

Praxis

de la
Justicia Fiscal y
Administrativa

Revista de Investigación Jurídica

Julio - Diciembre 2020

28

Carlos A. VILLANUEVA MARTÍNEZ

Xochitl GARMENDIA CEDILLO

Domingo Juan SESIN

Carlos ESPINOSA BERECONCHEA

Miguel BUSTAMANTE FUENTES

Gerardo MEJORADO RUIZ

Aida del Carmen SAN VICENTE PARADA

Jorge Enrique LAMADRID BAZÁN

Juan Alvarez VILLAGÓMEZ

Blanca Estela MONTES DE OCA ROMERO

Alfredo DELGADILLO LÓPEZ

Daniela Estefanía AGUILLÓN SAUCEDO

Mag. Rafael Anzures Uribe

Presidente

Tribunal Federal de Justicia Administrativa

JUNTA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

Mag. Rafael Anzures Uribe

Mag. Juan Ángel Chávez Ramírez

Mag. Rafael Estrada Sámano

Mag. Luz María Anaya Domínguez

Mag. Juan Carlos Roa Jacobo

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 Berecochea

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. José de Jesús Gómez Coteró, Dr. Domingo Ruiz López, Dr. Guillermo A. Tenorio Cueto, Dr. Carlos Villanueva Martínez, Dr. Carlos Espinosa Berecochea, Mtro. Raúl Bolaños Vital, Mtro. José Salem Alfaro, Mtro. Mauricio Estrada Avilés.

PORCENTAJE DE TRABAJOS RECHAZADOS

Para este número fueron rechazados el 20% de los trabajos presentados.

2020

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

Apuntes en torno a las potestades sancionadora y de regulación en el contexto del Estado Regulador en México..... 7

Carlos A. Villanueva Martínez

Legislar sobre los bienes comunes. Caso del maíz transgénico 59

Xochitl Garmendia Cedillo

Justicia Administrativa

La flexibilización del proceso contencioso de Córdoba 127

Domingo Juan Sesin

Derecho Fiscal

Aproximación al origen, naturaleza y desarrollo de los acuerdos conclusivos en México 217

Carlos Espinosa Berecochea

Miguel Bustamante Fuentes

Análisis de la regularidad constitucional del procedimiento de discrepancia fiscal..... 249

Gerardo Mejorado Ruiz

Derechos Humanos

El derecho humano a la educación 285

Aida del Carmen San Vicente Parada

Derecho Económico

Estudio comparativo del crédito bancario de las empresas PYMES de México y de Estados Unidos como factor de crecimiento económico . 309

Jorge Enrique Lamadrid Bazán

Artículo de Opinión

Los cuatro estadios de la Sociología tributaria: Aplicados a nuestras investigaciones y publicaciones fiscales	329

Juan Alvarez Villagómez

Corrupción y lavado de dinero	345

Blanca Estela Montes de Oca Romero

Reseña del libro

Reseña del libro: "Las sanciones disciplinarias en el Sistema Anticorrupción mexicano"	367

Alfredo Delgadillo López

Daniela Estefanía Aguillón Saucedo

APUNTES EN TORNO A LAS POTESTADES SANCIONADORA Y DE REGULACIÓN EN EL CONTEXTO DEL ESTADO REGULADOR EN MÉXICO*

Carlos A. VILLANUEVA MARTÍNEZ**

SUMARIO

I. Introducción. II. Ubicación de la potestad sancionadora en el contexto de la función administrativa. III. Fundamentos de la potestad administrativa sancionadora en México. IV. La asunción del modelo de Estado Regulador. V. La potestad administrativa sancionadora en el contexto del Estado Regulador. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de información.

RESUMEN

La extensión y características del modelo de Estado Regulador se ve significativamente condicionado por las características de la jurisdicción local en la que se aplica, lo que dificulta hablar de un modelo único cuyos límites y márgenes se encuentran precisamente definidos, con pretensión de generalidad, lo que suscita

ABSTRACT

The extension and characteristics of the Regulatory State model is significantly conditioned by the characteristics of the local jurisdiction in which it is applied, which makes it difficult to speak of a single model whose limits and margins are precisely defined, with the pretense of generality, which it elicits different levels of

*Una versión de este trabajo servirá de base a la ponencia que se presentará en XVII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo a celebrarse en Guayaquil, Ecuador, en octubre de 2018, y como tal se publicará en la memoria correspondiente.

** Profesor de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana (UP), en la Ciudad de México, desde 2012, email: cavillanueva@up.edu.mx. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y de la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Energía (ASIDE). Licenciado en Derecho (UNAM, 1997); Posgraduado en Derecho Mercantil (Escuela Libre de Derecho, 2000); Especialista en Derecho Administrativo (UP, 2008); Diplomado en Strategic Management and Policy Analysis in the Electric Sector (University of California at Berkeley, (2005); Maestro en Derecho Empresarial Corporativo (Colegio Superior de Ciencias Jurídicas, 2006); en Ciencias Jurídicas (UP, 2011) y en Derecho Administrativo (UP, 2018); Candidato a Doctor en Derecho (UP). Las opiniones expresadas en este documento son exclusivamente a título personal por lo que no representan la posición de ninguna institución pública o privada.

diferentes niveles de discusión. En este trabajo se formularán algunas consideraciones, desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano, relativas a la asunción de este modelo y su principal manifestación que es precisamente la potestad reguladora, y su relación con la preexistente potestad sancionadora de la Administración Pública; a fin de plantear su necesaria vinculación y el condicionamiento que impone a esta última, modificando o alterando su caracterización tradicional. Para ello, nos serviremos del apoyo de los criterios que sobre el particular ha emitido el Poder Judicial Federal.

PALABRAS CLAVE

Estado Regulador. Administración Pública. Función administrativa. Potestad sancionadora. División de Poderes.

discussion. In this work, some considerations will be formulated, from the perspective of the Mexican legal system, regarding the assumption of this model and its main manifestation, which is precisely the regulatory power, and its relationship with the pre-existing sanctioning power of the Public Administration; in order to propose its necessary connection and the conditioning it imposes on the latter, modifying or altering its traditional characterization. For this, we will use the support of the criteria that the Federal Judicial Power has issued on this matter.

KEY WORDS

Regulatory Status. Public administration. Administrative function. Sanctioning authority. Check and balances.

I. INTRODUCCIÓN

Pido disculpas por iniciar estas páginas recurriendo al imaginario popular, lo que justifico simplemente desde una perspectiva utilitaria; es decir, que lo estimo útil para los fines de esta exposición. En este sentido, quisiera recordar que es frecuente referir una supuesta declaración del desaparecido líder chino Zhou Enlai, quien, al ser cuestionado respecto de la trascendencia histórica de la Revolución Francesa, se le imputa haber afirmado que era demasiado pronto para valorarla, desestimado sus doscientos años de historia (aunque otras versiones afirman que se trata de un error de traducción y que, en realidad, se refería al mayo francés de 1968). Respuesta políticamente sagaz, el evitar comprometer al de la voz, nos permite recordar también la importancia de la perspectiva histórica en la valoración de los fenómenos sociales.

Cierta o no, la afirmación anterior nos permite anticipar una exclusión de responsabilidad al reconocer que el fenómeno al que hemos llamado: “Estado Re-

gulador”, constituye un proceso en desarrollo respecto del cual existen múltiples opiniones, pero pocas certezas. Incluso es necesario apuntar que para sorpresa de quienes estudian la recepción de este modelo en jurisdicciones distintas al ámbito anglosajón, y específicamente norteamericano, resultaría sorprendente conocer el grado de polémica y discusión que suscita la operación del *administrative state* en el contexto de la interpretación tradicional de la teoría de la División de Poderes.

Con todo, habría que apuntar qué se pretende englobar con la expresión Estado Regulador. Desde una perspectiva personal, proponemos que con tal frase se hace referencia más a un cambio ideológico sobre el papel y la función del Estado frente al conjunto de la sociedad, que a un nuevo modelo que sustituya a los modelos previos del Estado Social de Derecho o al Estado de Bienestar. Es decir, no parece haber tal cosa como un modelo de Estado Regulador que se aplique *in toto* a la actividad gubernamental; a lo más, parece que estamos frente a un modelo más limitado, que se acota a una determinada forma de hacer frente a cierto número de tareas o actividades de carácter fundamentalmente económico. Por tanto, el modelo de Estado Regulador parece ser un modelo que se superpone al modelo previo, con aplicación limitada a determinados sectores o ámbitos de la actividad económica.

En este sentido, la extensión y características del modelo de Estado Regulador se ve significativamente condicionado por las características de la jurisdicción local en la que se aplica, lo que dificulta hablar de un modelo único cuyos límites y márgenes se encuentran precisamente definidos, con pretensión de generalidad, lo que suscita diferentes niveles de discusión, correspondientes a los retos y cuestionamientos que su aplicación concreta a un determinado sistema normativo impone. Mientras en el ámbito norteamericano el modelo es cuestionado y repensado desde la perspectiva del Derecho Constitucional y su inserción en el contexto de la interpretación del principio de División de Poderes¹; en el ámbito de

¹ El profesor de Columbia *Law School*, Philip Hamburger, afirma en relación no específicamente al Estado Regulador, sino al *Administrative State*, lo siguiente: “*For a better understanding of the administrative threat, one must turn to law. The legal critique more fully addresses the problem than does the economic protest, for although much administrative power is economically inefficient, all of it is unconstitutional. And this legal objection is central, because it confronts administrative power on its own terms -on*

las jurisdicciones con una sólida tradición de Derecho Administrativo la discusión parece estar más orientada a analizar su inserción en un contexto de facultades preexistentes, que en cuestionar su validez.

Dicho lo anterior, en las páginas subsecuentes se formularán algunas consideraciones, desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano, relativas a la asunción de este modelo y su principal manifestación que es precisamente la potestad reguladora, y su relación con la preexistente potestad sancionadora de la Administración Pública; a fin de plantear su necesaria vinculación y el condicionamiento que impone a esta última, modificando o alterando su caracterización tradicional. Para ello, nos serviremos del apoyo de los criterios que sobre el particular ha emitido

*its pretension to bind Americans in the manner of law. [...] In saying that administrative power is unconstitutional, this is not to deny that executive power is extensive. Executive power is often portrayed as merely the power to execute the laws, but more accurately (as recognized by Alexander Hamilton) it amounts to the power to execute all of the nation's lawful force. It thus includes the power to prosecute offenders in court, to exercise discretion in distributing benefits, to determine the status of immigrants, and so forth. [...] In contrast, administrative power involves not force but legal obligation, and this is why the legal challenge matters so much. Contemporary theorists sometimes suggest that law is a sovereign's command backed by coercion. But traditionally in America, notably when the Constitution was adopted, law was something that came with legal obligation -the obligation to obey. Working from underlying ideas about consent, eighteenth-century Americans assumed that a rule could have the obligation of law only if it came from the constitutionally established legislature elected by the people, and that a judicial decision could have such obligation only if it came from a constitutionally appointed judge exercising independent judgment. On the basis of such principles, the US Constitution placed lawmaking power in Congress and judicial power in the courts. The power to bind -that is, to create legal obligation- was thus in these departments, not the executive. [...] Nonetheless, through administrative power, the executive purports to create legal obligation. It binds Americans and deprives them of their liberty, not through acts of Congress and acts of the courts but through other mechanisms. And this evasion of the Constitution's pathways for law what makes the legal objection to administrative power so central. [...] Adding to the problem, administrative power also evades many of the Constitution's procedures, including both its legislative and judicial processes. Administrative power thereby sidesteps most of the Constitution's procedural freedoms. [...] Administrative power is thus all about the evasion of governance through law, including an evasion of constitutional procedures and procedural rights. These legal problems are forceful reasons to reject all administrative power and, indeed, to consider it the civil liberty issue of our time." (Hamburger, Philip, *The Administrative Threat*, Nueva York, Encounter Books, 2017, Edición Kindle, pp. 32-49).*

el Poder Judicial Federal y que se ha visto ya en posición de pronunciarse sobre el tema en virtud de la emergencia de conflictos derivados de la implementación sectorial de este modelo, aunque cabe destacar que, desde un punto de vista dogmático, se recurrirá a fuentes de información extranjeras ante la ausencia de estudios nacionales que aborden estos temas.

II. UBICACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL CONTEXTO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Como no podría ser de otra forma, el Derecho Administrativo (positivo, mexicano y contemporáneo), reconoce la existencia y regula el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública; Advirtiéndose que en las páginas subsiguientes se hará referencia exclusiva al régimen aplicable de la Administración Pública Federal, conviene manifestar desde ahora que la vigente Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA)² en su Título Cuarto (Arts. 70-80), regula las infracciones y sanciones administrativas, sin perjuicio de la existencia de otras disposiciones habilitantes en diversas leyes administrativas especiales.

Sin embargo, el reconocimiento de la existencia de esta potestad en el Derecho Positivo no se ve reflejada en un sólido desarrollo dogmático del análisis de la cuestión. El tratamiento y análisis de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la doctrina administrativista mexicana ha sido disperso y apenas parece estar consolidándose en un *corpus teórico* distinguible. En un breve repaso cronológico de algunos de los textos más representativos (sin pretensiones de exhaustividad), podemos afirmar que ni Fraga³, ni Olivera Toro⁴, se ocupan

² Publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 8 de agosto de 1994, última reforma publicada en el mismo medio el 2 de mayo 2017.

³ "Las sanciones y la ejecución forzada constituyen actos administrativos por medio de los cuales la autoridad administrativa ejercita coacción sobre los particulares que se niegan a obedecer voluntariamente los mandatos de la ley o las órdenes de la referida autoridad... Una parte muy importante de la actividad administrativa son los actos de sanción por virtud de los cuales se castiga la infracción de las leyes o las ordenes administrativas". (Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 45ª. ed. revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Porrúa, 2006, p. 240).

⁴ Este autor, al tratar la tipología del acto administrativo, se limita mencionar a los actos de ejecución, que según define "... están constituidos por todos aquellos de orden material y jurídico que tienden a hacer cumplir forzosamente las resoluciones o decisiones administrativas y cuyo ejemplo típico lo encontramos en la facultad económico-coactiva."; así como los actos destinados a limitar los derechos de los particulares, entre los

a detalle del tema en sus respectivas obras, limitándose a referirlo de manera breve; Serra Rojas inicia el esfuerzo de deslinde con respecto del Derecho Penal⁵, y no es sino hasta Delgadillo y Lucero que se empieza a delinear un tratamiento específicamente administrativo de la potestad sancionadora, aunque todavía subsumiendo en la misma tanto el aspecto contravencional como el disciplinario⁶, siendo hasta Roldán que se formula un planteamiento analítico propio y específico de la potestad administrativa sancionadora, al margen del Derecho Penal y con independencia del régimen disciplinario de los servidores públicos, siguiendo las ideas de autores como Nieto o como Parejo⁷.

que el autor incluye "... a las sanciones que castigan la infracción de las leyes..."; pero sin abundar en el análisis de la potestad sancionadora. Cfr. Olivera Toro, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 174-175.

⁵ Así el autor de mérito da cuenta de la existencia de un Derecho Penal Administrativo al que califica como "... externo a la Administración pública y comprende a todas las personas, a las que las leyes administrativas sancionan por su incumplimiento", definiéndolo como "... la rama del derecho que se propone un estudio especializado sobre las categorías delictivas y las sanciones que tiene a su disposición el Estado para el aseguramiento del orden público, y para lograr el eficaz funcionamiento de los servicios públicos y demás actividades que regulen el interés general..."; y a través del cual "... la administración tutela el orden social general u orden público", mientras que define al Derecho administrativo sancionador como "... un conocimiento autónomo que tiene por finalidad el estudio de las contravenciones y faltas, que sancionan un material especial que es propio del derecho administrativo: la ilicitud administrativa, aspirando a liberar este conocimiento del derecho penal, con un cuerpo autónomo jurídico, o en todo caso en el marco del derecho administrativo". Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14ª. ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 1988, t. II, pp. 506-508.

⁶ De acuerdo con estos autores, "... la facultad sancionadora comprende la correctiva y la disciplinaria. La primera se refiere a la facultad que tiene la Administración para sancionar el incumplimiento de los deberes genéricos que los individuos tienen frente al Estado, por su sola condición de gobernados, es decir, por su situación general de sujeción" (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Segundo Curso*, México, Porrúa, 1999, p. 195), distinción que confirman al afirmar respecto de la infracción administrativa que "... es de dos tipos: contravencional y disciplinaria. La primera es aquella que puede cometer cualquier gobernado, por dejar de cumplir un deber jurídico-administrativo, o cumplirlo en forma irregular o deficiente, deber impuesto por las normas jurídicas que regulan las relaciones entre la Administración y los administrados". *Ibidem*, p. 199.

⁷ "Es preciso examinar la relación entre la sanción administrativa y los fines de interés y orden público de la normatividad administrativa, así como su repercusión en las técnicas de construcción del acto ilícito y la sanción administrativa. Dentro del Derecho

En todo caso, cabe apuntar que la potestad sancionadora de la Administración, siéndole inherente, comparte con ella la dificultad de su delimitación. En principio, podemos afirmar que la Administración sanciona por la inobservancia o incumplimiento del marco jurídico cuya supervisión tienen a su cargo, es decir que su delimitación supone la correspondiente al ámbito de actuación de la propia Administración, es decir, sanciona porque tiene que hacerlo como parte de su función. Por otra parte, la Administración sanciona porque actúa en el marco del Estado de Derecho y en cumplimiento de un mandato jurídico⁸.

Es decir, la potestad sancionadora de la Administración deriva de una habilitación legal expresa, pero es al mismo tiempo inherente a la naturaleza jurídica del marco normativo que aplica la Administración. La potestad sancionadora es expresión del orden jurídico, que es impensable sin la coacción⁹. Lo que distingue al orden jurídico de otros tipos de órdenes normativos sociales es precisamente la posibilidad de su cumplimiento forzoso por parte del Estado como titular del

Sancionador no se incluye el Derecho Disciplinario de los servidores públicos, ya que, si bien en ambos casos se está ante sanciones, se derivan de relaciones jurídicas diversas y se diferencia su tratamiento.” (Roldán Xopa, José, *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, 2008, p. 388).

⁸ “La Administración pública ha monopolizado la gestión y operatividad de un porcentaje muy de funciones públicas del Estado. La Administración Pública es un complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo cuya tarea o actividad suele ser de orden legislativo, jurisdiccional o ejecutivo. El fundamento jurídico de una buena administración pública descansa en al (*sic*) principio de legalidad y principio de competencia. El Estado de derecho se caracteriza fundamentalmente por el principio de legalidad, por ello, toda autoridad que pretende actuar lo debe hacer bajo el fundamento legal y el principio de competencia” (Aguilera Portales, Rafael Enrique, *Ciudadanía y participación política en el Estado Democrático y Social*, México, Porrúa, 2010, p. 92).

⁹ Al respecto, García Máynez señala: “El derecho tolera y en ocasiones incluso prescribe el empleo de la fuerza, como medio para conseguir la observancia de sus preceptos. Cuando éstos no son espontáneamente acatados, exige de determinadas autoridades que obtengan coactivamente el cumplimiento. La posibilidad de recurrir a la violencia, con el fin de lograr la imposición de un deber jurídico, se halla, por tanto, normativamente reconocida... Al decir que el derecho es coercible no prejuzgamos el debatido problema que consiste en establecer si la sanción es o no esencial a las normas jurídicas. Coercibilidad no significa, en nuestra terminología, existencia de una sanción... Por coercibilidad entendemos la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado. Ahora bien: esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción.” (García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 39ª. ed., México, Porrúa, 1988, pp. 21-22).

monopolio de la producción jurídica y por tanto, responsable último de su observancia y cumplimiento¹⁰. El Derecho sin coacción sería ineficaz, de manera que el *ius puniendi* del Estado es manifestación del Estado de Derecho, de forma que el Estado, al sancionar aplicando penas o infracciones por los actos ilícitos, sirve al interés general al procurar el cumplimiento y observancia del marco jurídico vigente¹¹.

¹⁰ “De aquí derivará en línea derecha el intento de reducir todo el Derecho a la Ley, lo que no había ocurrido antes a lo largo de toda la historia humana. Este intento se enraíza en esta nueva idea de la Ley que la Revolución ha puesto en marcha y que marcará a toda Europa (no a América, por cierto, como tampoco a Inglaterra...). El mito de la Ley, del que derivará el intento de regulación legislativa generalizada, que va a marcar todo nuestro tiempo desde la Revolución y la codificación francesa, la conversión del Estado en una *machina legislatura* con pretensiones de regular y resolver todas las cuestiones sociales generales, arrancan de esa concepción nueva que Rousseau pensó con la sensación de haber recibido una verdadera revelación divina... Hoy, dos siglos después, nuestra fe en Ley está, ciertamente, bastante quebrantada. De Rousseau, buscando su sueño liberador, hemos venido a recaer, inesperadamente, en Hobbes, en la expresiva fórmula de Dahrendorf, en un absolutismo legislativo regulador y opresor, a su vez generador de incertidumbre y de anomia moral, y no propiamente en el esperado reino de la libertad... En cualquier caso, no parece que tengamos ya otra alternativa que la de seguir rigiéndonos por Leyes. Todo el problema es ahora mejorar su calidad (tanto en sí misma como respecto a su servicio a unos derechos fundamentales, cuya superlegalidad ya no se niega), renunciar a creer que los preceptos escritos pueden encerrar en sus mallas la totalidad de la casuística de la vida social, la cual, además, está afectada de un proceso de cambio y evolución constantes, y, correlativamente, en la técnica aplicativa de la Ley aceptar que pueden entrar en juego otras fuentes del Derecho, especialmente los principios generales del Derecho.” (García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1995, pp. 122-124).

¹¹ Al respecto, resulta de interés la opinión de Parejo al afirmar: “Estos y no otros son los intereses públicos determinantes para las AAPP [Administraciones Públicas], por lo que —con N. Achterberg— puede decirse que el legislador y, en menor medida los restantes órganos estatales, tienen una prerrogativa de definición de dichos intereses. Pues las formalizaciones normativas, complementadas por la doctrina jurisprudencial, valen como intereses públicos reales correctamente identificados... Y ello es así, en último término, porque el primer y más fundamental interés general en un Estado de Derecho consiste en la observancia del Derecho objetivo establecido, frente al cual ningún otro interés público o privado puede prevalecer en circunstancias normales.” (Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª. ed. revisada y actualizada, Bogotá, Tirant lo Blanch-Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 671).

Sin embargo, de lo anterior no se sigue necesariamente la validez de la potestad sancionadora de la Administración, ya que en el contexto de la interpretación tradicional de la División de Poderes¹², se trataría de una atribución propia de los tribunales, siendo así los jueces los facultados para imponer sanciones, previo juicio con las debidas garantías a favor del procesado. Así, la potestad sancionadora de la Administración ha debido ser desarrollada y justificada normativa y argumentativamente.

Ahora bien, no debe sorprender esta aparente inadecuación de la potestad administrativa sancionadora con la teoría de la División de Poderes, cuando consideramos que la propia Administración Pública no encuentra explicación en dicha teoría¹³. Por tanto, para entender por qué y cuándo sanciona la Administración,

¹² “En Inglaterra, la evolución política discurrió por otros cauces. A principios del siglo XVIII y con el advenimiento de la dinastía Hannover, el Parlamento afianza su posición (la exclusividad del poder legislativo) y de la Corona se escinde el Gobierno, que queda responsabilizado frente al Parlamento y del que depende la Administración. Al margen se sitúan los Tribunales, que afirman también su independencia frente al poder real, siendo mera voz u órgano de ‘the law of the Land’, puesto que el Derecho no es producto (y en ello radica la singularidad del ‘common law’) del poder real, sino de las costumbres aplicativas y de las decisiones judiciales (con más la ‘opinio doctorum’). Ello no significa que no exista un Derecho creado por el poder legislativo, sino simplemente que ese Derecho es excepcional, ‘estatutario’ por relación al Derecho general o común y, por tanto, de interpretación y aplicación restrictiva”. Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, Colección Estudios Jurídicos núm. 23, p. 33.

¹³ “... el Estado de Locke se reduce simplemente a esto: Ley y Tribunales por una parte, y la coacción organizada, de otra, esta última, a su vez, tanto para imponer el orden interior respaldando la Ley y las sentencias, como para asegurar la independencia exterior frente a las demás comunidades... lo que en todo caso queda intacto es la idea global del contenido funcional del Estado: Ley y Tribunales, por una parte, y fuerza pública, por otra, para mantener las decisiones de una y otros, y a la vez defender la independencia exterior... La misma conclusión podemos obtener analizando la doctrina de Rousseau. El dogmatismo de la voluntad general lleva a este autor a exacerbar lo que en esos otros anteriores estaba ya expreso, la afirmación de la Ley como piedra clave del sistema político, de modo que las demás funciones estatales refieren a la Ley, como una simple actualización de la misma, toda su sustancia. La idea específica del Gobierno como simple ejecutor de las leyes (generales) es explícita... La idea del Estado que acabamos de exponer no aloja en su estructura, ni propiamente le da cabida, a una Administración como la que el Estado absoluto había erigido en su postrera fase y como la que hoy estamos habituados a conocer... Entre el universo de poderes tan cuidadosamente catalogados y caracterizados no se encuentra uno equiparable a

tenemos que entender qué es lo que hace la misma Administración, es decir, las tareas a su cargo.

Lo primero que habría que apuntar es el consabido problema para definir el contenido de la función administrativa; baste recordar que en su origen y siempre acorde al guion provisto por la Teoría de la División de Poderes, se le identificaba con la ejecución de la ley, concepto que fue pronto abandonado si no por erróneo, sí por insuficiente¹⁴; posteriormente se le trató de definir por exclusión respecto de las funciones legislativa y judicial, debiéndose admitir que con ello nada se ganaba en claridad y precisión¹⁵.

Sin pretender resolver tan compleja cuestión, tengo para mí que la dificultad puede comprenderse y analizarse a partir de un doble rasero. Por un lado, considerando que la Administración como fenómeno es anterior al Estado Moderno (y por tanto al Constitucionalismo y al propio Derecho Administrativo), en virtud de su carácter instrumental al servicio del poder¹⁶, y, por otra parte, a partir del Cons-

la Administración de régimen administrativo propiamente tal". Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 31-35.

¹⁴ "... la pretendida caracterización de la función administrativa como función de ejecución de las leyes conforme al dogmatismo de la división de poderes, ha venido constituyendo para el derecho Administrativo desde sus orígenes un verdadero lecho de Procusto. El supuesto poder ejecutivo se ha sustantivado en un sujeto real y verdadero, autosuficiente para su desenvolvimiento en virtud de los mecanismos técnicos que ya consideramos, que le aseguran una exención respecto de los otros poderes. Es realmente un sujeto que actúa, persiguiendo como todo sujeto multitud de fines, no limitados por supuesto al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias." (García de Enterría, Eduardo, *Revolución...*, *op. cit.*, p. 74).

¹⁵ "La función administrativa es de muy difícil precisión, lo cual ha llevado a algunos autores a tratar de definirla por exclusión de la función legislativa y de la jurisdiccional, al decir que será administrativa toda función pública diferente de la legislativa y judicial, lo que dista mucho de determinar su género próximo y diferencia específica; aunado a lo cual, la aparición de las funciones públicas emergentes, como la función contralora y la electoral, la hacen actualmente inaceptable." (Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, INAP-UNAM-IIJ, 2002, p. 93).

¹⁶ "... la historia de la Administración presenta una continuidad mucho mayor que la historia constitucional. Este hecho... tiene su fundamento en que la materia de que está hecha la Administración es mucho más dúctil que la de la Constitución. La Constitución, objeto siempre del ataque de las fuerzas revolucionarias, no puede más que o afirmarse o derrumbarse frente a ellas, ya que la Constitución tiene su suerte indisolublemente unida a su legitimidad. La Administración, en cambio, se legitima en cada momento

titucionalismo moderno y el surgimiento del Derecho Administrativo, tomando en consideración el carácter también instrumental de este último respecto de la consecución de los fines, siempre variables, del Estado¹⁷.

Es decir, a partir del establecimiento del Estado de Derecho y el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, esta ha actuado en ejecución de la ley¹⁸ aunque se debe advertir que el Estado siempre ha tenido la capacidad de generar el marco normativo que le brinde la habilitación legal para acometer

histórico no sólo como el aparato ejecutivo de un determinado 'sistema' político, sino también como soporte de los servicios públicos, necesarios siempre. Nadie tiene interés en el derrumbamiento de la Administración, ni siquiera los revolucionarios —éstos quizás menos que nadie—, ya que el fallo de la Administración en los Estados superpoblados actuales traería consigo inmediatamente situaciones caóticas." (Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Legaz Lacambra, Garrido Falla et. al., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 25-26).

¹⁷ Haciendo referencia a las ideas de Forsthoff, Parejo señala que "... lo que caracteriza la función administrativa es precisamente el consistir en actividad para la consecución de los fines constitucionalmente fijados; función que se ejerce hoy básicamente a través de la decidida intervención estatal (administrativa) en la sociedad (rompiendo la separación entre Estado y sociedad propios del pensamiento liberal-burgués cuajado en el Estado de Derecho) para la positiva conformación del orden social. Este tipo de actividad, si bien predomina, continúa conviviendo con la tradicional de policía, basada en la dialéctica permisión-prohibición. Así pues, la 'Daseinvorsorge' es el concepto clave que explica el contenido propio y básico de la actividad administrativa... Sintetizando el pensamiento de Forsthoff puede decirse que, para éste, lo esencial es que la Administración ha dejado de ser un mecanismo de simple regulación de la sociedad para transformarse en una actividad de conformación social cara al futuro..." (Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto...*, op. cit., pp. 107-108).

¹⁸ "Pero no hay que olvidar que el ámbito del principio de legalidad y su construcción técnica, se extiende al poder reglamentario del Ejecutivo, que no puede desconocerse en un mundo tan complejo como el actual. Todo el ordenamiento jurídico es una unidad. Todo el accionar del jefe del Estado o del gobierno o de cualquier autoridad, debe estar necesariamente subordinado a la ley, reconociendo en este concepto a la Constitución, la ley formal y la material, como es el reglamento... El principio de la legalidad de la administración sea el 'bloque de la legalidad' como lo llama Hauriou, o el 'principio de juridicidad' en la expresión de Merkl, es el pilar sobre el que descansa un Estado de derecho. Es el freno a la injusticia, la muralla a la arbitrariedad y el arma del ciudadano para combatir los excesos del poder y los abusos de la autoridad." (Chase Plate, Luis Enrique, "La Reforma del Estado", en Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI. Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, México, UNAM-IJ, 2002, Serie Doctrina Jurídica núm. 104, pp. 155-156).

sus fines¹⁹, inclusive si ello implicara, como en efecto lo hizo, romper con el dogma de la Teoría de la División de Poderes, hecho que encuentra una de sus primeras manifestaciones con la creación del mismo Derecho Administrativo²⁰.

¹⁹ "Las decisiones recogidas en la Constitución (escrita o no escrita) acerca del Estado, sus funciones y competencias y su relación con los ciudadanos deben tener su reflejo en la administración y el derecho administrativo si quieren hacerse realidad. En este sentido, cabe afirmar que la administración es 'Constitución en acción'... Ello, por supuesto, no significa que la administración sea un mero componente de la Constitución o que el derecho administrativo pueda derivarse sin más de la Constitución. La administración se encuentra también condicionada por el contexto político, social, económico, tecnológico y cultural de su tiempo, resultando determinantes no sólo los fenómenos y acontecimientos que realmente se produzcan, sino también las concepciones y expectativas que pueda haber en cada momento... La administración y el derecho administrativo se insertan así en el sistema de coordenadas de una Constitución y un entorno que los condicionan. A su vez, ambos repercuten sobre la Constitución... La alineación del derecho administrativo con el derecho constitucional es, pues, un proceso lento, en el que participan en igual medida el legislador, la jurisprudencia y la doctrina." (Hartmut, Maurer, *Derecho Administrativo alemán*, trad. de José Ma. Bobes Sánchez *et. al.*, México, IIJ-UNAM, 2012, Serie Doctrina Jurídica núm. 637, pp. 14-15).

²⁰ Resulta fundamental recordar que no basta el hecho del sometimiento de la autoridad a Derecho, como consecuencia de la Teoría de la División de Poderes, para la creación del Derecho Administrativo sino que es el hecho de la creación de un Derecho especial, exorbitante del derecho común lo que lo produce, como recuerda Rodríguez: "... en el sentido preciso del término no existe derecho administrativo mientras ese conjunto de reglas no sea sustancialmente diferente del que se aplica a las relaciones entre particulares y que dichas reglas no sean obligatorias para los gobernantes... no debe perderse de vista desde un comienzo que el sometimiento de las autoridades a unas normas jurídicas no implica necesariamente la aparición y existencia del derecho administrativo pues, como lo ha mostrado la evolución histórica, para que pueda afirmarse la existencia de esa rama del derecho en un Estado determinado, se requiere que esas normas constituyan un cuerpo especial y diferente de las que regulan la actividad de los gobernados, es decir, de los llamados 'particulares'" (Rodríguez Rodríguez, Libardo, "La explicación histórica del Derecho Administrativo", en Cienfuegos Salgado, David, y López Olvera, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, IIJ-UNAM, 2005, Serie Doctrina Jurídica núm. 213, t. I: Derecho Administrativo, pp. 294-295). Sin embargo, el verdadero rompimiento de fondo de este derecho exorbitante con la Teoría de la División de Poderes se ubica en la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa, ajena al Poder Judicial que debe inhibirse de conocer los asuntos en los que sea parte la Administración, y en el reconocimiento de la facultad reglamentaria del Ejecutivo, permitiendo así la existencia de actos administrativos generales, abstractos e impersonales, es decir, leyes en sentido material al margen del Poder Legislativo. *Cfr.* García de Enterría, Eduardo, *Revolución...*, *op. cit.*, pp. 41-43 y 50-51.

Evidentemente, hablamos del reconocimiento de la existencia de una función de gobierno²¹ distinta de la función administrativa²² aunque ambas ubicadas en el ámbito del Poder Ejecutivo, siendo la primera orientadora o directora de los esfuerzos de la segunda²³, confirmando así su carácter instrumental y echando por

²¹ "La función gubernativa busca impactos de corto, mediano y largo plazos que le permitan al Estado, en abstracto, y al grupo gobernante, en específico, obtener consensos sociales en torno a las actividades públicas, con la conciencia de que la acción se lleva a cabo en una sociedad compleja con recursos escasos, pluralidad de intereses y organizaciones con distinta influencia y que debe competir con otras instituciones que también realizan actividades públicas... La función gubernativa está vinculada con la determinación de cómo se llevará a cabo la gestión de los bienes públicos para lograr la mayor satisfacción de los ciudadanos, a partir de la adopción de una axiología social que se produce, reproduce y transmite para generar consenso social en torno a las instituciones gubernamentales. Esta función tiene a su servicio diversas herramientas como son la racionalidad burocrática (principio de legalidad y jerarquía), el análisis de políticas públicas, el servicio de personas profesionalizadas, el aprendizaje social y el 'marketing público' y se potencializa en la medida en que parte de una reflexión que se traduce en una gestión concreta con resultados medibles." (Valls Hernández, Sergio, y Matute González, Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2003, p. 89).

²² "La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar vinculada la Administración, y hacia él tiene que estar orientada toda su actividad... La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución. Con ello quedan diseñados la posición especial y el cometido del Gobierno del Estado... Que la Administración necesita esta orientación, ha sido ya indicado al aludir a la libertad e independencia de aquélla. La función que lleva a cabo esta orientación se llama Gobierno. Haber reconocido su trascendencia y haberla insertado en la estructura de la Administración es el gran mérito de Lorenz von Stein. En su sistema, el Gobierno constituye la instancia que de manera necesaria responde a la tan radicalmente afirmada independencia de la Administración frente al poder legislativo." (Forsthoff, Ernst, *op. cit.*, pp. 30-31).

²³ "La dificultad primera para la definición del derecho Administrativo, según Meilán Gil, proviene de la naturaleza esencialmente dinámica de su contenido. Esta naturaleza movедiza, esencialmente mudable, le viene al derecho administrativo, en buena parte, de su vinculación a la política, de su deambular en el mundo de la oportunidad y de la conveniencia (Weil). Por eso, la historia del derecho administrativo podría contemplarse como una búsqueda incesante de títulos que justifiquen la intervención de quienes en cada momento son los responsables del poder político, o, también, como el resultado de una serie de tensiones en torno al poder." (Rodríguez-Arana, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, México, Novum, 2011, pp. 45-46).

tierra la pretensión de neutralidad de la administración²⁴, aunque sin desestimar su necesaria especialización y competencia técnica²⁵.

En consecuencia, es entendible que el Derecho Administrativo ha venido cambiando, transformándose, para adaptarse al modelo de Estado al que sirve instrumentalmente²⁶, de manera que resulta natural que en el contexto del Estado

²⁴ "De una administración neutra, garante de los derechos de libertad y propiedad y del orden liberal, se pasó a una Administración configuradora, intervencionista, prestadora de servicios a los ciudadanos, en la que se amplían las relaciones jurídicas con aquéllos haciéndolos partícipes, que se inspira en la consecución de un orden social más justo en el que se garanticen la libertad, la justicia y la igualdad. El principio de legalidad formal se sustituyó por la legalidad material y por la acomodación de la actividad a los principios rectores del orden social y económico, de modo que se estableciera los que Forsthoff denominaba «procura existencial» (Daseinsvorsorge)." (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004, p. 81). No obstante, es menester reconocer que la burocracia, como poder fáctico estatal puede ser también capaz de influir en el gobierno, como nos recuerda el autor de mérito: "Si en el Estado liberal la Administración no tenía filosofía política propia y aceptaba la del Poder político, los administradores modernos tienen su propio sistema de valores, la ideología tecnocrática, de modo que apoyándose en ella la burocracia puede contestar al Poder político. La burocracia tiene influencia sobre el Poder político, ya que la legislación delegada o autónoma que procede del Poder ejecutivo es obra de los funcionarios, siendo cada vez mayor la legislación gubernamental salida de la alta función pública, más abundante que la legislación política que dicta el órgano representativo." (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 179).

²⁵ "En el Estado contemporáneo se ha tratado de independizar a cada uno de los elementos que, históricamente, constituían el Poder ejecutivo, considerando a la Administración como un medio para el desarrollo de las decisiones del Gobierno, con independencia de que cumpla los fines que la Constitución y el ordenamiento jurídico le asignan como a la maquinaria o sustento básico del propio Estado. A este fin se concede autonomía orgánica a la Administración y se persigue su profesionalización e independencia de las contingencias políticas, a fin de garantizar el cumplimiento de sus propios fines y preste los servicios que el Estado proporciona a los ciudadanos, distintos de la función legislativa y judicial. Esta concepción de una Administración neutra, imparcial en el juego político, profesionalizada y estable, es objetivo común en los sistemas políticos democráticos." (*Ibidem*, pp. 177-178).

²⁶ "El Derecho administrativo y el Estado establecen, desde los orígenes del primero, una relación instrumental, en la que el último sólo puede consolidarse y expandirse en la medida en que cuenta con un sistema racional de normas que regula y limita su funcionamiento. Todo avance en la capacidad de acción del Estado está acompañado de una transformación del Derecho administrativo y una precisión de los límites de la actuación del Estado; es decir, definición de la esfera de libertades de la persona." (Valls Hernández, Sergio, y Matute González, Carlos, *op. cit.*, p. 15).

de Derecho y de una Administración cuya actuación debe necesariamente producirse conforme al principio de legalidad en sentido extenso como afirma Chase, se haya convertido en un derecho de la conducción²⁷. De esta manera, a cada tipo o modelo de Estado²⁸ históricamente ha correspondido un Derecho Administrativo con características específicas en lo que se refiere a los medios o instrumentos de que se dota a la Administración (atribuciones, potestades)²⁹, precisamente para alcanzar los fines que dicho modelo se plantea, con el agravante, en cuanto a complejidad, que el modelo estatal correspondiente puede pasar, pero las atribuciones y potestades permanecen como parte del instrumental operativo cotidiano de la Administración de manera que dada su complejidad y alcances en la vida contem-

²⁷ "La inseparabilidad del derecho administrativo con los cometidos estatales de gobierno y de la realización del interés general, así como la exigencia de efectividad, le dan a nuestra rama la característica de ser el derecho de la conducción, de la dirección... Para que la conducción sea eficaz, el derecho administrativo provee un conjunto de técnicas jurídicas que la hacen posible..." (Roldán Xopa, José, *op. cit.*, p. 65).

²⁸ Existen múltiples clasificaciones; para efectos de ejemplificación haremos referencia a la propuesta por Aguilera, quien se refiere al Estado-policía, entendiendo por tal aquel en el que la Administración Pública está absolutamente subordinada al poder político de quien es su brazo ejecutor, como poder técnico y mecánico, y cuya forma de organización es departamental con fuerte dependencia del gobierno; su forma de actuación es garantista donde rige la primacía de la ley y el respeto a los procedimientos legales; está fuertemente centralizada en el ejecutivo y es una administración pequeña, y padece un déficit democrático interno; el Estado Social caracterizado por intervenir en la vida económica y social de la comunidad y tratar de satisfacer las necesidades básicas de todos los ciudadanos, por lo que asume todos los servicios públicos con la función prioritaria de dar cobertura sobre todo a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad, y que supone un incremento del gasto público así como un fuerte crecimiento de la actividad de su Administración Pública, ejerciendo mayor interacción e influencia sobre la sociedad civil y el mercado, y por último el que denomina Estado privatizador, y que según este autor ha significado una continuación del modelo del Estado Social inspirado en las corrientes de pensamiento del neoliberalismo económico; en el que los criterios de eficiencia, gestión y racionalización administrativa han influido en su configuración por lo que se incentiva la privatización de empresas y servicios públicos descargando al Estado de la gestión de los mismos, igualmente se exige a los funcionarios una mayor eficacia en su gestión. *Cfr.* Aguilera Portales, Rafael Enrique, *op. cit.*, pp. 92-93.

²⁹ "La Administración está en función de las funciones, en el sentido de que las funciones que está llamada a realizar determinan los otros elementos." (Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 22).

poránea, acude y utiliza todos los medios a su alcance, con diferente intensidad en función de las necesidades de política pública o gubernativas de cada momento³⁰.

Así, podemos afirmar que existe también una larga tradición entre los administrativistas por lo que hace al intento de establecer una clasificación que permita distinguir el complejo contenido que informa la función administrativa³¹. Los intentos de clasificación han sido múltiples y diversos de acuerdo con cada estudioso³², pero

³⁰ "... las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento." (Rodríguez-Arana, Jaime, "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI: Nuevas perspectivas," en *Revista Aragonesa de Administración Pública* (Separata), Aragón, núm. 31, 2007, p. 227).

³¹ "Si la Administración puede ser (y normalmente lo es) relevante en su totalidad... ni el análisis de las unidades administrativas, ni el de los actos singulares de todos los procedimientos en los que se articula, consiente agotar el examen de la Administración-función. Esta no acaba en la suma de la organización, los actos y los procedimientos. Hay algo más que precede a la organización y a la actividad administrativa y afecta a la forma misma de presentarse la Administración ante la sociedad. Un estudio del Derecho administrativo como conjunto de aparatos y procedimientos quedaría, por así decir, vacío, ya que le falta su aspecto sustancial constituido por las funciones desarrolladas que son, a la postre, la base fundacional de las Administraciones Públicas porque constituyen su razón de ser." (Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 106).

³² A manera de ejemplo, Maurer se refiere a (i) la actividad administrativa de ordenación, que persigue el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos mediante la defensa frente a los peligros que los amenacen; (ii) una actividad administrativa de prestación, que tiene por objeto la garantía y la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos mediante la ayuda selectiva a determinados individuos, por un lado, y la prestación e instauración de servicios y establecimientos públicos, por otro; (iii) la actividad de garantía, en la que el Estado transfiere o confía al sector privado, al mercado y a la libre competencia, determinadas actividades de procura existencial antes prestadas por él mismo, debiendo asegurar, a través de los mecanismos apropiados, que tales actividades son desarrolladas por las empresas privadas en una medida suficiente y de un modo adecuado, por lo que el Estado interviene en el mercado regulándolo; (iv) una actividad administrativa de orientación que persigue la promoción y dirección de sectores completos de la vida social, económica y cultural mediante medidas como la ordenación del territorio, el apoyo a sectores económicos estructuralmente débiles o el fomento de iniciativas culturales, mediante el otorgamiento de subvenciones que estimulan a los particulares; (v) una actividad administrativa tributaria para la obtención de recursos pecuniarios requeridos por el Estado, mediante la recaudación de los impuestos y demás tributos a satisfacer por los ciudadanos, y (vi) una actividad administrativa de provisión que se ocupa de proporcionar los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de las funciones administrativas. *Cfr.* Hartmut, Maurer, *op. cit.*, pp. 7-10. Por su parte, Cassese se refiere a las atribuciones competenciales de

para efectos de este trabajo centraremos la atención en la perspectiva que la analiza desde el punto de vista de sus efectos en la esfera jurídica de los particulares.

En este sentido, en un primer acercamiento podríamos referir a la tradicional distinción germánica entre Administración interventora y Administración de prestación³³, con la que se daba cuenta del fenómeno del surgimiento y desarrollo del modelo de Estado Benefactor (*Daseinvorsorge*, en su versión alemana), aunque fue posteriormente superada por alternativas más descriptivas.

Desde el punto de vista de la doctrina *ius* administrativista mexicana, tanto Serra³⁴ como Delgadillo y Lucero³⁵ coinciden en clasificar el contenido de la fun-

tipo finalista, a las que clasifica en las siguientes categorías: (i) disciplina reguladora de relaciones privadas, que consta de actividades realizadas en función de fines públicos y privados, ninguno de los cuales tiene relevancia pública, pero cuyo funcionamiento conjunto es considerado de interés público por lo que las Administraciones aseguran que los actos realizados entre particulares tengan determinados requisitos y tienen una posición que se puede definir como la de un tercero; (ii) actividades dirigidas a particulares con un contenido directivo, no de regulación que se refiere a la tutela de intereses colectivos; (iii) servicios, en sentido amplio, prestados indiferentemente a todos los ciudadanos, no es cuanto individuos, a los que por tanto, no es posible restringirles el acceso; (iv) servicios prestados a cada ciudadano, por lo que, en su caso, se le podría limitar el disfrute del servicio, y (v) actividades realizadas con el fin de vender bienes o servicios y ordenadas, por tanto, en forma de empresa. *Cfr.* Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 114.

³³ "... la conocida contraposición entre Administración interventora-Administración de prestación (y la correspondiente con ésta, entre Estado de Derecho-Estado social). La distinción entre los dos tipos de administración (*Eingriffsverwaltung* y *Leistungsverwaltung*) se debe a la ciencia jurídica alemana. Esta se apercibió, en la primera mitad del siglo, pero especialmente en torno a los años cincuenta, que la dialéctica entre límite administrativo y libertad privada no lograba explicar la hipótesis, cada vez más frecuente, en que las Administraciones públicas daban prestaciones útiles para los particulares (electricidad, gas, transportes, servicios sanitarios, etc.) y se presentan, por tanto, según la terminología alemana, como Geber o Leistungsträger (realizador de prestaciones)." (Cassese, Sabino, *op. cit.*, p. 115).

³⁴ "La doctrina distingue cuatro modos de la actividad administrativa: 1. Policía; 2. Fomento o estímulo a la iniciativa particular; 3. Servicio público; y 4. Actividad o gestión económica. Las diferencias entre estas actividades no son tajantes, pues en diversas ocasiones se sobreponen, se implican o son reguladas de diversa manera por la legislación administrativa." (Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 486).

³⁵ "Enunciados con anterioridad lo fines del Estado, tenemos que las actividades, tareas o cometidos que asignan a sus órganos para la consecución de aquellos pueden ser identificados por el contenido y efectos que producen en la esfera jurídica de los particulares. De esta forma encontramos que el contenido de la actividad del Estado

ción administrativa en cuatro categorías: policía o control, servicio público, fomento y gestión económica. Si bien la primera de ellas puede ser claramente vinculada al modelo de Estado-policía, mientras que las tres restantes se vinculan con el Estado Social (sea este calificado de Derecho o Benefactor), todas ellas subsisten y coexisten en el Estado contemporáneo, y poseen sus propios medios jurídicos de manifestación. En este sentido, se afirma que la potestad sancionadora es el medio típico de la actividad de policía, las subvenciones y las ayudas son los medios típicos de la actividad de fomento y la concesión administrativa es el medio habitual de prestación de los servicios públicos³⁶.

En tal virtud, conviene detenernos un momento sobre la actividad de policía toda vez que es a ella a la que se vincula la potestad sancionadora. Se trata, como se sabe, de la manifestación más antigua de la función administrativa, y en su sentido originario³⁷, inclusive anterior al Derecho Administrativo. Así, su sentido

puede encuadrarse en cuatro diferentes grupos: policía o control, fomento, servicio público, y gestión económica." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo, Primer Curso*, 3ª. ed. actualizada, México, Porrúa, 1988, p. 37).

³⁶ Cfr. Blanquer, David, *Introducción al Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 91.

³⁷ "En el Estado absoluto ilustrado y como consecuencia precisamente de las ideas iluministas, surge y se desarrolla a lo largo del siglo XVIII... y hasta, en algunos países, bien mediado el siglo XIX, una específica ciencia: la llamada ciencia de la policía, que no fue otra cosa... que la doctrina científica del gobierno y administración interiores del Estado... Generalmente se afirma que esta ciencia fue un fenómeno específicamente germánico, que se proyectó hacia el resto de Europa... Lo que parece desde luego indudable es que fue en Alemania y Austria donde esta ciencia adquirió (bajo perfiles propios y peculiares) un mayor auge y desarrollo, llegando a contar durante largo tiempo ... con un asiento universitario específico." (Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto...*, op. cit., p. 43). Guerrero, haciendo referencia a las ideas de Von Justi, define su objetivo en los siguientes términos: "Corresponde a la policía potenciar las fuerzas materiales, morales e intelectuales que, situadas en el seno de la sociedad, incrementan el poderío del Estado y el bienestar de la sociedad... La policía es un impulso progresivo que vela por la salud, nutrición y vigor completos del Estado, en tanto que la política es una fuerza pronta a prevenir las guerras con los Estados extranjeros o las sediciones intestinas, o activar medidas punitivas contra los mismos." (Guerrero Orozco, Omar, *Teoría administrativa del Estado*, México, Oxford University Press, 2000, Colección Textos Universitarios en Ciencias Sociales, p. 14). De acuerdo con el mismo autor, con posterioridad a la Revolución Francesa fue desestimado por Charles-Jean Bonnin, quien en 1808 plantea el actual concepto de Administración

y alcance ha venido variando en el tiempo, reduciéndose de un intento de racionalizar la totalidad de la actuación del gobierno y su actividad en beneficio de la colectividad, a uno más acotado a la seguridad y el orden público³⁸. En todo caso, es claro que la actividad de policía es, como también se le denomina, actividad de control o de limitación de los particulares³⁹, con la finalidad de establecer y preservar un determinado orden o condiciones normativamente previstos, de modo que, al asegurar su regularidad, la Administración preserva el interés general.

Conforme a lo anterior, Serra señala que el régimen de policía regula aspectos tanto de la actividad de los particulares como de la propia Administración, siendo así una actividad administrativa encaminada a crear un clima propicio para el desarrollo nacional, que demanda una convivencia pacífica y ordenada ya que el desorden altera la paz y tranquilidad pública, retardan el desarrollo de las instituciones y obstaculizan el que alcancen toda su eficacia⁴⁰. Se disiente del planteamiento anterior ya que no se considera que el control de la Administración sea parte de la atribución de policía administrativa toda vez que hemos adoptado esta clasificación a partir de los efectos que la actividad administrativa produce en la esfera jurídica de los particulares, y se estima limitada en la medida en que parece conceptualizar su finalidad en términos de prevención del desorden, cuando al ser ejecución de la ley en sentido amplio, comprende mucho más. Sobre el tema, Delgadillo y Lucero

Pública, distinguiéndola de la policía, a la que atribuía el actual sentido de seguridad pública y separándola de la noción de ciencia y arte del gobierno, que ahora se ubica en la Administración Pública, como la forma de acción propia del Estado (Cfr. Guerrero Orozco, Omar, *op. cit.*, p. 6).

³⁸ "En su origen histórico la idea de policía se asocia a la cosa pública; ese término hace alusión a la polis, a lo que atañe a la ciudad y la ciudadanía; el primer significado de la voz policía alude a la satisfacción de los intereses públicos. Con el tiempo la expresión perdió su significado originario y a través de un proceso histórico en el que no es posible detenerse en este momento terminó identificándose con el mantenimiento del orden y seguridad públicos." (Blanquer, David, *op. cit.*, p. 93).

³⁹ "La actividad administrativa de intervención es aquella que incide en la esfera jurídica del ciudadano, limitando su libertad o derecho de propiedad, imponiéndole en definitiva, cargas y obligaciones. La actividad administrativa de prestación, en cambio, confiere al ciudadano prestaciones y otros beneficios. En el primer caso, la administración muestra su autoridad, empleando la coacción, si es necesario, para imponer sus mandatos, mientras que en el segundo se presenta amable y dispuesta a ayudar y favorecer al ciudadano." (Hartmut, Maurer, *op. cit.*, p. 10).

⁴⁰ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, pp. 486-487.

señalan que a través de esta atribución se regula la actividad de los particulares con el fin de mantener el orden público y que se manifiesta en normas que limitan la acción de los gobernados, en prevenir la violación de derechos y sancionar la comisión de ilícitos⁴¹, lo que parece más acorde a la naturaleza de la atribución a condición de asumir una noción amplia de orden público, ya que efectivamente reconoce que se manifiesta una normativa que limita o condiciona a los particulares e incluye el elemento sancionador como condición de su efectividad. En este sentido, la definición anterior parece alineada con la opinión de Blanquera que señala que el contenido de esta actividad se integra por autorizaciones, órdenes y reglamentos, pero también con medidas que imponen prestaciones forzosas, expropiaciones, sanciones y la ampliación de derechos mediante el otorgamiento de concesiones⁴², lo que pone en evidencia que la noción de policía administrativa es mucho más amplia que la acepción popular del vocablo.

En este sentido, la policía o actividad administrativa de limitación se nos presenta como algo más complejo de lo que pareciera a primera vista. Ya Bedel, según lo cita Serra, distinguía entre una policía general, encargada del mantenimiento del orden, la seguridad y la salubridad, y una policía especial, relacionado con actividades privadas respecto de las cuales la Administración ha sido facultada normativamente para limitar⁴³, es decir, para regular y controlar su ejecución. En este sentido, el propio Serra ya reconocía la existencia de una policía de ejecución de leyes administrativas y una policía preventiva o del orden común, llamada al mantenimiento del orden público y la tranquilidad social⁴⁴.

Lo que resulta inconcuso es el hecho evidente de que actualmente, la policía, control o actividad administrativa de limitación es algo mucho más extenso y complejo que la mera actividad de seguridad y orden público, así como de salubridad y que, en la medida en que la actividad administrativa de prestación se ha reducido por el cambio de modelo de Estado, se ha incrementado el universo de actividades privadas sometidas a una regulación administrativa que determina

⁴¹ Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Primer Curso*, op. cit., p. 38.

⁴² Cfr. Blanquer, David, op. cit., p. 94.

⁴³ Cfr. Serra Rojas, Andrés, op. cit., p. 491.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 490.

diversas condiciones para su desarrollo⁴⁵, dando un nuevo impulso a esta antigua manifestación de la función administrativa⁴⁶.

Ahora bien, a fin de cumplir con su cometido, la actividad de policía, control o limitación, particularmente en su manifestación de ejecución de normas administrativas, debe servirse necesariamente de la potestad sancionadora para castigar las conductas ilícitas e incentivar la observancia de las disposiciones que dan sentido jurídico al interés general⁴⁷. No se pretende con ello afirmar que la potestad sancionadora sea una actividad de limitación de los derechos, ya que tal limitación deriva de la norma administrativa cuyo cumplimiento debe ser supervisado por la Administración en ejercicio de la atribución de policía, por lo que el recurso a esta potestad es el instrumento de remediación o castigo frente a la ilicitud que representa la inobservancia de la norma que limita la esfera jurídica de derechos del administrado, perjudicando así el interés general⁴⁸.

⁴⁵ "... en un tercer tipo de normas administrativas los destinatarios más directos son los particulares o los administrados, pero presuponen la presencia vigilante de la Administración como garante de su efectividad. Son aquellas normas de intervención en las relaciones entre particulares que la Administración no ha de cumplir, pero a la cual se responsabiliza de que las cumplan los particulares destinatarios, atribuyéndole una potestad sancionadora o arbitral para conseguir su efectividad... A este grupo pertenecen, entre otras, las normas de regulación de precios o de la libre competencia, cuyos destinatarios inmediatos son los particulares..." (Parada, Ramón, *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, p. 10).

⁴⁶ "Por cuanto se refiere a las técnicas tradicionales de intervención administrativa en una sociedad globalizada, que tiende a la máxima libertad y a la reducción del papel de los poderes públicos, pierde protagonismo la Administración en la vida económica, sustituyéndolo por el control propio de la policía y el estímulo de la dinámica social y la iniciativa individual del fomento. Supone el fin del proceso que desde la policía condujo al servicio público..." (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 197).

⁴⁷ "Este poder sancionador es el que apoya al régimen de policía en todas sus manifestaciones. Todo precepto requiere de una sanción, por ello el sistema de sanciones es la base más importante del régimen de policía." (Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 489).

⁴⁸ Algún sector de la doctrina incluye las sanciones en la actividad administrativa de limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos, pero lo cierto es que nadie tiene un derecho o libertad a infringir las normas jurídicas. El presupuesto de la sanción es una infracción no un derecho que resulta limitado a resultas de la potestad administrativa. Se impone una sanción cuando se comete una infracción, no cuando se quiere limitar un derecho o libertad." (Blanquer, David, *op. cit.*, p. 97).

III. FUNDAMENTOS DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA EN MÉXICO

Al incipiente desarrollo teórico y doctrinal nacional del Derecho Administrativo Sancionador⁴⁹ debe sumarse la limitada fundamentación positiva, particularmente constitucional, de la potestad sancionadora de la Administración, por lo que, ante la necesidad de sustentarla, se ha debido recurrir a la inferencia, la argumentación y su derivación analógica de diversas disposiciones. Por un lado, Serra calificaba de confuso su desarrollo constitucional⁵⁰, mientras que Delgadillo y Lucero señalan, que comparte la fundamentación constitucional de la policía administrativa⁵¹ y segundo, su vinculación con la facultad constitucional de hacer cumplir las leyes⁵². Por su parte, Roldán sin referir expresamente a su fundamentación constitucional, afirma que la configuración de las sanciones se determina por los parámetros de racionalidad del poder punitivo⁵³, lo que necesariamente nos remite a los derechos

⁴⁹ "En el caso de México, existe el desconocimiento caso generalizado de esta importante rama del derecho administrativo y, por tanto, su estudio y aplicación se encuentran en una etapa muy temprana, porque todavía observamos que algunas sanciones administrativas carecen de las garantías que aseguren la correcta tutela de los derechos o bienes jurídicos en cuestión." (Góngora Pimentel, Genaro David, "El reconocimiento del Derecho Administrativo Sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-IIJ-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, Serie Doctrina Jurídica núm. 447, t. XII: Ministerio Público, contenciosos administrativos y actualidad jurídica, p. 258.

⁵⁰ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 489.

⁵¹ "... si la policía administrativa tiene su apoyo no sólo en los preceptos constitucionales que aluden a los reglamentos de policía, sino también en aquellos en que se contempla la limitación o restricción de los derechos individuales, previstos en los ordenamientos legales, resulta incuestionable que la facultad sancionadora de la Administración Pública deriva también de los mismos." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Segundo Curso*, *op. cit.*, pp. 193-194).

⁵² "... si se privara a la autoridad administrativa de la facultad sancionadora, quedaría limitada en su facultad para ejecutar las leyes, que establece la fracción I del artículo 89 constitucional, dejando a la autoridad sin la suficiente fuerza para el desempeño de su función." (*Ibidem*, p. 195).

⁵³ Refiriendo de forma expresa pero no limitativa, a los principios o derechos fundamentales de tipicidad, proporcionalidad, prohibición de confiscación, fundamentación, motivación. Cfr. Roldán Xopa. José, *op. cit.*, p. 399.

fundamentales previstos en la Constitución incluidos, pero no limitado, a los aplicables a la materia penal.

Así, sin pretensión de dar por solventada tan delicada cuestión, se estima factible afirmar que el fundamento de la potestad sancionadora puede derivarse, en principio, de los Artículos 21, 22 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Simplificando los textos para efectos de la exposición, el primero de ellos señala que la imposición de penas, su modificación y duración son exclusivas de la autoridad judicial y faculta a la autoridad administrativa para aplicar sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, que consistirán únicamente en multa, arresto hasta 36 horas o trabajo comunitario. Esta disposición es importante porque permite distinguir la doble vertiente del *ius puniendi*, penal y administrativa⁵⁴, de donde es posible inferir que las penas y delitos corresponden al ámbito judicial mientras que las infracciones y sanciones al administrativo⁵⁵.

La distinción anterior se confirma por el Artículo 22 de la CPEUM, que establece que no se considera confiscación de bienes la decretada para el pago de multas o impuestos ni la decretada por autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Sin embargo, algún sector de la doctrina, en una interpretación letrista del Artículo 21 de la CPEUM, planteó que las infracciones y sanciones administrativas deberían limitarse a las específicamente señaladas, y que la existencia de cualquier otra debería por tanto considerarse inconstitucional. Para desvirtuar tal aseveración, se debe atender al Artículo 73, fracción XXI, inciso b) de la CPEUM, que faculta al Congreso de la Unión para expedir la legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y las

⁵⁴ "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, pero la imposición de las sanciones administrativas corresponde a la Administración pública. Esto no es más que un criterio de competencia que es útil, además, para deslindar dos ordenamientos que guardan estrecha relación y antecedentes, pero que deben evolucionar con entera independencia... Si hubo dudas y recelos sobre la naturaleza del poder sancionador de la Administración, el derecho administrativo moderno lo reconoce en toda su amplitud como uno de los elementos indispensables para mantener el orden administrativo." (Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 514).

⁵⁵ "En nuestro sistema jurídico utilizamos el término infracción como una especie del ilícito, y el delito como la otra." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Segundo Curso*, *op. cit.*, p. 197).

sanciones que deban imponerse, lo que se ha interpretado como el fundamento para que el Congreso establezca, de forma independiente de los delitos, infracciones y sanciones administrativas para supuestos distintos a los expresamente indicados por el referido Artículo 21, ya que se estima que este no limita la atribución del Congreso antes indicada⁵⁶.

El anterior puede considerarse el núcleo duro e histórico, en el que se apoyan quienes defienden la constitucionalidad del Derecho Administrativo Sancionador y de la potestad sancionadora de la Administración, ya que incluye la totalidad de los preceptos de rango constitucional que hace expresa referencia a las infracciones y sanciones administrativas. Sin embargo, si como se ha planteado en el apartado precedente, aceptamos que la potestad sancionadora está indisolublemente vinculada a la actividad de policía o de limitación⁵⁷, y que resulta indispensable para el cumplimiento del principio de legalidad al que se sujeta a la propia Administración⁵⁸ en virtud del mandato al Ejecutivo contenido en el Artículo 89, fracción I de la CPEUM para proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de las leyes que expida el Congreso, se estima que puede ser también sustentada en el propio ámbito que la Constitución otorga a la actividad de policía administrativa, ya que la regulación sin posibilidad de hacer efectivo su cumplimiento, es letra muerta⁵⁹. En tal virtud, es necesario atender también lo dispuesto por el capítulo económico de

⁵⁶ "En el sistema jurídico mexicano corresponde al legislador hacer la diferenciación entre las infracciones o faltas y los delitos, ya que la Constitución Política así lo regula." (*Ibidem*, p. 198).

⁵⁷ "... la potestad sancionadora de la Administración Pública tiene su apoyo en uno de los medios de la policía administrativa, como es la coacción que, como se indicó, puede consistir en castigar las conductas infractoras de las disposiciones legales respectivas, o bien, en hacer efectivo por la vía forzosa el cumplimiento de un acto administrativo." (*Ibidem*, p. 193).

⁵⁸ "... el poder sancionador del Estado se deriva de la propia naturaleza de la ley. La sanción aparece como un elemento esencial para la facilidad de la norma, sin ella sería una vana ilusión, es una medida punitiva en caso de no ejecución de una ley." (Serra Rojas, Andrés, *op. cit.*, p. 504).

⁵⁹ "El Estado tiene que actuar autoritariamente, de lo contrario no cumplirá su misión. Las sanciones son los medios idóneos para el cumplimiento de la ley, y obliga al reuente a someterse a ella. Los medios sancionadores son diversos de acuerdo con los propósitos de la ley, y sea en forma directa, ya por medios indirectos, según el caso de que se trate. La sanción es un remedio extremo para mantener el principio de legalidad. La sanción es un elemento necesario para la eficacia de la norma, y la amenaza del poder público ante la inobservancia legal." (*Idem*).

la Constitución, que da cuenta de las recientes transformaciones del Estado, para dimensionar los verdaderos alcances que debe reconocerse a la potestad sancionadora.

En este sentido, conviene recordar que el Artículo 25 de la CPEUM otorga al Estado la rectoría del desarrollo nacional garantizando que sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía, su régimen democrático y que mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, para lo cual planeará, conducirá y orientará la actividad económica y regulará y fomentará las actividades que demande el interés general en el marco de las libertades consagradas por la Constitución, y que bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad, apoyará e impulsará a las empresas, sujetándolas a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

Por su parte, el Artículo 27 de la CPEUM conserva la disposición que faculta a la Nación a imponer a la propiedad privada, en todo tiempo, las modalidades que dicte el interés público y de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación con el objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar la conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población. Finalmente, el Artículo 28 de la CPEUM, en materia de concesión de servicios públicos y de bienes del dominio público, dispone que serán las leyes las que fijen las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de su prestación y la utilización de los bienes, evitando fenómenos de concentración contrarios al interés público.

Este es el marco normativo vigente que delimita la actividad de policía o de limitación, y refleja los mandatos constitucionales a la autoridad, y si bien el Poder Ejecutivo no actúa en ejecución directa de la Constitución, sí lo hace a partir de las leyes expedidas por el Congreso de la Unión en cumplimiento de este marco, mismo que para ser efectivo requiere de la potestad sancionadora⁶⁰. En este sen-

⁶⁰ “La legislación administrativa está inspirada en el interés público, en la utilidad pública y en el mantenimiento del orden público. Para hacer eficaz esta legislación es necesario que el régimen de policía consagre la potestad sancionadora de la Administración pública, o facultad de castigar las violaciones a una ley administrativa que no constituyen delitos.” (*Ibidem*, pp. 503-504).

tido, es fundamental considerar que si bien la potestad sancionadora es parte del régimen exorbitante de la Administración⁶¹, está sujeta y acotada por el principio de legalidad, de modo que sólo así puede considerarse como atribución legítima de la autoridad⁶² y obligación vinculante para el administrado⁶³. Así, la potestad sancionadora, siendo inherente a la actividad de policía y desarrollada en el contexto del principio de legalidad, no constituye en principio y a reserva de verificar las condiciones de su aplicación en cada caso, un ejercicio arbitrario del poder de la Administración.

Conforme a lo anterior, la legislación administrativa vigente, ajena a la discusión teórica, prevé un amplio catálogo de disposiciones que sustentan la potestad

⁶¹ "... como señala Benoit, mientras en Derecho privado la idea dominante es que los individuos y sus intereses son tratados con igualdad, el derecho administrativo es el derecho de la desigualdad dentro de un cuadro de legalidad. Pero... esta diferencia con el Derecho privado opera, más que en lo sustancial, en el plano externo de la garantía. Manifestaciones sobresalientes del mismo son ante todo el poder reglamentario mediante el cual la Administración interpreta y completa las leyes; el poder de autotutela, en sus dos vertientes de autotutela declarativa (presunción de validez de los actos administrativos) y autotutela ejecutiva, o privilegio de decisión ejecutoria que otorga una protección directa e inmediata de las actuaciones de la Administración, de forma tal que los particulares afectados deben de aceptar esta decisión previa, y si no están conformes recurrir en posición de demandantes y desposeídos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (de ahí su carácter revisor); a lo que hay que sumar... el poder sancionador directo que permite a la Administración castigar por si misma los supuestos de incumplimiento del ordenamiento administrativo al margen del sistema penal." (Parada, Ramón, *op. cit.*, p. 20).

⁶² "El ejercicio de la función administrativa considera la existencia de una serie de facultades otorgadas a favor de los órganos de la Administración Pública, con el fin de que éstos puedan cumplir con las tareas que los ordenamientos legales les imponen. Entre tales facultades se encuentra la correspondiente a la imposición de sanciones por infracciones a las leyes administrativas... La facultad sancionadora de la Administración Pública constituye una facultad inherente y esencial para la existencia de la función administrativa, en cuanto que sin ella no sería posible que los órganos Administrativos ejercieran sus atribuciones, pues carecerían de los medios coercitivos para hacer que los gobernados cumplan con las disposiciones legales y con los mandatos de los actos administrativos." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Segundo Curso*, *op. cit.*, p. 193).

⁶³ "Identificadas las obligaciones público-subjetivas de los gobernados, como las conductas que establecen las normas, a cargo de las personas que realicen el supuesto previsto en ellas, podemos decir que cuando el obligado no cumple con el mandato legal, incurre en un ilícito, y se hace acreedor a la sanción prevista en la propia norma legal." (*Ibidem*, p. 196).

sancionadora de la Administración para hacer efectiva su actuación. Ante la imposibilidad de considerar cada uno de ellos, se hará referencia al más general, la LFPA que dispone que las sanciones administrativas deben estar previstas en las leyes respectivas (en referencia a las leyes especiales aplicables a cada materia), indicando que pueden consistir en⁶⁴: (i) amonestación con apercibimiento; (ii) multa; (iii) multa adicional por cada día que persista la infracción; (iv) arresto hasta por 36 horas; (v) clausura temporal o permanente, parcial o total, y (vi) las demás que señalen las leyes o reglamentos⁶⁵ (Art. 70 LFPA).

En materia de multas, se autoriza la duplicación de la impuesta, en caso de reincidencia, pero sin exceder del doble del máximo (Art. 71 LFPA). El ordenamiento en comento establece que para la imposición de sanciones se debe agotar un procedimiento que supone la previa notificación al infractor y el otorgamiento de un plazo de 15 días para exponer lo que a su derecho convenga y ofrecer las pruebas con que cuente (Art. 72 LFPA), y una vez escuchado y desahogadas las pruebas, dentro de los 10 días siguientes se emitirá por escrito la resolución que corresponda, que deberá ser notificada al infractor (Art. 74 LFPA), dando así cumplimiento a la garantía de audiencia y la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento.

El margen de discrecionalidad de la autoridad para la determinación de la sanción se acota al establecerse que ésta fundará y motivará su resolución, considerando (i) los daños producidos o que puedan producirse; (ii) la intencionalidad de la acción u omisión; (iii) la gravedad de la infracción, y (iv) la reincidencia (Art. 73 LFPA). La ley que nos ocupa autoriza a las autoridades a hacer uso de las medidas legales necesarias, incluido el auxilio de la fuerza pública, para lograr la ejecución de las sanciones (Art. 75 LFPA); reconoce la procedencia de la imposición de más de una de las sanciones previstas en el Artículo 70, separándose del principio *non bis in*

⁶⁴ El Artículo de mérito confunde la infracción (conducta tipificada), con la sanción (consecuencia jurídica derivada de la ilicitud), ya que lo que deberían prever las leyes administrativas especiales son las primeras, toda vez que el precepto de mérito contiene la relación de sanciones aplicables (aunque remite de nuevo a las leyes especiales, haciendo inútil el precepto). Se trata de un ejemplo de falta de técnica y desconocimiento jurídico del legislador.

⁶⁵ Con lo que se marca diferencia con la materia penal, al desestimar el principio de reserva de ley en la determinación de las infracciones, anticipando así al modelo de Estado Regulador.

idem (Art. 76 LFPA), aunque si impone la carga cuantificar separadamente las multas que se impongan en una misma acta o cuando en ella se incluya a dos o más infractores (Art. 77 LFPA); se reconoce la independencia de las infracciones administrativas de penas que se impongan por los delitos en los que puedan incurrir los infractores (Art. 78 LFPA); se fija la prescripción de la facultad para sancionar en cinco años, desde el día que se cometió si fuere consumada, o desde que cesó si fuera continua (Art. 79 LFPA), y se señala que la prescripción se interrumpirá en caso de que el infractor impugne los actos de la autoridad, hasta en tanto se resuelva en definitiva, sin posibilidad de ulterior recurso, y que la prescripción se hará valer vía excepción debiendo la autoridad declararla de oficio (Art. 80 LFPA).

Finalmente, debemos apuntar que la existencia y validez del Derecho Administrativo Sancionador en México fue reconocida en jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro “Derecho Administrativo Sancionador. Para la construcción de sus propios principios constitucionales es válido acudir de manera prudente a las técnicas garantistas del Derecho Penal, en tanto ambos son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado”, en la que se reconoce que el Derecho Administrativo Sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados y que, en la sanción administrativa guarda similitud fundamental con las penas, ya que ambas son reacción frente a lo antijurídico, por lo que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado por lo que, dada la similitud y la unidad de esta potestad, en la interpretación constitucional de los principios del Derecho Administrativo Sancionador puede acudirse a los principios penales sustantivos, aunque la traslación de ellos en grado de exigencia no pueda hacerse de forma automática, sino en la medida en que resulte compatibles con su naturaleza, hasta en tanto el desarrollo jurisprudencial forme los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado y que, hasta en tanto, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del Derecho Penal⁶⁶.

⁶⁶ Cfr. Tesis P/J 99/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto 2006, p. 1566.

Esta importante jurisprudencia se corresponde con los planteamientos de la doctrina, que coinciden tanto en la existencia de la disciplina del Derecho Administrativo sancionados de forma independiente del Derecho Penal, siendo ambas manifestaciones del *ius puniendi*⁶⁷, y que ya reconocían la necesidad de apoyarse en los desarrollos principales de la materia penal en la construcción de los propios del Derecho Administrativo Sancionador⁶⁸.

IV. LA ASUNCIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR

El término Estado Regulador es una construcción teórico conceptual que, se ha venido desarrollando en la literatura para explicar las transformaciones que ha tenido en las últimas décadas, que condujeron del Estado de Bienestar⁶⁹, al Estado

⁶⁷ "... una conducta violatoria de un mandato legal de contenido administrativo puede dar lugar a una infracción o a un delito, o a ambos ilícitos, dependiendo de las características de la violación y su trascendencia en el mundo jurídico. Lo importante en este caso es precisar en qué momento estamos frente a una infracción o a un delito." (Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio... Segundo Curso*, *op. cit.*, pp. 196-197).

⁶⁸ "Las sanciones administrativas difieren de las penas, se refieren a materias y son aplicadas por órganos distintos, pero también son manifestaciones de racionalidades diversas... Dada la sujeción de tal poder al principio de juridicidad, el tratamiento de las sanciones administrativas tiene como problema fundamental la determinación de sus condiciones de validez y de control... El referente de la regularidad de la sanción administrativa ha sido la sanción penal como la especie de la función estatal punitiva cuyo tratamiento ha sido más desarrollado. El asunto ha estado ligado al proceso histórico de racionalización de la autoridad administrativa. La sanción administrativa, ligada al viejo poder de policía, proveía un fuerte contexto de discrecionalidad y aún de no justificabilidad de la actuación administrativa." (Roldán Xopa. José, *op. cit.*, p. 389).

⁶⁹ Al respecto, Gordillo señala: "Con distintas modalidades y particularidades, con mayor o menor éxito y eficacia, se evidenció en el período 1930-1980, primero, un abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder, al menos de los países desarrollados. A partir de 1980 comienza a producirse en el mundo un vigoroso retorno al pasado... con un importante proceso de apertura de la economía, privatización y desregulación, reducción o eliminación de barreras aduaneras, etc. En el nuevo sistema económico y jurídico resulta nuevamente insuficiente la tutela del individuo frente al poder. Pero ya no se trata solamente del poder administrativo, se trata también del poder económico privado concentrado en monopolios y privilegios otorgados por él en el proceso de privatización. Comienza entonces el progresivo fortalecimiento de las indispensables autoridades reguladoras independientes." (Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª. ed., México, UNAM-IIJ-Porrúa-Fundación de Derecho Administrativo, 2004, t. I: Parte general, pp. 54-55).

privatizador, pero sobre todo para solventar algunas de las deficiencias de este último, sin regresar al primero⁷⁰.

El cambio del modelo de Estado se relaciona con dos fenómenos ajenos al mundo del Derecho. El primero de ellos es la crisis financiera del modelo de Estado antes indicado y su agotamiento fiscal, que le ha dificultado continuar gestionando o subvencionando actividades o servicios que había mantenido bajo titularidad estatal, asociado a la primacía ideológica del neoliberalismo⁷¹ que plantea restringir al mínimo la intervención económica estatal⁷²; mientras que el segundo tiene que ver con la construcción de bloques económico-políticos supranacionales que privilegian el libre intercambio económico, lo que ha obligado a liberalizar mercados internos, con las consecuentes implicaciones en materia de replanteamiento del ámbito de actuación económica de los estados nacionales⁷³.

⁷⁰ "El Estado privatizador ha significado una continuación del modelo del Estado Social inspirado en las corrientes de pensamiento del neoliberalismo económico. Los criterios de eficiencia, gestión y racionalización administrativa han influido en la configuración de dicho Estado. En este sentido, se incentiva la privatización de empresas y servicios públicos descargando al Estado de la gestión de los mismos, igualmente se exige a los funcionarios una mayor eficacia en su gestión. Sin duda, este modelo de Estado mínimo y privatizador ha causado estragos en los países emergentes o en vías de desarrollo. Las políticas de ajuste estructural a nivel internacional han generado un aumento de la pobreza, la miseria y el desempleo. En tiempos de crisis económica el Estado debe de hacer un esfuerzo político, económico y administrativo para amortiguar los fuertes desajustes estructurales que genera la propia economía capitalista internacional. En este sentido, el modelo de Estado social es un modelo necesario, vital y pertinente." (Aguilera Portales, Rafael Enrique, *op. cit.*, p. 93).

⁷¹ "Las piezas claves de la política neoliberal radican en el ataque y congelación de los salarios, el retroceso de las prestaciones y los servicios sociales, la contrarreforma fiscal, la desregulación del mercado de trabajo, las privatizaciones y la política económica basada en el monetarismo." (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 235).

⁷² Así lo afirma Fernández Ruiz: "El excesivo crecimiento del Estado social de derecho, aunado al colapso de los regímenes comunistas de Europa oriental, generó una reacción neoliberal a nivel mundial, que proclama el adelgazamiento del Estado, la desregulación administrativa, y la privatización de muchas instituciones y actividades públicas, bajo el citado slogan: 'El mejor Estado es el menor Estado', para poner al solidarismo social en retirada..." (Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM-IJ, 2011, Serie Estudios Jurídicos núm. 137, p. 225).

⁷³ "Por cuanto se refiere a las técnicas tradicionales de intervención administrativa en una sociedad globalizada, que tiende a la máxima libertad y a la reducción del papel de los poderes públicos, pierde protagonismo la Administración en la vida económica,

Inevitablemente, el Derecho como instrumento de control y conducción de la vida social, ha debido adaptarse para reflejar estas nuevas realidades.

Por ello, es posible manifestar que, si bien es un término hasta cierto punto novedoso, no lo es tanto desde el punto de vista del tipo de actividad que pretende conceptualizar⁷⁴. Estamos hablando de la potestad regulatoria la cual es, incluso, anterior al modelo de Estado Regulador. Por una parte, no es novedad para aquellos países cuyo régimen jurídico no corresponde al modelo europeo constitucional de raigambre francesa-alemana, particularmente los adscritos al modelo anglosajón, que al no haber desarrollado un sistema de Derecho Administrativo ya sea al amparo de la noción de servicio público o la de procura existencial, han debido acudir a otras nociones para justificar la intervención administrativa en la actividad de particulares, como es el caso de la noción de *public utilities*⁷⁵.

sustituyéndolo por el control propio de la policía y el estímulo de la dinámica social y la iniciativa individual del fomento. Supone el fin del proceso que desde la policía condujo al servicio público...” (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 197).

⁷⁴ Sobre el particular, Del Guayo afirma: “Un libro sobre la regulación es tanto como un libro sobre la acción administrativa en la sociedad, pero expresada con una palabra importada de los Estados Unidos y demás países anglosajones. La regulación es casi inabarcable, como lo son las manifestaciones de la intervención de la Administración Pública en la vida social... Importada del mundo anglosajón, la idea de regulación económica constituye una alternativa a la idea de intervención administrativa, porque descansa en presupuestos filosóficos distintos. Tanto la intervención administrativa de la Europa continental, como la regulación anglosajona conllevan una intromisión de los poderes públicos en la vida económica. La diferencia está en el punto de partida. La regulación presupone la primacía de los mercados, y está dirigida a corregir sus fallos, mientras que la intervención administrativa implica que el Estado dirige los procesos económicos, pero trata de dejar un espacio de libertad a los individuos. En la práctica, ambos sistemas pueden conducir a resultados parecidos, pero están cimentados en un *ethos* diferente. Ese *ethos* impregna las decisiones públicas y el comportamiento de los agentes económicos.” (Del Guayo Castiella, Íñigo, *Regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 11).

⁷⁵ El término *public utility* es más de uso popular que sujeto a una definición precisa, tal y como sucede con el servicio público, pero mientras este último finca en la idea de actividad estatal delegada a los particulares, la del primero parte de la base de que se trata de una actividad privada reglamentada por el Estado. Otra diferencia es ideológica, ya que mientras el servicio público tiene raíz solidarista y de cooperación social, la idea de las *public utilities* es individualista, lo que refleja una idea diversa de la función estatal y del entramado social. La propiedad privada es pues el presupuesto para arribar a que una determinada actividad pueda ser considerada como *public utility*, pero para

Por otra parte, la potestad regulatoria es la manifestación lógica de la actividad administrativa de intervención, de manera que aún en el caso de los países de régimen de Derecho Administrativo, se trata de una actividad que se ha desarrollado con intensidad, primero a partir del reconocimiento de la facultad reglamentaria y la función de policía administrativa, y posteriormente con el advenimiento de la Administración de prestación, respecto de los concesionarios o beneficiarios de las actividades de servicio público o de fomento⁷⁶, sin perjuicio de su natural ubicación como manifestación de la actividad de policía⁷⁷.

Considerando lo anterior, la novedad del término Estado Regulador, desde la perspectiva mexicana, tiene que ver con dos aspectos: el tipo de regulación a la que se refiere y el órgano al que se le encomienda.

Por lo que hace al tipo de regulación que se despliega en esta nueva manifestación de la potestad reguladora, debemos señalar que es de naturaleza téc-

ello, además la actividad desplegada por la empresa debe estar afectada por un interés público. Es decir, para que una actividad sea caracterizada como *public utility*, requiere ser considerada como indispensable, en la medida que un sector importante de la población no pueda prescindir de su prestación, y que el suministrador se encuentre en una situación preponderante respecto de consumidor, de manera que éste requiere ser protegido mediante regulación. Al respecto, *cfr.* Roldán Xopa, José, *op. cit.*, pp. 379-380; Sarmiento García, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos-Ciudad Argentina, 1999, pp. 36-37 y Sorace, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Palestra Editores, S.A.C., 2006, p. 32.

⁷⁶ En este sentido, Bandeira afirma: "... la interferencia del Estado en el orden económico... puede suceder de tres modos; a saber: a) bien se dará a través de su 'poder de policía', esto es, mediante leyes y actos administrativos expedidos para ejecutarlas, como 'agente normativo y regulador de la actividad económica'... bien lo hará; b) mediante incentivos a la iniciativa privada... estimulándola con favores fiscales, y c) él mismo, en casos excepcionales, como veremos en breve, actuará empresarialmente en el sector, mediante personas que cree para tal fin." (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. de Valeria Estefanía Labraña Parra, México, Porrúa-UNAM-IJ, 2006, p. 614).

⁷⁷ "... la regulación constituye una función o actividad englobada en el poder de policía..." (Cassagne, Juan Carlos, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 154, enero-abril de 2001, Centro de Estudios Constitucionales, p. 452).

nica⁷⁸-económica⁷⁹, destinada a orientar, conducir y limitar la actividad de agentes económicos privados en el desarrollo de actividades económicas revestidas o afectadas por un interés público, que operan en competencia en mercados imperfectos, de manera que la regulación es sustitutiva del mercado⁸⁰. Se regula, por tanto, ante la ausencia de condiciones de mercado⁸¹ que permitan una efectiva

⁷⁸ Importa destacar que regulación no es sinónimo de discrecionalidad, como atinadamente hace ver Araujo: “Antiguamente se decía que la administración pública tenía una ‘discrecionalidad técnica’, esto es, una atribución discrecional en materia técnica, que tornaba irrevisable los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones, por oposición a la denominada discrecionalidad administrativa, ordinaria o común. Esto era así, puesto que tal concepto dependía también de lo que constituiría en un primer momento la expresión ‘técnica’: si ésta era una mera cuestión opinable o discutible, un acto que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo con un criterio subjetivo, era lógico afirmar que tal aspecto no puede ser controlado. En cambio, si una técnica es científica y, por tanto, por definición, cierta, objetiva, sujeta a reglas uniformes, es obvio que no puede hablarse de ‘discrecionalidad administrativa’, sino que corresponde hablar de ‘regulación’ (sujeción a normas en el caso técnicas... la discrecionalidad técnica no es propiamente tal, pues en esos casos la decisión está sujeta a los principios y reglas de la ciencia o técnica en cuestión, que deben ser tomados en cuenta y aplicarse más o menos inmediatamente. La discrecionalidad administrativa implica un juicio de valoración, mientras que la discrecionalidad técnica se funda en un concepto de comprobación.” (Araujo Juárez, José, *Derecho Administrativo venezolano*, México, Porrúa-UNAM-IJ, 2015, Serie Porrúa-Jurídicas núm. 5, p.119).

⁷⁹ De acuerdo con Ariño, para distinguirla de la regulación externa, que en algunos países como España se denomina “policía administrativa”, y que se refiere a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla una determinada actividad económica, pero sin entrar a su interior ni predeterminar las decisiones empresariales. *Cfr.* Ariño Ortiz, Gaspar, *Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, noviembre de 1995, (*Working paper* núm. 17), p. 40, (consultable en <https://www.arinoyvillar.com/working-papers>).

⁸⁰ “El mercado se fundamenta en la competencia y en la eficiencia. Una situación económica es eficiente, según el óptimo de Pareto o primer teorema de la economía de bienestar, si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. La eficiencia permite que la suma de beneficios de los consumidores y de las empresas se haga máxima en un equilibrio competitivo y óptimo.” (Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 297).

⁸¹ “... cuando el mercado no garantiza la asignación eficiente de los recursos, es preciso establecer una «réplica del mercado» por decisiones de la autoridad legal o del poder económico para que, por medio de incentivos, del ejercicio de su potestad sancionadora, de concesiones o de la presencia activa en el mercado, supere las externalidades y restaure el equilibrio eficiente del mercado... Desde este modo de valorar el Derecho, las limitaciones a los derechos por causa de interés público se consideran modos de

competencia económica⁸² y por virtud de la existencia de un interés general en que determinadas actividades o servicios se desarrollen bajo parámetros o condi-

superar las externalidades cuyos costes de transacción privados serían muy gravosos y difíciles por el gran número de afectados.” (*Ibidem*, pp. 298-299).

⁸² Es importante mencionar que mediante Decreto publicado en el DOF el 5 de junio de 2013, se reformaron los Artículos 25 y 26 de la CPEUM, para incorporar el concepto de competitividad, indicando que debe ser fomentada por el Estado en el ejercicio de la rectoría del desarrollo nacional (conjuntamente con el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza), para permitir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución. La competitividad es definida como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo. Acorde con lo anterior, el último párrafo del Artículo 25 dispone que la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece la Constitución. Es claro entonces que si bien existe un mandato para fomentar la actividad económica privada, también lo es que se espera que la actividad privada contribuya al desarrollo nacional. Este es en mi opinión la base en la que reposa la justificación del Estado Regulador en México. En este sentido, en tesis aislada emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, bajo el rubro “Competitividad. su incidencia en los Mercados Regulados”, se afirma “... en el modelo de Estado Regulador, adoptado por los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la competencia se erige como objetivo prioritario y la regulación como instrumento necesario para promoverla, lo cual requiere de un sistema armónico y funcional, basado en valores, principios, derechos económicos, sociales y culturales, directrices, acciones y mecanismos que interactúen funcionalmente, correlacionando medios y fines, que se traduzcan en planes y acciones eficaces de acuerdo a circunstancias concretas y cambiantes, cuya meta no es tanto controlar a las empresas, sino proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquélla, en la medida en que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, aportando el marco jurídico, económico y político, para garantizar que el funcionamiento de la actividad económica sea integral y sustentable, fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y propicie, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo, así como una más justa distribución del ingreso y la riqueza, que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución Federal”. *Cfr.* Tesis I.1o.A.E.198 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 39, t. III, febrero de 2017, página 2173.

ciones de calidad, permanencia, regularidad, continuidad y precio (asequibilidad), entre otras⁸³.

Se considera que es precisamente el nivel de especialización, la complejidad técnica que supone la regulación de determinadas actividades, así como la necesidad de procurar certeza (seguridad jurídica o reducir la incertidumbre⁸⁴) a los actores económicos privados que intervienen en los sectores regulados, lo que hace necesario contar con órganos especializados⁸⁵, dotados de características específicas⁸⁶. Así, doctrinalmente parece haber consenso en que estos órganos

⁸³ Al respecto, Camacho señala: "... lo que resalta es que la función reguladora contemporánea como modo básico de intervención del Estado en la economía alude a un conjunto de poderes de actuación con características propias que no se limitan a la producción de normas o de medidas coercitivas (pero que por cierto las incluyen), y que más bien conlleva el ejercicio de facultades que se orientan a defender el equilibrio y el funcionamiento de un sistema complejo aplicando, sagaz y oportunamente, mecanismos correctores, pero sobre todo usando técnicas preponderantemente no imperativas —más blandas—, más concertadas, adaptadas y, especialmente, diversificadas... expresa una forma diferente de plantear la relación entre Estado y mercado, tradicionalmente proyectada como de conflicto y de exclusión, transformándose en una relación de complementariedad". Cfr. Camacho Cepeda, Gladys, "La actividad administrativa de regulación", en Pantoja Bauzá, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo chileno*, México, Porrúa-UNAM-IJ, 2007, Colección Internacional de Derecho Administrativo, p. 481.

⁸⁴ "El Derecho como el *management* están abandonando la ilusión de un mundo hecho de unidad y certidumbre al mundo real y actual de complejidad, diversidad e incertidumbre. El Derecho ya no puede pretender señalar lo que debe ser, pero sigue resultando fundamental para definir el espacio del comportamiento aceptable, dentro del cual los individuos pueden auto organizarse. De esta concepción de sabor claramente neoinstitucionalista, el Derecho se convierte de proveedor de seguridad en reductor de incertidumbres, permitiendo así incrementar la libertad de los individuos, cuyo desarrollo es el espacio específico del derecho instrumental." (Prats i Catalá, Joan, "Derecho y *management* en las administraciones públicas [Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas]", en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, núm. 3, enero de 1995, p. 10).

⁸⁵ Esta característica se relaciona con la correcta definición de su misión y funciones, pero también con la profesionalización de su personal (conocimiento técnico más estabilidad laboral), a fin de lograr que además de la potestas que le atribuye el ordenamiento jurídico, sus decisiones alcancen la *auctoritas* que deriva de la credibilidad y el prestigio. Cfr. Hernández-Mendible, Víctor Rafael, y Orjuela Córdoba, Sandra Patricia, *Energía eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, Caracas, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, 2016, Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila, pp. 27-34.

⁸⁶ "Por lo general, en el derecho comparado se relaciona la actividad de regulación con la génesis de las entidades independientes, que son las encargadas de ejercerla. Es más,

deben estar caracterizados por su especialización e independencia, condición esta última que la Administración Pública tradicional no parece capaz de cumplir⁸⁷, al menos no una vez abandonada su pretendida neutralidad dada su vinculación a la función de gobierno.

Por otra parte, su novedad también puede ser ubicada en la propia transformación del Estado, ya que en muchos casos, las actividades reguladas han sido transferidas de titularidad estatal a manos privadas, lo que implica que la actividad administrativa ha cambiado, pasando de la gestión, control y prestación del servicio a la regulación de su prestación en manos privadas, sin dejar de reconocer que en otros casos, se trata de nuevos servicios producto del desarrollo tecnológico (telecomunicaciones e Internet, por ejemplo), que no estuvieron previamente en manos del Estado durante el período de auge del modelo de Estado de Bienestar.

Esta transferencia de la titularidad se explica también porque el conocimiento experto en estos sectores novedosos no se ubica más en el aparato estatal sino en la sociedad, lo que hace necesario el traslado de su gestión al sector privado, al tiempo que supone el incremento de las capacidades técnicas del aparato estatal, lo que confirma la necesidad de especializar a los órganos reguladores. Sin embargo, no se trata de un mero fenómeno de privatización, ya que precisamente por el interés público subyacente en la forma y términos en que se desarrollan o prestan

en algunos casos sólo se admite que las entidades reguladoras tengan ese cúmulo de atribuciones y poderes intensos en la medida en que están desvinculadas del poder político, en especial del gobierno..." (Camacho Cepeda, Gladys, *op. cit.*, p. 484). Por su parte, Hernández-Mendible y Orjuela afirman: "En respuesta a las forzosas inquietudes que generan los procesos de liberalización, el Estado ha venido creando los denominados entes reguladores, que la mayoría de la doctrina científica identifica con las autoridades administrativas independientes, a través de las cuales se pretende servir con objetividad al interés general y hacer operativo, eficaz y eficiente la función reguladora de las actividades económicas." (Hernández-Mendible, Víctor Rafael, y Orjuela Córdoba, Sandra Patricia, *op. cit.*, p. 26).

⁸⁷ "... nuestras Administraciones Públicas —las que responden al modelo francés, napoleónico— están demasiado vinculadas en sus decisiones a la línea política imperante. La falta de profesionalidad e imparcialidad de nuestros órganos e instituciones administrativas comienza a un nivel muy bajo en la escala administrativa. Y si malo es esto en todos los sectores, mucho peor resulta en aquéllos de carácter económico que afectan decisivamente a la propiedad de los ciudadanos o a la buena marcha de las empresas. Tales decisiones tienen un carácter cuasi judicial, y deben por ello estar revestidas de todas aquellas garantías de objetividad, regularidad e independencia que caracterizan las decisiones judiciales." (Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, p. 30).

las actividades o servicios transferidos a manos privadas, es que se justifica su regulación reconociendo que el Estado no puede (o no debe) desentenderse de los términos de su prestación⁸⁸, hecho de relevancia tal que ha generado a su vez, el nuevo concepto de Estado Garante⁸⁹.

Precisamente esta novedad puede explicar la ausencia de estudios sistemáticos de dogmática jurídica sobre el tema en México⁹⁰. Hasta ahora, el Derecho ha dado respuesta al fenómeno desde la legislación y la jurisprudencia, como manifestaciones prácticas de su existencia. Así, el 28 de octubre de 2011 se publicó en el DOF el "Acuerdo G/40/2011 por el que se reforma el Artículo 23 y se deroga el Artículo 23 Bis del Reglamento Interior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Ad-

⁸⁸ Esteve afirma: "Se trata de engranar de otra manera la relación entre Estado y sociedad cuando el Estado se ha visto privado de muchas de sus plataformas de poder que han sido ganadas por la sociedad, sus sistemas y sus organizaciones. Se trata de mantener la función directiva del Estado y del Derecho, del ordenamiento del que nos hemos dotado, sin que buena parte de los instrumentos, sobre todo los que implican el ejercicio de autoridad, estén en manos del Estado. Se trata así también de ganar la colaboración de esos poderosos agentes sociales para dar cumplimiento a los fines y objetivos que se enuncian desde un Estado que por ello mismo se denomina Estado cooperativo." (Esteve Pardo, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 164).

⁸⁹ El mismo Esteve señala al respecto: "Con un Estado que parece vaciarse y quedar sin razón de ser al entregar buena parte de sus funciones más características a la sociedad, pero a una sociedad fragmentada, sin sentido de sí misma y de su unidad; una sociedad incapaz por tanto de Articular, definir y tutelar el bien común, por encima de los intereses parciales de sus grupos, sectores o sistemas. Y es ahí donde el Estado muestra unas capacidades que no concurren en la actual sociedad, porque esa nueva correlación, marcada por el amplio flujo de esos medios y funciones del Estado a la sociedad, lo único que permanece incuestionado en el Estado, que no se ha trasladado a la sociedad, que no se ha privatizado, es la definición del bien común y la concreción de los objetivos para hacerlo efectivo... Esta es una función que se predica y se destaca del llamado Estado garante al que corresponde preservar, garantizar, la realización de ese bien común sin disponer de buena parte de los medios, pues están en manos de sujetos privados, de la sociedad." (Esteve Pardo, José, *op. cit.*, pp. 174-175).

⁹⁰ Como excepción, podemos mencionar los trabajos de Larrañaga, Pablo, *Regulación. Técnica jurídica y razonamiento económico*, México, Porrúa-ITAM, 2009; y Culebro Moreno, Jorge E., *Introducción al estudio de la Regulación. Nueva gestión pública y el Estado Regulador en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana y Juan Pablos Editor, 2013, como aproximaciones globales al tema y sin perjuicio de los diversos estudios sectoriales que se realizan en el contexto de sectores específicos como telecomunicaciones y electricidad.

ministrativa”⁹¹, por el que se creó una Sala Especializada en materia Ambiental y de Regulación, para lo cual se reformó el Artículo 23, frac. III, numeral 1, para crear dicha Sala. Los órganos reguladores cuyos actos y resoluciones se someterían a la jurisdicción de esta nueva Sala son: a) Comisión Federal de Competencia (CFC), hoy Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE); b) Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), hoy Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT); c) Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS); d) Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV); e) Comisión Nacional de Acuacultura y Pesca (CONAPESCA); f) Comisión Nacional de Facilitación del Transporte Aéreo Internacional (CNFTAI); g) Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH); h) Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias (CNSNS); i) Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF); j) Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CON SAR); k) Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF); l) Comisión Reguladora de Energía (CRE), y m) Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (SENASICA).

Esta pluralidad de órganos (con diversa naturaleza jurídica y la amplitud de materias reguladas), ponen en evidencia la relevancia que este modelo de Estado ha adquirido y su efectiva existencia en México, circunstancia que se ve ya reflejada en diversas resoluciones del Poder Judicial de la Federación, que ha realizado importantes aportaciones para la interpretación del capítulo económico de la Constitución y la consecuente caracterización del nuevo modelo en el contexto del ordenamiento jurídico nacional, precisamente a partir del ejercicio de la actividad de policía, incluida la potestad sancionadora correspondiente.

Destaca por ser emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la jurisprudencia con el rubro “Estado Regulador. El modelo constitucional lo adopta al crear a órganos autónomos en el Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”⁹², en la cual se afirma que el modelo consti-

⁹¹ Este Reglamento será, muy seguramente, objeto de una próxima reforma. Como ya se ha mencionado en el apartado correspondiente, la denominación del Tribunal ha cambiado, y hoy es el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, para el cual se ha emitido una nueva Ley Orgánica del mismo (DOF 18 de julio de 2016), como parte de la reciente reforma que creó el Sistema Nacional Anticorrupción.

⁹² Es necesario apuntar que esta jurisprudencia está relacionada con la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones del año 2013 (DOF del 11 de junio de 2013), y se refiere al órgano regulador en la materia creado al efecto, el IFT, y al regulador en

tucional adopta en su Artículo 28 la concepción del Estado Regulador, entendido como un modelo de diseño estatal para atender necesidades muy específicas de la sociedad posindustrial, mediante la creación de agencias independientes, tanto de los órganos políticos como de los entes regulados, para depositar en ellas la regulación de cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas y que este modelo exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Asimismo, dicha jurisprudencia indica que la idea básica del Estado Regulador busca preservar el principio de División de Poderes y la cláusula democrática e innovar en la ingeniería constitucional para insertar en órganos autónomos competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular cierto sectores especializados de interés nacional, por lo que se les otorgan funciones regulatorias diferenciadas de las legislativas propias del Congreso de la Unión o de las reglamentarias concedidas al Ejecutivo, por considerar que estos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que pueden dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera.

La conclusión de la Corte en la resolución en comento, es que al introducirse el modelo de Estado Regulador en la Constitución, se apuntala un nuevo parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los órganos constitucionales autónomos, quienes tienen el encargo institucional de regular técnicamente ciertos mercados o sectores de manera independiente únicamente por referencia a racionalidades técnicas especializadas, al gozar de una nómina

materia de competencia económica, la COFECE, a los cuales la reforma de mérito les confiere la naturaleza de órganos constitucionales autónomos, por lo que no se adscriben a ninguno de los tres Poderes, y no son parte de la Administración Pública. Sobre el particular se debe advertir que esta característica no es compartida por la totalidad de los órganos reguladores existentes, que adoptan diversas figuras organizativas (órganos desconcentrados, organismos descentralizados y más recientemente, órganos reguladores coordinados), aunque ello no se considera óbice para apreciar la caracterización que del modelo de Estado Regulador contiene la jurisprudencia de mérito.

propia de facultades regulatorias, cuyo fundamento ya no se encuentra en la ley ni se condiciona a lo que dispongan los Poderes clásicos⁹³.

En otra jurisprudencia también emitida por el Pleno de la Suprema Corte, en materia de telecomunicaciones, se contiene otro reconocimiento fundamental en la construcción del modelo de Estado Regulador, constituido por la modulación del principio de legalidad, eje central en la construcción del Derecho Administrativo por cuanto acota y limita el margen de actuación del Poder Ejecutivo. Así, bajo el rubro “Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT). A sus disposiciones de carácter general les resulta aplicable el Principio de Legalidad modulado constitucionalmente por el modelo de Estado Regulador”, la Corte reconoce que el IFT, como órgano regulador, está dotado de un poder de creación normativa para innovar o configurar el ordenamiento jurídico exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia, para el cual el principio de subordinación jerárquica con las leyes debe ser entendido de forma diferenciada acotada por el texto del Artículo 28 Constitucional, ya que en ese contexto el principio no implica la necesaria existencia de una ley precedida que sea la medida de las disposiciones generales del regulador, ya que en caso de inactividad legislativa el regulador puede emitir dichas disposiciones y autónomamente lograr su validez si no exceden los límites constitucionales referidos, pero que de existir una ley en la materia y un cuerpo de disposiciones de carácter general, ambas fuentes no se encuentran en paridad, sino que las normas administrativas del IFT se ubican en un peldaño normativo inferior, por lo que en caso de conflicto deben ceder ante la ley y respetar la exigencia normativa de no contradicción con la ley. Esta modulación implica reconocer la no aplicación del principio de reserva de ley a fin de contravenir los fines que en esta materia busca el referido Artículo 28 Constitucional. Por ello, en sede de control, para avaluar (*sic*) la validez de las disposiciones de carácter general del regulador a la luz del principio de legalidad, de los dos subprincipios que lo integran sólo aplica el de subordinación jerárquica de la ley atendiendo a la exigencia de no contradicción, y no el de reserva de ley⁹⁴.

⁹³ Cfr. Tesis P/J. 46/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, t. I, enero de 2016, p. 339.

⁹⁴ Cfr. Tesis P/J. 48/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, t. I, p. 38.

Con relación al control de la actuación de los reguladores, en tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado en materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones bajo el rubro “Órganos Reguladores del Estado. Alcances del control judicial de sus actos”, se afirma que de acuerdo con la propia Suprema Corte de Justicia, los tribunales del Poder Judicial pueden ejercer un escrutinio constitucional de diferente intensidad y que la severidad de su control se halla inversamente relacionada con el grado de libertad configurativa o de discrecionalidad de que goza la autoridad, en tanto existen materias como la económica y financiera, en las que goza de gran capacidad de intervención y de regulación, que si bien no está exenta de control pues se limita por los derechos humanos y otros preceptos constitucionales, implica que los jueces ejerzan su función sin invadir atribuciones que no les corresponden, de manera que al regulador corresponde elegir los medios para alcanzar los fines constitucionales y el tipo de política regulatoria, y al juez toca ejercer el control de esas decisiones a la luz de los límites que la Constitución y la ley impongan. Conforme a ello, afirma el tribunal que el control constitucional sobre el ejercicio de estas facultades discrecionales no implica desconocer la autonomía del regulador, ni su capacidad técnica especializada o sustituirse en la decisión por motivos de mérito y oportunidad, o en la apreciación del orden público o del interés general. Sí implica, dado que en el régimen constitucional todos los órganos públicos están sometidos al principio de legalidad, que los tribunales judiciales puedan revisar la constitucionalidad de sus decisiones, inclusive en el campo de la discrecionalidad técnica, dado que la actuación de la autoridad está limitada, entre otros, por la prohibición de arbitrariedad. Las directrices específicas que fije la Constitución y la ley, la fundamentación y motivación que supone que las decisiones estén formalmente justificadas, se apoyen en hechos ciertos y en una debida interpretación de los fines de la norma que los habilita, así como de proporcionalidad y de la razonabilidad de la decisión; más allá de estos límites no corresponde al juez establecer si una decisión de política regulatoria es la más convincente o la más idónea, pues significaría invadir una función ajena⁹⁵.

De las tesis anteriores, se puede apreciar cómo el Poder Judicial ha intervenido y aportado en el proceso de definición del modelo de Estado Regulador que

⁹⁵ Cfr. Tesis I.2o.A.E.27 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 30, t. IV, mayo de 2016, p. 2743.

se aplica en México, reconociendo y delimitando los alcances de las facultades de los órganos reguladores. Veamos ahora cómo se ha pronunciado con relación a la potestad sancionadora.

V. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO REGULADOR

En la misma línea de análisis de las implicaciones que para el principio de legalidad tiene este nuevo modelo, pero desde la óptica del Derecho Administrativo Sancionador, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, emitió la tesis aislada con el rubro “Prevención y la gestión integral de residuos del Estado de Quintana Roo. Los artículos 120, fracción IX y 121, fracción X, del Reglamento de la ley relativa, al establecer que el no presentar documentos, informes o avisos en tiempo y forma ante las autoridades correspondientes constituye una infracción y que una de las sanciones aplicables es la revocación de las autorizaciones, permisos o licencias otorgadas, no transgreden el principio de legalidad ni sus sub-principios de reserva de la ley mínimo y tipicidad”, en la que se establece, esta vez en materia medioambiental y en relación con una autoridad estatal (lo que demuestra que la adopción de este modelo no sólo tiene lugar a nivel federal), que ante la incorporación del modelo de Estado Regulador, en ciertas materias se ha reconocido la facultad legislativa de establecer regímenes regulatorios complejos, en los que se pueden incluir esquemas de sanciones que exigen la modulación del principio de legalidad de acuerdo a sus fines constitucionales y que, en materia ambiental, dicho principio encuentra una expresión mínima, de manera que no exige una absoluta reserva de ley y tipicidad sino que el actual criterio es de “reserva de ley mínimo” que establece un estándar en el que el desarrollo normativo se realice en la fuente legislativa, sin estimar que la autoridad administrativa tenga cancelada la posibilidad de participar en el desarrollo de facultades normativas, cuando así lo disponga el legislador y siempre que se impida la arbitrariedad de la autoridad aplicadora y este conserve el control de la política pública⁹⁶.

Siempre en la línea del Derecho Administrativo Sancionador, también en tesis aislada, pero esta de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, bajo el ru-

⁹⁶ Cfr. Tesis XXVII.3o.25 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 36, t. IV, noviembre de 2016, p. 2475.

bro “Estado Regulador. Parámetro constitucional para determinar la validez de sus sanciones”, afirma que existe un ámbito en donde el Estado vigila la desviación de la conducta prescrita jurídicamente no sólo en su calidad de Estado policía sino en su papel de Estado Regulador, esto es, en ejercicio de su facultad constitucional de planificación de actividades económicas, sociales y culturales, para la realización de ciertos fines que no podrían cumplirse si se dejaran al libre intercambio de las personas, que se conciben así no como meros sujetos pasivos de una potestad coactiva sino como sujetos participantes y activos de un cierto sector o mercado regulado. Esta nota planificadora, se afirma, marca el tránsito de un modelo de Estado con una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de ruptura del orden público, al Estado Social de Derecho donde el Estado tiene una función central de rectoría económica. Así, señala que las sanciones impuestas en este sector presuponen un contexto diferenciado, en el que los particulares se ubican como sujetos activos y participantes de ciertos mercados, o como prestadores de un servicio concesionado o permisionarios para la explotación de un bien público por lo que su conducta está regulada por normas, que si bien tienen como marco una ley que establece las líneas regulativas principales, también se integra por una pluralidad de instrumentos normativos de naturaleza administrativa, que son requeridas por la regulación especializada técnica y flexible para la realización de ciertos fines de políticas públicas establecidos en la Constitución o las leyes, que se han de desarrollar por órganos administrativos igualmente especializados y técnicos, de manera que el Estado Regulador supone un compromiso entre el principio de legalidad, que requiere que la fuente legislativa sea la sede de las decisiones públicas desde donde se realice la rectoría económica del Estado, y los principios de eficiencia y planificación, que requieren que los órganos expertos y técnicos sean los que conduzcan esos principios de política pública a una realización óptima, mediante la emisión de normas operativas que no podrían haberse previsto por el legislador, o bien estarían en un riesgo constante de quedar obsoletas, por la necesidad de su adaptación constante a los cambios en los sectores tecnificados, poco propicia al proceso legislativo y más apropiado para los procedimientos administrativos⁹⁷.

⁹⁷ Cfr. Tesis 1a. CCCXVII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p 574.

La misma Primera Sala de la Suprema Corte, en diversa tesis aislada con el rubro “Principio de legalidad. Modulación aplicable a la vertiente sancionatoria del modelo del Estado Regulador”, afirma que los participantes de los mercados o sectores regulados ingresan por la obtención de la concesión, permiso, autorización o mediante la realización de conductas activas que los ponen al interior del sector regulado, por lo que es dable concebirllos constitucionalmente como sujetos activos de las reglas establecidas por el Estado en su función reguladora. Por ello, cuando estos sujetos se encuentran expuestos a normas punitivas si bien tienen derecho al principio de legalidad, en su vertiente del subprincipio de tipicidad consistente en que tengan un grado de previsibilidad admisible constitucionalmente y que la autoridad encuentre una frontera a la arbitrariedad clara, en el caso del principio de reserva de ley este adquiere una expresión mínima, ya que al tratarse de sectores tecnificados y especializados, el legislador puede establecer esquemas regulatorios cuyo desarrollo corresponda por delegación a órganos igualmente especializados, lo que explica que la Constitución contemple la existencia de órganos en diversos sectores, con facultades de creación normativa cuya finalidad es desarrollar desde una racionalidad técnica los principios generales de política pública establecidos por el legislador. Señala que esta expresión mínima del principio de reserva de ley implica que la parte esencial de la conducta infractora se encuentre formulada en la ley, aunque pueda delegar en los reglamentos y normas administrativas la configuración de obligaciones cuyo incumplimiento se prevea como conducta infractora en el ordenamiento legal, a condición de que esas obligaciones guarden una relación racional con lo establecido en la ley y no tengan un desarrollo autónomo desvinculado de lo establecido legalmente y cuya justificación complementaria pueda trazarse a la naturaleza técnica y especializada de la norma administrativa. Se aclara, sin embargo, que el principio de tipicidad exige que, sin importar la fuente jurídica de la que derive la obligación, la conducta que es condición de la sanción se contenga en una predefinición inteligible, que debe ser individualizable de forma precisa, para que permita a las personas la previsibilidad de las conductas y evite la arbitrariedad de las autoridades⁹⁸.

⁹⁸ Cfr. Tesis 1a. CCCXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p.588.

Finalmente, es este recuento de los criterios judiciales relevantes para el tema, también en tesis aislada, la misma Primera Sala de la Suprema Corte, bajo el rubro “Tipos administrativos en blanco. Son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado Regulador”, si bien reitera la inconstitucionalidad de los tipos penales en blanco, entendidos como aquellos supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y su integración debe realizarse mediante la remisión a normas reglamentarias, pues ello equivale a delegar un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, que es exclusiva del Congreso de la Unión en materia de delitos y faltas federales, esta conclusión no puede trasladarse en automático al Derecho Administrativo Sancionador, ya que es necesario considerar la modulación del principio de legalidad exigido por el balance precisado de los valores constitucionales en juego que cada ámbito demanda y que en el caso del modelo de Estado Regulador, este principio no exige un grado de satisfacción absoluto, ya que la regulación de ciertas cuestiones técnicas requiere de la coparticipación del Ejecutivo o de ciertos órganos constitucionales autónomos, por lo que si bien el principio de legalidad sigue siendo aplicable en sus dos vertientes, lo es de forma diferenciada, de manera que si bien el principio de tipicidad sigue exigiendo la predeterminación inteligible de la conducta, el principio de reserva de ley deja de ser absoluto para ser relativo, de manera que los tipos administrativos en blanco son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado Regulador⁹⁹.

VI. CONCLUSIONES

Como se señala, el advenimiento y recepción del modelo de Estado Regulador implica la creación de una categoría específica de entes públicos, los denominados reguladores especializados, que deben necesariamente ser incorporados al esquema general de funcionamiento del aparato público, incluido el cumplimiento del principio de legalidad, así como el respeto de los derechos fundamentales y su consiguiente control jurisdiccional. El problema o la dificultad se plantea a partir de las particularidades de la actuación y funciones que se imponen a estos nuevos entes, que implican un rompimiento con el esquema tradicional de la Teoría de la

⁹⁹ Cfr. Tesis 1a. CCCXIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 10, t. I, septiembre de 2014, p. 592.

División de Poderes, en la medida en que siendo entes administrativos (pudiendo o no ser formalmente parte de la Administración Pública), ejercen además funciones cuasi legislativas y cuasi jurisdiccionales, al tiempo que realizan una actividad de inspección, vigilancia, control y de ser el caso, de sanción por las infracciones cometidas por los sujetos regulados, y que lo hacen a partir de una normatividad que es eminentemente técnico-económica, de carácter administrativo pero jerárquicamente inferior a la ley y al reglamento ejecutivo, siendo actos administrativos de carácter general (ley material), que por su complejidad y la constante transformación del sector regulado dificultan la plena tipificación de los actos u omisiones susceptibles de constituir ilícitos administrativos y por ello, ser merecedores de sanciones, lo que supone la aceptación de *tipos* si no en blanco, al menos no plena y completamente definidos, que deben ser integrados a partir de la propia actuación del órgano regulador en su interacción con el infractor.

Es por lo que, los órganos reguladores necesariamente deben estar dotados de un margen discrecionalidad que, si bien ha sido reconocido por el Poder Judicial Federal, dificulta su control jurisdiccional en base a criterios estrictamente jurídicos¹⁰⁰, sin que ello sea argumento válido para sustraerlos del principio de tutela judicial efectiva.

Con la dificultad inherente a la complejidad técnica de las diversas materias para las que aplica el modelo de Estado Regulador, parece pertinente reconocer

¹⁰⁰ Ariño ha planteado como parte del nuevo modelo, la necesidad de reconocer una revisión judicial limitada. Partiendo del hecho de que sus decisiones son cuasi jurisdiccionales pero al ser autoridades subordinadas sus decisiones deben ser revisables judicialmente sin recurso previo en la vía administrativa (como condición para asegurar su independencia), la intervención jurisdiccional debe graduarse porque las decisiones de los reguladores se tornan inapelables por haber sido ya ejecutadas, sin perjuicio de su posterior revisión, la cual en todo caso deberá versar sobre la corrección de los presupuestos o criterios en los que se basó la actuación del regulador, a fin de modificar a futuro sus criterios, sin reponer las situaciones a su origen, y a pronunciarse sobre las consecuencias lesivas de la decisión, asumiendo la responsabilidad patrimonial que derive de las decisiones del ente (equilibrio financiero del servicio, existencia de daño o lesión antijurídica derivada de su actuación y el quantum de la compensación), pero sin revisar el acto en sí mismo. El autor reconoce que los jueces carecen, por lo general, de la competencia técnica para emitir estas resoluciones, por lo que sugiere la creación de tribunales especializados. *Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría y práctica...*, *op. cit.*, pp. 81-83.

la prudencia con la que parece haberse conducido hasta ahora el Poder Judicial de la Federación que, sin conceder deferencia alguna ha sabido hasta ahora evitar incurrir en el activismo judicial, y por el contrario, sus resoluciones empiezan a construir, a partir del estudio de la potestad reguladora, los principios jurisprudenciales indispensables para el desarrollo del Derecho Administrativo sancionador distintos de los propios del Derecho Penal, ausentes hasta ahora del sistema jurídico mexicano.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Ciudadanía y participación política en el Estado Democrático y Social*, México, Porrúa, 2010.
- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004.
- ARAUJO JUÁREZ, José, *Derecho Administrativo venezolano*, México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2015, Serie Porrúa-Jurídicas núm. 5.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, noviembre de 1995, (Working paper núm. 17), consultable en <https://www.arinoyvillar.com/working-papers>.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. de Valeria Estefanía Labraña Parra, México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2006.
- BLANQUER, David, *Introducción al Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys, "La actividad administrativa de regulación", en PANTOJA BAUZÁ, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo chileno*, México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2007, Colección Internacional de Derecho Administrativo.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 154, enero-abril de 2001, Centro de Estudios Constitucionales.
- CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.
- CHASE PLATE, Luis Enrique, "La Reforma del Estado", en FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *Perspectivas del Derecho Administrativo en el siglo XXI. Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, México, UNAM-IIJ, 2002, Serie Doctrina Jurídica núm. 104.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, *Regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, y LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Primer Curso*, 3ª. ed. actualizada, México, Porrúa, 1988.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, y LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Segundo Curso*, México, Porrúa, 1999.
- ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, 4ª. ed., México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2011, Serie Estudios Jurídicos núm. 137.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, INAP-UNAM-IIJ, 2002.
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. de Garrido Falla Legaz Lacambra *et. al.*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 45ª. ed. revisada y actualizada por Manuel Fraga, México, Porrúa, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 1994.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 39ª. ed., México, Porrúa, 1988.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, "El reconocimiento del Derecho Administrativo Sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, México, UNAM-IIJ-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, Serie Doctrina Jurídica núm. 447, t. XII: Ministerio Público, contenciosos administrativos y actualidad jurídica.

- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9ª. ed, México, UNAM-IIJ-Porrúa-Fundación de Derecho Administrativo, 2004, t. I: Parte general.
- GUERRERO OROZCO, Omar, *Teoría administrativa del Estado*, México, Oxford University Press, 2000, Colección Textos Universitarios en Ciencias Sociales.
- HAMBURGER, Philip, *The Administrative Threat*, Nueva York, Encounter Books, 2017, Edición Kindle.
- HARTMUT, Maurer, *Derecho Administrativo alemán*, trad. de José Ma., Bobes Sánchez *et. al.*, México UNAM-IIJ, 2012, Serie Doctrina Jurídica núm. 637.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael, y ORJUELA CÓRDOBA, Sandra Patricia, *Energía eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, Caracas, Universidad Monteávila-Editorial Jurídica Venezolana, 2016, Colección Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila.
- OLIVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª. ed., México, Porrúa, 1997.
- PARADA, Ramón, *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *El concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, Colección Estudios Jurídicos núm. 23.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ª. ed. revisada y actualizada, Bogotá, Tirant lo Blanch-Universidad Externado de Colombia, 2011.
- PRATS I CATALÁ, Joan, "Derecho y *management* en las administraciones públicas (Notas sobre la crisis y renovación de los respectivos paradigmas)", en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, núm. 3, enero de 1995.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, México, Novum, 2011.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI: Nuevas perspectivas", en *Revista Aragonesa de Administración Pública* (Separata), Aragón, núm. 31, 2007.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "La explicación histórica del Derecho Administrativo", en CIENFUEGOS SALGADO, David, y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, México, UNAM-IIIJ, 2005, Serie Doctrina Jurídica núm. 213, t. I: Derecho Administrativo.

ROLDÁN XOPA, José, *Derecho Administrativo*, México, Oxford University Press, 2008.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos-Ciudad Argentina, 1999.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14^a. ed. corregida y aumentada, México, Porrúa, 1988, t. II.

SORACE, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Palestra Editores, S.A.C., 2006.

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio, y MATUTE GONZÁLEZ, Carlos, *Nuevo Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2003.

2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

3. Sitios de Internet

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>.

LEGISLAR SOBRE LOS BIENES COMUNES CASO DEL MAÍZ TRANSGÉNICO

Xochitl GARMENDIA CEDILLO¹

Esto sabemos. Todo está conectado como la sangre que une a una familia...

Lo que le acaece a la tierra, acaece a los hijos e hijas de la tierra.

El hombre no tejó la trama de la vida es una mera hebra de la misma.

Lo que le haga a la trama, se lo hace a sí mismo.

Ted Perry (Inspirado en el Jefe Seattle)

SUMARIO

I. Introducción. II. Clasificación de los bienes de uso común. III. Reconocimiento de la individualidad de la naturaleza. IV. Los derechos de la Madre Naturaleza. V. Intervención del hombre en controlar la naturaleza. VI. La tecnología interviene e interfiere cada vez más en la naturaleza. VII. Estructura de la construcción genética. VIII. ¿Cuáles son los efectos de los alimentos transgénicos en la salud? IX. Orígenes de la agricultura del maíz. X. Organismos genéticamente modificados. XI. ¿Cómo funcionan los híbridos? XII. Tecnología Terminator: Un arma biológica contra los agricultores y la seguridad alimentaria. XIII. ¿Cómo funciona la tecnología Terminator? XIV. Terminator y Monsanto. XV. Informe anual de la situación general sobre la bioseguridad en México. XVI. Maíz transgénico en México. XVII. Demanda de acción colectiva maíz transgénico de septiembre de 2013. XVIII. Proceso legislativo de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados. XIX. Efectos en México. XX. Conclusiones. XXI. Fuentes de información.

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. Profesora Investigadora de tiempo completo Asociado "C" de la UAM, Azcapotzalco. Directora de Ingresos del Estado de Oaxaca, Subdirectora de Investigación y Análisis. Investigadora del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados.

RESUMEN

Los bienes comunes son aquellos que nos pertenecen a todos y que generalmente no son apropiables; por ejemplo, los bienes de la naturaleza (las plantas, los animales, la lluvia, etc.).

Dentro de los bienes comunes algunos se encuentran regulados dentro de los bienes públicos como los de uso común. En esta categoría se encuentran aquellos recursos que forman parte del patrimonio del Estado, quien es el encargado de regular y gestionar dichos bienes con el objetivo de asegurar su sustentabilidad en el largo plazo; así como garantizar la disponibilidad y acceso a los mismos para toda la población.

Hay otros bienes que forman parte de los bienes que todos tenemos acceso, disfrutamos o utilizamos, y que no se había regulado sobre de ellos, por estar libres en la naturaleza. No obstante, de estar libres, como es el caso de las semillas, por motivos científicos de encontrar formas de proteger y mejorar una especie más fuerte, se desarrollaron procedimientos que cambiaron la naturaleza original de las semillas, y las transformaron en organismos genéticamente modