la política fiscal está dirigida a la recaudación de los ingresos tributarios, haciendo uso de las herramientas tecnológicas; la instrumentación de dicha política se tradujo en reformas legislativas en el año 2013, que incorporaron el recurso a diversas herramientas tecnológicas, tales como los comprobantes fiscales digitales por Internet o las revisiones hechas en forma electrónica. Si bien el uso de las innovaciones tecnológicas puede resultar en medios que faciliten el cumplimiento de obligaciones (como la presentación de declaraciones en línea), también lo es que su incorporación normativa puede resultar contraria a derechos fundamentales reconocidos en la

³⁸ Roa Jacobo, Juan Carlos, *El debate sobre el amparo fiscal y los efectos de éste en el México Actual*, México, Themis, 2009, p. 68.

³⁹ Tal es el caso del impuesto sustitutivo del crédito al salario o del aseguramiento precautorio introducido en el artículo 145-A del Código Fiscal de la Federación, a raíz de que la Corte declarara inconstitucional el embargo precautorio. A la postre, el aseguramiento precautorio también fue declarado inconstitucional: *Ibidem*, pp. 68 y 69.

⁴⁰ *Plan Estratégico del SAT 2014-2018*, México, Servicio de Administración Tributaria, p. 4. Este objetivo es concordante con la estrategia transversal, “Gobierno cercano y moderno” del Programa para un Gobierno Cercano y Moderno 2013-2018, donde se señala que “las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) son una herramienta básica que brinda amplias oportunidades para mejorar la eficiencia al interior del gobierno” (Diario Oficial de la Federación, 30 de agosto de 2013, sexta sección, p. 55).

Constitución e inclusive, algunos de estos esquemas tecnológicos, dado el grado de control que ejercen sobre el contribuyente, son usados como mecanismo de coacción por parte de la autoridad. Ejemplo de lo primeramente dicho son las revisiones electrónicas (previstas en los Artículos 42, fracción IX y 53-B del Código Fiscal de la Federación), parte de cuyo procedimiento viola el derecho de audiencia del contribuyente, al otorgarle un carácter definitivo a las pre-liquidaciones a las que no se aporten pruebas ni se manifieste lo que a su derecho convenga⁴¹.

Sin embargo, existen supuestos en los que la tecnología se convierte en un medio eficaz de presión al contribuyente, que resulta ser desproporcionado al fin perseguido, y cuyo tratamiento normativo es evaluado de manera formalista y no con un enfoque de derechos fundamentales por parte del juzgador. Tal es el caso de la facultad de las autoridades fiscales para cancelar los certificados emitidos, tanto de sellos digitales como de la firma electrónica avanzada, que genera una grave afectación al contribuyente, pues paraliza la actividad productora de ingresos, al no poder emitir facturas electrónicas por sus actividades. Ello puede generar, a su vez, que incumpla con otras obligaciones fiscales (comenzando por la obligación de expedir comprobantes fiscales o de presentar declaraciones) y, con ello, acarrear sanciones, generando mayores afectaciones a los derechos del pagador de impuestos.

En recientes casos de amparos en revisión analizados por la Corte (2015), se ha determinado que la facultad de cancelación de certificados es constitucional recurriendo para ello a un argumento formalista que distingue entre actos de molestia y privativos, sin realizar un examen de proporcionalidad que sea compatible con un estándar de derechos humanos, conforme al cual, la medida resultaría desproporcional, sobreinclusiva⁴² y, por tanto,

⁴¹ Tesis 2a. LXXIX/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, t. II, agosto de 2016, p.1309, de rubro: "REVISIÓN ELECTRÓNICA. EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 53-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, EN TANTO PREVÉ LA FACULTAD CONFERIDA A LA AUTORIDAD PARA HACER EFECTIVA LA CANTIDAD DETERMINADA EN LA PRELIQUIDACIÓN, TRANSGREDE EL DERECHO DE AUDIENCIA."

En este caso, el mecanismo de control implementado por la autoridad fiscal se tradujo en el envío de una iniciativa que modifica el procedimiento de las revisiones electrónicas a efecto de darle un tratamiento similar al resto de facultades de comprobación (con la emisión de una resolución definitiva): *Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado y del Código Fiscal de la Federación*, México, presentada por el Presidente de la República, p. LII.

⁴² Desproporcional al no ser una medida necesaria, pues existen otras medidas menos lesivas o con un mayor grado de eficacia por parte de la autoridad para cumplir con su finalidad de combate a la defraudación (inclusive, la presentación de querrelas penales). En ese sentido, resulta sobreinclusiva al abarcar a un mayor número de contribuyentes de los que se propone atacar.

inconstitucional. La afectación a los derechos fundamentales de los pagadores de impuestos se hace mayor cuando la autoridad ejerce tales facultades de manera arbitraria: en el caso de la cancelación de certificados de sellos digitales, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon) ha documentado el empleo arbitrario de dicha facultad sin haberse actualizado ninguno de los supuestos establecidos en el Código Fiscal de la Federación⁴³.

En suma, no obstante que la eficacia recaudatoria en México ha aumentado significativamente –en particular en los últimos dos años⁴⁴– simultánea al empleo de las tecnologías de la información y la comunicación, y el fortalecimiento de las facultades institucionales de las autoridades fiscales, ello no ha redundado en el fortalecimiento de la protección y garantía de los derechos de los contribuyentes, sino, como vimos en los casos anteriores, las violaciones a sus derechos se han extendido al empleo de herramientas tecnológicas, lo cual, por cierto, solo ha generado mayores cargas administrativas para los pagadores de impuestos. Complementariamente, la opacidad con la que se manejan los ingresos tributarios en nuestro país sigue siendo una constante, prevaleciendo una política que le cierra el paso a la transparencia y la rendición de cuentas. Ejemplo de ello es el manejo discrecional, por parte de la autoridad fiscal, de los datos personales de los contribuyentes: por un lado, se autorizó la divulgación de datos personales de causantes incumplidos como medida de presión⁴⁵; por el otro, el SAT se niega a divulgar los datos de contribuyentes a quienes se les canceló y condonó créditos fiscales, haciendo prevalecer, casualmente, un argumento formal (la no retroactividad de la ley) sobre una razón sustantiva, de derechos fundamentales (la transparencia y la rendición de cuentas).

Lo antes expuesto nos pone de manifiesto que todo el aparato normativo del sistema tributario se encuentra pensado, diseñado y orientado a hacer efectivo el cumplimiento de la obligación tributaria, sin que se dé cabida a enfoques sustantivos sobre derechos fundamentales que articulen a las políticas públicas y a las instituciones tribu-

⁴³ *Análisis sistémico 12/2015 con requerimiento de informe*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, 2015, p. 4.

⁴⁴ De acuerdo con el Informe Tributario y de Gestión del SAT, correspondiente al primer trimestre de 2016, los ingresos tributarios ascendieron a 1 billón 393 mil 74 millones de pesos. Con respecto a enero-junio de 2015, los ingresos en 2016 aumentaron 10.7% en términos reales: *Informe Tributario y de Gestión. Segundo trimestre 2016*, México, Servicio de Administración Tributaria, 2016, p. 1. Al cierre de 2015, los ingresos tributarios se ubicaron en 2 billones 366 mil 425.5 millones de pesos. Esto es 387 mil 444.9 millones de pesos por arriba de lo estimado en la Ley de Ingresos de la Federación para 2015 y con respecto a 2014, aumentaron 27.4% en términos reales, el mayor incremento en los últimos 25 años: *Informe Tributario y de Gestión. Cuarto trimestre 2015*, México, Servicio de Administración Tributaria, 2015, p. 1.

⁴⁵ Torres Domínguez, Guillermo, "Secreto fiscal: ¿concesión o derecho? Entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales", *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, año VIII, número 20, enero-junio de 2016.

tarias. El paradigma de la obligación formal tributaria no se adecúa a las exigencias de un Estado constitucional de Derecho, pues antepone criterios técnicos y formales como guía de su actuación; con ello, deja de lado la plena garantía de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Se trata pues, de un campo de las obligaciones, donde normas técnicas y esquemas tributarios formales se enlazan al cumplimiento de la obligación de contribuir.

III. LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES EN SERIO

1. *La reforma constitucional de derechos humanos: un statement*

Si el paradigma de la obligación formal tributaria asume una orientación técnico-formal de la materia, encaminada a su maximización, ¿dónde quedan materializados los derechos fundamentales de los contribuyentes? ¿Dónde se vuelven operativos? ¿Dónde funcionan como límite a la actuación estatal?

Consideramos que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 nos da la respuesta, en tanto supone un giro radical en las directrices de actuación del Estado y sus autoridades, incluidas las fiscales. Las modificaciones que la enmienda de mérito aporta al constitucionalismo mexicano no son solamente de forma, sino que afectan el núcleo central de comprensión de lo que son los derechos⁴⁶. En ese sentido, consideramos que son tres los aspectos a destacar de la reforma constitucional: primero, constituye un *statement* que marca las directrices de acción para todas las autoridades del país; segundo, que establece un enfoque de derechos humanos que incorpora a los derechos en la acción estatal y, por último, señala obligaciones generales que permiten hacer operativos tales derechos. Este cambio de perspectiva también impone, en el ámbito fiscal, la inauguración de un nuevo régimen que se acomode a los estándares democráticos constitucionales, un paradigma en donde los derechos de los contribuyentes se toman en serio y las contribuciones sean un reflejo de la solidaridad y cooperación social en aras de alcanzar la justicia en la sociedad. Vayamos por partes.

El Artículo 1o. constitucional dispone, desde el 11 de junio de 2011, que en nuestro país todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como de las garantías para su protección. De igual forma, su tercer párrafo indica que: “*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*”. Tal señalamiento en el texto constitucional

⁴⁶ Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el Artículo 1o. de la Constitución mexicana”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2014, p. 63.

constituye un *statement* vinculante para todas las autoridades (empleo el término *statement* pues este denota un carácter más autoritativo que el de una simple “declaración”)⁴⁷.

De este modo, el precepto invocado no se limita a hacer una manifestación de la “intención” de asegurar el goce de los derechos humanos ni de “buscar” promover, respetar, proteger y garantizar los mismos; antes bien, constituye una exteriorización vinculante de mandatos y directrices que, mediante su expresión formal, hace patente mantenerse en una posición o postura ya asumida: el reconocimiento pleno a los derechos humanos de las personas⁴⁸. De este modo, el *statement* constitucional de 2011 hace explícita la postura del Estado mexicano frente a los derechos humanos y ordena los principios, guías de actuación y directrices conforme a los cuales las autoridades deben asegurar el sostenimiento de la postura asumida por el Estado. En ese sentido, toda la actuación de todas las autoridades (de los distintos ámbitos y niveles de gobierno), se debe articular y funcionalizar al mandato del reconocimiento de los derechos humanos: tanto el diseño normativo e institucional, como la actuación, se orientarán a la consecución del referido mandato. En consecuencia, a partir del *statement* constitucional se desprende, como criterio rector de la acción estatal, la asunción de un *enfoque de derechos humanos*, como la lente bajo la cual se diseñarán, instrumentarán, controlarán y evaluarán las políticas públicas y el accionar de las autoridades.

El enfoque basado en los derechos humanos constituye un marco conceptual que, desde el punto normativo, está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista operacional está orientado a la promoción y protección de los derechos humanos⁴⁹. El enfoque de derechos humanos busca “*internalizar en la acción estatal la dinámica del funcionamiento de los derechos humanos*”⁵⁰, esto es, la operacio-

⁴⁷ Si bien el término *statement* puede traducirse al español como “declaración” (pudiendo, por tanto, emplearse esta palabra sin mayor problema), el uso de la expresión anglófona obedece a que *statement* imprime un mayor peso a su significado, dado su origen etimológico. Así, mientras declaración significa “*manifestación del ánimo o de la intención*” (Real Academia Española), pudiendo tener su equivalencia al inglés con la palabra *declaration*, etimológicamente el término *statement* proviene del latín *status*, *stare* (permanecer) y *ment* (sufijo de acción o resultado), lo que podría traducirse como la acción de permanecer o mantenerse en algo, mantenerse en la postura o estarse a lo ya dicho. De ahí el carácter autoritativo que le adscribimos a dicho término.

⁴⁸ En lo que sigue, nos referiremos a “derechos humanos” o “derechos fundamentales” como sinónimos, no obstante que puedan tratarse de cosas distintas. El empleo de la primera expresión se conserva debido a que es la categoría empleada por la Constitución.

⁴⁹ *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Ginebra, Naciones Unidas-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, 2006, p. 15.

⁵⁰ Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, México, Flacso, 2013, p. 22.

nalización del bagaje de derechos humanos en los planes y programas institucionales de los Estados⁵¹, donde tales planes y políticas están anclados en un sistema de derechos⁵². En suma “*el enfoque de derechos humanos conforma, junto con otros aspectos [como transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno], el Estado social y democrático de derecho*”⁵³.

Ahora bien, dentro del enfoque basado en derechos humanos, el tema de las obligaciones estatales que se derivan del pleno goce de los mismos, guarda una especial significación, en tanto constituyen los insumos que dotan de contenido a los derechos humanos, a la vez que vinculan jurídicamente al Estado con su cumplimiento. Al poner énfasis en los derechos de las personas⁵⁴, esta perspectiva hace que la obligatoriedad de los derechos humanos garantice su plena efectividad, a la par de que su incumplimiento pueda ser jurídicamente exigible al Estado; con ello, se desarrolla la capacidad de este último para cumplir con sus obligaciones y se incentiva a los titulares para reclamarlos⁵⁵.

Bajo estas premisas, el surgimiento del enfoque de derechos humanos trae consigo una nueva concepción sobre las obligaciones estatales, en que los Estados tienen por un lado, la obligación de respetar, proteger, garantizar y promover cada uno de los derechos humanos y, por otra parte, deben ordenar su conducta de conformidad con ellos. En última instancia, “*las obligaciones generales funcionan como conectores operativos de la acción estatal en función de los derechos humanos*”⁵⁶, permitiendo dotarlos de contenido. Lo anterior implica un ejercicio donde se les piense desde sus obligaciones, permitiendo de esta forma ubicar las conductas exigibles tanto respecto de casos particulares como en relación con la adopción de medidas y la legislación⁵⁷.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo, op. cit., p. 15.*

⁵³ Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, p. 29.

⁵⁴ Y no en sus necesidades. Esto es una importante distinción, pues una necesidad no cumplida lleva a la insatisfacción, mientras un derecho que no es respetado lleva a una violación. El resarcimiento o la reparación pueden ser legalmente y legítimamente reclamados. La distinción entre necesidades y derechos nos remonta al origen del enfoque en derechos humanos (*right-based approach*) en los programas de desarrollo.

⁵⁵ *The Human Rights-Based Approach*, United Nations Population Fund, 2016, <http://www.unfpa.org/human-rights-based-approach>.

⁵⁶ Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos, op. cit., p. 23.*

⁵⁷ Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción, op. cit., p. 19.*

Ver a los derechos humanos a partir de sus diversas obligaciones –como una herramienta metodológica y de análisis– no solamente nos sirve para la determinación de las obligaciones generales y específicas a cargo del Estado en aras del cumplimiento del contenido y alcances de los derechos, sino también para diseñar políticas públicas adecuadas y para evaluar si los elementos institucionales implementados al efecto son efectivos para garantizar un derecho humano⁵⁸.

Mediante la mirada de los derechos desde sus obligaciones estamos trazando un *plan de acción*; el *statement* constitucional de junio de 2011 constituye precisamente eso: la orden de poner en marcha la implementación de los derechos humanos en todos los ámbitos de la esfera nacional, expresando el compromiso de su efectiva realización y estableciendo como guía de toda actuación pública, el contenido de las *obligaciones generales*: su garantía, protección, respeto y promoción⁵⁹.

Las directrices establecidas a nivel constitucional en 2011 implican un viraje profundo en lo que se espera del Estado, su Derecho, sus instituciones y su actuación. Implica la instrumentación y funcionalización del aparato estatal a una pretensión: la garantía y efectividad de los derechos humanos de todas las personas. Tal circunstancia genera que ningún ámbito de la esfera estatal pueda suscribir compromisos ni desplegar conductas que limitan o restrinjan, sin razones justificadas, tales derechos. El compromiso constitucional es grande, pues imprime un carácter expansivo y progresivo de los principios que moldean la actuación del Estado y obligan a que las normas de derechos humanos y sus garantías dejen de ser vistas como meras aspiraciones o buenas intenciones que legitimen las acciones estatales. Mediante el enfoque de derechos y las obligaciones generales, podemos observar a los *derechos en acción*, es decir, “*la constante construcción de los derechos humanos, donde estos no son vistos como meros postulados o límites estáticos sino como una compleja red de interacciones hacia su interior y entre ellos*”⁶⁰. Con ello, cualquier consideración que no incorpore dentro de su visión el contenido de los derechos humanos (esto es, que no se adecúe a las obligaciones a cargo del Estado) in-

⁵⁸ Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, op. cit., p. 37; *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, op. cit., p. 32.

⁵⁹ Desarrollar el contenido de las obligaciones en materia de derechos humanos excede los objetivos del presente trabajo. No obstante que se hará mención a algunas de ellas en el apartado siguiente, para una comprensión del alcance de cada obligación. Véanse las obras de Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel, ya citadas.

⁶⁰ Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, op. cit., 19. Donde la lógica de esta red proviene de la interacción de las obligaciones que constituyen a los derechos y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

cumple con el *statement* constitucional, siendo tal incumplimiento jurídicamente exigible y reparable. Tal es el grado de fortaleza que adquieren los derechos fundamentales en el nuevo orden constitucional.

2. *Un nuevo paradigma: los derechos en serio*

El plan de acción establecido en la reforma constitucional de 2011, bajo las directrices del enfoque de derechos humanos y la mirada desde las obligaciones estatales, impacta en amplitud a la materia tributaria. Ello se traduce en la necesidad de adoptar un nuevo paradigma tributario que sea congruente con los mandatos constitucionales. Consideramos que este implica, como consecuencia natural del enfoque de derechos humanos establecido en el Artículo 1o. constitucional, que en toda acción de la autoridad fiscal se incorpore una perspectiva de respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales de los contribuyentes, con todas las consecuencias que ello genera a nivel institucional, normativo y de prácticas administrativas e interpretativas. Ello conlleva, a su vez, que el sistema tributario se incorpore y estructure con base en insumos sustantivos y no solo formales: el ámbito fiscal no será ya más un campo aislado, de tecnicismos, formalismos y reglas meramente imperativas; dará paso a un paradigma de respeto y garantía a los derechos fundamentales de los contribuyentes donde, como consecuencia, la obligación de contribuir se manifieste como el cumplimiento de un deber de solidaridad ciudadana. El nuevo paradigma es el de *los derechos en serio*.

Es Ronald Dworkin quien construye esta atractiva fórmula –los derechos en serio– para presentar su *rights thesis* que constituye una postura de filosofía política acorde con los planteamientos del neoconstitucionalismo y el Estado democrático de Derecho. Conforme a esta tesis, Dworkin establece que la legitimidad del gobierno se funda en el respeto y protección de esos derechos; tomarse los derechos en serio significa que estos no puedan ser sacrificados ante objetivos colectivos o proyectos de un pretendido interés general⁶¹. En el trasfondo, lo que el autor quiere poner de manifiesto es que el carácter especial y trascendente de los derechos fundamentales (en virtud de ser una manifestación de la dignidad humana y la igualdad política)⁶² entraña que no cualquier tipo de

⁶¹ Prieto Sanchís, Luis, “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 14, 1985, p. 355.

⁶² Respecto de estas dos ideas, Dworkin manifiesta que la dignidad humana “supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto” y que “la igualdad política, que supone que los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho, por parte del gobierno, a la misma consideración y el mismo respeto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos”: Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 295.

justificación por parte del Estado sea admisible para limitar esos derechos; la existencia de los derechos se vería amenazada si el gobierno pudiera vulnerar uno de esos derechos apelando al “derecho” de una mayoría democrática a imponer su voluntad⁶³. De igual forma, la perspectiva de logros utilitarios tampoco puede justificar las vulneraciones a los derechos y libertades de las personas⁶⁴, siendo que muchas veces lo que se presenta como beneficio utilitario (bien común o mayoritario, interés público, eficiencia) o equilibrio entre bienestar general con los derechos personales, en realidad tiene un fundamento meramente conjetural que, en consecuencia, no puede admitirse como una razón válida para restringir un derecho fundamental.

De acuerdo con el modelo de Dworkin, el enfoque de los derechos implica que si estos tienen sentido, la invasión de un derecho debe ser un asunto muy grave, y que para prevenirla *“vale la pena pagar el coste adicional de política social o eficiencia que sea necesario”*⁶⁵. Una vez que se ha reconocido un derecho, el simple hecho de que la sociedad pagaría un precio mayor por extenderlo no puede ser un argumento para restringirlo; es decir, si el gobierno no amplía ese derecho, estará demostrando que su reconocimiento es una ficción, *“una promesa que sólo se propone mantener mientras no le resulte inconveniente”*⁶⁶.

Las explicaciones de Dworkin no predicán un individualismo radical, sino simplemente que las decisiones que afecten a los derechos solamente pueden ser válidas en tanto protejan los derechos concurrentes de otras personas⁶⁷, pero que las razones de eficiencia, bienestar o interés general, las más de las veces, son vacías en su justificación al no existir derecho que proteger y, por el contrario, solamente son una conjetura sobre lo que se espera obtener con la medida restrictiva. El gobierno ha de tomar –dice Dworkin– sus decisiones en condiciones de muy elevada incertidumbre, y la institución de los derechos, si se toma en serio, limita su libertad de experimentar en tales condiciones, *“no pudiendo dar por sentadas respuestas que justifiquen su conducta”*⁶⁸. Desde esta perspectiva, el autor recurre a los principios de idoneidad y necesidad como guía de la actuación del gobierno: mientras no exista un riesgo claro y sustancial (siendo, de este modo, un riesgo conjetural y marginal) y se dispongan de otros medios para impedirlo, el Estado debe buscar en otra parte *“las palancas que ha de accionar”*⁶⁹. En cualquier caso, el respeto a los derechos es prevalente frente a las decisiones mayoritarias; *“la ins-*

⁶³ *Ibidem*, p. 289.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 288.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 295.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 296.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 297.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 299 y 300.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 301 y 302.

titución de los derechos es [...] crucial porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”⁷⁰.

En suma, frente a la teoría política basada en los objetivos (utilitarismo) o en los deberes (imperativos categóricos), Dworkin nos propone una teoría política fundada en los derechos, en donde tomarse los derechos en serio consiste en un gobierno para quien las libertades no sean un simple recurso retórico, un Estado en donde los derechos se erigen así en el núcleo central de todo el sistema jurídico político, en su elemento definidor. De este modo, “los derechos humanos no sólo presentan una dimensión subjetiva de protección de la persona, sino que constituyen también criterios preferentes para la interpretación jurídica”⁷¹.

La *rights tesis* de Dworkin proporciona un sustrato filosófico que permite caracterizar, en el plano estructural, el nuevo paradigma tributario de los derechos en serio. En realidad no hay mucho que abundar a lo ya antes señalado, pues tanto el aspecto filosófico dworkineano como los mandatos constitucionales del enfoque de derechos humanos y las obligaciones estatales, moldean y dan sentido a tal paradigma: la internalización del contenido de los derechos humanos como guía del diseño, instrumentalización, control y evaluación normativa y de actuación en el ámbito fiscal, así como límites obligatorios cuya inobservancia es causa de nulidad de normas y actos. De este modo, se puede observar, por ejemplo, un cambio en el escrutinio de las normas tributarias: la obligación de respetar los derechos humanos tiene un carácter negativo y positivo; en su aspecto negativo, el Estado deberá de abstenerse de violar los derechos humanos reconocidos. En los casos en que se aplique una limitación de derechos, el Estado está obligado a demostrar su necesidad y solo se podrán tomar medidas que guarden *proporción* con el logro de objetivos legítimos a fin de garantizar una protección permanente y efectiva de los derechos humanos⁷².

Conforme a lo anterior, bajo un enfoque de derechos humanos y mirando a las obligaciones generales, el límite a las deducciones personales se presenta como desproporcional, al ser una restricción sobreinclusiva y que genera un mayor sacrificio a un derecho que el beneficio obtenido⁷³, el cual, si consiste en “incrementar la recaudación”⁷⁴, resulta

⁷⁰ *Ibidem*, p. 303.

⁷¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 373 y 374.

⁷² *Observación general Núm. 31*, Ginebra, Comité de Derechos Humanos-Naciones Unidas, 2004, p. 3.

⁷³ Este enfoque es el que han asumido los Jueces de Distrito al resolver amparos indirectos en contra del límite a las deducciones personales. Véase, por ejemplo, Fierro, Juan Omar, “Inconstitucional límite a deducciones por gastos médicos”, *El Universal*, 11 de noviembre de 2015, goo.gl/OvCERJ.

⁷⁴ Como de hecho se argumentó en la exposición de motivos de la iniciativa de ley, a la par de otros objetivos: “... con el fin de incrementar la recaudación... se propone a esa Soberanía

ser un objetivo utilitarista, no admisible en el ámbito de los derechos. Con base en este análisis, una política pública con un enfoque de derechos humanos instrumentaría una medida legislativa que, reconociendo el derecho humano a una vida digna y a un mínimo existencial, depurara los conceptos sujetos a deducción personal e incorporara aquellos que tiendan a hacer efectivos tales derechos (como el pago de colegiaturas y útiles escolares⁷⁵ o los pagos por la práctica de actividades deportivas), permitiendo la deducción total de dichos conceptos y, moviendo “palancas” en otro lado, diseñara programas institucionales que facilitarían la detección rápida de contribuyentes cuyas operaciones pudieran denotar esquemas evasivos de contribuciones, recurriendo al empleo de la tecnología informática. De este modo, tomando como guía el respeto y garantía de los derechos de los contribuyentes, se establecen esquemas que, sin limitar el campo de actuación de la autoridad, establecen nuevas y creativas rutas por las cuales transitar.

El paradigma de los derechos en serio, simultáneamente, impacta en la comprensión y percepción del objetivo del sistema tributario: no se trata más de un ámbito estructurado en el cumplimiento estricto de obligaciones formales fundadas en su carácter imperativo o coactivo, sino como expresión de un compromiso solidario y cooperativo adquirido por los ciudadanos, en aras del bienestar individual y colectivo.

La idea de solidaridad existe entre un grupo de personas cuando se comprometen, entre otras cosas, a promover el bienestar de los otros miembros del grupo, incluso a un costo significativo para ellos mismos⁷⁶. Muchos consideran a la solidaridad como un importante ideal político, sobre la base de que está relacionado con la comunidad y fraternidad (en un sentido fuerte), y conduce a la cohesión social y la estabilidad⁷⁷. En la misma postura, John Rawls⁷⁸ plantea que la necesidad de cooperación social tiene sentido por un par de sencillas razones: una condición de escasez de recursos, así como la existencia de intereses divergentes de las personas en cuanto a planes de vida y concepciones de lo bueno. En esa medida, la cooperación social implica la idea de que, *cooperando*, los ciu-

limitar el monto máximo de las deducciones personales realizadas por una persona física al año, a la cantidad que resulte menor entre el 10% del ingreso anual total del contribuyente, incluyendo ingresos exentos, y un monto equivalente a 2 salarios mínimos anuales correspondientes al área geográfica del Distrito Federal”: *Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta*, enviada por el Presidente de la República, p. LXI.

⁷⁵ No obstante que el pago de colegiaturas, verbigracia, ya está previsto como estímulo fiscal. Véase el Decreto que compila diversos beneficios fiscales y establece medidas de simplificación administrativa”, en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 2013.

⁷⁶ Mason, Andrew, “Solidarity”, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, Routledge, 1998.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 126 y ss.

dadanos se acercan a la realización de su concepción del bien o del beneficio racional que tratan de conseguir⁷⁹. La conjugación de estas dos circunstancias es la que conduce al establecimiento de reglas que permitan una justa distribución de los recursos y una adecuada organización que haga posible la materialización de los diversos planes de vida. Así pues, estas condiciones determinan la forma de organización política requerida por la sociedad para la consecución de sus aspiraciones y, concomitantemente, el modo a través del cual dicha organización costeará sus actividades y distribuirá los bienes disponibles.

Bajo esta óptica, la obligación de contribuir se presenta como un deber social que legitima el poder estatal, cuya base no es ya la coacción o la imposición de obligaciones, sino una función redistributiva de los recursos, que aseguren a las instituciones la libertad en una sociedad democrática y los ingresos para el establecimiento de la justa igualdad de oportunidades⁸⁰. El paradigma de los derechos en serio se convierte pues, en un paradigma de la solidaridad contributiva⁸¹, con una perspectiva holística que asume derechos, obligaciones y buen gobierno en aras de la concreción de los fines de la justicia social. La mirada del paradigma de la solidaridad contributiva buscará, ante todo, el cumplimiento voluntario del pago de contribuciones y, a la par, la transparencia en la administración de los ingresos tributarios, así como la rendición de cuentas por parte de la autoridad. Así, esta perspectiva obliga a contribuyentes, pero también al Estado, asumir una actitud *aprehensiva* en el ámbito tributario que les permita, al momento de desplegar sus respectivas acciones (de pago y de cobro), visibilizar y considerar todos y cada uno de los elementos que le dan forma y contenido al sistema tributario: derechos humanos, obligaciones estatales, deberes de solidaridad y pretensiones de justicia social.

En suma, podemos resumir el nuevo paradigma contributivo en tres dimensiones: una dimensión ontológica: como un ámbito de expresión y materialización de derechos fundamentales en sí mismos (vida digna, mínimo vital, igualdad o presunción de inocencia⁸²); una dimensión deontológica, como criterio de corrección de la acción estatal (me-

⁷⁹ Rawls, John, "Justicia como 'fairness': política, no metafísica," *Revista de Ciencia Política*, Santiago, vol. XII, núms. 1-2, 1990, p. 98. Dieterlen, Paulette, *Ensayos sobre justicia distributiva*, México, 2ª. ed., Fontamara, 2001, p. 55.

⁸⁰ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., pp. 249 y ss. Murphy, Liam, y Nagel, Thomas, *The myth of ownership: taxes and justice*, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 181 y 182.

⁸¹ Esta perspectiva ha sido ya reconocida por la Corte, en la Tesis 1a./J. 65/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, julio de 2009 p. 284, de rubro: "OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. OBEDECEN A UN DEBER DE SOLIDARIDAD".

⁸² Aplicable a todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado de la facultad punitiva del Estado, como el tributario. Véase la Tesis P/J. 43/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 7, t. I, junio de 2014, p. 41.

diante el enfoque de derechos humanos) y una dimensión teleológica, como un medio para hacer efectivos los derechos humanos (con la función redistributiva de las contribuciones y su pretensión de justicia social).

IV. PRODECON COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES

¿Cuál es el papel de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (Prodecon) en este nuevo paradigma? Si consideramos las dimensiones ontológica, deontológica y teleológica del nuevo paradigma contributivo, podemos comprender que está llamada a asumir un papel congruente con lo exigido a las instituciones estatales en las democracias constitucionales. Si partimos de la idea de que la obligación de garantizar, (una de las más complejas en términos de conducta de los órganos estatales) requiere, entre otras cosas, la creación de la maquinaria institucional para la realización de los derechos en cuestión; que la obligación de protección busca crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesarios para prevenir y sancionar las violaciones a derechos humanos; y que la obligación de promover persigue proveer a las personas toda la información necesaria para asegurar que sean capaces de disfrutar sus derechos; con todo ello, podemos afirmar que es mediante Prodecon como el Estado mexicano puede dar el mejor cumplimiento a sus obligaciones generales establecidas en el texto constitucional. En este sentido, se debe pensar a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente como el ámbito institucional que coadyuve a diseñar, instrumentar, controlar y evaluar, en un plano no contencioso, las políticas fiscales con un enfoque de derechos humanos. Se debe asumir a Prodecon como un garante de los derechos de los contribuyentes.

Prodecon materializó, en primer término, el cumplimiento de la obligación estatal consistente en “tomar medidas apropiadas” para la plena realización de los derechos; su institucionalización llevó al cumplimiento parcial de la obligación de garantizar los derechos fundamentales de los contribuyentes, en el plano de su estructura organizacional. Con su pleno funcionamiento (en 2011), Prodecon también ha permitido la promoción de los derechos de los pagadores de impuestos y, sobre todo, su garantía mediante mecanismos que reparen las violaciones cometidas (a través de sus funciones de representación, análisis sistémico, seguimiento a quejas y formulación de observaciones). De este modo, la función de Prodecon se ha centrado en un aspecto correctivo que sustancialmente incluye la fase contenciosa del ciclo tributario.

El desarrollo de estas funciones ha resultado en impactos positivos que se traducen en una mejor protección de los derechos de los contribuyentes. Ejemplo de ello ha sido la intervención exitosa de la Procuraduría para el nuevo diseño normativo del proce-

dimiento de inmovilización de cuentas bancarias (establecido en los Artículos 156-Bis y 156-Ter del Código Fiscal de la Federación) o más recientemente con la inclusión de los acuerdos conclusivos dentro del ejercicio de facultades de comprobación (Artículos 69-C a 69-G del Código Fiscal). No obstante, sus procesos de análisis sistémico aun requieren, en algunos casos, incorporar un enfoque de derechos humanos más profundo, a efecto de lograr una mayor incidencia de tales derechos en el sentido de sus observaciones. Verbigracia, es el análisis sistémico 1/2014 en torno a la divulgación de datos personales, donde si bien se presentó en forma sumamente completa la problemática existente con las listas de contribuyentes incumplidos, las violaciones a derechos identificadas, se limitaron a los derechos a la legalidad y la garantía de audiencia⁸³, cuando también existieron violaciones a los derechos a la privacidad, la moral o la propia imagen. Inclusive, no se analizó la razonabilidad de la medida legislativa, misma que bajo un test de proporcionalidad, resulta contraria a la Constitución⁸⁴.

Al final, la función correctiva ejercida por Prodecon es consustancial (y, por tanto, inevitable) al paradigma de la obligación formal tributaria, donde la falta de un enfoque con derechos humanos nos lleva a la mayor recurrencia de mecanismos reactivos frente a afectaciones a los derechos de los pagadores de impuestos. No obstante, bajo el paradigma de la solidaridad contributiva, las funciones sustantivas de Prodecon tienen que encaminarse al mejor cumplimiento de las obligaciones de promoción y garantía preventiva (no correctiva) en materia de derechos humanos. Con ello, el impacto de su actuación redundará en el cumplimiento de la obligación de respeto por parte de las autoridades fiscales.

Consideramos que la Procuraduría cuenta con las facultades suficientes para lograr su cometido, bajo el enfoque impuesto por el nuevo paradigma; mecanismos preventivos tales como proponer al SAT modificaciones normativas internas, emitir opiniones sobre la interpretación de las disposiciones fiscales y aduaneras, o la realización de reuniones periódicas con las autoridades fiscales –señaladas todas en su ley orgánica– brindan bases adecuadas para llevar a cabo una función de control preventivo en materia fiscal. Sin embargo, pese a estar establecidas en su ley orgánica desde 2011, las referidas actividades son poco visibles (salvo el desarrollo de reuniones periódicas) y no se percibe un impacto significativo de las mismas. En ese sentido, para dotar de un mayor grado de dinamismo e incidencia a estas funciones, resulta indispensable complementar las mismas como parte

⁸³ *Análisis sistémico 1/2014 con requerimiento de informe*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, 2014.

⁸⁴ Torres Domínguez, Guillermo, "Secreto fiscal: ¿concesión o derecho? Entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales", *op. cit.*

de las obligaciones que el resto de autoridades fiscales debe cumplir en el desarrollo de sus actividades. Así, por ejemplo, previo a la formulación de alguna medida en materia fiscal, el SAT puede incorporar, dentro de los manuales operativos del organismo o incluso a nivel reglamentario, la obligación de contar con la opinión técnica de Prodecon. Esta función técnico-consultiva puede resultar útil si es trasladada a otros ámbitos, como el legislativo, donde la *expertise* de Prodecon puede ser eficaz para prevenir violaciones a los derechos humanos.

Con lo anterior queremos denotar que la capacidad de incidencia de Prodecon en el respeto y protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes dependerá, en gran medida, de la red de interacciones que dicha Procuraduría establezca respecto de otras instituciones, no solo autoridades fiscales, sino también instituciones educativas y de profesionistas.

Por otro lado, consideramos oportuno que Prodecon incremente sus actividades de promoción sobre la transparencia y rendición de cuentas por parte de las autoridades fiscales, en la medida en que la opacidad en el manejo de los ingresos tributarios constituye uno de los factores que desincentiva el pago de contribuciones⁸⁵. El ejercicio de dicha facultad puede requerir de un respaldo normativo más sólido, pero la Procuraduría puede comenzar firmando convenios institucionales con las autoridades fiscales y organismos garantes del derecho de acceso a la información para, por lo menos, promover la rendición de cuentas proactiva establecida en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información (Artículos 56 a 58).

Si bien somos conscientes de que el éxito de una política tributaria con enfoque de derechos humanos no depende solamente de la actuación de la Prodecon, su corta pero notable experiencia ha dado muestras claras de que es posible generar cambios preventivos que incidan en la confección de una política tributaria; los acuerdos conclusivos constituyen, por mucho, la versión más acabada, lograda hasta ahora por la Procuraduría. El paradigma tributario inaugurado con la reforma constitucional de 2011 aún requiere fortalezas institucionales correctivas, por lo que dotar de mayores facultades en ese sentido (como, por ejemplo, conferirle legitimación para promover acciones colectivas o acciones de inconstitucionalidad en materia tributaria⁸⁶) resulta útil y necesario.

⁸⁵ *Panorama de la situación de los contribuyentes en México, op. cit., p. 4.*

⁸⁶ Lo anterior, dada la exclusión de la materia tributaria del ámbito de aplicación de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad (Artículos 107, fracción II constitucional y 231, segundo párrafo de la Ley de Amparo). Respecto a la necesidad de contar con acciones colectivas en materia fiscal, véase *Acciones colectivas: reflexiones en torno a su necesidad en materia tributaria*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, núm. XVII, 2015.

En suma, Prodecon tiene suficientes elementos que le permitan construir un cambio en el paradigma contributivo que se tome en serio los derechos de los contribuyentes; de la destreza con que los potencialice dependerá su éxito como una institución articuladora de las obligaciones estatales en materia de derechos fundamentales de los contribuyentes. Prodecon, como organismo garante de los derechos de los pagadores de impuestos, bajo el nuevo paradigma de los derechos en serio, de la solidaridad contributiva y del Estado de constitucional de Derecho, no debe cesar en su afán de conseguirlo.

Finalmente, me interesa cerrar este apartado haciendo notar que, si bien este trabajo está desarrollado en torno a la función de un organismo descentralizado como Prodecon, ello no excluye que la guía de actuación impuesta por el nuevo modelo de tributación que aquí se propone, pueda ser replicada por otro tipo de autoridades administrativas y jurisdiccionales. Al final, si se observa con cuidado, los paradigmas tributarios aquí analizados recurren a medidas, actuaciones y decisiones llevadas a cabo por las tres ramas de gobierno –administrativa, legislativa y judicial–. Por tanto, la referencia al caso concreto de la Prodecon, antes que una limitación, constituye una invitación para el desarrollo de propuestas creativas que puedan ser replicadas en otros ámbitos de la administración, el Congreso y la Judicatura (incluido el Tribunal Federal de Justicia Administrativa), en aras de lograr la plena efectividad del nuevo paradigma tributario y, con ello, que tomemos en serio los derechos de los contribuyentes.

V. CONCLUSIONES

1. Las democracias constitucionales, Estados constitucionales de Derecho o Estados democráticos de Derecho se caracterizan por poner en primer plano –como núcleo sustantivo y proyecto de justicia–, el aseguramiento pleno y extensivo de los derechos fundamentales, articulando el ordenamiento jurídico y funcionalizando todos los poderes estatales en la garantía de tales derechos.

2. En México, el actual sistema tributario no responde a los parámetros de las democracias constitucionales. El paradigma de la obligación formal tributaria asume un carácter técnico y formal, encaminado al mero cumplimiento de obligaciones, que opera a nivel normativo (en el diseño, instrumentación, evaluación y control de la actuación estatal) e institucional (respecto del papel formal que juegan las instituciones estatales). Este paradigma excluye en gran medida toda perspectiva de protección y garantía de los derechos fundamentales, funcionalizando incluso los principios constitucionales a una visión formal y técnica. Todo ello se traduce en vulneraciones a los derechos fundamentales de los pagadores de impuestos.

3. No obstante, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 supone un giro radical en las directrices de actuación del Estado y sus autoridades, incluidas las fiscales. La reforma constituye un *statement* que marca las directrices de acción para todas las autoridades del país; establece un enfoque de derechos humanos que incorpora a los derechos en la acción estatal y señala obligaciones generales que permiten hacer operativos tales derechos.

4. Este cambio de perspectiva también impone, en la materia fiscal, la inauguración de un nuevo paradigma en donde los derechos de los contribuyentes se toman en serio y las contribuciones sean un reflejo de la solidaridad y cooperación social en aras de alcanzar la justicia en la sociedad (el paradigma de la solidaridad contributiva).

5. El nuevo paradigma contributivo presenta tres dimensiones. Una dimensión ontológica, como un ámbito de expresión y materialización de derechos fundamentales en sí mismos; una dimensión deontológica, como criterio de corrección de la acción estatal, y una dimensión teleológica, como un medio para hacer efectivos los derechos humanos.

6. Dentro de este nuevo paradigma, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente debe ser pensada como el ámbito institucional que coadyuve a diseñar, instrumentar, controlar y evaluar, en un plano no contencioso, las políticas fiscales con un enfoque de derechos humanos. El desarrollo de esta función dependerá en gran medida de la red de interacciones que dicha Procuraduría establezca respecto de otras instituciones y de encaminarse al desarrollo de una función preventiva (más que correctiva) de protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

7. La referencia concreta al caso de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, constituye una invitación para el desarrollo de propuestas creativas que puedan ser replicadas en otros ámbitos de la Administración, la Legislatura y la Judicatura, en aras de lograr la plena efectividad del nuevo paradigma tributario y, con ello, tomar en serio los derechos de los contribuyentes.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Acción de inconstitucionalidad 40/2013 y su acumulada 57/2014*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Acciones colectivas: reflexiones en torno a su necesidad en materia tributaria*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, núm. XVII, 2015.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Palma, Lleonard Muntaner Editor, 2008.
- Análisis sistémico 1/2014 con requerimiento de informe*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, 2014.
- Análisis sistémico 12/2015 con requerimiento de informe*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, 2015.
- Argumentos de demanda, tope a deducciones personales*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, 2014.
- CARBONELL, Miguel, "Las obligaciones del Estado en el Artículo 1o. de la Constitución mexicana", en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2014.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- DIETERLEN, Paulette, *Ensayos sobre justicia distributiva*, México, 2ª. ed., Fontamara, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª. ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FIERRO, Juan Omar, "Inconstitucional límite a deducciones por gastos médicos", *El Universal*, 11 de noviembre de 2015, goo.gl/OvCERJ.
- Informe Tributario y de Gestión. Cuarto trimestre 2015*, México, Servicio de Administración Tributaria, 2015.
- Informe Tributario y de Gestión. Segundo trimestre 2016*, México, Servicio de Administración Tributaria, 2016.
- Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del Impuesto al Valor Agregado y del Código Fiscal de la Federación*, México, Presidencia de la República, 2016.

- Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta*, México, Presidencia de la República, 2013.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, "El principio de proporcionalidad como criterio de resolución de conflictos constitucionales", en GARCÍA GARCÍA, Mayolo, y MORENO CRUZ, Rodolfo (coords.), *Argumentación jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- MASON, Andrew, "Solidarity", *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Londres, Routledge, 1998.
- MORESO, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- MURPHY, Liam, y NAGEL, Thomas, *The myth of ownership: taxes and justice*, New York, Oxford University Press, 2002.
- Observación general Núm. 31*, Ginebra, Comité de Derechos Humanos-Naciones Unidas, 2004.
- Panorama de la situación de los contribuyentes en México*, México, Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, Serie de Cuadernos de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, núm. I, 2012.
- Plan Estratégico del SAT 2014-2018*, México, Servicio de Administración Tributaria, 2014.
- Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Ginebra, Naciones Unidas-Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 5, núm. 14, 1985.
- RAWLS, John, "Justicia como 'fairness': política, no metafísica", *Revista de Ciencia Política*, Santiago, vol. XII, núms. 1-2, 1990.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 2ª. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RESTREPO TAMAYO, John Fernando, "Tribunales constitucionales: Dinamizadores en la construcción de la democracia contemporánea para John Rawls", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009
- ROA JACOBO, Juan Carlos, *El debate sobre el amparo fiscal y los efectos de éste en el México Actual*, México, Themis, 2009.
- SABA, Roberto P., "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, t. II.

- SALAZAR UGARTE, Pedro, "Democracia constitucional", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y convencional*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, t. I.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, México, Flacso, 2013.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.
- The Human Rights-Based Approach*, United Nations Population Fund, 2016, <http://www.unfpa.org/human-rights-based-approach>.
- TORRES DOMÍNGUEZ, Guillermo, "Secreto fiscal: ¿concesión o derecho? Entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales", *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, año VIII, número 20, enero-junio de 2016.
- Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, celebrada el lunes 25 de agosto de 2014, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, celebrada el martes 26 de agosto de 2014, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

EL JUEZ DE DERECHOS HUMANOS JUEZ CON ROSTRO

Rolando Javier GARCÍA MARTÍNEZ¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *El Juez emergente de derechos humanos.* III. *El Juez mexicano de derechos humanos: su nuevo rostro.* IV. *Fuentes de información.*

RESUMEN

Hoy en día, uno de los factores más relevantes e influyentes en la sociedad mexicana es sin duda alguna, el tema de la justicia, la legalidad, el respeto, la verdad entre otros, lo relacionado con la conducta arbitraria que violenta la dignidad de las personas en el ámbito de sus derechos humanos. Por lo cual se plantea el Juez de rostro, mejor conocido como el Juez de derechos humanos, que será el encargado de proteger y salvaguardar todos sus derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos. Juez. Justicia. Legalidad. Protección. Autoridades.

ABSTRACT

Today, one of the most relevant and influential factors in Mexican society is undoubtedly the issue of justice, legality, respect, truth among others, related to arbitrary conduct that violates the dignity of people in the field of their human rights. Therefore, the face Judge, better known as the human rights Judge, who will be in charge of protecting and safeguarding all his human rights, is raised.

KEY WORDS

Human rights. Judge. Justice. Legality. Protection. Authorities.

I. INTRODUCCIÓN

Los diferentes cambios que ha generado el Derecho internacional, con fuerte incidencia en el Derecho nacional, motivado todo ello desde luego por la actuación de las Cortes Internacionales y Nacionales, les están dando a los jueces de todos los ámbitos y países un nuevo rostro: el rostro de los derechos humanos.

El juez, sin duda, es hoy por hoy uno de los factores más importantes e influyentes para traer a la sociedad anclada en los estados, las regiones y todo el mapa mundial, un

¹ Magistrado de la Tercera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior y Auxiliar en Materia de Pensiones Civiles, del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

nuevo camino de justicia, legalidad, respeto, verdad y restitución, frente a la conducta arbitraria que flagrante y sistemáticamente violenta la dignidad de las personas y, por lo mismo, sus derechos humanos.

El juez tiene un rostro: el de los derechos humanos, el que mira de frente a las personas y a su dignidad violentada, el que no rehúye la visión de lo injusto, de lo arbitrario, de lo impune, de lo corrupto, y de lo criminal que oprime y vulnera sin misericordia a los seres humanos.

El Juez de derechos es un ser humano, es una persona, que privilegia a las personas en sus derechos humanos violentados por la actuación estatal y aún privada de corporaciones e instituciones políticas, financieras, económicas o de cualquier otra modalidad que use con abuso el poder que tienen.

El Juez de derechos humanos es el “quién”, es el líder social responsable de reparar y restituir al agraviado mediante sus determinaciones de justicia humana y personal. El Juez de derechos humanos es el “quién” que tiene la encomienda de dignificar al lastimado en su dignidad. ¡Qué gran labor justiciera! ¡Cuántos riesgos enfrenta y enfrentará!

El Juez de derechos humanos materializa esa gran bienaventuranza dada en el Sermón de la Montaña por quien fuera y sigue siendo el artífice de la procuración e impartición de la justicia divina al ser humano desprovisto, desprotegido y vilipendiado por el señor o señores que abusan de su poder. “Bienaventurados los que tienen hambre y sed de justicia, porque ellos serán saciados... Bienaventurados los que padecen persecución por causa de la justicia, porque de ellos es el reino de los cielos” (Mateo 5, 6-10). A ti, a ustedes, Jueces con rostro, Jueces de derechos humanos, se escriben estas letras que ojalá no suenen tan técnicas sino humanas.

II. EL JUEZ EMERGENTE DE DERECHOS HUMANOS

“Hoy día, el juzgador es figura central en el juego del poder y el derecho, en la libertad y la justicia”

Sergio García Ramírez

1. En la historia

Desde toda la vida el ser humano, en tanto ser social, ha tenido necesidad de que alguien más, con autoridad en todos los sentidos, tome su causa y la resuelva con justicia, equidad, verdad e integridad. Históricamente se concretó esta función responsable de orden y estabilidad social en un servidor llamado “juez”, que reunía credenciales admirables de integridad, independencia y honestidad, avaladas por la comunidad a la que servía en la impartición de justicia.

2. En el plano internacional

El juez, históricamente, fue y ha sido una figura central en toda esta dinámica del poder y del Derecho, de la libertad y de la justicia, como señala el prestigiado Maestro Sergio García Ramírez². Tan así es reconocido en el ámbito internacional que existen diversos instrumentos generales de derechos humanos que garantizan la existencia de jueces competentes, independientes e imparciales. Por ejemplo:

- a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 14.
- b) La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su Artículo 7o.
- c) El Convenio Europeo de Derechos humanos, en su Artículo 6o³.
- d) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo 10.
- e) Los principios básicos de las naciones relativos a la independencia de la Judicatura⁴.

Tales documentos, y otros más aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas para desarrollar los Principios Básicos⁵, especifican garantías mínimas a observarse para asegurar la actuación independiente en la función de los jueces; y se usan como instrumento útil para medir al Poder Judicial de los Estados Miembros⁶.

Todo este andamiaje internacional revela la intención de establecer la existencia de Cortes o Tribunales de Derechos Humanos, con las garantías de su competencia, independencia e imparcialidad, establecidos por las leyes de la materia. Esta faceta de los Jueces de derechos humanos ha sido desarrollada en el tiempo y en las épocas diversas de la historia, cada vez más proclive a ver a las personas como dignas y no simplemente como si fueran legajos de papeles en un expediente.

El Juez de derechos humanos, desde esta óptica, es un factor emergente que, como tal, ha ido sobresaliendo desde las diferentes circunstancias sociales y políticas de los Estados protagonistas de autoritarismo y arbitrariedad en el ejercicio del poder político, económico, cultural, social, familiar y personal, hasta irse convirtiendo en un pilar

² Gómez Pérez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa-IMDPC, 2016.

³ *Los derechos humanos en la administración de justicia: Un manual de derechos humanos para jueces, fiscales y abogados*, Londres, International Bar Association, 2010.

⁴ *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Organización de los Estados Americanos, 2013, p. 8.

⁵ Por ejemplo, un Instrumento de Procedimientos para la aplicación efectiva de los Principios Básicos (1989) o los Principios de Bangalore (2002), entre otros. *Ibidem*, p. 9.

⁶ *Idem*.

importante y estratégico en la impartición de justicia de los derechos humanos, con cada vez mayor peso, no solo en la conciencia social, sino en el juego del poder y del Derecho, de la libertad y de la justicia en todo el mundo, que va apuntando sin duda y con mucha fuerza a la integración de un sistema judicial transnacional.

3. *En el plano interamericano*

En el ámbito del sistema interamericano, la función jurisdiccional está plasmada en los Artículos 8o. y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Se articula, de esta manera, a nivel regional, el importante papel de los jueces de derechos humanos, que van escalando de un rol local, natural o nacional, a otro regional, hasta actualmente ir conformando un modelo supranacional de integración⁷ de la función jurisdiccional de derechos humanos.

La contribución de los Jueces de derechos humanos tiene su mayor influencia en su jurisprudencia y en el impacto de esta en la reflexión doctrinal interamericana, en la aplicación del Derecho local, en el desarrollo de nuevas fuentes jurídicas y en el ejercicio de otros poderes, en particular el Ejecutivo y el Legislativo⁸, como lo veremos en el caso mexicano, que trataremos en el siguiente capítulo con más amplitud.

En el plano interamericano, son la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las fuentes propulsoras de este gran movimiento emergente de los Jueces con rostro, de los Jueces de derechos humanos. Con los fallos vinculatorios de la CIDH para los Estados miembros de la CADH, o bien con su jurisprudencia orientadora, ha trascendido lo internacional de los derechos humanos al plano local o nacional, creando de esta manera un sistema interamericano o regional de Jueces con rostro y que dan la cara a la dignidad de las personas.

4. *En el plano local*

La nueva dimensión emergente de los Jueces de derechos humanos se localiza con especial majestad o enjundia no solo en el tribunal internacional de los derechos humanos o CIDH, sino también en el tribunal constitucional⁹ o Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, caso México); a lo cual se suman los jueces locales de cualquier ámbito y los órganos vinculados a la administración de justicia (procuración e impartición), responsables en la protección de los derechos humanos como deriva de la Ley Fundamental [Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), Artículos 1o. y 133].

⁷ Cippitani, Roberto, "Papel de los jueces en la aplicación de los derechos de origen transnacional," *Revista Urbe et Ius*, Buenos Aires, núm. 13, invierno 2014.

⁸ *Ibidem*, p. 48.

⁹ Sergio García Ramírez, en Gómez Pérez, Mara, *op. cit.*

Los Juzgadores nacionales, con el carácter emergente destacado en este apartado, tienen la custodia constitucional que les concierne y el papel central que poseen en la materia de derechos humanos, como está actualmente consagrado en la Ley Fundamental mexicana; todo ello derivado del impacto de la función jurisdiccional de la CIDH y de la influencia de su jurisprudencia, lo que está permitiendo estructurar una comunidad judicial regional y una cultura común¹⁰ entre los Jueces interamericanos.

Aun cuando es verdad que en fecha no tan lejana –10 de junio de 2011– se reformó el Artículo 1o. de la CPEUM, que abrió la puerta al nuevo paradigma de derechos humanos en México, debemos recordar, como lo subraya el Maestro Sergio García Ramírez, que si bien *“en ocasiones se oye decir que México incorporó el derecho internacional de los derechos humanos apenas en los primeros años del siglo XXI”*, tal *“apreciación carece de fundamento, si se toma en cuenta que México se adhirió en 1981 a la Convención Americana sobre Derechos Humanos e igualmente a los pactos de Naciones Unidas”* y *“cae por tierra si se considera que aceptamos la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diciembre de 1998”*; lo cual, aunque es correcto, también lo es que México había limitado el ejercicio del control de constitucionalidad a la SCJN, sin dar cabida al control difuso de los jueces nacionales.

Hoy por hoy, lo que priva a nivel local o nacional es el Juez de derechos humanos o Juez con rostro, que mira a la dignidad humana como su principal referente al momento de juzgar los casos de violación a los derechos humanos, según lo ha reconocido el Tribunal Constitucional mexicano, como lo explicaremos posteriormente.

Es suficiente para este capítulo dejar mencionado que el Juez de derechos humanos es actualmente un Juez con rostro, al que le ha llegado el momento de emerger a nivel nacional, resultado de la historia y del desenvolvimiento del quehacer de cortes, jueces, defensores de derechos, investigadores, académicos, abogados y operadores jurídicos en general.

III. EL JUEZ MEXICANO DE DERECHOS HUMANOS: SU NUEVO ROSTRO

“Las juezas y los jueces son los principales actores para lograr la protección judicial de los derechos humanos en un Estado democrático”

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El juez nacional, local o natural, en México, no es la excepción a este movimiento de emergencia de Juzgadores de derechos humanos. Desde luego que es fruto del trabajo de los operadores jurídicos de esta materia a nivel internacional y nacional. En este ca-

¹⁰ Ministro en retiro Salvador S. Aguirre Anguiano, en comentarios a la presentación de la obra de Gómez Pérez, Mara, *op. cit.*

pítulo nos quedaremos con la influencia del contexto interamericano sobre el local, para finalizar con un perfil del nuevo rostro del Juez mexicano de derechos humanos.

1. *Antecedentes interamericanos en lo general*

El juez ordinario, local, interno o nacional, emergió en su importante labor de decir el Derecho internacional en materia de derechos en el ámbito nacional, motivado por la actuación, en específico de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos de justicia internacional responsables de velar y proteger los derechos humanos en la región interamericana. La manifestación de este nuevo rostro de los Jueces naturales en México está motivada, en su mayor parte, por las sentencias de la CIDH, en lo que corresponde a esta parte del mundo: Latinoamérica.

En efecto, tal concepción del juez ordinario nacional se fue hilando por los fallos emitidos por quienes integran la Corte Interamericana, así como de sus votos concurrentes o razonados. Así es que, si bien en la doctrina nacional se ha tomado como referente la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, y la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictada el 14 de julio de 2011, en el expediente Varios 912/2010, no ha de olvidarse que las determinaciones ahí tomadas, después de haberse resuelto la consulta formulada por el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, el Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia¹¹, obedecieron a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de noviembre de 2009. Este fallo, igual que otros tres más, en que se condenó al Estado mexicano (2009-2010), expresamente se refirieron al deber de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercer la nueva herramienta denominada control difuso¹². Los referidos asuntos son: *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia de 30 de agosto de 2010; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010; y *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010¹³.

¹¹ Consulta a trámite en el expediente Varios 489/2010. El proyecto respectivo, inicialmente elaborado por el ministro José Ramón Cossío, fue rechazado por exceder los términos de la consulta; habiéndose aprobado por unanimidad de once votos, como primer punto resolutorio que “la Suprema Corte de Justicia de la Nación debía hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, lo que dio origen al expediente Varios 912/2010. Los datos pueden corroborarse en el engrose que aparece en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano*, www.juridicas.unam.mx.

¹³ *Op. cit.*, p. 341.

Estas sentencias interamericanas, en las que deben incluirse la de *Jorge Castañeda Guzmán* (6 de agosto de 2009) y la de *Campo Algodonero* (23 de noviembre de 2009), implican desafíos importantes para el Estado mexicano, que sin duda han coadyuvado a la mejor comprensión en el orden jurídico mexicano de los tratados internacionales de derechos humanos, y a la eficacia de la jurisprudencia de la CIDH, que deben ser considerados por las autoridades y jueces mexicanos¹⁴.

2. El movimiento interamericano emergente y envolvente

A través de los diferentes fallos y de la jurisprudencia convencional de la CIDH puede apreciarse un movimiento de afuera hacia dentro, esto es, de nacionalización de la doctrina interamericana de derechos humanos, que fue dándole forma a los operadores jurídicos del país, en particular, a los Jueces ahora obligados a operar el control difuso. La jurisprudencia convencional que logró la aparición en el escenario nacional de los Jueces de derechos humanos ha ido de menos a más, como un movimiento expansivo, que incluyó en principio a los Juzgadores del Poder Judicial; y de los jueces ordinarios formal y materialmente, a todos los órganos vinculados con la administración de justicia.

Es decir, en una primera etapa la responsabilidad se hizo específica, pues se asignó el deber de realizar el ejercicio convencional al Poder Judicial; y posteriormente se incluyó a todos los órganos vinculados con la administración de justicia, lo cual implica que ya no es relevante el carácter formal de las autoridades, sino el material.



Las sentencia condenatorias aludidas, en su conjunto –si bien destaca la del Caso *Radilla*– han generado repercusiones importantes en el sistema jurídico mexicano, como se aprecia en los párrafos que se reproducen de cada una de ellas:

¹⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Silva García, Fernando, *El Caso “Radilla” y su impacto en el orden jurídico nacional*, p. 233, www.juridicas.unam.mx.

CASO RADILLA PACHECO VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2009

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer “un control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El fallo de la CIDH, en su carácter de intérprete último de la Convención Americana, es decir, en su posición de Tribunal Constitucional latinoamericano¹⁵, con toda claridad estableció el deber de los jueces y tribunales internos (Poder Judicial) a ejercer un control de convencionalidad *ex officio*:

- Entre las normas locales y las internacionales;
- En el marco de su competencia legal y de las regulaciones procesales correspondientes;
- Velando porque los efectos de la Convención no se vean mermados por leyes contrarias a su objeto y fin;
- A las cuales califica como ineficaces jurídicamente desde un inicio y;
- Teniendo en cuenta el tratado respectivo y la interpretación realizada por la Corte.

El control de convencionalidad y el marco de actuación estuvieron referidos a los “jueces y tribunales internos”; esto es, a los integrantes del Poder Judicial, por dos ocasiones así mencionados, lo que, en ese momento, pudiera parecer que dejaba fuera a los tribunales administrativos autónomos o autoridades que a pesar de ejercer facultades materialmente jurisdiccionales, no estarían por lo mismo vinculadas u obligadas a operar el control de convencionalidad.

¹⁵ *Ibidem*, p. 222.

CASO ROSENDO CANTÚ Y OTRA VS. MÉXICO

SENTENCIA DE 31 DE AGOSTO DE 2010

220. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado debe adoptar (*infra* párr. 222), en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario.

El fallo aludido reiteró, en otras palabras, el criterio interamericano de que corresponde a las autoridades judiciales (entiéndase Jueces formales y materiales), con base en el control de convencionalidad, disponer de inmediato y de oficio todas las medidas necesarias para que, como en el caso penal militar de que se trata, el conocimiento del asunto se hiciera por el fuero penal ordinario.

La intención de la CIDH al referirse a las expresiones “inmediatamente” y “de oficio”, denota una actuación directa de todos los Jueces mexicanos para ejercer el control difuso de convencionalidad sin necesidad de pronunciamiento previo por parte de algún órgano del Estado mexicano, y con independencia de que lo invoquen las partes¹⁶. El propósito, así expresado, implica el derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos y sus familiares, de que tales violaciones sean conocidas y resueltas por los tribunales competentes.

CASO FERNÁNDEZ ORTEGA Y OTROS VS. MÉXICO

SENTENCIA DE 30 DE AGOSTO DE 2010

236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha

¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...*, *op. cit.*, p. 412.

hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

237. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (*infra* párr. 239 y 240), en el presente caso corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de los hechos por el fuero penal ordinario.

La CIDH se refirió de nueva cuenta a la responsabilidad de los jueces de velar por la no merma de los efectos de la Convención; incluso textualmente mencionó al Poder Judicial, como obligado al ejercicio del control de convencionalidad *ex officio* y en el párrafo 236, repitiendo su criterio, dijo que corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer de inmediato y de oficio el conocimiento de los hechos a la jurisdicción ordinaria, no a la militar.

Hasta el fallo indicado no había existido alguna precisión sobre los alcances de la obligación de los jueces locales o nacionales a operar el control de convencionalidad, pues la jurisprudencia había limitado dicho ejercicio a los jueces del Poder Judicial estatal. Sin embargo, en posterior sentencia, la Corte IDH hizo precisiones y extendió el alcance de su criterio a otras autoridades.

CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean merma- dos por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas compe- tencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no sola- mente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esta sentencia, la CIDH reitera su jurisprudencia en cuanto a la sujeción de las autoridades internas al imperio de la ley; y específicamente a la Convención Americana; luego, afirma, los jueces estatales están obligados a velar por los efectos de la Convención, extendiendo la obligación de ejercer *ex officio* el control de convencionalidad a “*los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*”, en el marco de sus competencias y conforme a las regulaciones procesales correspondientes.

La Corte internacional no explicitó su decisión de cómo y por qué extendió el sentido de su jurisprudencia a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, si bien se ocupa de ello el Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en su voto razonado como Juez Ad Hoc en relación a la sentencia antes referida, párrafos 17 a 20, donde expresa:

B. APORTACIONES EN EL CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES

17. En la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, se reitera la esencia de la doctrina del “control de convencionalidad” con algunas precisiones de relevancia, en los siguientes términos:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

18. Como puede apreciarse, la Corte IDH aclara su doctrina sobre el “control de convencionalidad”, al sustituir las expresiones relativas al “Poder Judicial” que aparecían desde el *leading case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), para ahora hacer referencia a que “*todos sus órganos*” de los Estados que han ratificado la Convención Americana, “*incluidos sus jueces*”, deben velar por el efecto útil del Pacto, y que “*los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*” están obligados a ejercer, de oficio, el “control de convencionalidad”.

19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

20. Así, no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse *por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales*, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA.

Este último fallo expandió la facultad de operar el control de convencionalidad a autoridades diversas a los jueces formales y materiales, quedando ahora incluidos en este concepto de operadores jurídicos de derechos humanos, “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, los cuales, de acuerdo con el voto razonado reproducido, son “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.



Es ahora claro y evidente este movimiento emergente y expansivo de los operadores jurídicos del control de convencionalidad, pues dicho deber fue primero para los jueces del Poder Judicial; y posteriormente para cualquier juez nacional o tribunal que materialmente –no formalmente– realice funciones jurisdiccionales.

Como lo aclara el Juez Ad Hoc mencionado, la intencionalidad de la CIDH es definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, como sería, en el caso mexicano, de los tribunales contenciosos autónomos federales, estatales o municipales, que no son parte del Poder Judicial, sea este Federal o Estatal. Desde esta perspectiva, quedan incluidos los jueces y juezas de todos los ámbitos estatales a quienes de manera primordial les compete la función jurisdiccional.

Es concluyente que los Derechos Humanos tienen un nuevo operador jurídico del control de convencionalidad con un rostro humano: todos los jueces nacionales, federales, estatales y municipales, incluyendo, como dice el párrafo 20 del voto concurrente aludido, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los países obligados al cumplimiento de la Convención Americana.



El Juez mexicano de derechos humanos tendrá abierto el camino para cumplir con la obligación de proteger y defender la dignidad de las personas, sin que obste jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización: todos podrán y en su caso deberán ejercerla. Lo anterior no excluye a los jueces que no pueden realizar el control de constitucionalidad (párrafo 34 del voto razonado del Juez Ad Hoc, Eduardo Ferrer Mac-Gregor), lo cual significa, en el caso de México, que todos los jueces, bien sean integrantes del Poder Judicial, Federal y Estatal, o de tribunales autónomos federales, locales o municipales, estos últimos a pesar de que no tengan competencia para operar el control concentrado (que corresponde constitucional y legamente al Poder Judicial de la Federación), están obligados a ejercer el control de convencionalidad, debiendo aplicar para ello el principio *pro homine* al realizar el examen

de compatibilidad convencional, atendiendo, desde luego, a los criterios marcados por la doctrina y jurisprudencia de la CIDH, y por la jurisprudencia nacional.

3. *La arquitectura jurisdiccional nacional*

La semblanza del Juez local de derechos humanos, fruto del impacto directo de la jurisprudencia convencional interamericana, se ha ido construyendo en el Estado mexicano por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito y los tribunales autónomos, entre otros, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa; y desde luego, por la academia y los estudiosos de este nuevo paradigma.

En efecto, con no poca resistencia, el Estado mexicano, orillado por los fallos adversos a que nos hemos referido, por conducto del Tribunal Constitucional y derivado en particular del Caso *Radilla Pacheco*, de los expedientes formados al efecto, primero por la consulta del presidente de dicho órgano colegiado en el expediente Varios 489/2010, y después en el expediente Varios 912/2010, así como por la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, ha generado el establecimiento de una nueva doctrina jurisprudencial, dejando atrás criterios de otros tiempos¹⁷.

La doctrina jurisdiccional de derechos humanos producida mediante jurisprudencias o tesis aisladas es basta, aunque en general es de notarse que trata de ajustarse a la jurisprudencia convencional de la CIDH. En particular se hará referencia a ciertos criterios relativos al deber de los jueces nacionales de ejercer el control difuso, no sin antes señalar que el tribunal constitucional, para efecto de atender los fallos de la CIDH y de su jurisprudencia, debió hacer un quiebre de su tradicional opinión sobre la exclusividad del control constitucional y sobre la no autorización del control difuso en el sistema jurídico mexicano.

A. *El quiebre interno*

Lo primero, entonces, fue dejar de lado decisiones que no iban ya de acuerdo con los nuevos tiempos. Así, mediante tesis aislada P. I/2011¹⁸, con motivo de la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, del Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Pleno, por mayoría de nueve votos, determinó dejar sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99¹⁹ y P./J. 74/99²⁰, de rubros: "CONTROL JUDICIAL

¹⁷ Son de mencionarse dos casos: 1) El amparo en revisión 989/2009 (caso Reynalda Morales), que planteó la inconstitucionalidad del Artículo 57 fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, en el que el Tribunal Pleno de la SCJN dejó firme el sobreseimiento decretado por el Juez de Distrito por falta de interés jurídico de la promovente; y 2) La jurisprudencia 74/99 del Pleno de la Suprema Corte.

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 549: "CONTROL DIFUSO".

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18.

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5.

DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”, que habían regido la forma de pensar del Tribunal Constitucional y, por lo mismo, de los jueces del país.

B. *El nuevo paradigma nacional*

Con motivo del nuevo paradigma de Derechos Humanos, fruto de la emergencia del Juez de derechos humanos a nivel mundial e interamericano, el Tribunal mexicano emitió dos tesis para describir al nuevo sistema jurídico mexicano, derivadas del expediente Varios 912/2010:

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad²¹.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en

²¹ Tesis P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 557.

los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia²².

Con dichos criterios el Tribunal mexicano, sin hacer referencia alguna a la jurisprudencia de la CIDH, explica cómo se conforma el sistema de control constitucional en el orden jurídico nacional y los jueces que deben operarlos. En cuanto a lo primero, explica que el sistema se conforma de dos controles, el control concentrado y el control difuso; el primero a cargo de los jueces del Poder Judicial de la Federación; y el segundo, como responsabilidad de los jueces del resto del país, si bien se precisa que la obligación del control de convencionalidad *ex officio* es de todas las autoridades del país, entre ellos los jueces del Poder Judicial.

C. Una semblanza tibia del Juez nacional de derechos humanos

A pesar del avance mostrado en las tesis reproducidas, lo que notamos es una limitación al deber de operar el control de convencionalidad *ex officio* que se constriñe a los juzgadores desde el punto de vista formal y material. El rostro de los Jueces de derechos humanos es confuso, hasta este momento, pues no se ha recogido el movimiento expansivo de la jurisprudencia convencional,²³ ya que la doctrina y jurisprudencia nacional

²² P. LXVII/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 535.

²³ Tenemos que hacer mención de lo dicho en derechos humanos en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo, Caballero Ochoa, José Luis, y Steiner, Christian (coords.), *Derechos humanos en la*

no ha escalado en la misma intensidad que aquella, puesto que, por lo que respecta a los jueces ordinarios, así se consideran solo a los pertenecientes al Poder Judicial, sea federal o local, sin que el Tribunal mexicano haya expuesto mayores razones a fin de exponer si también los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (jueces que no son parte del Poder Judicial) están obligados a operar el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, como sí lo hizo la CIDH en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en su sentencia de 26 de noviembre de 2010.

A pesar de lo dicho, las dos Salas del Tribunal Constitucional han emitido tesis en las que han hecho precisiones en cuanto al control difuso y a las autoridades obligadas a ejercerlo, por ejemplo:

- Todos los jueces del país, sin importar su fuero o materia, tienen la facultad inherente de operar el control difuso²⁴.
- Todas las autoridades del país cuentan con la facultad de ejercer un control de regularidad constitucional, difuso o *ex officio*, sin interesar su fuero²⁵, prefiriendo los derechos humanos contenidos en la CPEUM y en los tratados internacionales.

D. Límites impuestos al control difuso por el Tribunal Constitucional mexicano

Hay avances y retrocesos en este movimiento de emergencia del Juez de derechos humanos. Entre estos últimos, es notable el límite impuesto por el Tribunal Constitucional a las autoridades administrativas, y algo que deberá aclararse o precisarse con mayor percepción en la materia de derechos humanos es la revisión de la actuación de los jueces nacionales cuando operan o dejan de operar el control difuso, a cargo de los jueces constitucionales.

Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana, México, Suprema Corte de Justicia de La Nación-Universidad Nacional Autónoma de México-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, T. I, En "Principios generales, estándares sobre principios generales", En donde se dice que: "Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH..." lo cual, empero, no se ha reflejado expresamente en alguna tesis del Poder Judicial de la Federación o de algún tribunal autónomo.

²⁴ Tesis 1a. CLXXX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, t. I, mayo de 2015, p. 444: "INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. LA JUSTICIABILIDAD DE LA PORCIÓN CONSTITUCIONAL QUE SE ESTIMA VULNERADA, NO DEPENDE DEL RECONOCIMIENTO DE CONTAR CON AQUÉL EN UN CASO CONCRETO"

²⁵ Tesis P. IX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 21, t. I, agosto de 2015, p. 355: "CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN EJERCERLO SÓLO EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA"

En cuanto al papel de las autoridades se emitió por el Tribunal mexicano un criterio de rubro "CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO"²⁶, en el que, a su decir, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, agregó el Tribunal nacional, las autoridades han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que esto signifique descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en sus ámbitos competenciales. Para concluir, el órgano colegiado señaló que aceptar lo contrario generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los Artículos 14 y 16 constitucionales.

Tal criterio abre la puerta por lo menos a dos cosas: una, a seguir considerando a las autoridades administrativas como en minoría de edad, ya que incluso expresamente dice la Suprema Corte que "*no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional*"; otra, es permitir la actuación arbitraria o, por lo menos, irresponsable, de las mencionadas autoridades, pues aun cuando estuvieran conscientes de que un asunto llevado en sede administrativa sea violatorio de derechos humanos, no harían ningún ejercicio del control difuso, por más que la CIDH así lo haya establecido en su jurisprudencia; y sin interesar que en lo local, el Artículo 1o. constitucional establezca el deber de todas las autoridades de vigilar el debido respeto de los derechos humanos de los gobernados.

E. *Un breve perfil del rostro del Juez mexicano*

A pesar de la falta de claridad en la doctrina constitucional sobre los jueces nacionales de derechos humanos en México, es posible trazar un perfil o retrato del juzgador en general y de sus actuales funciones jurisdiccionales, a saber:

²⁶ Tesis 2a. CIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 1097.



a. El Juez de derechos humanos

Los derechos humanos es la materia que define el nuevo rol y carácter de los Juzgadores nacionales, es decir, los derechos humanos constituyen al mismo tiempo la plataforma y el techo de la función jurisdiccional de los jueces nacionales. Se trata de un estándar mínimo creado por el Tribunal internacional, incorporado por los tribunales nacionales, a saber, la CADH, sus protocolos adicionales, la jurisprudencia de la CIDH, que desde luego puede ampliarse por la CPEUM o por la jurisprudencia local, a fin de constituir el bloque de constitucionalidad/convencionalidad con otros tratados, declaraciones o instrumentos internacionales.

Es dentro de este parámetro del control difuso que operan los jueces nacionales de derechos humanos, a lo que además estarán obligados en términos del Artículo 1o. de la CPEUM²⁷, y derivado ello del emblemático Caso *Rosendo Radilla Pacheco*. De acuerdo

²⁷ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. 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. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad

y dentro de este marco de acción se moverá el Juez nacional en su función de decir el derecho en materia de derechos humanos, lo cual le da un matiz indiscutible de Juez de derechos humanos.

De dicho fallo internacional deriva, hoy por hoy, la obligación de los jueces mexicanos para aplicar no solo los derechos humanos previstos en el Pacto de San José, sino también la jurisprudencia convencional de la CIDH, lo que implica que el deber de interpretar la Constitución a la luz de la CADH y de la jurisprudencia de ese Tribunal internacional²⁸, ello, a fin de dar protección a los derechos humanos de los gobernados de acceso a la justicia y de recurso efectivo, como lo disponen los Artículos 8o. y 25 de la CADH, lo cual, sin duda, obliga a los juzgadores locales a su permanente preparación y actualización de las normas de derechos humanos y de la jurisprudencia nacional e internacional sobre dicha materia.

Así, el Juez nacional, en su dimensión de Juzgador de derechos humanos, está obligado a:

- Reconocer los derechos humanos de las personas, reconocidos tanto en la Constitución, como en los tratados internacionales;
- Operar las garantías para la protección de los derechos humanos, cuidando no restringir ni suspender su ejercicio;
- Interpretar las normas de derechos humanos conforme a la Constitución y a los tratados internacionales, de la manera que más favorezca a las personas; y
- Promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, para lo cual deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

Corresponderá al Juez local, con independencia de la materia de fondo que dé lugar a la vulneración de derechos humanos, asumir su función de Juzgador de derechos humanos y, de ser lo procedente, tomar la decisión prudente de inaplicar la norma inconstitucional o inconveniente, así como ordenar la reparación correspondiente mediante el fallo que emita al efecto, de llegar a constatar la existencia de daños, como lo ha entendido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en tesis de jurisprudencia

y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

²⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El Caso "Radilla" y su impacto en el orden jurídico nacional*, op. cit., p. 233.

1a./J. 31/2017 (10a.), por constituir la reparación integral o justa indemnización un derecho fundamental de naturaleza sustantiva²⁹, que debe, por ende, tutelarse a favor de los gobernados, derecho que, atento a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, proceder al pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo que no debe generar una ganancia a la víctima, sino que se le otorgue un resarcimiento adecuado.

En estos casos, deberá ser el Juez quien la cuantifique justa y equitativamente con base en criterios de razonabilidad, al ser quien conoce las particularidades del caso, pero no el legislador, porque este podría fijar arbitrariamente los montos indemnizatorios, al margen del caso y de su realidad.

b. Operador jurídico del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad

El respeto y protección de los Derechos Humanos y, en su caso, la reparación consecuente, de darse los supuestos que la jurisprudencia convencional ha establecido, se operan mediante la herramienta de control que ha sido denominada control difuso, en sus vertientes de constitucionalidad y de convencionalidad.

Tal modalidad de control de carácter difuso debe realizarse por los jueces y órganos de la administración de justicia de los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad los que han aceptado la jurisdicción de la CIDH³⁰; y constituye un mecanismo para decir el derecho en la materia de derechos humanos, que actualmente está reconocido en lo local por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Este control tiene 3 matices, a saber: a) difuso *ex officio*, b) constitucionalidad y c) convencionalidad; el cual, sin embargo, al ejercerse por el Juez nacional lo habrá de hacer de manera integral, puesto que el examen convencional implica el análisis constitucional y viceversa, el que se llevará a cabo mediante la cláusula de interpretación conforme, como lo revisaremos posteriormente.

a) El control difuso *ex officio*. A diferencia del control concentrado, que en México corresponde únicamente a los jueces del Poder Judicial de la Federación, y que en lo internacional el control concentrado de convencionalidad es competencia solo de la CIDH; este consiste en que “todos los jueces del país tienen que hacer” este control, lo cual acaba

²⁹ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 41, t. I, abril de 2017, p. 752: “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE”.

³⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...*, *op. cit.*, p. 370.

con lo que tenemos conceptualizado como un sistema de control concentrado, y ello por disposición de un tribunal internacional en una sentencia de condena al Estado mexicano³¹.

El carácter difuso de este control de constitucionalidad y convencionalidad radica en que su ejercicio debe realizarse por todos los jueces, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización; es decir, por cualquier juez o tribunal nacional que materialmente realice funciones jurisdiccionales³², ello además³³ por imperativo del Artículo 1o., en relación con el diverso 133, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales obligan a todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, a garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, para lo cual cuentan con la facultad de ejercer un control de regularidad constitucional difuso o *ex officio*, que corresponde a un sistema que confía a cualquier autoridad, sin importar su fuero, la regularidad constitucional de las leyes y por cuya virtud toda autoridad debe, ante un caso concreto que verse sobre cualquier materia, inaplicar la norma que debería fundar su acto, si esta es violatoria de un derecho humano contenido en la Carta Fundamental o en un tratado internacional.

Así, cuando se habla del control difuso *ex officio* debe tenerse presente que dicha expresión significa que ese tipo de examen pueden hacerlo, por virtud de su cargo de jueces, aun cuando:

- No sean de control constitucional; y
- No exista una solicitud expresa de las partes.

b) El control difuso de constitucionalidad. El control difuso de constitucionalidad ha derivado de la nueva interpretación del Artículo 133 constitucional a la luz del vigente Artículo 1o. del texto fundamental³⁴, lo cual implica haberse apartado de la tradicional jurisprudencia que el Tribunal Constitucional mexicano venía reiterando desde la década de

³¹ Pardo Rebolledo, Jorge Mario, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en conferencia magistral "Control de convencionalidad en los tribunales administrativos", expuesta en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Poder Judicial del Estado de Veracruz, febrero de 2017.

³² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...*, *op. cit.*, p. 376.

³³ Tesis P. IX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 21, t. I, agosto de 2015, p. 355: "CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN EJERCERLO SÓLO EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA"

³⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...*, *op. cit.*, p. 342.

los años cuarenta del siglo pasado, lo cual representa, en lo local, la ampliación en sede nacional del parámetro del control difuso de convencionalidad, en la medida que otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión³⁵.

Dicho mecanismo de control difuso, en lo interno, se lleva a cabo en dos campos: uno, es el de constitucionalidad y, otro, el de convencionalidad. En cuanto al primero, como ha quedado indicado, está a cargo de los órganos jurisdiccionales responsables y consiste, como lo ha sostenido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁶, en “preferir la aplicación de las normas fundamentales de derechos humanos sobre aquellas que las contravengan, para lo cual necesariamente debe hacerse un contraste entre las disposiciones legales y las fundamentales, para determinar si las primeras se ajustan a las segundas”.

El control difuso de constitucionalidad, entonces, consiste en un contraste de las normas constitucionales de derechos humanos con normas ordinarias, con la intención de verificar si estas últimas vulneran o no las disposiciones de derechos humanos de la Constitución Federal, a propósito de lo anterior, los jueces ordinarios deberán seguir los pasos señalados por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. LXIX/2011 (9a.)³⁷.

Así las cosas, los jueces nacionales, dentro del ámbito de sus competencias, están obligados a velar por los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prefiriendo los derechos humanos preservados por la Ley Fundamental, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, lo que podrán hacer haya o no causa de pedir, sin que obste la deficiencia de la queja, ya que si pueden lo más, pueden lo menos, que es suplir la misma.

Lo antes expuesto supondría que el deber de operar el control difuso *ex officio* de constitucionalidad está a cargo de todos los jueces nacionales, sean comunes o federales, sin embargo, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte sostuvo, de manera contradictoria a la jurisprudencia convencional de la CIDH, que los Tribunales Colegiados de Circuito no están facultados para ejercer el control de regularidad constitucional *ex officio* que rigen el juicio de origen³⁸.

³⁵ *Ibidem*, p. 340.

³⁶ Tesis 1a./J. 36/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, t. I, mayo de 2015, p. 166: “AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EN LA DEMANDA SE ALEGA LA OMISIÓN DE LA RESPONSABLE DE REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL”.

³⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 552: “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.

³⁸ Tesis P. X/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 21, t. I, agosto de 2015, p. 356: “CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DE NORMAS QUE RIGEN EL JUICIO DE ORIGEN”.

La justificación de tal criterio es que la revisión de los procedimientos o juicios de los que deriva el acto reclamado corresponde, en su caso, a las autoridades judiciales encargadas de su aplicación (autoridades administrativas, jueces, salas de instancia, etcétera); y por otro, que ejercer el control difuso de regularidad constitucional en amparo directo de las leyes que rigen el procedimiento o juicio de origen generaría inseguridad jurídica para las partes, quienes parten de la base de que en el juicio han operado instituciones como la de preclusión, por virtud de la cual han ejercido los derechos procesales que les corresponden en torno a las decisiones emitidas por el juzgador.

Al respecto, debe decirse que con independencia de que en el caso específico el manejo del control difuso de constitucionalidad hubiera traído un perjuicio a las partes, me parece que el establecimiento de este criterio a manera de regla general no es correcto, habida cuenta que, en términos de la jurisprudencia convencional internacional e incluso la nacional, la obligación de operar el control difuso *ex officio* corresponde a todos los jueces nacionales, incluidos los tribunales de la Federación, los cuales, en la materia de derechos humanos, tienen las mismas atribuciones y deberes que los jueces ordinarios, de suerte tal que si estos últimos están obligados a ejercer el control difuso de constitucionalidad *ex officio*, cuando adviertan la vulneración de derechos humanos, sea a petición de parte o no, lo mismo sucede con los jueces federales, ya que, aun cuando tengan el monopolio del control concentrado y de que deban actuar conforme la propia Constitución y la Ley de Amparo les faculta, esto es, emprender el análisis sobre la constitucionalidad de una norma a partir de lo siguiente: (i) en respuesta a la pretensión formulada por el quejoso; (ii) por virtud de la causa de pedir advertida en el planteamiento de los conceptos de violación o en agravios; o bien, (iii) con motivo de la utilización de la institución de la suplencia de la queja deficiente que, en ciertas materias, permite ese análisis no obstante la ausencia total de conceptos de violación o de agravios; lo cierto es que ello corresponde, sin duda, solo al control concentrado, pero no al control difuso, que tiene sus propias reglas de operación.

c) El control difuso de convencionalidad. Este control es una nueva manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del Derecho internacional; y consiste en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la CIDH, que interpreta ese *corpus iuris* interamericano³⁹.

En esto concuerda la doctrina nacional, que considera al control de convencionalidad como la figura jurídica que faculta a los jueces a revisar la compatibilidad entre

³⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...*, *op. cit.*, p. 371.

diversos actos y normas con el Derecho internacional de los derechos humanos o “*ius commune*”, que forman parte de lo que los jueces mexicanos tienen que señalar como referencia al momento de dictar sus resoluciones⁴⁰.

c. Juez interamericano

En este aspecto, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jorge Mario Pardo Rebolledo⁴¹ sostiene que el objetivo de este control de convencionalidad es que los jueces nacionales se conviertan también en jueces interamericanos al aplicar directamente las disposiciones internacionales protectoras de derechos humanos en el ámbito interno y con ello hacer prevalecer el pacto celebrado por el Estado mexicano, según lo ordena el Artículo 2o. de la CADH.

En palabras del Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁴², el control de convencionalidad convierte al Juez nacional en Juez interamericano, en un primer y auténtico guardián de la CADH, de sus protocolos adicionales y de la jurisprudencia de la CIDH; ello, porque los jueces y órganos de impartición de justicia tienen la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino además el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales cuyo compromiso internacional adquirió. En este rol interamericano, el Juez nacional se convierte en:

- El primer intérprete de la normativa internacional en el plano local; y
- Guardián convencional del *corpus iuris* interamericano.

d. Juez de primer contacto ciudadano

Esta nota interesante la expresa el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, actualmente en retiro, Juan Silva Meza, quien, en el prólogo a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*⁴³, dice que los jueces nacionales de todos los ámbitos, “*empezando por los de primer contacto con el ciudadano*” (que en el caso de México han adquirido el carácter de Juzgadores interamericanos) pueden tener ahora la confianza de actuar conforme al mandato conferido por nuestra Carta constitucional.

Aun cuando el citado Ministro no da mayores razones que expliquen esta calidad que reconoce a los jueces nacionales, sí lo distingue de las instancias superiores, al referir

⁴⁰ Pardo Rebolledo, Jorge Mario, en Conferencia Magistral “Control de convencionalidad de los tribunales administrativos”, ya citada.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...*, *op. cit.*, p. 379.

⁴³ Steiner, Christian, y Uribe, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. VII.

nuevamente en dicho prólogo a la tarea de controlar la convencionalidad de leyes y actos que, afirma, lo es antes que nadie a los jueces de primer contacto con el ciudadano⁴⁴.

El Juez de derechos humanos, en su condición de Juez de primer contacto ciudadano, sin duda que es el que conoce en una primera instancia, cualquiera que esta sea, del asunto que vulnere los derechos fundamentales. En otras palabras, entrará en esta categoría el juzgador que sea el primero en conocer de tal violación de derechos humanos; y lo será de contacto ciudadano porque el problema ante su consideración no corresponderá simple y llanamente a un expediente, sino a una persona que acude como ciudadana a exigir el respeto o la reparación de sus derechos humanos.

La perspectiva del Juez de primer contacto ciudadano nace cuando se visualiza a la persona y a su dignidad humana, a partir de lo cual se procede al análisis de la posible vulneración de sus derechos fundamentales.

Las características enunciadas describen, no completamente, la función multidimensional del Juez nacional en su carácter de Juzgador de derechos humanos, lo que nos permite tener alguna idea de su compleja responsabilidad para resolver estos asuntos y el papel tan relevante que ha adquirido para leer en paralelo disposiciones constitucionales y convencionales al integrar los contenidos de los derechos fundamentales en casos concretos⁴⁵.

⁴⁴ *Ibidem*, p. IX.

⁴⁵ *Ibidem*, p. VII.

IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliográficas

CIPPITANI, Roberto, "Papel de los jueces en la aplicación de los derechos de origen transnacional", *Revista Urbe et Ius*, Buenos Aires, núm. 13, invierno 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano*, www.juridicas.unam.mx.

_____, CABALLERO OCHOA, José Luis, y STEINER, Christian (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Nacional Autónoma de México-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, t. I.

_____, y SILVA GARCÍA, Fernando, *El Caso "Radilla" y su impacto en el orden jurídico nacional*, www.juridicas.unam.mx.

Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Organización de los Estados Americanos, 2013.

GÓMEZ PÉREZ, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa-IMDPC, 2016.

Los derechos humanos en la administración de justicia: Un manual de derechos humanos para jueces, fiscales y abogados, Londres, International Bar Association, 2010.

STEINER, Christian, y URIBE, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

2. Otras

PARDO REBOLLEDO, Jorge Mario, Conferencia Magistral "Control de convencionalidad en los tribunales administrativos", expuesta en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Poder Judicial del Estado de Veracruz, febrero de 2017.

3. Sitios de Internet

Semanario Judicial de la Federación, <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

COMENTARIOS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA EMERGENCIA SANITARIA DE 2009

Gustavo Arturo ESQUIVEL VÁZQUEZ¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Principios constitucionales involucrados.* III. *Excepciones al Principio de Legalidad.* IV. *Emergencia sanitaria de 2009.* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes.*

RESUMEN

Se analizan las disposiciones administrativas emitidas para enfrentar la emergencia sanitaria originada por el virus AH1N1 en el año de 2009.

ABSTRACT

Analysis on administrative rules during sanitary emergency caused by AH1N1 virus in 2009 year in Mexico.

PALABRAS CLAVE

Reserva de Ley. Consejo de Salubridad. División de Poderes. Principio de Legalidad.

KEY WORDS

Rule of Law. General Surgeon. AH1N1 virus.

I. INTRODUCCIÓN

En la gran mayoría de los textos que abordan los Principios de Legalidad, de Reserva de Ley y de División de Poderes, con frecuencia resulta soslayado o en el mejor de los casos, limitado el estudio de las facultades del Consejo de Salubridad General para expedir disposiciones generales de carácter obligatorio en el país.

El mencionado Consejo de Salubridad General es un órgano dependiente del Ejecutivo Federal, que para la gran mayoría de los habitantes de este país les resulta desconocido, en cuanto a su existencia y facultades para el caso de una emergencia sanitaria.

En abril y mayo de 2009, ocurrió una emergencia sanitaria que motivó una serie de medidas que afectaron la cotidianeidad de las actividades de la población, tales como la suspensión de clases, la cancelación de espectáculos públicos, sugerencia de no utilizar corbata, etc.

En el presente artículo se presentan los aspectos doctrinarios básicos y los fundamentos legales para la acción de la autoridad administrativa, ante la emergencia sanitaria provocada por el virus AH1N1.

¹ Integrante de los Claustros de Doctores en Derecho de los posgrados de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Panamericana.

II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se han establecido diferentes principios que atienden al ejercicio del poder público para su debida utilización en situaciones ordinarias o extraordinarias, así se tiene que en el contexto de los pesos y contrapesos que se encuentran contemplados para tales circunstancias, tal y como lo expresó Tena Ramírez: “*La División de Poderes es una limitación intrínseca al Poder Público*”².

En atención a lo anterior y para efectos del presente texto se aludirá al:

- ❖ Principio de División de Poderes,
- ❖ Principio de Legalidad y
- ❖ Principio de Reserva de Ley.

En cuanto al Principio de División de Poderes, que fue conceptualizado por Charles de Secondant, Barón de Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes*, se tiene que diversos ordenamientos constitucionales que han regido al país lo han contemplado, como se puede apreciar desde el Acta Constitutiva de 1824 elaborada por Miguel Ramos Arizpe, (que en 1812 fue constituyente de la Constitución de Cádiz), Acta que consignaba en su Artículo 9o. lo siguiente:

“El Poder Supremo de la Federación Mexicana se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial y jamás podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.”

Los posteriores ordenamientos constitucionales conservaron el Principio de División de Poderes y el vigente Artículo 49 constitucional conserva tal principio con alguna variación en su redacción y solo se añaden los supuestos de lo que se denomina Decreto-Ley para el caso de facultades extraordinarias y Decreto-Delegado para el caso de contribuciones al comercio exterior, dispositivo constitucional cuyo texto es el siguiente:

El Poder Supremo de la Federación Mexicana se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

² Martínez Báez, Antonio, y Tena Ramírez, Felipe, *Suspensión de garantías y legislación de emergencia. Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el Derecho mexicano*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Colección Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 39, p. 27.

En lo que concierne al Principio de Legalidad, para efectos del presente artículo, este es referido generalmente en cuanto a las materias penal o fiscal en el sentido de que los elementos del delito o de un impuesto deben contemplarse en un producto legislativo como lo es una Ley, es decir, una norma que obligue a la generalidad y que sea emitida por el Poder Legislativo.

En tal sentido el Artículo 72 de la Constitución establece el proceso para emitir una Ley y que es el siguiente:

Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose la Ley del Congreso y sus reglamentos respectivos, sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones:

A. Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B. Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción; vencido este plazo el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto. Transcurrido este segundo plazo, la ley o decreto será considerado promulgado y el Presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el Diario Oficial de la Federación, sin que se requiera refrendo. Los plazos a que se refiere esta fracción no se interrumpirán si el Congreso cierra o suspende sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse a la Comisión Permanente.

C. El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por esta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ley o decreto, serán nominales.

D. Si algún proyecto de ley o decreto, fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquella le hubiese hecho. Si examinado de nuevo fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si lo aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A; pero si lo reprobare, no podrá volver a presentarse en el mismo período de sesiones.

E. Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse

en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo, para los efectos de la fracción A. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueren reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquella para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A. Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

G. Todo proyecto de ley o decreto que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá volver a presentarse en las sesiones del año.

H. La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras, con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.

I. Las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en que se presenten, a menos que transcurra un mes desde que se pasen a la Comisión dictaminadora sin que ésta rinda dictamen, pues en tal caso el mismo proyecto de ley o decreto puede presentarse y discutirse en la otra Cámara. El Ejecutivo de la Unión no puede hacer observaciones a las resoluciones del Congreso o de alguna de las Cámaras, cuando ejerzan funciones de cuerpo electoral o de jurado, lo mismo que cuando la Cámara de Diputados declare que debe acusarse a uno de los altos funcionarios de la Federación por delitos oficiales. Tampoco podrá hacerlas al Decreto de convocatoria a sesiones extraordinarias que expida la Comisión Permanente.

Estrechamente vinculado con el Principio de Legalidad en este ámbito, se encuentra el Principio de Reserva de Ley, que considera que precisamente ciertos elementos o materias deben contemplarse exclusivamente en Ley, Reserva que puede ser Absoluta o Relativa, conceptos que se explican por el Poder Judicial Federal de la siguiente manera en la tesis que enseguida se transcribe:

LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. Este alto tribunal ha sustentado el criterio de que el principio de legalidad se encuentra claramente establecido en el artículo 31 constitucional, al expresar en su fracción IV,

que los mexicanos deben contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Conforme con dicho principio, es necesaria una ley formal para el establecimiento de los tributos, lo que satisface la exigencia de que sean los propios gobernados, a través de sus representantes, los que determinen las cargas fiscales que deben soportar, así como que el contribuyente pueda conocer con suficiente precisión el alcance de sus obligaciones fiscales, de manera que no quede margen a la arbitrariedad. *Para determinar el alcance o profundidad del principio de legalidad, es útil acudir al de la **reserva de ley**, que guarda estrecha semejanza y mantiene una estrecha vinculación con aquél.* Pues bien, *la doctrina clasifica la reserva de ley en **absoluta** y **relativa**.* La primera aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal; en nuestro caso, a la ley emitida por el Congreso, ya federal, ya local. En este supuesto, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. La reserva relativa, en cambio, permite que otras fuentes de la ley vengan a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse; esto es, la regulación de las fuentes secundarias debe quedar subordinada a las líneas esenciales que la ley haya establecido para la materia normativa. En este supuesto, la ley puede limitarse a establecer los principios y criterios dentro de los cuales la concreta disciplina de la materia reservada podrá posteriormente ser establecida por una fuente secundaria. Así, no se excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. En suma, *la clasificación de la reserva de ley en absoluta y relativa se formula con base en el alcance o extensión que sobre cada materia se atribuye a cada especie de reserva. Si en la reserva absoluta la regulación no puede hacerse a través de normas secundarias, sino sólo mediante las que tengan rango de ley, la relativa no precisa siempre de normas primarias.* Basta un acto normativo primario que contenga la disciplina general o de principio, para que puedan regularse los aspectos esenciales de la materia respectiva. Preciado lo anterior, este alto tribunal considera que en materia tributaria la reserva es de carácter relativa, toda vez que, por una parte, dicha materia no debe ser regulada en su totalidad por una ley formal, sino que es suficiente sólo un acto normativo primario que contenga la normativa esencial de la referida materia, puesto que de ese modo la presencia del acto normativo primario marca un límite de contenido para las normas secundarias posteriores, las cuales no podrán nunca contravenir lo dispuesto en la norma primaria; y, por otro lado, en casos excepcionales, y que lo justifiquen, pueden existir remisiones a normas secundarias, siempre y cuando tales remisiones hagan una regulación

subordinada y dependiente de la ley, y además constituyan un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria.

Amparo en revisión 2402/96. Arrendadora e Inmobiliaria Dolores, S.A. de C.V. 14 de agosto de 1997. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga M. Sánchez Cordero. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el treinta de octubre en curso, aprobó, con el número CXLVIII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a treinta de octubre de mil novecientos noventa y siete³.

III. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se considera que son excepciones al Principio de Legalidad los denominados Decreto-Ley y el Decreto Delegado, en cuanto que en el supuesto del otorgamiento de Facultades Extraordinarias, quien emite la Ley es el titular del Poder Ejecutivo, resultando en lo que se denomina Decreto-Ley.

En el supuesto del Decreto Delegado se tiene que el Poder Legislativo delega en el Poder Ejecutivo su facultad para el caso de contribuciones al comercio exterior, tal y como se desprende de su texto que enseguida se transcribe:

Artículo 131.

[...]

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.

Otra de las excepciones en cuanto a que se está en presencia de la emisión de normas generales y que no son emitidas por el Poder Legislativo, lo es la contemplada en el Artículo 73, fracción XVI, de la Constitución, que otorga al Consejo de Salubridad General, facultades para emitir disposiciones generales que serán obligatorias en el país.

³ Tesis P. CXLVIII/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VI, noviembre de 1997, p. 78.

Consejo de Salubridad General que se integra de la siguiente manera de conformidad al Artículo 15 de la Ley General de Salud:

Artículo 15.- El Consejo de Salubridad General [...] Está integrado por un presidente que será el Secretario de Salud, un secretario y trece vocales titulares, dos de los cuáles serán los presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía, y los vocales que su propio reglamento determine. Los miembros del Consejo serán designados y removidos por el Presidente de la República, quien deberá nombrar para tales cargos, a profesionales especializados en cualquiera de las ramas sanitarias.

IV. EMERGENCIA SANITARIA DE 2009

En lo que parecía una noche más en la rutina de la población, con las noticias comunes y recurrentes que transmiten los espacios informativos de los medios de comunicación masivos, la del jueves 23 de abril de 2009, fue muy diferente, pues a las 23:00 horas en cadena nacional el Secretario de Salud informó que se consideraba conveniente la suspensión de clases en el entonces Distrito Federal y en el Estado de México, debido a una epidemia de influenza provocada por el desde entonces muy famoso virus AH1N1⁴.

Para enfrentar a la emergencia sanitaria, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el sábado 25 de abril de 2009, un *Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica*, cuyo texto completo es el siguiente:

FELIPE DE JESÚS CALDERÓN HINOJOSA, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, en ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con fundamento en los artículos 4o., tercer párrafo, 73, fracción XVI, bases 1a a 4a de la propia Constitución; 3o., fracciones III, XV y XVII, 4o., 6o., fracciones I y V, 7o., fracciones I y XIII, 13, apartado A, fracciones V, VII bis, IX y X, 15, 33, fracción I, 133, fracción II, 134, fracción II, 135, 139, 140, 141, 143, 147, 148, 150, 152, 181 a 184, 402 y 404 de la Ley General de Salud; 41, fracciones II y V de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y

CONSIDERANDO

Que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, en términos del marco constitucional y legal aplicable;

Que es deber del gobierno mexicano implementar las medidas preventivas, de control y combate a cualquier enfermedad transmisible que pueda constituir una amenaza a la salud humana, al orden o la paz públicos;

⁴ Véase <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion/167474.html>.

Que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 73, fracción XVI, Bases 2a. y 3a., que en caso de epidemias de carácter grave, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables;

Que la autoridad sanitaria, en la determinación de las medidas aludidas en el considerando anterior, será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por todas las autoridades administrativas del país;

Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3o., fracciones XV y XVII, de la Ley General de Salud, la prevención y control de las enfermedades transmisibles, así como la prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre, son materias de salubridad general;

Que el artículo 133, fracción II, de la Ley General de Salud, dispone que la Secretaría de Salud establecerá y operará un Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica, de conformidad con lo que dicha ley establece y las disposiciones que al efecto se expidan;

Que un nuevo tipo de virus se propagó en la Ciudad de México y sus alrededores, causando al menos veinte muertos en los últimos días y poniendo a partir del viernes 24 de abril en alerta a dicha zona;

Que la autoridad sanitaria federal determinó que no se trata del virus habitual de la influenza estacional, sino que es mutante de un virus que tiene origen porcino, y

Que en este orden de ideas, y atento al imperativo de que todas las acciones del Gobierno Federal se conduzcan con pleno apego a Derecho, he tenido a bien expedir el siguiente

DECRETO

ARTÍCULO PRIMERO.- El Secretario de Salud, implementará, pondrá en práctica, coordinará y evaluará, todas las acciones que resulten necesarias para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica objeto del presente Decreto.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La Secretaría de Salud, con el propósito de combatir la epidemia y cuando lo estime pertinente, implementará de manera inmediata en las regiones afectadas de todo el territorio nacional, las acciones ejecutivas siguientes:

I. El aislamiento de personas que puedan padecer la enfermedad y de los portadores de gérmenes de la misma, por el tiempo que resulte estrictamente necesario, así como la limitación de sus actividades, cuando así se amerite por razones epidemiológicas;

II. La aplicación de sueros, vacunas y otros recursos preventivos y terapéuticos;

III. La inspección de pasajeros que puedan ser portadores de gérmenes, así como de equipajes, medios de transporte, mercancías y otros objetos que puedan ser fuentes o vehículos de agentes patógenos;

- IV. El ingreso a todo tipo de local o casa habitación para el cumplimiento de actividades dirigidas al control y combate de la epidemia;
- V. La utilización de todos los recursos médicos y de asistencia social de los sectores público, social y privado existentes;
- VI. La adquisición a nivel nacional o internacional, de equipo médico, agentes de diagnóstico, material quirúrgico y de curación y productos higiénicos, así como todo tipo de mercancías, objetos, bienes y servicios que resulten necesarios para hacer frente a la contingencia, sin necesidad de agotar el procedimiento de licitación pública, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontarla;
- VII. Importar y autorizar la importación de los bienes y servicios citados en el inciso anterior, sin necesidad de agotar trámite administrativo alguno, por las cantidades o conceptos necesarios para afrontar la contingencia objeto de este decreto;
- VIII. Ordenar las medidas atinentes a fin de evitar congregaciones de personas en cualquier lugar de reunión, incluyendo la clausura temporal de locales o centros de espectáculo;
- IX. La encomienda a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los profesionales técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, el desempeño de las actividades que estime necesarias;
- X. La regulación del tránsito terrestre, marítimo y aéreo, así como disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del Estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos estos últimos;
- XI. La utilización libre y prioritaria de los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así como las transmisiones de radio y televisión, estableciendo las directrices informativas necesarias a fin de transmitir clara y oportunamente las medidas que se adopten para afrontar la contingencia;
- XII. La solicitud de auxilio o apoyo a instancias y organismos internacionales, con el propósito de colaborar con las autoridades mexicanas, y
- XIII. Las demás que determine la propia Secretaría de Salud.

ARTÍCULO TERCERO.- La Secretaría de Salud, a través de su Titular, realizará todas las acciones que resulten necesarias, a efecto de dar seguimiento a las medidas previstas en el presente Decreto, e informará cada doce horas al Presidente de la República sobre la situación existente.

ARTÍCULO CUARTO.- La Secretaría de Salud establecerá números telefónicos de urgencia para atender a la población, a efecto de orientarla o para que se reporten casos de influenza estacional epidémica.

ARTÍCULO QUINTO.- Se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a coordinarse y brindar los apoyos necesarios para la instrumenta-

ción de las medidas de prevención y control del brote de influenza presentado en nuestro país.

ARTÍCULO SEXTO.- Se conmina a los particulares a brindar los apoyos y facilidades que establecen las disposiciones jurídicas en materia de salubridad general.

TRANSITORIO

ÚNICO.- El presente Decreto entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación y tendrá vigencia en tanto dure la situación de contingencia prevista en el mismo.

Dado en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a 24 de abril de 2009.- Felipe de Jesús Calderón Hinojosa.- Rúbrica.- El Secretario de Salud, José Ángel Córdova Villalobos.- Rúbrica.

En el tercer párrafo de la parte considerativa se señaló: *que en caso de epidemias de carácter grave, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables*, con lo cual se reconoció que se estaba en presencia de una situación de emergencia por razones de salud y, por ello se consideró instrumentar diversas medidas.

Sin duda se trataba de una situación de emergencia, máxime que se ponderaba que ya se había producido un elevado número de defunciones, según la parte considerativa del Decreto antes transcrito en donde indicaba que: *Que un nuevo tipo de virus se propagó en la Ciudad de México y sus alrededores, causando al menos veinte muertos en los últimos días y poniendo a partir del viernes 24 de abril en alerta a dicha zona.*

El fundamento constitucional para la emisión del mencionado Decreto con disposiciones generales de observancia obligatoria en el país fue el siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

[...]

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

Resulta relevante que la anterior disposición constitucional que no alude a un Decreto Delegado, ni a un Decreto Ley, le otorga la facultad de emitir disposiciones generales de observancia obligatoria en el país a un Órgano dependiente del Ejecutivo Federal.

En efecto, el Artículo 15 de la Ley General de Salud y el Artículo 1o. del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General, vigentes al momento de la emergencia sanitaria en comento, claramente definían la calidad del citado Consejo como un Órgano dependiente del Ejecutivo Federal:

Ley General de Salud

Artículo 15.- *El Consejo de Salubridad General es un órgano que depende directamente del Presidente de la República en los términos del artículo 73, fracción XVI, base 1a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* Está integrado por un presidente que será el Secretario de Salud, un secretario y trece vocales titulares, dos de los cuáles serán los presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía, y los vocales que su propio reglamento determine. Los miembros del Consejo serán designados y removidos por el Presidente de la República, quien deberá nombrar para tales cargos, a profesionales especializados en cualquiera de las ramas sanitarias.

Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General

Artículo 1. El Consejo de Salubridad General depende del Presidente de la República y tiene el carácter de autoridad sanitaria con funciones normativas y consultivas.

La relevancia radica en que se le otorga la facultad de emitir disposiciones generales de observancia obligatoria en el país a un órgano que no es el Poder Legislativo, ni el titular del Poder Ejecutivo disposiciones que como a continuación se advertirá, al momento de la emergencia sanitaria guardaron relación con las entonces denominadas garantías individuales contempladas en la Constitución.

En la fracción I, del Artículo Segundo, del Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica, autorizaba la instrumentación de acción ejecutiva para:

Aislamiento de personas que puedan padecer la enfermedad y de los portadores de gérmenes de la misma, por el tiempo que resulte estrictamente necesario, así como la limitación de sus actividades, cuando así se amerite por razones epidemiológicas;

Con lo anterior la garantía de libertad de tránsito contemplada en el Artículo 11 constitucional se encontraría limitada, ya que la autoridad sanitaria podría retener a un pasajero y aislarlo.

En la fracción IV, del Artículo Segundo, del Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existen-

cia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica, autorizaba la instrumentación de acción ejecutiva para:

El ingreso a todo tipo de local o casa habitación para el cumplimiento de actividades dirigidas al control y combate de la epidemia;

Con lo anterior la garantía de los actos de molestia contemplada en el Artículo 16 constitucional se encontraría limitada, al permitirse que la autoridad sanitaria sin mandamiento escrito de la autoridad competente que exprese el lugar que habría de inspeccionarse, ingresara a todo tipo de local o casa habitación.

En la fracción VIII, del Artículo Segundo, del Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica, autorizaba la instrumentación de acción ejecutiva para:

Ordenar las medidas atinentes a fin de evitar congregaciones de personas en cualquier lugar de reunión, incluyendo la clausura temporal de locales o centros de espectáculo;

Con lo anterior la garantía del derecho de reunión contemplada en el Artículo 9o. constitucional se encontraría limitada, al no permitirse las congregaciones de personas, incluso tratándose de un culto religioso.

En la fracción X, del Artículo Segundo, del Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica, autorizaba la instrumentación de acción ejecutiva para:

Disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del Estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos estos últimos;

Con lo anterior la garantía de los actos de privación contemplada en el Artículo 14 constitucional se encontraría limitada, ya que se habría permitido la disposición de los medios de transporte de servicio público, cualquiera que fuese el régimen legal a que se encontraran sujetos y como podría ser el de una Concesión a un particular de prestar el servicio público de transporte.

La justificación para expedir tales medidas se encontraba en la parte considerativa del Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica, justificación que se hizo consistir en:

Que un nuevo tipo de virus se propagó en la Ciudad de México y sus alrededores, causando al menos veinte muertos en los últimos días y poniendo a partir del viernes 24 de abril en alerta a dicha zona;

Que la autoridad sanitaria federal determinó que no se trata del virus habitual de la influenza estacional, sino que es mutante de un virus que tiene origen porcino, y

Ante lo inédito de la emergencia sanitaria la autoridad administrativa se encontraba obligada a reaccionar ágilmente ante el estado de excepción, tal y como lo señala el aforismo latino *salus pública suprema lex* (la salud pública es la ley suprema), y como lo sostuvo Martínez Báez de la siguiente manera:

... porque el estado de necesidad, ni en la estimación sobre su existencia, ni en la calificación sobre su amplitud o sus grados, es susceptible de someterse a normas jurídicas.

[...]

Creo muy fundadamente que la situación de emergencia nunca puede ser la afirmación del orden constitucional, el reforzamiento de la vigencia de las normas jurídicas que sujetan o limitan al Estado, sino precisamente lo contrario, el rompimiento, la suspensión de aquel orden jurídico que fundamentalmente reside en estos principios: las libertades individuales y el principio de organización del poder público de la separación de poderes⁵.

El Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica, (en comento en este artículo), fue el primer decreto en el siglo veintiuno, que si bien no fue un Decreto-Ley que suspendiera garantías individuales y se decretara un Estado de sitio o de emergencia, se puede considerar que para enfrentar el Estado de necesidad de carácter sanitario ocurrido en abril y mayo de 2009, se emitieron por el titular del Ejecutivo Federal de manera justificada disposiciones generales de observancia obligatoria, las que de alguna manera podrían haber afectado las garantías individuales antes mencionadas, sin que el autor del presente ensayo tenga noticia de que, hubiera sucedido y que hubiera sido impugnada judicialmente, alguna de las acciones contempladas en las fracciones I, IV, VIII y X del Artículo Segundo, del Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica.

A lo que se añade, que de haberse concretizado alguna de las acciones contempladas en las fracciones mencionadas en el párrafo anterior, no se restringieron los derechos fundamentales que menciona el segundo párrafo del Artículo 29 constitucional actual, con lo cual estas se habrían adecuado al texto reformado del mencionado artículo constitu-

⁵ Martínez Báez, Antonio, y Tena Ramírez, Felipe, *Suspensión de garantías y legislación de emergencia. Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el Derecho mexicano*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Colección Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 39, pp. 7 y 8.

cional (que fue publicado con posterioridad a la emergencia sanitaria el día 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación), que en su segundo párrafo señala que:

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Evidentemente las disposiciones generales que en un estado de necesidad o excepción sanitaria como la antes mencionada, sean emitidas por el Consejo de Salubridad General con el propósito de controlarla, únicamente estarán vigentes en tanto dure la situación de contingencia de que se trate, tal y como se plasmó en el Artículo Transitorio ÚNICO del multicitado Decreto.

V. CONCLUSIONES

1. El Principio de Legalidad tiene como excepciones el Decreto-Ley, el Decreto Delegado y el supuesto de disposiciones generales que emita el Consejo de Salubridad General.

2. En un estado de necesidad o de excepción por emergencia sanitaria, el Consejo de Salubridad General debe emitir las disposiciones generales para enfrentarlo, sin que ello signifique que se puedan restringir los derechos fundamentales que menciona el segundo párrafo del Artículo 29 constitucional.

3. Las disposiciones generales que en un estado de necesidad o excepción sanitaria, sean emitidas por el Consejo de Salubridad General con el propósito de controlarla, podrán limitar temporalmente algunos de los derechos fundamentales de las personas, las que deberán estar vigentes únicamente en tanto permanezca la situación de contingencia de que se trate.

VI. FUENTES

1. Bibliográfica

MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio y TENA RAMÍREZ, Felipe, *Suspensión de garantías y legislación de emergencia. Concepto general del estado de sitio. Las facultades extraordinarias en el Derecho mexicano*, México, UNAM, Facultad de Derecho, Colección Lecturas Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, núm. 39.

2. Informáticas

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.html>.

<http://www.dof.gob.mx>.

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>.

3. Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y LA LIBRE MANIFESTACIÓN DE LAS IDEAS, COMO BASE FUNDAMENTAL DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO

Xochitl GARMENDIA CEDILLO¹

El derecho de reunión que se encuentra definido por la doctrina nacional e internacional, es reconocido como derecho humano en la actualidad en nuestro ordenamiento constitucional. Sin embargo la manifestación real de este derecho se presenta a través de lo que conocemos como marchas, plantones, manifestaciones, en las que se hacen presentes los derechos de la manifestación libre de las ideas (Artículo 6o.) y el derecho de reunión (Artículo 9o.).

Ambos derechos se conjuntan para un fin, la protesta, o manifestación de una idea, o reclamo, incluso el tomar posición respecto a un acto de gobierno. Ambos derechos tienen limitaciones que la misma Constitución establece.

Los límites son la afectación a “derechos” de terceros, en su honor, honra, alteración del orden público, sea condicionante de la comisión de un delito, y además, deberán manifestarse sin proferir injurias contra la autoridad, sin violencia o amenazas para intimidar u obligar a resolver en algún sentido.

El derecho a través del cual se pueden reunir y manifestarse los ciudadanos es justamente este, “*el derecho de reunión*”, por lo que, como punto de partida se puede definir en los siguientes términos:

- Es un derecho humano que se ejerce en forma colectiva temporalmente en un mismo lugar, pacíficamente y sin armas, de acuerdo a las limitantes que la propia Constitución establece. Es la base fundamental de toda sociedad democrática, que permite que sus integrantes “hablen”, se “expresen” y “expongan” sus inconformidades;
- Es el reconocimiento del pluralismo político y de la libertad de expresar opiniones, propias y colectivas para que sean conocidas, tanto por otros miembros de la sociedad como las autoridades a las que se conmina;
- Es y debe verse en estos tiempos, como una válvula de escape de la presión social, que los ciudadanos pueden ejercer manifestando lo que no les gusta, o lo

¹ Maestra en Derecho. Especialidad: Derecho Administrativo; Políticas Públicas; Competencia Jurídica de la Administración Pública. Becaria del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Profesora de Derecho Fiscal y Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UNAM, CU. Profesor Investigador de tiempo completo Asociado “C” de la UAM, Azcapotzalco. Directora de Ingresos del Estado de Oaxaca, Subdirectora de Investigación y Análisis, y Directora de la Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Investigadora del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados.

que quieren. La autoridad debe tener la prudencia, tolerancia y en consecuencia, respuesta a esos requerimientos, con el fin de lograr un sano equilibrio entre gobernantes y gobernados en el manejo de los problemas y las soluciones que se les den.

En algunos países la autoridad gubernamental puede prohibir la reunión en caso de alteración al orden público o se ponga en peligro personas o bienes, ya que en Estados de Latinoamérica no existen leyes especiales que prohíban o limiten este derecho; en Europa, se encuentra más regulado.

Se considera en la doctrina a nivel internacional que este derecho es inherente a las democracias, por lo general a nivel federal o nacional, no se limita ni se reglamenta, se estatuye como una garantía fundamental a la que todo ciudadano tiene derecho.

En donde se reglamenta es a nivel local en el lugar donde se lleva a cabo la protesta o manifestación. Son las ciudades las que deben cuidar el orden público, la paz y armonía entre todos los habitantes, establecer reglas de orden procurando dar horarios, rutas y lugares en donde se pueden llevar a cabo y al mismo tiempo establecer reglas de ordenamiento y límites; de hecho, existen leyes y reglamentos locales que sancionan la alteración al orden público, reglamentos de tránsito vehicular que regulen el libre acceso a las vías de comunicación, y las sanciones cuando se interrumpa la circulación o se incluso se cometan daños patrimoniales y personales.

El derecho de reunión, calificado en algunas ocasiones como un “*derecho invisible*”, forma parte del ser humano como ser social, todos interactuamos, nos reunimos en grupos pequeños o grandes, en ámbitos privados o públicos, y damos por sentado que forma parte del actuar del ser humano.

El derecho de reunión con fines de protesta es un acto político, que ejercen los ciudadanos en las sociedades democráticas y que si fuera abolido, se cancelaría la democracia. Nace históricamente en los Estados Unidos de Norteamérica, los constituyentes de la primera Constitución de Norteamérica tienen el mérito de haberlo concebido y establecido como norma constitucional en la Primera Enmienda². Esta

² La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege los derechos a la libertad de religión y a la libertad de expresión sin interferencia del gobierno.

Dos cláusulas garantizan la libertad de religión. La cláusula de establecimiento (*Establishment Clause*) prohíbe que el gobierno apruebe leyes que establezcan una religión oficial o muestren preferencia por una religión sobre otra. La Corte, sin embargo, declaró constitucionales algunas actividades del gobierno relacionadas con la religión, como por ejemplo, brindar transporte en autobuses para estudiantes de escuelas parroquiales y permitir la aplicación de las “leyes de descanso dominical”. La cláusula del libre ejercicio prohíbe que el gobierno, en la mayoría de los casos, intervenga en la práctica religiosa de las personas.

consigna el “derecho de reunión”, como uno de los más importantes de una sociedad “democrática”.

En Francia, con el triunfo de la Revolución, se emite la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, donde se reconoce:

Artículo 11. La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley³.

Este derecho se ligará posteriormente al derecho de reunión.

El entorno histórico en que surgen estas facultades se deben a lo que prevalecía antes de la Revolución, como la supresión de las ideas, la imposición imperial de actos de la monarquía francesa, sin tomar en cuenta la voluntad de los ciudadanos, lo que provocó la sublevación de la sociedad, cuyos sentimientos podemos apreciar en lo que se declara en el Preámbulo de la Constitución francesa de 3 de septiembre 1791⁴, que dice:

La Asamblea Nacional, queriendo establecer la Constitución francesa sobre los principios que acaba de reconocer y declarar, decreta la abolición irrevocable de las instituciones que vulneran la libertad y la igualdad de derechos.

- Ya no hay nobleza, ni pares, ni distinciones hereditarias, ni dominaciones y prerrogativas que derivan de ellas, ni órdenes de caballería, ni ninguna de las condecoraciones para las cuales se exigían pruebas de nobleza o suponían distinciones de nacimiento; ya no existe más superioridad que la de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones;
- Ya no hay venalidad, ni adquisición por herencia de ningún oficio público;
- Ya no hay, para ninguna parte de la Nación ni para ningún individuo, privilegio o excepción alguna al derecho común de todos los franceses;
- Ya no hay gremios, ni corporaciones de profesiones, artes y oficios;

La libertad de expresión incluye los derechos a la libertad de palabra, de prensa, *de reunión* y de petición (que es el derecho que permite a los ciudadanos reclamar ante el gobierno una compensación por agravios).

El derecho a reunión permite que las personas se reúnan con fines pacíficos y legales. *La libertad de reunión no incluye un derecho de asociación*. El gobierno puede prohibir que las personas se asocien con otras para participar y promover actividades ilegales en forma deliberada. Ver más en: https://www.law.cornell.edu/wex/es/la_primera_enmienda.

³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789. Ver documento en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/4855-4277-1-PB.pdf>.

⁴ Ver documento en: <http://historicaldigital.com/wordpress/wp-content/uploads/2008/12/constitucion%20francesa%20de%201791.pdf>.

- La ley ya no reconoce ni los votos religiosos, ni ningún otro compromiso que sea contrario a los derechos naturales o a la Constitución.

Esta declaración es una respuesta a la intolerancia de una monarquía y de una clase aristócrata insensible, del abuso del poder que colmó al pueblo, y este se pronunció en términos absolutos por la igualdad de todos. En el texto de la Constitución se señala:

Título I: Disposiciones Fundamentales Garantizadas por la Constitución

...

La Constitución garantiza así mismo, como derechos naturales y civiles:

- La libertad de todo hombre para ir, permanecer y partir, sin poder ser arrestado o detenido, más que según las formas determinadas por la Constitución;
- La libertad de todo hombre de hablar, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos, sin que sus escritos puedan ser sometidos a censura ni inspección antes de su publicación, y de ejercer el culto religioso al que pertenece;
- La libertad de los ciudadanos de reunirse pacíficamente y sin armas, de conformidad con las leyes de policía.

Esta Constitución se elaboró dos años después de la Declaratoria de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Posteriormente, este derecho fue adoptado por las Constituciones de los siglos XVIII, XIX y XX, tales como:

- La Declaración de Independencia de las trece colonias de Norteamérica, aprobada el 4 de julio de 1776;
- El Título Primero de la Constitución francesa de 3 de septiembre 1791;
- El Artículo 122 de la Constitución francesa de 1793;
- El Artículo 19 de la Constitución belga de 1830;
- El Artículo 8,3 de la Constitución de la 2ª. República francesa, de 4 de noviembre de 1848;
- El Artículo 123, numeral 5 de la Constitución de Weimar de 14 de agosto de 1919;
- En México aparece por primera vez en el Acta Constitutiva y de Reformas, sancionada por el Congreso Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos, el 18 de marzo de 1847, jurada y promulgada el 21 del mismo, en el Artículo 2o.

Es derecho de los ciudadanos votar en las elecciones populares, ejercer el de petición, *reunirse para discutir los negocios públicos*, y pertenecer a la Guardia Nacional, todo conforme a las leyes.

- En la Constitución Política de la República Mexicana de 1857 (12 de febrero) se estableció en el Artículo 1o., numeral 6: *"La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque a algún crimen o delito, o perturbe el orden público. Y en el numeral 9o.: "A nadie se le puede coartar el derecho de asociarse o de reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República pueden hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar"*.
- En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, en el Artículo 9o.

El Consejo de Estado francés definió el concepto de *"la reunión"* como aquella que *"constituye una agrupación momentánea de personas, formada para escuchar una exposición de ideas y de opiniones, o para ponerse de acuerdo sobre la defensa de los intereses"*.

Esta definición delimita lo que debe entenderse por *"reunión"*, con fines de manifestación de ideas, que es *"momentánea"*, tiene una duración *"breve"* o *"determinada previamente"*; no lo son aquellas que se instalan, bloquean, obstruyen, afectan a las actividades de los *"otros"*, que no participan de esa manifestación, y que también tienen el derecho absoluto de transitar, trabajar, acceder a sus domicilios, etc.

El ejercicio e interposición de los derechos humanos, cuando se hacen valer, generalmente colisionan, porque son absolutos, como es el caso del derecho de reunión, que en las *"manifestaciones"*, afectarán los derechos de los *"otros"*, como ya se apuntó.

Miguel Carbonell señala al respecto que: *"La reunión supone un ámbito temporal transitorio en el ejercicio del derecho, pues una reunión de carácter permanente se asemeja más, quizá a una asociación. Además la finalidad tiene que ser jurídicamente admisible"*⁵.

Como podrá observarse, se agrega un elemento importantísimo en el ejercicio de los derechos humanos, que desde el punto de vista de su universalidad, pueden llegar a ser avasallantes y colisionar entre sí. Por ejemplo, cuando se opera el derecho del ejercicio de la libertad de expresión y el derecho al honor, ambos son universales y absolutos, y en su ejecución colisionan si se exceden. De aquí que el principio de ponderación viene a ser un remedio. Lo mismo sucede con el derecho de reunión, con el derecho del libre tránsito o incluso el atropellado derecho al trabajo de los ciudadanos que se ven entorpecidos y obstruccionados en sus derechos cuando *"otros"* ejercen el de reunión, por medio de bloqueos, o marchas.

⁵ Carbonell, Miguel, *La libertad de asociación y de reunión en México*. Ver documento en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-8.pdf>.

Ponderar consiste en contrastar dos derechos que se oponen entre sí para determinar en qué medida uno debe defenderse o promoverse a costa del sacrificio del otro. El resultado de la ponderación es el derecho definitivo, que solo se posee en tanto la ponderación correspondiente se ha realizado, y en la medida determinada por esta.

La ponderación es, pues, la técnica apropiada para la aplicación de normas de principio y por eso es la técnica característica de aplicación de las normas constitucionales, típicamente principales, no solo por cierto, cuando reconocen derechos sino también cuando establecen competencias normativas, como la competencia del legislador para ordenar las relaciones sociales, un principio cuya colisión con el principio de vinculación constitucional del propio legislador es objeto de numerosas referencias en la obra de Alexy, y que también ha de resolverse mediante la misma técnica ponderativa.

Esta técnica es aplicada generalmente por los tribunales cuando surgen los conflictos entre derechos.

Tratándose de los derechos humanos, que en nuestro caso se encuentran en la Constitución, están compuestos por reglas y principios que guardan diferencias, las que a continuación se señalan:

Reglas

- Establecen supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. La colisión con otras reglas se resuelve, mediante la premisa de la norma posterior y la norma especial;
- Se establecen dentro del marco de lo fáctico y realizable;
- No requiere de mayor esfuerzo argumentativo;
- Suelen poseer un alto grado de precisión;
- Las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado;
- Deben establecerse principios;
- Son interpretadas sistemáticamente.

Principios

Desde el punto de vista doctrinal, deben cumplir con el siguiente rol primordial:

- Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico;
- Actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas;
- En caso de falta de norma concreta y específica, se emplean como fuente integradora del Derecho;
- Colisiona con otros principios y bienes jurídicos tutelados constitucionalmente;
- Se caracterizan por niveles elevados de imprecisión terminológica.

En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen con una triple función, que es, fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

Una vez establecida la importancia y complejidad con que operan los derechos humanos consignados en la Constitución, debe tomarse en cuenta para las leyes reglamentarias que dicten, cómo se ejercerán estos.

En el caso del derecho de reunión, debe compatibilizarse con otros derechos para efectos del lugar en que se puedan realizar las reuniones, hay que distinguir entre las que se llevan a cabo en lugares públicos y las que se llevan a cabo dentro de propiedades privadas, para las segundas se debe tomar en cuenta el derecho de propiedad, donde se debe contar con el consentimiento del titular del derecho. Para las reuniones que se llevan a cabo en lugares públicos no se requiere de autorizaciones de este tipo. En el caso de México, se debe avisar que dicha reunión se llevará a cabo, para que se tomen las medidas necesarias para el cuidado del orden público.

Interpretación jurisprudencial de los derechos de asociación y de reunión

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de una tesis aislada, señala la diferencia entre el derecho de asociación y el de reunión:

LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN. SUS DIFERENCIAS. *El derecho de libertad de asociación consagrado en el artículo 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no debe confundirse con la libertad de reunión prevista en el mismo artículo constitucional.* El primero es un derecho complejo compuesto por libertades de índole positiva y negativa que implica entre varias cuestiones la posibilidad de que cualquier individuo pueda establecer, por sí mismo y junto con otras personas, una entidad con personalidad jurídica propia, cuyo objeto y finalidad lícita sea de libre elección. En cambio, *la libertad de reunión, aunque es un derecho que mantiene íntima relación con el de asociación, consiste en que todo individuo pueda congregarse o agruparse con otras personas, en un ámbito privado o público y con la finalidad lícita que se quiera, siempre que el ejercicio de este derecho se lleve a cabo de manera pacífica. La diferencia sustancial entre ambos derechos es que la libertad de asociación implica la formación de una nueva persona jurídica, con efectos jurídicos continuos y permanentes, mientras que una simple congregación de personas, aunque puede compartir los fines u objetivos de una asociación, se caracteriza por una existencia transitoria cuyos efectos se despliegan al momento de la reunión física de los individuos⁶.*

⁶ Tesis 1a. LIV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 927.

Cuando se transgreden derechos de terceros o se realizan daños la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido el siguiente criterio a través de una tesis aislada:

ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN Y A LOS MEDIOS DE TRANSPORTE. EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE REUNIÓN. La garantía de libertad de reunión contenida en el artículo 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en el derecho de reunirse o congregarse para cualquier objeto lícito y de manera pacífica, por lo que su finalidad no puede estar en pugna con las buenas costumbres y las normas de orden público. En congruencia con lo anterior, se concluye que el artículo 194 del Código Penal del Estado de México, al tipificar el delito de ataque a las vías de comunicación y a los medios de transporte, no viola la citada garantía constitucional, toda vez que para su acreditamiento basta la intervención de un solo sujeto activo, es decir, no tienen que reunirse varias personas para obstaculizar dolosamente una vía de comunicación o la prestación de un servicio público local de comunicación o de transporte; por lo que no existe vinculación alguna entre la determinación del legislador local de sancionar penalmente la conducta señalada y el derecho fundamental aludido⁷.

En otras palabras, la Suprema Corte ha emitido criterios respecto a qué legislar, sancionando conductas que atropellen derechos de terceros o causen daño en la propiedad tanto de particulares como del Estado, no viola el derecho de reunión.

Con respecto a tratados y convenios que México ha firmado y ratificado, cuyas normas son aplicables en México, de acuerdo a lo que señala el Artículo 1o. constitucional primer párrafo que señala:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y *en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

Por consiguiente, deberán tomarse en cuenta los principios internacionales de protección a los derechos humanos, establecidos en los convenios internacionales que México ha celebrado y ratificado, y que de acuerdo con lo que señala la misma Constitución en el Artículo 133 y el criterio que ha emitido la Suprema Corte, tienen la misma jerarquía que la Constitución en todo aquello en que no se opongan a nuestra Constitución.

⁷ Tesis 1a. CXLII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, noviembre de 2005, p. 35.

Marco internacional sobre la regulación del derecho de reunión

De lo anterior se infiere que son aplicables las normas internacionales señaladas en:

- *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada y proclamada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948; establece en sus Artículos 19 y 20:

Artículo 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20.- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Ambas declaratorias no son vinculatorias, pero sí constituyen principios internacionales de derechos humanos, a las que casi todas las naciones que forman parte de la ONU, han acogido dentro de sus textos constitucionales.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU⁸.
- La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sobre la Libertad de Opinión y la Libertad de Expresión.
- Observación General N° 10 (19° periodo de sesiones).

La libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones.

La libertad de expresión es una condición necesaria para el logro de los principios de transparencia y rendición de cuentas que, a su vez, son esenciales para la promoción y la protección de los derechos humanos.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"⁹.

⁸ Emitido el 12 de septiembre de 2011, a través del Comité de Derechos Humanos, en su 102° periodo de sesiones, que se llevó a cabo en Ginebra, del 11 al 29 de julio de 2011; la Observación General N° 34 en relación al Artículo 19, de la Libertad de opinión y libertad de expresión. Ver documento en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGB%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaQW3y%2FrwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fDbYE4QPFdIFW1VIMIVkoM%2B312r7R>.

⁹ La citada Convención fue aprobada por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el dieciocho del mes de diciembre del año de mil novecientos ochenta, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día nueve del mes de enero del año de mil novecientos ochenta y uno.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰.

Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesaria para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 21.

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El *derecho humano de reunión* se ejerce en forma colectiva temporalmente en un mismo lugar, pacíficamente y sin armas, de acuerdo a las limitantes que la propia Constitución establece. Es la base fundamental de toda sociedad democrática, que permite que sus integrantes “hablen”, se “expresen” y “expongan” sus inconformidades.

Es el reconocimiento del pluralismo político y de la libertad de expresar opiniones, propias y colectivas para que sean conocidas, tanto por otros miembros de la sociedad como las autoridades a las que se conmina.

Es y debe verse en estos tiempos, como una válvula de presión que la sociedad puede ejercer exponiendo lo que no le gusta, o lo que quiere. Y la autoridad debe tener la prudencia, tolerancia y en consecuencia, respuesta a esas manifestaciones, con el fin de lograr un sano equilibrio entre gobernantes y gobernados en el manejo de los problemas y las soluciones que se les den.

¹⁰ Adopción: Nueva York, EUA, 16 de diciembre de 1966. Adhesión de México: 24 de marzo de 1981; Decreto Promulgatorio Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981; fe de erratas en el mismo medio de difusión el 22 de junio de 1981.

El derecho de reunión está reconocido y garantizado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que establece sus características y límites en los Artículos 6o. y 9o. constitucional.

Aunque no existe una ley reglamentaria a nivel federal en México para el ejercicio de este derecho, sí existe normatividad secundaria tanto a nivel federal como local, para que cuando se transgredan derechos de terceros o se afecten las propiedades tanto del Estado como de los particulares, se pueda ejercer la acción o sanción correspondiente.

Los principios de Derecho Internacional, los encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948.

La Observación General N° 34 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en relación al Artículo 19, de la Declaración Universal de los Derechos del HOMBRE, sobre la Libertad de Opinión y la Libertad de Expresión consigna que: *“La libertad de opinión y la libertad de expresión son condiciones indispensables para el pleno desarrollo de la persona. Son fundamentales para toda sociedad y constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas. Ambas libertades están estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones”*.

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos del “Pacto de San José de Costa Rica”, aprobado por el Senado en 1980; como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York en 1966, reconocen el derecho de reunión.

Nadie niega la importancia de este derecho como la base de un Estado democrático, sin embargo, todos regulan de una u otra manera las manifestaciones desde el punto de vista de seguridad, generalmente por ordenamientos policiacos que determinan los posibles “delitos” que se pudieren cometer en estas manifestaciones.

Al establecer límites como, que las reuniones sean pacíficas, las restricciones varían según el tipo de sociedad del que se trate. Así por ejemplo, Alemania limita las manifestaciones a las sedes de los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo; esta limitante la incorpora España en su legislación; y de igual manera Italia lo prohíbe en su Código Penal, al señalar que sería un atentado a la libre decisión de los legisladores el que se vean presionados por un solo grupo que generalmente defiende intereses particulares, y de este modo dejarían de poder legislar para las mayorías.

En otros países como Chile, Venezuela, incluso Colombia, se restringen las manifestaciones de acuerdo al tipo de gobierno que han tenido. En Chile, siguen vigentes las leyes que se dictaron durante la dictadura, leyes que son restrictivas de las libertades. Colombia prohíbe se marche encapuchado por las experiencias que han tenido, y en

Venezuela se restringe con leyes secundarias, y poniendo obstáculos para la realización de las mismas. Ecuador no tiene ley secundaria que reglamente el derecho de reunión, sin embargo en cuanto al procedimiento de otorgar el permiso, dificultan se autorice la marcha.

Finalmente, cuando se salen de cause las manifestaciones, marchas o plantones, es cuando opera la legislación secundaria, generalmente arrestos administrativos y las normas penales en el caso de delitos como daños a la propiedad pública o privada, daños a terceros en el caso de que se transgredan los derechos de "otros".

Debe ponderarse que la manifestación libre de las ideas, es un derecho que reconoce la Constitución. Los plantones van más allá del derecho humano reconocido por la Constitución, estos en caso de tolerarse, deben reglamentarse por la ciudad que los reciba.

AUDITORÍA FORENSE Y FRAUDE FISCAL

Blanca Estela MONTES DE OCA¹

Hoy en día, las noticias versan sobre problemas económico-sociales a causa de operaciones de empresas inexistentes o fantasma y/o compra venta de facturas que en nuestra legislación fiscal son conocidas como entidades que facturan operaciones simuladas (EFOS), entidades que deducen operaciones simuladas (EDOS).

Lo que ha provocado un reforma al Código Fiscal de la Federación (CFF) en el año 2014, mediante el decreto publicado por el Ejecutivo Federal, en la que se resaltó entre otros, el texto vigente del Artículo 69-B², que faculta a las autoridades fiscales a declarar, con efectos generales y exclusivamente para efectos tributarios, la inexistencia de las operaciones celebradas por los particulares que han expedido comprobantes fiscales sin contar con la capacidad humana, técnica o material para realizar los actos reflejados en dichos documentos³.

Esto es, un contribuyente que ha estado emitiendo comprobantes sin contar con los activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan tales comprobantes, o bien, que dichos contribuyentes se encuentren no localizados, se presumirá la inexistencia de las operaciones amparadas en tales comprobantes.

Ahora bien, en caso de que la autoridad fiscal, en uso de sus facultades de comprobación, detecte que una persona física o moral no acreditó la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes, o no corrigió su situación fiscal, en los términos que este ordenamiento prevé, determinará el o los créditos fiscales que correspondan.

Asimismo, las operaciones amparadas en los comprobantes fiscales antes señalados se considerarán como actos o contratos simulados para efecto de los delitos previstos en este Código en su Artículo 69-B, sexto párrafo.

Lo anterior se puede corroborar con lo que establece el Código Civil de la hoy Ciudad de México⁴, en su Capítulo II, de la Simulación de los Actos Jurídicos; Artículos 2180 y 2181. Esto es: "A efecto de que la buena fe prepondere en las relaciones entre par-

¹ C. P. certificado por IMCP, Licenciada en Derecho, Maestra en C. P. y C., Doctora en Derecho. Miembro de la ANDD, de la BNA, A.C. y socio activo en diversos Colegios. Reg. para Dictaminar en M. Fiscal, como Perito Contable Auxiliar de la Administración de Justicia del Poder Judicial de la Federación, TSJCM, TFJA, TCACM, INE, Secretaría de Economía, litigante con registros en el C. de la J. F. y del TSJCM. Autora y coautora diversas obras.

² Código Fiscal de la Federación vigente.

³ Diario Oficial de la Federación, el 9 de diciembre del 2013.

⁴ Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia Común.

ticulares, de que la ley sea fielmente cumplida y no burlada, con grave perjuicio del fisco, de la sociedad o de los derechos de tercero; de lo que se desprende la reglamentación en relación con la simulación de los contratos, distinguiendo el caso en que no existe ningún acto real, del caso en el que solo se trata de desvirtuar la verdadera naturaleza del acto jurídico que se mantiene oculto”⁵.

Así también, el Artículo 69-B del CFF, en su último párrafo se refiere al Artículo 109 fracción IV, del mismo ordenamiento, cuando por su parte, se permitiría la consumación o continuación de un ilícito o sus efectos, ya que los comprobantes expedidos por este tipo de contribuyentes aún estarían en el comercio, no obstante, que tal conducta podría actualizar el delito de defraudación fiscal, conforme a los Artículos 108 y 109 del CFF⁶.

De la misma forma con el delito específico de compraventa de comprobantes, Artículo 113 fracción II y III del ordenamiento citado, se subsume al Artículo 108 antes señalado, “engaño”, o sea que comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de estos, altere o destruya las máquinas registradoras de operación de caja en las oficinas recaudadoras, o al que tenga en su poder marbetes o precintos sin haberlos adquirido legalmente o los enajene, sin estar autorizado para ello; expida, adquiera o enajene comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados; consigne en declaraciones deducciones falsas como lo establece el Artículo 109, fracción I y la fracción IV del citado Código⁷.

Por tanto, el delito de simulación, será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien simule uno o más actos o contratos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal, en lo referente al fenómeno delictivo de la simulación de actos jurídico en agravio del fisco.

Es de tal magnitud el caso, que a la fecha hay ya diversa iniciativa que propone reformar la fracción III del Artículo 113, la cual tiene por objeto sancionar penalmente a quienes expidan, adquieran o enajenen comprobantes fiscales de actos jurídicos simulados, toda vez que la criminalidad en materia fiscal ha venido sofisticando los medios y métodos para cometer delitos en agravio del fisco federal.

⁵ Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, en materia común, y para toda la República en materia federal de 1928.

⁶ Tesis 2a./J. 88/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 858.

⁷ Tesis VII.P.104 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, mayo de 1999, p. 1003.

Actualmente los comprobantes fiscales son un medio de comisión para *simular* actos en perjuicio del fisco de la Federación, lo que genera daños sustanciales al sistema tributario⁸.

Por ende, nuestro máximo Tribunal se ha pronunciado, sosteniendo que no es posible interpretar dichas normas con el fin de que el documento fiscal pierda validez, por un elemento ajeno a la operación que pretende comprobar el contribuyente para deducir o acreditar, como el hecho de que el contribuyente que expidió tal, esté como “no localizado” por parte del Servicio de Administración Tributaria, lo anterior es así, porque el hecho que quien expidió un documento fiscal cambie su domicilio sin dar el aviso respectivo, no invalida la formalidad de este, ya que lo trascendente es la operación y documentación que la ampara⁹.

Así mismo, la “simulación” también es contemplada por la Ley del Impuesto sobre la Renta en su Artículo 176 que establece:

Los residentes en México y los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, están obligados a pagar el impuesto conforme a lo dispuesto en este Capítulo, por los ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, directa o indirectamente, en la proporción que les corresponda por su participación en ellas, así como por los ingresos que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras...

Y el Artículo 177, para los efectos de ese título, los ingresos de fuente de riqueza en el país, las autoridades fiscales podrán, como resultado del ejercicio de las facultades de comprobación que les conceden las leyes, determinar la simulación de los actos jurídicos exclusivamente para efectos fiscales, la cual tendrá que quedar debidamente fundada y motivada dentro del procedimiento de comprobación y declarada su existencia en el propio acto de determinación de su situación fiscal a que se refiere el Artículo 50 del Código Fiscal de la Federación, siempre que se trate de operaciones entre partes relacionadas en términos del Artículo 179 de esta Ley¹⁰.

De lo que se desprende, los actos jurídicos en los que exista simulación efectivamente realizado por las partes; deberá incluir entre otros elementos de presunciones cómo identificar el acto simulado y el realmente celebrado, cuantificar el beneficio fiscal obtenido por virtud y señalar los elementos por los cuales se determinó la existencia, incluyendo la intención de las partes de simular el acto.

⁸ Exposición de motivos del Artículo 113, fracción III del Código Fiscal de la Federación, 2014.

⁹ Tesis 1a.CLVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 792.

¹⁰ Ley del Impuesto sobre la Renta.

Según la exposición de motivos de la iniciativa que dio origen a esta importante modificación, cuya finalidad de este mecanismo ha sido la de combatir el tráfico de comprobantes fiscales apócrifos como estrategia para evadir artificiosamente el pago de contribuciones¹¹.

Como se sabe, esta práctica ilegal supone la colocación de comprobantes fiscales que amparan la realización de operaciones inexistentes, o que, habiéndose llevado a cabo, carecen de sustancia o la que pudieran tener no guarda proporción con las cantidades supuestamente erogadas, de modo que al emplear los comprobantes respectivos como soporte de una deducción o de un acreditamiento, el particular reduce su carga al erosionar la base del tributo, o incluso se beneficia con la generación de saldos a favor.

Es por ello, que en el caso de las personas físicas o morales que hayan dado cualquier efecto fiscal a los comprobantes fiscales expedidos por un contribuyente incluido en el listado a que se refiere el párrafo tercero de este artículo, contarán con treinta días siguientes al de la citada publicación para acreditar ante la propia autoridad, que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios que amparan los citados comprobantes fiscales, o bien, procederán en el mismo plazo a corregir su situación fiscal, mediante la declaración o declaraciones complementarias que correspondan, mismas que deberán presentar en términos de este Código.

Por otra parte, al no acreditar la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes, o no corregir la situación fiscal, en los términos que prevé el párrafo de referencia, se determinará el o los créditos fiscales que correspondan; asimismo, las operaciones amparadas en los comprobantes fiscales antes señalados se considerarán *como actos o contratos simulados* para efecto de los delitos previstos en este Código¹².

Cabe señalar que reviste gran importancia citar el Diario Oficial de la Federación, de fecha 19 de octubre de 2015, publicación de la Declaración del Acuerdo General número 18/2015, de 13 de octubre de 2015, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹³, del que se desprende:

PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ...

¹¹ Proyecto de iniciativa del Ejecutivo Federal, el 8 de septiembre del 2013.

¹² Código Fiscal de la Federación.

¹³ Por el que se levanta el aplazamiento del dictado de la resolución en los amparos en revisión del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, *en los que subsista el problema de constitucionalidad del Artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación vigente a partir del primero de enero de dos mil catorce*, adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del nueve de diciembre de dos mil trece; relacionado con el diverso 7/2015, de veinte de abril de dos mil quince.

... No contraviene el principio de irretroactividad de la ley¹⁴.

... No contraviene el derecho de audiencia¹⁵.

... No viola el derecho a la libertad de trabajo¹⁶.

... No contraviene el principio de presunción de inocencia¹⁷.

...

Y PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. LOS DATOS DE LOS CONTRIBUYENTES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN SON DE CARÁCTER PÚBLICO Y, POR ENDE, PUEDEN DARSE A CONOCER A TERCEROS¹⁸.

Así como las tesis aisladas de rubros:

PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. LAS PUBLICACIONES CON LOS DATOS DE LOS CONTRIBUYENTES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN NO SE RIGEN POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS¹⁹.

PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE OPERACIONES. EL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN QUE LO PREVÉ, ES DE NATURALEZA HETEROAPLICATIVA²⁰.

Bajo esa tesitura, con la práctica de la *Auditoría Forense*, ésta serviría como una herramienta, dado la naturaleza de los delitos de defraudación fiscal en los que se ven implicados datos e información de índole contable-económico-financiero, en los que a través de la contabilidad se registra sistemática, ordenada y cronológicamente las operaciones financieras de una entidad con el fin de reflejar, en los estados financieros una información clara, veraz, oportuna y relevante del ente económico; entonces la auditoría que tiene como finalidad la verificación o comprobación de los controles establecidos en los sistemas de contabilidad, a través de su análisis e interpretación aplicando técnicas,

¹⁴ Tesis 2a./J.132/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1470.

¹⁵ Tesis 2a./J.133/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1738.

¹⁶ Tesis 2a./J.134/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1743.

¹⁷ Tesis 2a./J.135/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1742.

¹⁸ Tesis 2a./J.140/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1745.

¹⁹ Tesis 2a. XCVII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, t. I, septiembre de 2015, p. 694.

²⁰ *Idem*.

métodos y procedimientos que sirvan para identificar hallazgos o indicios de probable defraudación fiscal, emitiendo la *Pericial en Auditoría Forense*.

La prueba pericial, con la información necesaria de la reconstrucción de los hechos delictuosos e informar a la autoridad competente para que proceda a verificar la verdad real de los hechos y aplicar las sanciones que correspondan, y que en su caso, penalmente a quienes expidan, adquieran o enajenen comprobantes fiscales de actos jurídicos simulados, toda vez que la criminalidad en materia fiscal ha venido sofisticando los medios y métodos para, cometer delito en agravio del fisco federal.

Ya que actualmente, los comprobantes fiscales son un medio de comisión para *simular* actos en agravio al fisco de la Federación, lo que genera daños sustanciales al sistema tributario.

Se califica como *auditoría forense*, cuando participa estructuralmente bajo la responsabilidad de los órganos de Procuración de Justicia y los de la Administración de Justicia, asociada con las ciencias penales, particularmente con la criminalística; cómo combate de los diversos delitos fiscales, es que se hacen las reflexiones siguientes:

a) ¿Es importante la auditoría forense como herramienta contra diversos delitos fiscales?

La auditoría forense se presenta como una opción válida, como trabajo tenga mayor eficacia y eficiencia en estos difíciles momentos, ya que la sociedad espera que el especialista, brinde necesariamente seguridad para que los defraudadores utilicen para sí o terceros beneficios y traten los sistemas financieros para estos fines.

Cuyos objetivos son identificar al presunto responsable del hecho calificado como irregular, determinar la forma o formas empleadas por el delincuente para cometer el hecho delictivo, cuantificar el quebranto o lesión patrimonial sufrida por la víctima y exponer el asunto a las autoridades administrativas y judiciales competentes, para que se procedan a verificar la verdad real de los hechos y aplicar las sanciones que correspondan.

b) ¿Qué papel juega la contabilidad en la lucha contra operaciones de procedencia ilícita y que se desprenden de operaciones de empresas inexistentes o fantasmas, compra venta de facturas denominadas (EFOS o EDOS)?

Se aplica con conocimientos contables (como información financiera, contabilidad, finanzas, control interno y no menos importante, que la información fiscal en términos de la legislación que corresponda según el ejercicio o período), además del conocimiento relacionado con investigación financiera, cuantificación de pérdidas y ciertos aspectos de la ley, acompañados con conocimientos sólidos de auditoría, valoración de riesgos y con-

trol; además debe demostrar un conocimiento en el ambiente legal necesario y habilidades necesarias para una ejecución eficiente en su labor, tal como, comunicación, habilidades de detective-criminología, y de litigante audaz, de otro modo neutral, escepticismo profesional y presumir la posibilidad de deshonestidad, *como actos o contratos simulados* para efecto de los delitos previstos en este Código Fiscal de la Federación.

c) ¿Es importante la auditoría forense como preservación, detección y control de diversos delitos fiscales?

La importancia en la preservación, detección y control del patrimonio se contrae en la aplicación de la auditoría forense, toda vez que el auditor-abogado base a las técnicas, métodos y procedimientos, así como las normas legales y fiscales aplicables, le permitirán tener la base de juicio profesional, elabore un especial informe con el sustento legal, fiscal y técnico, que le requiera las diversas autoridades y las instancias correspondientes en los distintos casos.

d) ¿Es importante la auditoría forense para combatir diversos delitos fiscales?

La importancia se aprecia cuando se utiliza, además de las normas, técnicas, métodos que rigen la profesión contable, los conocimientos fiscales y legales, ciencias jurídicas como la criminalística que se ocupa de la investigación de comportamientos que se presumen delictuosos; "disciplina que aplica fundamentalmente los conocimientos métodos y técnicas de investigación de las ciencias naturales en el examen del material sensible significativo relacionado con un presupuesto hecho delictuoso, con el fin de determinar en auxilio de los órganos de administrar justicia, su existencia, o bien reconstruirlo, enseñar y precisar la intervención de uno o varios sujetos en el mismo"²¹.

Y el análisis, desde el nacimiento de los actos jurídicos en los que exista simulación o *hecho imponible que sea el efectivamente realizado por las partes* (contratos y/o facturas), que deberá incluir entre otros elementos de presunciones de cómo identificar el acto simulado y el realmente celebrado, cuantificar el beneficio fiscal obtenido por tal virtud y señalar los elementos por los cuales se determinó su existencia, incluyendo e identificando en todo caso la probable *intención* de las partes de simular el acto o hecho; motivo de la iniciativa que dio origen a esta importante modificación, cuya finalidad de este mecanismo ha sido la de combatir el tráfico de comprobantes fiscales apócrifos como estrategia para evadir artificiosamente el pago de contribuciones.

e) ¿Qué requiere la autoridad como investigadora en una probable conducta o hecho de los crímenes que puedan observarse en diversos delitos fiscales?

²¹ Moreno González, Rafael, *Manual para la investigación del lugar de los hechos*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 19.

El Juez, Ministerio Público, autoridad administrativa o quien, en un organismo público represente los intereses del Estado, con la *práctica forense*, que se rija por la moderna doctrina del *iter criminis*; justificándose la tutela de bienes jurídicos en cada uno de los tipos penales, en la fase de investigación. Es necesaria su aplicación para identificar los hallazgos, indicios como elementos base, para conocer el nexo causal del probable delinquir, de los que participan en operaciones simuladas, acción o actividad que se trate.

El uso de la prueba pericial de auditoría forense, en *diversos delitos fiscales*, es entrañable su ofrecimiento, para dilucidar sobre la investigación criminal; en tanto combatir, en esta clase de operaciones entre particulares y el Estado, operaciones de empresas inexistentes o fantasma y/o compra venta de facturas que en nuestra legislación fiscal que son conocidas como entidades que facturan operaciones simuladas (EFOS), entidades que deducen operaciones simuladas (EDOS), por su valía o cuantía en cada contrato simulado, beneficio o negocio que reditúa grandes utilidades por los montos de dinero que se manejan, entre otras ganancias, eludiendo el pago de impuestos que corresponde a cada contribuyente.

Por lo que se propone, que exista un órgano rector, unidad especializada o fiscalía como Auditor Forense, que quienes conforma cualesquiera, se requiere que sea Contador Público Certificado con especialidad y conocimientos en materia fiscal y de auditoría con aplicación de la normatividad rectora en materia financiera-administrativa-fiscal, Licenciado en Derecho como dominio en las diferentes áreas de Derecho: Fiscal, Administrativo y Penal, entre otras; con especialidad en criminalística, que tenga por objeto la reconstrucción del *iter criminis* de regreso, aún como tentativa, consumación y agotamiento para el Derecho Penal, que emita una opinión técnica y científica.

CONCLUSIÓN

La *auditoría forense*, en el caso concreto es combatir los efectos generales y exclusivamente tributarios, la inexistencia de las operaciones celebradas por los particulares que han expedido comprobantes fiscales sin contar con la capacidad humana, técnica o material para realizar los actos reflejados en dichos documentos y analizar en el actuar, hacer o dejar de hacer como elemento de participación o intervención que sirva de evidencia, hallazgo y/o nexo causal, para diagnosticar las posibles irregularidades, provenientes de actividades, conductas o comportamiento inusual directa o indirecta en alguna operación, así como la justificación razonable y documentación, que se sirva presentar como deducción, para que se otorgue la devolución de impuesto indebida, entre otros.

Aplicando una metodología adecuada de revisión, para admitir la documentación o en su caso, en cumplimiento de los contratos y bases de cada operación, y de la información necesaria de las actividades de algún contribuyente, en función al origen y actividad de constitución de la persona moral de que se trate o de persona física, en ambos casos que se cumpla cabalmente con los requisitos necesarios de su objeto social o la actividad preponderante, cuente con la capacidad técnica, los recursos materiales, personas, activos y experiencia, así como la materialidad y beneficio económico adicional a su objeto; ya que a todo egreso le corresponde un ingreso suficiente que permita su deducibilidad y cumpla con la normatividad fiscal aplicable, así como a derecho corresponda.

Esto es la *auditoría forense* como herramienta servirá, para detectar la no acreditación materializada, efectiva de la prestación del servicio o adquisición de los bienes o para que se acredite de forma objetiva, fehaciente y sustentable la situación fiscal irregular, o en su caso se identifiquen las operaciones amparadas con contratos y comprobantes fiscales que se considerarán *como actos o contratos simulados* para tales efectos, como probables delitos previstos en dicho Código.

PROCEDIMIENTO A SEGUIR, PARA LOGRAR LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA, DICTADAS POR EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Jaime ROMO GARCÍA¹

A fin de sustentar la presente propuesta, la cual tiene por objeto conferir plena jurisdicción al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, entendida esta como la facultad para hacer cumplir sus sentencias de condena; esto es, para ejecutar dichas resoluciones, resulta de trascendental importancia dilucidar, conforme a la legislación vigente en la materia, si el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es un Tribunal de simple anulación, o bien si es un órgano de plena jurisdicción; facultado para ejecutar sus resoluciones, haciéndose necesario para ello, recurrir en principio al siguiente marco legal, para enseguida analizar otras consideraciones relacionadas con el tema. Así las cosas, tenemos que el marco legal objeto de examen, es el siguiente:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos;
3. Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa².

Y como consideraciones relacionadas a analizar, las que enseguida se precisan:

1. Exposición de motivos de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo;
2. Pronunciamientos que sobre el tema ha realizado el Poder Judicial de la Federación; y
3. Opiniones que sobre el tema han expresado los estudiosos de la materia.

Sentadas así las cosas, se procede al análisis de dichos apartados, de la siguiente manera:

I. MARCO LEGAL

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

El Artículo 17 Constitucional, en su párrafo quinto, dispone lo siguiente: “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones...” (Énfasis añadido).

¹ Titular de la Primera Ponencia de la Sala Regional Peninsular, Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016.

Como se puede advertir, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, existe sustento para conferir al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la plena jurisdicción; esto es, la facultad de ejecutar las sentencias de condena que pronuncie.

2. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

El Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Ciudad de San José de Costa Rica en el mes de noviembre de 1969, conocida como “Pacto de San José,” establece lo siguiente:

Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Como se puede observar, de este ordenamiento se deriva el concepto de la tutela judicial efectiva, precepto que consagra la garantía del cumplimiento de toda decisión judicial que recae a un proceso, por lo que en atención a la globalización que en materia jurídica reconoce el principio de convencionalidad, es menester que nuestra legislación interna respete el compromiso que el Estado mexicano adoptó al suscribir el mencionado Pacto de San José, dotando de plena jurisdicción al Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

2. *Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*

A partir del 18 de julio de 2016, se reforma el Artículo 1o. de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, para quedar como sigue:

La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto determinar la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

El Tribunal Federal de Justicia Administrativa es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena.

(Énfasis añadido)

Como fácilmente se puede advertir, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, fue reformada para contemplar que dicho órgano es de jurisdicción plena, de lo que se colige que es tiempo de establecer en el ordenamiento que rige el quehacer cotidiano de dicho Tribunal, el procedimiento que se deberá seguir, para lograr la ejecución de las sentencias de condena, por él dictadas, ello en estricta observancia a que vivimos en un régimen de derecho expreso, en el que las autoridades solo pueden hacer, lo que la ley expresamente les permite.

Establecidas así las cosas, del estudio relacionado de las disposiciones legales precedentes, claramente se desprende que la impartición de justicia resulta incompleta y por lo mismo ineficaz, cuando los órganos jurisdiccionales carecen de la potestad de hacer cumplir; esto es, de ejecutar sus resoluciones.

Ahora bien, la jurisdicción plena, como ya se señaló en párrafos precedentes, debe entenderse como la facultad del órgano jurisdiccional para ejecutar sus fallos, dado que cuando se promueve un juicio, con independencia de que es al órgano jurisdiccional a quien le corresponde velar por la eficaz e inmediata ejecución de sus sentencias, el claro que el fin único que se persigue por quien lo instaura, es que la sentencia que en él se dicte, se cumpla; es decir, que se concrete, que se ejecute, puesto que solo así se verá satisfecha la pretensión del demandante dado que de otra suerte, resultaría carente de todo sentido instrumentar un proceso jurisdiccional en el que para quien resulte desfavorable el resultado, no acate la sentencia y el tribunal que la dictó no cuente legalmente con los medios para hacer forzosa la ejecución de su decisión.

II. CONSIDERACIONES RELACIONADAS CON EL TEMA OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN

1. Exposición de Motivos de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

El primero de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, para entrar en vigor, el primero de enero de 2006, la Ley Adjetiva que rige el quehacer cotidiano del entonces denominado, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Dicha Ley denominada, Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, derogó en su Artículo Segundo Transitorio, el Título VI del Código Fiscal de la Federación, que en sus Artículos 197 a 263, regulaba precisamente el Juicio de Nulidad o Juicio Contencioso Administrativo Federal, para dar lugar a la regulación independiente del propio juicio; esto es, del juicio contencioso administrativo federal.

Así las cosas, el 18 de octubre de 2001, el grupo parlamentario correspondiente, sometió a la consideración de la Cámara de Senadores, la siguiente iniciativa de Ley:

Exposición de motivos

Es indiscutible que los particulares son titulares de derechos y obligaciones frente al Estado y, de manera más específica, frente a la Administración Pública, entendida ésta, en su acepción más elemental, como la forma de organización administrativa que adopta el Poder Ejecutivo para la realización de la función administrativa que tiene encomendada conforme a la Ley.

Por lo que respecta a los derechos de los particulares frente al Estado, puede señalarse el derecho que tienen los particulares a la legalidad en la actuación del Estado y a exigirle daños y perjuicios cuando éste, obrando de manera ilícita, causa daño, sin dejar de mencionar el derecho de exigir un adecuado funcionamiento de la Administración Pública y a los servicios públicos prestados por la misma.

En un auténtico Estado de Derecho, los particulares deben contar con medios de defensa, idóneos y adecuados para defender sus intereses y, finalmente, sus derechos de orden administrativo antes mencionados. Tales medios de defensa son de diversa naturaleza, algunos directos y otros indirectos. Haciendo exclusión de los medios indirectos y atendiendo sólo a los medios directos de protección jurídica de los derechos de los particulares para garantizarles el eficaz funcionamiento de la Administración, encontramos, por un lado, los recursos administrativos y, por el otro lado, las acciones que se ventilan ante los Tribunales Administrativos, también llamados Tribunales Contencioso Administrativos o de lo Contencioso Administrativo, los cuales logran con mayor eficacia el control de la legalidad de los actos de la Administración.

En relación con lo anterior, se debe recordar que la interpretación que se le dio al sistema constitucional establecido en México a partir de 1857, fue la de considerar incompatible con dicho sistema la creación de Tribunales Administrativos que conocieran de controversias que surgieran de actos de la administración, por lo que durante muchos años, el control de legalidad de tales actos fue a través del juicio de amparo.

Sin embargo, en el año de 1936, operó un serio cambio en nuestra Legislación Positiva al expedirse, el 27 de agosto, la Ley de Justicia Fiscal, creando el Tribunal Fiscal de la Federación destinado a conocer el contencioso-fiscal, para lo cual hubo necesidad de desechar interpretaciones tradicionales, considerando constitucionalmente viable el establecimiento de un Tribunal Administrativo en razón de algunas tesis sostenidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

No obstante, tanto la Ley de 27 de agosto de 1936, como posteriormente el Código Fiscal de la Federación de 31 de diciembre de 1938, que por cierto en dicho ordenamiento tuvo lugar un primer avance en la ampliación de su competencia, al incorporarse materias que escapaban al ámbito estrictamente fiscal, dio lugar a una viva discusión sobre su constitucionalidad, la cual concluyó al expedirse las reformas al

Artículo 104 Constitucional, la primera de 16 de diciembre de 1946, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 del mismo mes y año y, posteriormente, la de 19 de junio de 1967, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre de dicho año. En dicha reforma se reconoció en una forma expresa la necesidad de la existencia de Tribunales Contencioso-Administrativos, al establecer que las Leyes Federales podían instituir Tribunales de lo Contencioso-Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tuvieran a su cargo dirimir las controversias que se suscitaran entre la Administración Pública Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Una vez definida, a nivel constitucional, la creación de los Tribunales Administrativos y, en especial, del entonces Tribunal Fiscal de la Federación, la tendencia de ampliar su competencia no sólo al ámbito estrictamente fiscal, siguió un camino tortuoso y difícil, de modo que lentamente se fueron aumentando las materias de la competencia de dicho Tribunal, sin lograr cumplir con plenitud la competencia integral para conocer de los actos de la Administración Pública Federal.

No fue sino hasta la reforma de la fracción XIII del Artículo 11 de la Ley Orgánica del entonces Tribunal Fiscal de la Federación, del 15 de diciembre de 1995 y, posteriormente, mediante la reforma al mismo precepto legal, del 31 de diciembre del 2000, cuando el actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se convirtió en un verdadero y auténtico Tribunal Federal de Justicia Administrativa, toda vez que conoce, no sólo de las materias previstas en el Artículo 11 de su Ley Orgánica, sino también de casi todos los actos y resoluciones administrativas expedidas por la Administración Pública Centralizada y Descentralizada.

Por lo tanto, se hace necesario consolidar la evolución que ha tenido dicho Tribunal, dotándolo de un procedimiento ágil, seguro y transparente, toda vez que el procedimiento previsto en el actual Título VI del Código Fiscal de la Federación ha quedado rebasado con motivo de la actual competencia del Tribunal.

Con base en tales principios se inspira la presente Iniciativa, que aborda la parte adjetiva y procedimental que otorgará a dicho Tribunal un marco jurídico adecuado en función de su actual competencia:

Criterios que orientan la presente

Iniciativa

1. Aspectos generales

a) Se establece que los particulares pueden impugnar ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, no sólo actos administrativos de carácter individual dentro del ámbito de competencia del Tribunal, sino también las diversas resoluciones administrativas de carácter general que expidan las autoridades en ejercicio de sus facultades, cuando éstas sean contrarias a la Ley de la materia, siempre y cuando sean

autoaplicativas o cuando el interesado las controvierta en unión del primer acto de aplicación. Se excluye de la competencia del Tribunal a los reglamentos.

b) Se incorpora la condena en costas a favor de la autoridad demandada, cuando se controviertan resoluciones con propósitos notoriamente dilatorios, entendiéndose por ello cuando al dictarse una sentencia que reconozca la validez de una resolución, la parte actora se beneficie económicamente por la dilación en el cobro, ejecución o cumplimiento, siempre que los conceptos de impugnación sean notoriamente improcedentes o infundados.

Asimismo, la autoridad demandada deberá indemnizar al particular por el importe de los daños y perjuicios que se hayan causado, cuando la propia autoridad cometa una falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trate. Se entenderá como falta grave cuando la resolución impugnada se anule por ausencia de fundamentación o de motivación; sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Materia de Legalidad o Constitucionalidad de Leyes o cuando se anule en caso de que la resolución dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la Ley confiera dichas facultades.

2. De los plazos

Los plazos previstos en el Código Fiscal de la Federación, para presentar una demanda, su contestación, así como su ampliación y contestación a la misma, son muy extensos, lo que ha provocado que la duración de los juicios se prolongue innecesariamente. Por lo tanto, la presente Iniciativa reduce significativamente tales plazos, lo que dará una mayor agilidad y rapidez a la substanciación de los juicios.

3. De la suspensión

El actual esquema previsto en el Código Fiscal de la Federación, en materia de suspensión de la ejecución del acto impugnado, es insuficiente, pues ha quedado rebasado con motivo de la actual competencia ampliada del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Por lo tanto, la presente Iniciativa incorpora un marco jurídico apropiado para lograr la suspensión de la ejecución de cualquier acto administrativo, e inclusive se incorpora la suspensión con efectos restitutorios bajo el criterio de la apariencia del buen derecho sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, en materia de suspensión, se hace necesario consolidar su evolución, incorporando a la Ley la facultad del Tribunal de otorgar tal clase de suspensiones, toda vez que la ampliación de la competencia del Tribunal así lo exige, reconociéndose el acertado criterio de la apariencia del buen derecho sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que constituye uno de los avances más importantes en las últimas décadas, en la materia de suspensión, como un mecanismo de medida cautelar, respecto de la ejecución de los actos impugnados.

Asimismo, las sentencias interlocutorias que concedan o nieguen la suspensión definitiva podrán ser impugnadas mediante la interposición del recurso de reclamación ante la Sala Superior.

4. De la sentencia y su cumplimiento

Atendiendo a la competencia ampliada del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y toda vez que actualmente dicho Tribunal es de plena jurisdicción, con base en la reforma del Artículo 237 del Código Fiscal de la Federación del 31 de diciembre del 2000, es necesario incorporar un nuevo procedimiento para el efecto de hacer más efectivo el cumplimiento de sus propias resoluciones, incluyendo las resoluciones en materia de suspensión.

Lo anterior implica un gran paso para lograr una auténtica justicia administrativa, y de esta manera avanzar en el tan anhelado camino de la optimización de la administración de justicia en nuestro país.

Por lo expuesto, por el digno conducto de usted C. Presidente, sometemos a la consideración de esta Cámara de Senadores, la siguiente Iniciativa de:

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo

(Énfasis añadido)

Como se puede advertir, en la exposición de motivos transcrita se sostiene categóricamente, en la parte que nos interesa, que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es un órgano de Plena Jurisdicción, agregando que es necesario incorporar un nuevo procedimiento para el efecto de hacer más efectivo el cumplimiento de sus propias resoluciones, dado que ello redundará en la optimización de la administración de justicia en nuestro país.

2. *Pronunciamientos que sobre el tema ha realizado el Poder Judicial de la Federación*

De una búsqueda realizada al Semanario Judicial de la Federación, se localizaron las siguientes jurisprudencia y tesis, respectivamente, sustentadas por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dicen:

VISITA DOMICILIARIA O REVISIÓN DE GABINETE O DE ESCRITORIO. SU CONCLUSIÓN CON INFRACCIÓN DE LOS PÁRRAFOS PRIMERO Y ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 46-A DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, DA LUGAR A QUE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DECLARE LA NULIDAD LISA Y LLANA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA, CONFORME A LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 238, EN RELACIÓN CON LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 239 DE ESE CÓDIGO. Cuando la autoridad fiscalizadora ha continuado la visita domiciliaria o la revisión de gabinete o de escritorio hasta dictar la resolución liquidatoria, no obstante haber concluido el procedimiento fiscalizador con infracción del artículo 46-A, primer y último párrafos, del Código Fiscal de la Federación, se actualiza la hipótesis de nulidad lisa y llana prevista en la fracción IV

del artículo 238 de ese Código, en virtud de que los hechos que motivaron la resolución no pueden tener valor porque constan en actuaciones emitidas en contravención a la disposición aplicada. Ello es así, en primer lugar, porque en términos del párrafo final del citado artículo 46-A, la conclusión extemporánea de la visita o revisión trae como consecuencia que en esa fecha se entienda terminada y que todo lo actuado quede insubsistente o sin valor legal alguno, es decir, como si la actuación de la autoridad no se hubiera realizado, y en segundo término, porque la resolución administrativa se dictó con infracción de la facultad reglada establecida en el primer párrafo del numeral últimamente aludido; de ahí que lo procedente es que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sus funciones de tribunal de mera anulación y de plena jurisdicción, atienda tanto al control del acto de autoridad y a la tutela del derecho objetivo, como a la protección de los derechos subjetivos del gobernado, conforme a lo cual deberá declarar la nulidad lisa y llana de la resolución administrativa con fundamento en la fracción II del Artículo 239 del Código Fiscal de la Federación, lo cual implica que la resolución administrativa quedará totalmente sin efectos, y que la autoridad fiscalizadora no podrá ocasionar nuevos actos de molestia al contribuyente respecto del ejercicio o ejercicios revisados, sin que sea óbice para lo anterior el que no se haya resuelto el problema de fondo, que la resolución administrativa tenga su origen en el ejercicio de facultades discrecionales y que la infracción haya ocurrido dentro del procedimiento, habida cuenta que se está en presencia de la violación de una facultad reglada que provocó la afectación de los derechos sustantivos de seguridad jurídica e inviolabilidad del domicilio y papeles personales del particular, así como la insubsistencia de todo lo actuado, incluida la orden de visita o revisión.

Contradicción de tesis 56/2003-SS. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y los Tribunales Colegiados Primero y Tercero en Materia Administrativa del Sexto Circuito y Segundo en la misma materia del Segundo Circuito. 3 de diciembre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Rolando Javier García Martínez.

Tesis de jurisprudencia 2/2004. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del dieciséis de enero de dos mil cuatro.

Nota: En términos de la resolución de treinta de abril de dos mil cuatro, pronunciada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente de aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 56/2003-SS, el rubro y texto de la tesis 2a./J. 2/2004, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, julio de 2004, página 516, sustituyen a los de ésta³.

(Énfasis añadido)

³ Tesis 2a./J. 2/2004, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XIX, enero de 2004, p. 269.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LA OBLIGACIÓN DE CONSTATAR LA EXISTENCIA DEL DERECHO SUBJETIVO DEL ACTOR EN EL JUICIO RELATIVO, OBEDECE AL MODELO DE PLENA JURISDICCIÓN CON QUE CUENTA EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA Y TIENDE A TUTELAR LA JUSTICIA PRONTA Y COMPLETA. El deber del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de reconocer o constatar la existencia del derecho subjetivo del actor en el juicio contencioso administrativo, antes de ordenar que se restituya, se reduzca el importe de una sanción o se condene a una indemnización, contenido en los artículos 50, penúltimo párrafo, y 52, fracción V, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, está inspirado en la garantía de justicia pronta y completa establecida en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque con ello se intenta evitar que el actor obtenga un beneficio indebido derivado de que el Tribunal ordene la restitución de un derecho que todavía no se ha incorporado a la esfera jurídica de aquél o no ha sido demostrado, pero si acredita en el juicio contencioso que cuenta con él, porque allegó los elementos probatorios suficientes que revelan su existencia, se procura la pronta y completa resolución de lo solicitado en la instancia de origen, ya que el particular no tendrá que esperar a que la autoridad administrativa se pronuncie nuevamente, con el consecuente retraso en la solución final de lo gestionado”.

Amparo directo en revisión 2225/2009. Central Mexicana de Servicios Generales de Alcohólicos Anónimos, A.C. 20 de enero de 2010. Mayoría de tres votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos y Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Israel Flores Rodríguez⁴.
(Énfasis añadido)

De la cuidadosa lectura de estas tesis, se advierte que en ellas, en esencia, se considera al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como un Órgano Jurisdiccional de Plena Jurisdicción, el cual tiende a tutelar la impartición de justicia pronta y completa.

3. Opiniones que sobre el tema han expresado los estudiosos de la materia

En este apartado lo que resulta digno de comentario es que tanto algunos autores, como varios Magistrados del propio Tribunal Federal de Justicia Administrativa, han sostenido que dicho órgano es de Plena Jurisdicción, basando su razonamiento en la regulación que hace el Artículo 58 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en el que se prevé que en caso de incumplimiento injustificado de una sentencia de con-

⁴ Tesis 2a. XI/2010, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 1049.

dena pronunciada por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, se faculta al propio Tribunal para imponer elevadas sanciones económicas al funcionario omiso, disponiendo que en caso de renuencia se requerirá al superior jerárquico del mismo, para que lo obligue a cumplir sin demora, contemplando que en caso de que ambos incumplan, además de sancionarlos económicamente, los hechos se harán del conocimiento de la Contraloría Interna correspondiente, a fin de que esta determine la responsabilidad del funcionario responsable del incumplimiento.

Como se puede advertir, tanto la exposición de motivos transcrita, como la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la Academia y algunos juzgadores especialistas en materia fiscal y administrativa, coinciden en que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa es un órgano de plena jurisdicción.

Ahora bien, se difiere de los puntos de vista precedentes, según lo que a continuación se razona.

Tal como se desprende de la definición proporcionada tanto por la Enciclopedia Jurídica Mexicana, como por el Diccionario Jurídico Mexicano, ambos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: “Exequatur, es una palabra de origen latino que significa ‘ejecútese’. Hasta el siglo XVIII, se utilizaba la palabra latina exequatur para designar la fórmula que ordenaba la ejecución de una sentencia extranjera o foránea. En la actualidad, el exequatur es el procedimiento judicial por medio del cual el tribunal competente de un determinado Estado, ordena la ejecución sobre su territorio nacional de una sentencia o laudo arbitral emitidos en el extranjero”.

Como se puede advertir de la definición precedente, el exequatur es la facultad que tiene un órgano jurisdiccional para ejecutar sus resoluciones, característica esta sin la cual su jurisdicción no sería plena.

Por tanto, es lógico y jurídico concluir, que la plena jurisdicción, es la facultad que tiene el órgano jurisdiccional para ejecutar sus sentencias.

Bajo esta tesitura, para dar respuesta a la interrogante formulada de inicio, en cuanto a precisar si el Tribunal Federal de Justicia Administrativa es un tribunal de simple anulación, o bien si es un órgano jurisdiccional de plena jurisdicción, es necesario el análisis del Artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, dado que es en él donde en el orden indicado, se nos da a saber cuál puede ser el sentido de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Federal de que se viene hablando. El numeral de referencia, es del tenor siguiente:

Artículo 52.- La sentencia definitiva podrá:

- I. Reconocer la validez de la resolución impugnada.
- II. Declarar la nulidad de la resolución impugnada.

III. Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, debiendo reponer el procedimiento, en su caso, desde el momento en que se cometió la violación.

IV. Siempre que se esté en alguno de los supuestos previstos en las fracciones II y III, del artículo 51 de esta Ley, el Tribunal declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita nueva resolución; en los demás casos, cuando corresponda a la pretensión deducida, también podrá indicar los términos conforme a los cuales deberá dictar su resolución la autoridad administrativa.

En los casos en que la sentencia implique una modificación a la cuantía de la resolución administrativa impugnada, la Sala Regional 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.

V. 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.

Si la sentencia obliga a la autoridad a realizar un determinado acto o iniciar un procedimiento, conforme a lo dispuesto en las fracciones III y IV, deberá cumplirse en un plazo de cuatro meses contados a partir de que la sentencia quede firme.

Dentro del mismo término deberá emitir la resolución definitiva, aún cuando, tratándose de asuntos fiscales, hayan transcurrido los plazos señalados en los artículos 46-A y 67 del Código Fiscal de la Federación.

Si el cumplimiento de la sentencia entraña el ejercicio o el goce de un derecho por parte del demandante, transcurrido el plazo señalado en el párrafo anterior sin que la autoridad hubiere cumplido con la sentencia, el beneficiario del fallo tendrá derecho a una indemnización que la Sala que haya conocido del asunto determinará, atendiendo el tiempo transcurrido hasta el total cumplimiento del fallo y los per-

juicios que la omisión hubiere ocasionado, sin menoscabo de lo establecido en el artículo 58 de esta Ley. El ejercicio de dicho derecho se tramitará vía incidental.

Cuando para el cumplimiento de la sentencia, sea necesario solicitar información o realizar algún acto de la autoridad administrativa en el extranjero, se suspenderá el plazo a que se refiere el párrafo anterior, entre el momento en que se pida la información o en que se solicite realizar el acto correspondiente y la fecha en que se proporcione dicha información o se realice el acto.

Transcurrido el plazo establecido en este precepto, sin que se haya dictado la resolución definitiva, precluirá el derecho de la autoridad para emitirla salvo en los casos en que el particular, con motivo de la sentencia, tenga derecho a una resolución definitiva que le confiera una prestación, le reconozca un derecho o le abra la posibilidad de obtenerlo.

En el caso de que se interponga recurso, se suspenderá el efecto de la sentencia hasta que se dicte la resolución que ponga fin a la controversia.

La sentencia se pronunciará sobre la indemnización o pago de costas, solicitados por las partes, cuando se adecue a los supuestos del artículo 6o. de esta Ley.

De la lectura del precepto transcrito se advierte que la sentencia definitiva que dicte el Tribunal podrá:

- a) Reconocer la validez de la resolución impugnada;
- b) Declarar la nulidad lisa y llana de la resolución impugnada; y
- c) Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos.

Como resultado del análisis del dispositivo legal precedente, es válido sostener que, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es un tribunal meramente declarativo, puesto que, a través de sus sentencias, únicamente reconoce la legalidad y validez, o declara la nulidad de una resolución, pero no tiene la facultad para ejecutarlas.

Continuando con esta línea de pensamiento, tenemos que como ya se indicó en la presente investigación, uno de los criterios que orientaron la iniciativa de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, fue el relativo a incorporar al juicio por ella regulado, un nuevo procedimiento para el efecto de hacer más efectivo el cumplimiento de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, habiéndose establecido para tal efecto el Capítulo IX, denominado: “Del Cumplimiento de la Sentencia y de la Suspensión”, conformado por los Artículos 57 y 58, cuyo contenido literal es el siguiente:

Artículo 57. Las autoridades demandadas y cualesquiera otra autoridad relacionada, están obligadas a cumplir las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, conforme a lo siguiente:

I. En los casos en los que la sentencia declare la nulidad y ésta se funde en alguna de las siguientes causales:

a) Tratándose de la incompetencia, la autoridad competente podrá iniciar el procedimiento o dictar una nueva resolución, sin violar lo resuelto por la sentencia, siempre que no hayan caducado sus facultades.

Este efecto se producirá aun en el caso de que la sentencia declare la nulidad en forma lisa y llana.

b) Si tiene su causa en un vicio de forma de la resolución impugnada, ésta se puede reponer subsanando el vicio que produjo la nulidad; en el caso de nulidad por vicios del procedimiento, éste se puede reanudar reponiendo el acto viciado y a partir del mismo.

En ambos casos, la autoridad demandada cuenta con un plazo de cuatro meses para reponer el procedimiento y dictar una nueva resolución definitiva, aun cuando hayan transcurrido los plazos señalados en los artículos 46-A y 67 del Código Fiscal de la Federación.

En el caso previsto en el párrafo anterior, cuando sea necesario realizar un acto de autoridad en el extranjero o solicitar información a terceros para corroborar datos relacionados con las operaciones efectuadas con los contribuyentes, en el plazo de cuatro meses no se contará el tiempo transcurrido entre la petición de la información o de la realización del acto correspondiente y aquél en el que se proporcione dicha información o se realice el acto. Igualmente, cuando en la reposición del procedimiento se presente alguno de los supuestos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación, tampoco se contará dentro del plazo de cuatro meses el periodo por el que se suspende el plazo para concluir las visitas domiciliarias o las revisiones de gabinete, previsto en dicho párrafo, según corresponda.

Si la autoridad tiene facultades discrecionales para iniciar el procedimiento o para dictar una nueva resolución en relación con dicho procedimiento, podrá abstenerse de reponerlo, siempre que no afecte al particular que obtuvo la nulidad de la resolución impugnada.

Los efectos que establece este inciso se producirán sin que sea necesario que la sentencia lo establezca, aun cuando la misma declare una nulidad lisa y llana.

c) Cuando la resolución impugnada esté viciada en cuanto al fondo, la autoridad no podrá dictar una nueva resolución sobre los mismos hechos, salvo que la sentencia le señale efectos que le permitan volver a dictar el acto. En ningún caso el nuevo acto administrativo puede perjudicar más al actor que la resolución anulada.

Para los efectos de este inciso, no se entenderá que el perjuicio se incrementa cuando se trate de juicios en contra de resoluciones que determinen obligaciones de pago que se aumenten con actualización por el simple transcurso del tiempo y con motivo de los cambios de precios en el país o con alguna tasa de interés o recargos.

d) Cuando prospere el desvío de poder, la autoridad queda impedida para dictar una nueva resolución sobre los mismos hechos que dieron lugar a la resolución im-

pugnada, salvo que la sentencia ordene la reposición del acto administrativo anulado, en cuyo caso, éste deberá reponerse en el plazo que señala la sentencia.

II. En los casos de condena, la sentencia deberá precisar la forma y los plazos en los que la autoridad cumplirá con la obligación respectiva. En ningún caso el plazo será inferior a un mes.

Cuando se interponga el juicio de amparo o el recurso de revisión, se suspenderá el efecto de la sentencia hasta que se dicte la resolución que ponga fin a la controversia. Los plazos para el cumplimiento de sentencia que establece este artículo, empezarán a correr a partir del día hábil siguiente a aquél en que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa informe a la autoridad que no se interpuso el juicio de amparo en contra de la sentencia, o el particular informe a la autoridad, bajo protesta de decir verdad, que no interpuso en contra de la sentencia, dicho juicio. La autoridad, dentro del plazo de 20 días posteriores a la fecha en que venció el término de 15 días para interponer el juicio de amparo, deberá solicitar al Tribunal el informe mencionado.

En el caso de que la autoridad no solicite el informe mencionado dentro del plazo establecido, el plazo para el cumplimiento de la resolución empezará a correr a partir de que hayan transcurrido los 15 días para interponer el juicio de amparo.

Artículo 58. A fin de asegurar el pleno cumplimiento de las resoluciones del Tribunal a que este precepto se refiere, una vez vencido el plazo previsto por el artículo 52 de esta Ley, éste podrá actuar de oficio o a petición de parte, conforme a lo siguiente:

I. La Sala Regional, la Sección o el Pleno que hubiere pronunciado la sentencia, podrá de oficio, por conducto de su Presidente, en su caso, requerir a la autoridad demandada que informe dentro de los tres días siguientes, respecto al cumplimiento de la sentencia. Se exceptúan de lo dispuesto en este párrafo las sentencias que hubieran señalado efectos, cuando la resolución impugnada derive de un procedimiento oficioso.

Concluido el término anterior con informe o sin él, la Sala Regional, la Sección o el Pleno de que se trate, decidirá si hubo incumplimiento injustificado de la sentencia, en cuyo caso procederá como sigue:

a) Impondrá a la autoridad demandada responsable una multa de apremio que se fijará entre trescientas y mil veces el salario mínimo general diario que estuviere vigente en el Distrito Federal, tomando en cuenta la gravedad del incumplimiento y las consecuencias que ello hubiere ocasionado, requiriéndola a cumplir con la sentencia en el término de tres días y previniéndole, además, de que en caso de renuencia, se le impondrán nuevas multas de apremio en los términos de este inciso, lo que se informará al superior jerárquico de la autoridad demandada.

b) Si al concluir el plazo mencionado en el inciso anterior, persistiere la renuencia de la autoridad demandada a cumplir con lo sentenciado, la Sala Regional, la Sección o

el Pleno podrá requerir al superior jerárquico de aquélla para que en el plazo de tres días la obligue a cumplir sin demora.

De persistir el incumplimiento, se impondrá al superior jerárquico una multa de apremio de conformidad con lo establecido por el inciso a).

c) Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Sala Regional, la Sección o el Pleno podrá comisionar al funcionario jurisdiccional que, por la índole de sus funciones estime más adecuado, para que dé cumplimiento a la sentencia.

Lo dispuesto en esta fracción también será aplicable cuando no se cumplimente en los términos ordenados la suspensión que se decrete, respecto del acto impugnado en el juicio o en relación con la garantía que deba ser admitida.

d) Transcurridos los plazos señalados en los incisos anteriores, la Sala Regional, la Sección o el Pleno que hubiere emitido el fallo, pondrá en conocimiento de la Contraloría Interna correspondiente los hechos, a fin de ésta determine la responsabilidad del funcionario responsable del incumplimiento.

II. A petición de parte, el afectado podrá ocurrir en queja ante la Sala Regional, la Sección o el Pleno que la dictó, de acuerdo con las reglas siguientes:

a) Procederá en contra de los siguientes actos:

1. La resolución que repita indebidamente la resolución anulada o la que incurra en exceso o en defecto, cuando se dicte pretendiendo acatar una sentencia.

2. La resolución definitiva emitida y notificada después de concluido el plazo establecido por los artículos 52 y 57, fracción I, inciso b) de esta Ley, cuando se trate de una sentencia dictada con base en las fracciones II y III del artículo 51 de la propia ley, que obligó a la autoridad demandada a iniciar un procedimiento o a emitir una nueva resolución, siempre y cuando se trate de un procedimiento oficioso.

3. Cuando la autoridad omita dar cumplimiento a la sentencia.

4. Si la autoridad no da cumplimiento a la orden de suspensión definitiva de la ejecución del acto impugnado en el juicio contencioso administrativo federal.

La queja sólo podrá hacerse valer por una sola vez, con excepción de los supuestos contemplados en el subinciso 3, caso en el que se podrá interponer en contra de las resoluciones dictadas en cumplimiento a esta instancia.

b) Se interpondrá por escrito acompañado, si la hay, de la resolución motivo de la queja, así como de una copia para la autoridad responsable, se presentará ante la Sala Regional, la Sección o el Pleno que dictó la sentencia, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surtió efectos la notificación del acto, resolución o manifestación que la provoca. En el supuesto previsto en el inciso anterior, subinciso 3, el quejoso podrá interponer su queja en cualquier tiempo, salvo que haya prescrito su derecho.

En dicho escrito se expresarán las razones por las que se considera que hubo exceso o defecto; repetición del acto impugnado o del efecto de éste; que precluyó la

oportunidad de la autoridad demandada para emitir la resolución definitiva con la que concluya el procedimiento ordenado; o bien, que proceda el cumplimiento sustituto.

El Magistrado Instructor o el Presidente de la Sección o el Presidente del Tribunal, en su caso, ordenarán a la autoridad a quien se impute el incumplimiento, que rinda informe dentro del plazo de cinco días en el que justificará el acto que provocó la queja. Vencido el plazo mencionado, con informe o sin él, se dará cuenta a la Sala Regional, la Sección o el Pleno que corresponda, la que resolverá dentro de los cinco días siguientes.

c) En caso de repetición de la resolución anulada, la Sala Regional, la Sección o el Pleno hará la declaratoria correspondiente, anulando la resolución repetida y la notificará a la autoridad responsable de la repetición, previniéndole se abstenga de incurrir en nuevas repeticiones.

Además, al resolver la queja, la Sala Regional, la Sección o el Pleno impondrá la multa y ordenará se envíe el informe al superior jerárquico, establecidos por la fracción I, inciso a) de este artículo.

d) Si la Sala Regional, la Sección o el Pleno resuelve que hubo exceso o defecto en el cumplimiento, dejará sin efectos la resolución que provocó la queja y concederá a la autoridad demandada veinte días para que dé el cumplimiento debido al fallo, precisando la forma y términos conforme a los cuales deberá cumplir.

e) Si la Sala Regional, la Sección o el Pleno comprueba que la resolución a que se refiere el inciso a), subinciso 2 de esta fracción, se emitió después de concluido el plazo legal, anulará ésta, declarando la preclusión de la oportunidad de la autoridad demandada para dictarla y ordenará se comunique esta circunstancia al superior jerárquico de ésta.

f) En el supuesto comprobado y justificado de imposibilidad de cumplir con la sentencia, la Sala Regional, la Sección o el Pleno declarará procedente el cumplimiento sustituto y ordenará instruir el incidente respectivo, aplicando para ello, en forma supletoria, el Código Federal de Procedimientos Civiles.

g) Durante el trámite de la queja se suspenderá el procedimiento administrativo de ejecución que en su caso existiere.

III. Tratándose del incumplimiento de la resolución que conceda la suspensión de la ejecución del acto impugnado o alguna otra de las medidas cautelares previstas en esta Ley, procederá la queja mediante escrito interpuesto en cualquier momento hasta antes de que se dicte sentencia definitiva ante el Magistrado Instructor.

En el escrito en que se interponga la queja se expresarán los hechos por los que se considera que se ha dado el incumplimiento y en su caso, se acompañarán los documentos en que consten las actuaciones de la autoridad que pretenda vulnerar la suspensión o la medida cautelar otorgada.

El Magistrado pedirá un informe a quien se impute el incumplimiento, que deberá rendir dentro del plazo de cinco días, en el que, en su caso, se justificará el acto o la omisión que provocó la queja.

Vencido dicho plazo, con informe o sin él, el Magistrado dará cuenta a la Sala, la que resolverá en un plazo máximo de cinco días.

Si la Sala resuelve que hubo incumplimiento, declarará la nulidad de las actuaciones realizadas en violación a la suspensión o de otra medida cautelar otorgada.

La resolución a que se refiere esta fracción se notificará también al superior jerárquico del servidor público responsable, entendiéndose por este último al que incumpla con lo resuelto, para que proceda jerárquicamente y la Sala impondrá al responsable o autoridad renuente, una multa equivalente a un mínimo de treinta días de su salario, sin exceder del equivalente a sesenta días del mismo, tomando en cuenta la gravedad del incumplimiento, el sueldo del servidor público de que se trate y su nivel jerárquico.

También se tomará en cuenta para imponer la sanción, las consecuencias que el no acatamiento de la resolución hubiera ocasionado, cuando el afectado lo señale, caso en que el solicitante tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, la que, en su caso, correrá a cargo de la unidad administrativa en la que preste sus servicios el servidor público de que se trate, en los términos en que se resuelva la queja. IV. A quien promueva una queja notoriamente improcedente, entendiéndose por ésta la que se interponga contra actos que no constituyan resolución administrativa definitiva, se le impondrá una multa en monto equivalente a entre doscientas cincuenta y seiscientos veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal y, en caso de haberse suspendido la ejecución, se considerará este hecho como agravante para graduar la sanción que en definitiva se imponga.

Existiendo resolución administrativa definitiva, si la Sala Regional, la Sección o el Pleno consideran que la queja es improcedente, prevendrán al promovente para que dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación del auto respectivo, la presente como demanda, cumpliendo los requisitos previstos por los artículos 14 y 15 de esta Ley, ante la misma Sala Regional que conoció del primer juicio, la que será turnada al mismo Magistrado Instructor de la queja.

Sentadas así las cosas, por lo que hace específicamente al procedimiento previsto por la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, para el logro del cumplimiento de las sentencias de condena que pronuncia el citado Tribunal, (Artículo 58, fracción I, incisos a) al d), se desprende con toda claridad que una vez actualizada la premisa de que la autoridad incumplió injustificadamente con una sentencia de condena dictada por el Tribunal, la Sala Regional, la Sección o el Pleno, según corresponda, procederán conforme a lo siguiente:

a) Impondrá a la autoridad demandada responsable, una multa de apremio que se fijará entre trescientas y mil veces el salario mínimo general diario⁵ que estuviere vigente en el Distrito Federal, tomando en cuenta la gravedad del incumplimiento y las consecuencias que ello hubiere ocasionado, requiriéndola a cumplir con la sentencia en el término de tres días y previniéndole además, de que en caso de renuencia, se le impondrán nuevas multas de apremio en los términos del inciso a) de la fracción I, del propio numeral, lo que se informará al superior jerárquico de la autoridad demandada.

b) Que si al concluir el plazo mencionado en el inciso anterior, persistiere la renuencia de la autoridad demandada a cumplir con lo sentenciado, la Sala Regional, la Sección o el Pleno podrá requerir al superior jerárquico de aquélla para que en el plazo de tres días la obligue a cumplir sin demora, señalando que de persistir el incumplimiento, se impondrá al superior jerárquico una multa de apremio de conformidad con lo establecido por el propio inciso a).

c) Que cuando la naturaleza del acto lo permita, la Sala Regional, la Sección o el Pleno podrá comisionar al funcionario jurisdiccional que, por la índole de sus funciones estime más adecuado, para que dé cumplimiento a la sentencia disponiendo que lo dispuesto en la propia fracción también será aplicable cuando no se cumplimente en los términos ordenados la suspensión que se decrete, respecto del acto impugnado en el juicio o en relación con la garantía que deba ser admitida.

d) Que transcurridos los plazos señalados en los incisos anteriores, la Sala Regional, la Sección o el Pleno que hubiere emitido el fallo, pondrá en conocimiento de la Contraloría Interna correspondiente los hechos, a fin de que esta determine la responsabilidad del funcionario responsable del incumplimiento.

Este procedimiento previsto por el Artículo 58, fracción I, es muy desafortunado en la regulación que hace en sus incisos c) y d), según lo que a continuación se razona.

En lo concerniente al inciso c), se considera que lo en él regulado es letra muerta, ya que no se tiene conocimiento de la existencia de alguna sentencia de condena cuya naturaleza sea de fácil ejecución y que por ende bastara con comisionar a funcionario jurisdiccional alguno para lograr su cumplimiento, como a guisa de ejemplo sería retirar algunos sellos de clausura o levantar un switch.

⁵ Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2016. A la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, todas las menciones al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales, del Distrito Federal, así como en cualquier disposición jurídica que emane de todas las anteriores, se entenderán referidas a la Unidad de Medida y Actualización.

Lo mismo acontecería, por mencionar un caso, que ante el incumplimiento injustificado reiterado por parte del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en cubrir correctamente las diferencias o alguna otra prestación económica en favor de un pensionado, se realizara tal comisión para disponer de los recursos económicos del mencionado Instituto, lo que verdaderamente resultaría inconcebible. Es por estas razones que lo regulado por dicho inciso debe derogarse.

Ahora bien, por lo que respecta a lo establecido por el inciso d), se considera de plano que tal regulación se encuentra fuera de todo contexto por lo siguiente:

¿Cómo es posible que si se viene transitando por un procedimiento contencioso administrativo, cuyo objetivo principal es el logro del cumplimiento de una sentencia de condena, se abra dentro de ese mismo procedimiento, otro diverso de naturaleza meramente sancionadora, que llevará a cabo una autoridad distinta al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, cuyo objetivo será el determinar, en su caso, la responsabilidad del funcionario responsable del incumplimiento?

Se sostiene que tal disposición se encuentra fuera de todo contexto, en virtud de que en principio, no hay sustento legal para derivar el procedimiento de responsabilidad que se critica, ya que el funcionario incumplido tiene el carácter de autoridad demandada en un juicio contencioso administrativo y por lo mismo quien lo debe sancionar es el propio órgano jurisdiccional, dado que no se está juzgando su incumplimiento en atención a su quehacer cotidiano como servidor público, sino como resultado de un proceso contencioso administrativo federal, al haber incumplido injustificadamente con una sentencia firme en la que se determinó la condena correspondiente, encontrándonos por consiguiente ante un acto de naturaleza estrictamente jurisdiccional y no así frente a la determinación de responsabilidad de servidor público alguno, resultando por tanto inaplicable la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y por consiguiente incongruente e injustificada la intervención de Contraloría Interna alguna, máxime si se considera que como ésta forma parte de la Secretaría de la Función Pública; esto es, de una entidad del Gobierno Federal, ajena al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es claro que su intervención atenta contra la independencia jurisdiccional del mismo, contraviniéndose flagrantemente lo contemplado al respecto por el Artículo 17 constitucional, en el sentido de que las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Aunado a lo anterior, es manifiesto que con la regulación que se critica, se abandona el objetivo único pretendido por el demandante, como lo es la ejecución de la sentencia,

desviándose hacia otra situación que a él no le interesa, como es que se determine si esa autoridad incumplida incurrió o no en una responsabilidad administrativa.

En efecto, el industrial que promovió el juicio tal vez celebrará que se sancione a la autoridad incumplida, pero a él lo que le interesa es que le devuelvan su maquinaria; asimismo, el pensionado se alegrará porque sancionen a la autoridad incumplida, pero el pago de sus diferencias o de alguna otra prestación reclamada, ¿cuándo?

Por último, por lo que hace al superior jerárquico, resulta que el mismo está obligado al cumplimiento de la sentencia en los términos previstos por el Artículo 57 de la propia ley, en la medida en que dicho dispositivo legal señala que las autoridades demandadas y cualquiera otra autoridad relacionada, están obligadas a cumplir las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Es por estas razones que lo regulado por dicho inciso debe derogarse y ante la insuficiencia del procedimiento en cuestión para el logro de la ejecución plena de las sentencias relativas, lo procedente es atender al siguiente:

4. Procedimiento para lograr la ejecución de las sentencias de condena dictadas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa

Como resultado de todo lo anteriormente razonado, se considera que el procedimiento para lograr la ejecución de las sentencias de condena dictadas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es el siguiente:

Artículo 58.- A fin de asegurar el pleno cumplimiento de las resoluciones del Tribunal a que este precepto se refiere, una vez vencido el plazo previsto por el artículo 52 de esta Ley, éste podrá actuar de oficio o a petición de parte, conforme a lo siguiente:

I. La Sala Regional, la Sección o el Pleno que hubiere pronunciado la sentencia, podrá de oficio, por conducto de su Presidente, en su caso, requerir, por una sola vez a la autoridad demandada que informe dentro de los tres días siguientes, respecto al cumplimiento de la sentencia. Se exceptúan de lo dispuesto en este párrafo las sentencias que hubieran señalado efectos, cuando la resolución impugnada derive de un procedimiento oficioso.

Concluido el término anterior con informe o sin él, la Sala Regional, la Sección o el Pleno de que se trate, decidirá si hubo incumplimiento injustificado de la sentencia, en cuyo caso procederá como sigue:

a) Impondrá a la autoridad demandada responsable una multa de apremio que se fijará entre trescientas y mil veces el salario mínimo general diario⁶ que estuviere vi-

⁶ Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2016. Tercero.- A la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, todas las menciones al salario mínimo como

gente en el Distrito Federal, tomando en cuenta la gravedad del incumplimiento y las consecuencias que ello hubiere ocasionado, requiriéndola a cumplir con la sentencia en el término de tres días y previniéndole, además, de que en caso de renuencia, tal circunstancia se le informará al superior jerárquico de la autoridad demandada.

b) Si al concluir el plazo mencionado en el inciso anterior, persistiere la renuencia de la autoridad demandada a cumplir con lo sentenciado, la Sala Regional, la Sección o el Pleno podrá requerir, por una sola vez, al superior jerárquico de aquélla para que en el plazo de tres días la obligue a cumplir sin demora.

Si una vez concluido este último plazo, persistiere el incumplimiento, se impondrá al superior jerárquico una multa de apremio de conformidad con lo establecido por el inciso a).

c) DEROGADA.

d) Transcurridos los plazos señalados en los incisos anteriores, la Sala Regional, la Sección o el Pleno que hubiere emitido el fallo, ante el incumplimiento injustificado y reiterado tanto de la autoridad demandada, como de su superior jerárquico, remitirá los autos originales al Pleno Jurisdiccional de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, para que éste, tomando en cuenta la gravedad del incumplimiento y las consecuencias perjudiciales que con ello se hubieren causado al demandante, separe, inhabilite o destituya a las autoridades incumplidas, en los términos siguientes:

APARTADO UNO.- Se separará del cargo, sin goce de salario, a la persona que encarna a la autoridad incumplida, de uno a treinta días naturales, si el perjuicio causado se cuantifica en menos de \$30,000.00.

APARTADO DOS.- Se Inhabilitará del cargo, a la persona que encarna a la autoridad incumplida, de un mes a un año, cuando el perjuicio causado exceda de \$150,000.00.

APARTADO TRES.- Se destituirá del cargo, a la persona que encarna a la autoridad incumplida, si el perjuicio causado fluctúa entre \$30,000.00, y \$150,000.00, y con mucha mayor razón, si excede de esta cantidad.

Asimismo, en vía de fortalecimiento al derecho subjetivo reconocido en la sentencia, el Pleno Jurisdiccional ordenará a la Tesorería de la Federación, que del presupuesto asignado a la Secretaría de Estado, o a la Entidad de la que dependa la demandada, se retire el importe que se hubiere condenado a pagar o devolver al demandante, entregándoselo directamente, o a través de la Sala Regional, la Sección o el Pleno que hubiere pronunciado la sentencia, en un término no mayor a dos meses de calendario.

unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales, del Distrito Federal, así como en cualquier disposición jurídica que emane de todas las anteriores, se entenderán referidas a la Unidad de Medida y Actualización.

Como consecuencia de la presente propuesta, será necesario facultar al Pleno Jurisdiccional, para separar, inhabilitar o destituir del cargo a la persona que encarne a la autoridad que incumpla con las resoluciones de condena que pronuncie la Sala Regional, la Sección, o el propio Pleno Jurisdiccional, adicionando al Artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, una fracción, que se sugiere sería la XI recorriéndose el numerado progresivo de las siguientes fracciones, para quedar como sigue: “XI. Separar, inhabilitar o destituir del cargo, a la persona que encarne a la autoridad incumplida, en los términos de los APARTADOS UNO a TRES del Artículo 58, fracción I, inciso d), de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo”.

III. CONCLUSIONES

PRIMERA. Del estudio realizado en la presente investigación, se llega a la convicción de que no obstante que en la exposición de motivos de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; que el poder judicial federal; y que la academia, a través de algunos de sus estudiosos, sostengan que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es un órgano jurisdiccional de plena jurisdicción, lo cierto es que el mismo carece de la facultad para hacer cumplir las sentencias de condena que pronuncie y por consiguiente no es un Tribunal de plena jurisdicción.

SEGUNDA. El legislador está en deuda con el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, y por supuesto con los gobernados, dado que según lo arrojado por la presente investigación, ya se cuenta con el marco legal doméstico, e internacional, para conferir al mencionado órgano jurisdiccional la plena jurisdicción; esto es, la facultad de ejecutar las sentencias de condena que pronuncie.

TERCERA. En la presente investigación están sentadas las bases que sustentan, que a la persona que encarna a la autoridad que incumpla injustificadamente con las sentencias de condena, que dicta el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la deberá sancionar el propio órgano jurisdiccional, dado que no se le está sancionando en el desarrollo de sus funciones cotidianas como servidor público, sino que se le está sancionando como parte dentro del procedimiento contencioso administrativo federal, razón por la que la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos es inaplicable.

CUARTA. En la presente investigación, están sentadas las bases que soportan la imperiosa necesidad de facultar al Pleno Jurisdiccional, para separar, inhabilitar o destituir del cargo, a la persona que encarne a la autoridad que incumpla con las resoluciones de condena que pronuncie la Sala Regional, la Sección, o el propio Pleno Jurisdiccional.

QUINTA. En suma, en ésta investigación se contempla el procedimiento a seguir, para lograr la plena ejecución de las sentencias de condena dictadas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

SEXTA.- Con la aplicación del procedimiento propuesto, es indudable que los administrados obtendrán una impartición de justicia pronta y completa, dado que se evitará que ante el incumplimiento injustificado de una sentencia de condena, dictada por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, los gobernados tuvieran que acudir vía amparo indirecto ante el Juzgado de Distrito correspondiente a promover el incidente de inejecución de sentencia, redundado todo ello en la satisfacción del derecho humano de los gobernados, de ver cumplidas plenamente su hambre y sed de justicia.

LA EDUCACIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES^{DR©1} PLANEANDO LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Noé Adolfo RIANDE JUÁREZ²

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *El estado del arte.* III. *Nuestras observaciones.* IV. *Conclusiones.*
V. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN

Las formas más comunes de afectar a quienes realizan actividades en el mundo virtual están señaladas –entre otros–, en la “*Tipología de riesgos en línea para niños*”, desarrollada dentro de las recomendaciones del Consejo de la OCDE³:

- Los riesgos de contenido
- Los riesgos de contacto
- Los riesgos de los consumidores
- Los riesgos de seguridad de la información y de privacidad

¹ 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.

² 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 Informatica 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 Investigaciones del Centro de Estudios Superiores en Materia de Derecho Fiscal y Administrativo del entonces 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 y Assoc. desde 1997. Actualmente es 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).

³ Cfr. *Las recomendaciones del Consejo de la OCDE para la protección on-line de los niños*, p. 25, disponible en: https://www.oecd.org/sti/ieconomy/childrenonline_with_cover.pdf.

1. *Los riesgos de contenido*

La visita a sitios con contenidos riesgosos, por tener contenidos ilegales, inducir a hábitos o dar consejos dañinos.

2. *Los riesgos de contacto*

El establecimiento de contactos y amistades en línea sin considerar los riesgos del *cyber-grooming*, del *cyberbullying* (hostigamiento, acoso, burla, persecución) del *cyberstalking* (acoso deshonroso, con difusión de mensajes o imágenes ofensivas), del *sexting* (acoso sexual, porno venganza) o los riesgos de establecer relaciones en la red para violar la ley, o para compartir materiales indebidos.

Las conversaciones en línea que exponen la privacidad de los usuarios, como en el caso de la interrogación excesiva o disimulada a adultos o menores y la consecuente entrega excesiva de datos, o como sucede cuando se realizan la obtención de datos personales mediante técnicas de ingeniería social con consecuencias imprevistas a corto o largo plazo, a la integridad física, económica y material del usuario o de sus familiares o de personas cercanas.

3. *Los riesgos de los consumidores*

Las actividades de consumo en línea que proponen desde la obtención de productos inapropiados o inadecuados, hasta la obtención de productos ilegales con restricciones de edad, la obtención de alimentos y/o bebidas dañinas; o bien, las actividades de consumo en línea que exponen a operaciones engañosas, tales como, el fraude en línea, las estafas y el robo de identidad.

4. *Los riesgos de seguridad de la información y de privacidad*

Las actividades que ponen en riesgo la seguridad de la información conservada por el usuario, a través de un código malicioso, de un software espía, o de actividades que al revelar información permiten la realización de estafas en línea y/o robo de identidad.

II. EL ESTADO DEL ARTE

1. *Situación actual*

Generalmente se considera que esta educación debe desarrollarse acorde con los principios de la "Educación digital"⁴: "Se entiende por esta, a la educación ya sea presencial o

⁴ Véase la definición de *educación digital*, en Núñez Álvarez, Andrés. "La educación digital", disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1UQyr-utQaMJ:gte2.uib.es/edutec/sites/default/files/congresos/edutec01/edutec/comunic/tse16.html+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx&lr=lang_es%7Clang_it.

a distancia que hace uso de tecnologías digitales y que tiene como objetivo la adquisición de competencias y habilidades para aprender a aprender, tanto de profesores como de estudiantes en un proceso de formación permanente”

Educación que debe dirigirse a:

- Docentes;
- Alumnos; y
- Familia.

Enfatizándose que:

- Con los docentes el trabajo debe darse desde su formación inicial, y debe involucrarseles en un constante proceso de “reciclaje formativo”;
- Con los alumnos el trabajo debe darse con una orientación hacia el disfrute y aprovechamiento del mundo digital, en un ambiente amigable y seguro (... si va acompañada de la entrega de equipos, que nunca se entreguen sin antes capacitar en materia de privacidad y/o protección de datos); y
- Con las familias el trabajo debe empezar por la construcción de espacios de relación con los hijos con diferentes canales de información donde la fuente puede estar tanto en los hijos como en cualquier miembro de la familia.

Cuando se pretende el desarrollo de una acción educativa más amplia⁵, se dice que:

- El Estado... Debe incluir esta educación como una “asignatura obligatoria” y que cuando se entreguen recursos digitales a la ciudadanía (equipos, dispositivos, aplicaciones, etc. para romper la brecha digital), necesariamente sea acompañado de una formación en materia de privacidad y protección de datos.
- A nivel internacional... En ciertos ámbitos ya se habla de intercambios de programas y experiencias.
- La iniciativa privada... También se ha llegado a pensar que la iniciativa privada debe participar desarrollando equipos y aplicaciones que favorezcan la protección de la privacidad.

⁵ Cfr. “La Declaración de Buenos Aires, hacia la unificación de criterios educativos para la protección de la privacidad en Iberoamérica”, elaborada desde la iniciativa del Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos, disponible en <http://oiprodat.com/declaracion-de-buenos-aires/>.

Otra arista de la problemática que aquí se aborda es la de los “Nativos” y los “Inmigrantes Digitales”:



Los Nativos Digitales, que saben usar las TIC, las usan sin sacarles todo el provecho disponible (y en muchos casos, sin la formación en materia de privacidad y protección de datos que les asegure disfrutar del mundo digital en un ambiente amigable y seguro).

Los Inmigrantes Digitales, que no saben usar las TIC o las usan para lo más indispensable (y en el mejor de los casos también para jugar y socializar).

¿Qué solución se ha planteado para la problemática de la diversa percepción de los “Nativos” y los “Inmigrantes Digitales”?

La respuesta la ofrece el mismo concepto de “*Educación digital*”. Por una parte: No se les debe educar (a Nativos e Inmigrantes Digitales) colocándolos solo como receptores pasivos del conocimiento, hay que volverlos generadores de experiencias y conocimientos. Por otra parte: debe educárseles para que “*Aprendan a aprender*”.

Finalmente, en el marco de la 38ª Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, (Marruecos, octubre de 2016), se adoptó el “Marco Internacional de Competencias para estudiantes en Materia de Protección de Datos” (dirigido a ayudar a los Educadores), impulsado por el Grupo de Educación Digital de dicha Conferencia coordinado por la Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL) de Francia⁶.

Este marco presenta nueve (9) principios o temas fundamentales y plantea la obtención un bloque de competencias independientes para cada principio. En total de 42 competencias resultantes del conocimiento y 27 resultados de nuevas habilidades y destrezas.

⁶ Véase documento original en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-18_resolution-competency-framework_en.pdf.

Principios	Resultados del Conocimiento	Habilidades y Destrezas
1. Datos personales		
2. <i>Privacidad, libertades civiles y protección de datos personales</i>		
3. Comprender el entorno digital-aspectos técnicos		
4. <i>Entender el entorno digital-aspectos económicos</i>		
5. Entender los reglamentos y la legislación en materia de datos personales		
6. <i>Entender las normas sobre datos personales: Controlar el uso de la información personal</i>		
7. Gestionar mis datos: Aprender a ejercer mis derechos		
8. <i>Gestión de mis datos: Aprender a protegerme en línea</i>		
9. El mundo digital: Convertirse en un ciudadano digital		

Las 42 competencias resultantes del conocimiento y los 27 resultados de nuevas habilidades y destrezas se distribuyen en grupos de 3 a 5 para cada principio.

Aquí se muestra las competencias específicas para el primer principio (Datos Personales):

Resultados del Conocimiento	Habilidades y Destrezas
<ul style="list-style-type: none"> • Entiendo lo que implica el concepto de <i>datos personales</i>, definido como cualquier dato –sin importar si se hizo público o no– acerca de un individuo identificable; 	<ul style="list-style-type: none"> ♦ Puedo dar ejemplos de datos personales que puedan identificar directamente a individuos (estado civil, fotos de un estudiante en la clase, etc.) y datos técnicos que pueden monitorear las actividades de una persona e identificarlas (cookies, datos de geolocalización, etc.).
<ul style="list-style-type: none"> • Conozco y entiendo el concepto de <i>seudónimo y enmascaramiento de identidad</i>; 	
<ul style="list-style-type: none"> • Sé que, <i>dependiendo de cómo se procese</i>, los datos pueden permitir la identificación del individuo; 	
<ul style="list-style-type: none"> • Sé que ciertos datos técnicos pueden facilitar la identificación de individuos; que los documentos e imágenes escaneadas tienen <i>metadatos</i> internos que describen su contenido y que la actividad en línea puede dejar <i>huellas</i> (cookies, historial de navegación, etc.) que puede contener datos personales; 	
<ul style="list-style-type: none"> • Sé que hay datos que <i>pueden ser considerados como particularmente sensibles, según el país</i> y que, por ejemplo, contienen información sobre <i>menores, orígenes de las personas, opiniones o afiliaciones políticas y/o religiosas, perfil biométrico o genético, salud y/o vida sexual</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> ♦ Puedo dar ejemplos de datos personales sensibles (por ejemplo, salud, perfil genético, vida sexual).

III. NUESTRAS OBSERVACIONES

1. *Consideraciones previas*

Sin dejar de apreciar el valor de las aportaciones previas respecto de las acciones que ahí se proponen, sucedió que desde los primeros abordajes al problema:

Educar: ¿Sobre qué? ¿A quién? ¿Para qué? ¿Qué se debe enseñar? ¿Educar cómo? ¿Con qué?

Encontramos estas respuestas:

- ¿Sobre qué educar? En materia de protección de datos.
- ¿A quién educar? Al titular de los datos y al responsable del tratamiento.
- ¿Qué se debe enseñar?
 - a) El titular debe conocer los principios de la protección;
 - b) Debe de conocer las condiciones de privacidad;
 - c) Debe exigir el aviso de privacidad;
 - d) Debe saber cómo, cuándo, dónde ejercer sus derechos ARCO;
 - e) Saber cómo, cuándo, dónde presentar una denuncia, y
 - f) Saber cómo obtener un resarcimiento del daño, etc.

Por su parte, el responsable debe conocer cómo elaborar el Aviso de Privacidad, cómo implementar medidas de seguridad... ¿Cuáles medidas?

- a) Evaluar el impacto en la privacidad;
- b) Establecer encargados;
- c) Contratar servicios de “nube”;
- d) Dar respuesta a ejercicios de derechos ARCO;
- e) Responder a denuncias, etc.

No obstante, al buscar respuestas claras ¿Para qué? ¿A partir de dónde? ¿Cuál es el “universo” de atención? ¿A que darle prioridad? ¿Cuáles son las causas? ¿Cuáles son los efectos? Nos encontramos que se tenía que responder también a otras interrogantes que representan nuevos problemas.

2. *Enfrentando problemas*

- ¿Cómo comprender mejor la situación?
- ¿Cuáles herramientas emplear para resolver problemas y tomar decisiones?

- ¿Cuál herramienta para el desarrollo de proyectos orientada a objetivos?
- ¿Cuál herramienta *analítica* para la planificación de proyectos de Política Pública?

La respuesta fue: La metodología del Marco Lógico. El Manual 68 de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), "Formulación de programas con la metodología del Marco Lógico"⁷, nos la ofrecía con gran claridad.

El Marco Lógico se desarrolla en dos fases: la primera fase consiste en el desarrollo de un análisis de la situación que implica:

- Un análisis de los involucrados;
- Un análisis de los problemas;
- Un análisis de los objetivos;
- Un análisis de las alternativas.

La segunda fase consiste en el desarrollo de la llamada Matriz del Marco Lógico de acción, misma que se consigue con el desarrollo de:

- El objetivo del desarrollo;
- El o los objetivos específicos;
- Las actividades que deben realizarse;
- Los resultados que deben esperarse;
- Los indicadores y medios de verificación;
- Los supuestos iniciales; y
- Los insumos y los costos.

Y todo lo anterior se hace partiendo de que los proyectos se diseñan porque existe un obstáculo al desarrollo; y que ese obstáculo se genera porque existe una situación actual insatisfactoria.

Situación insatisfactoria que implica la existencia de una situación futura deseada, esto es, del análisis de la situación actual es posible determinar los términos en que debe trabajarse.

⁷ Cfr. https://www.cepal.org/ilpes/publicaciones/xml/0/43220/SM_N68_Formulacion_prog_metodologia_ML.pdf.

3. Metodología del marco lógico

Esta metodología puede describirse de manera muy rápida de la siguiente manera:

- El análisis de involucrados; y
- El análisis de problemas.

Alcanzamos *la identificación del problema*, así como también:

- El análisis de objetivos; y
- El análisis de alternativas.

Alcanzamos *la identificación de un proyecto*:

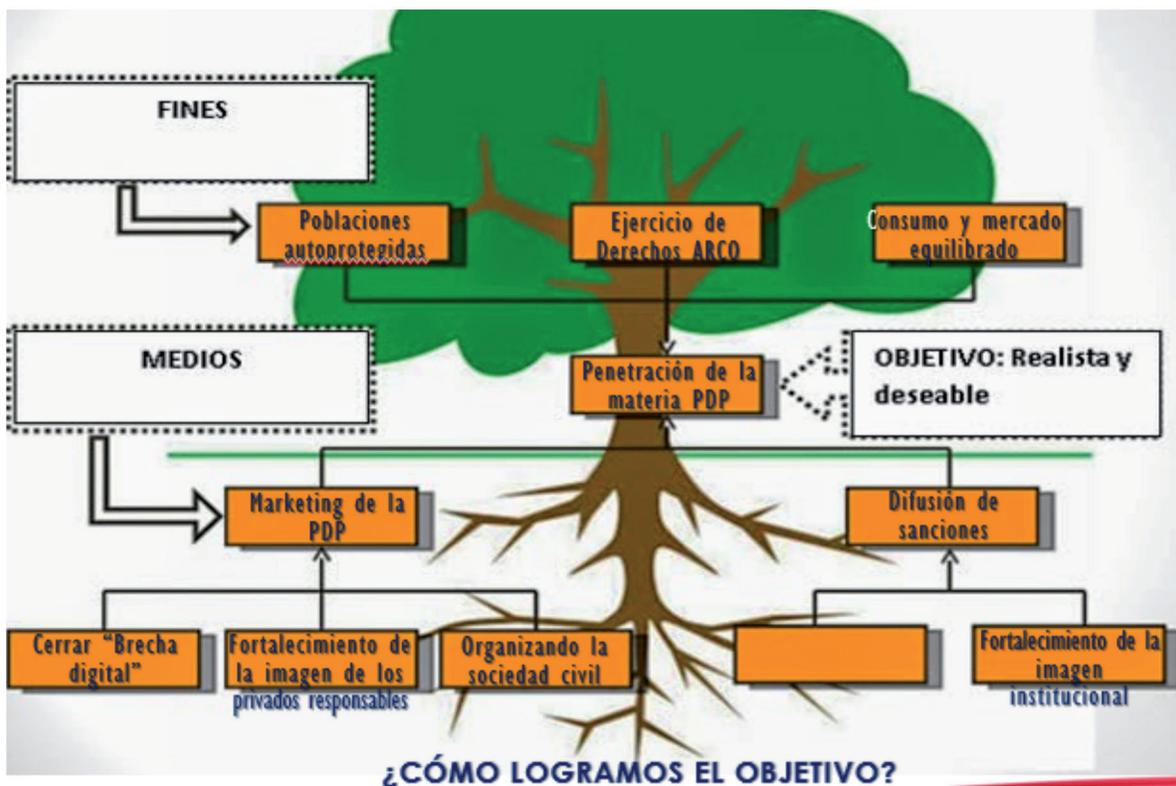
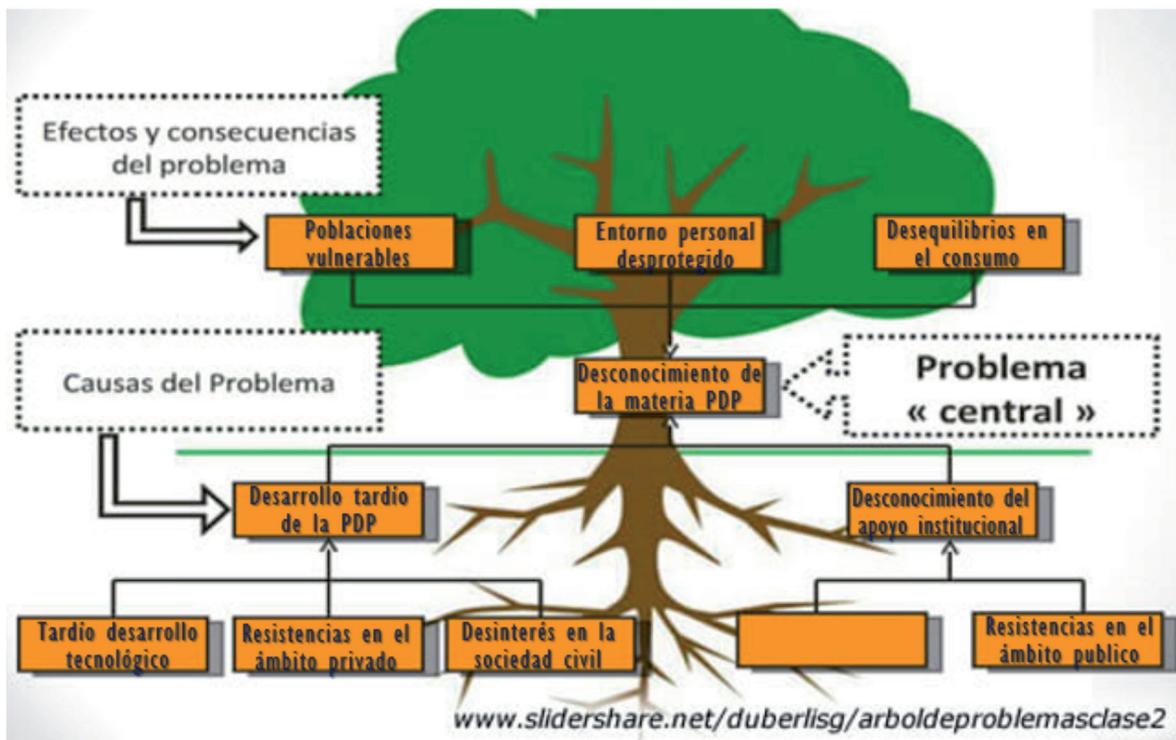
- Esto es, se resume todo lo discutido en los cuatro pasos anteriores;
- Se agrega información sobre lo que se va a monitorear;
- Información sobre lo que se va a evaluar (indicadores); y
- El alcance de la responsabilidad del gerente del proyecto.

En términos de dicha metodología se construye el Árbol del Problema y el Árbol de la Solución.

El Árbol del Problema, tiene un tronco que es el problema previamente identificado, tiene unas raíces que son las que se determinaron como causas de problema; y tiene unas ramas que son las que previamente se determinaron como efectos y consecuencias del problema.

Por otra parte, el Árbol de la Solución consta de igual modo con un tronco constituido por el objetivo realista y deseable, con raíces conformadas con los medios identificados como los deseables para alcanzar el objetivo, y asimismo, con ramas conformadas por los fines que se esperan conseguir como consecuencia de haber alcanzado el objetivo.

Véanse las figuras a continuación:



Al momento de aplicar esta metodología encontrarán que:

- Simultáneamente se deben atender más de un problema y que se tendrán que analizar más situaciones;
- Que más de una causa producen un problema;
- Las raíces o las ramas de un árbol pueden profundizarse demasiado;
- Hay causas y/o efectos que van más allá de su ámbito de control o de interés; y
- El énfasis se centra en encontrar objetivos fáciles de medir o cuantificar.

Pero también apreciarán que esta metodología:

- Proporciona una guía al análisis sistemático;
- Mejora la capacidad de planeación de un proyecto;
- Asegura que las preguntas fundamentales que se hagan, analicen, realicen e identifiquen las debilidades del proyecto;
- Facilita la comunicación y uniformidad de las ideas; y
- Facilita el análisis sectorial y los estudios comparativos, al tener la mayoría de los proyectos en formatos similares.

IV. CONCLUSIONES

La *Metodología del Marco Lógico* es solo una de las herramientas de formulación y diseño de proyectos, que no reemplaza a herramientas como el análisis de grupos, la planeación de tiempo, el análisis de efecto e impacto y otras que aseguran un proyecto socialmente ubicado.

Por lo anterior, es de esperarse su empleo de manera casi obligada pero sin dejar de considerar otras herramientas de planeación, así como:

- Los acertados aportes del *Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos*;
- Las recomendaciones provenientes de la corriente pedagógica de la "*Educación Digital*";
- "*El Marco internacional de competencias para estudiantes en materia de Protección de Datos*" producido por el Grupo internacional de Educación Digital de la 38° Conferencia internacional de autoridades de Protección de Datos y Privacidad; y
- Que la tarea no es solo con los "*titulares*" sino también con los "*responsables*".

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

Formulación de programas con la metodología del Marco Lógico, Manual 68 CEPAL, https://www.cepal.org/ilpes/publicaciones/xml/0/43220/SM_N68_Formulacion_prog_metodologia_ML.pdf.

La Declaración de Buenos Aires, hacia la unificación de criterios educativos para la protección de la privacidad en Iberoamérica, Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos, <http://oiprodat.com/declaracion-de-buenos-aires/>.

Las recomendaciones del Consejo de la OCDE para la Protección on-line de los niños, https://www.oecd.org/sti/ieconomy/childrenonline_with_cover.pdf.

Marco Internacional de Competencias para estudiantes en Materia de Protección de Datos, Comisión Nacional de Informática y Libertades (CNIL) de Francia, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-10-18_resolution-competency-framework_en.pdf.

NÚÑEZ ÁLVAREZ, Andrés, *La educación digital*, http://moodle2.unid.edu.mx/dts_cursos_md/pos/ED/AN/AM/08/Congreso_internacional_de_tecnologia.pdf.



TFJA
TRIBUNAL FEDERAL
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA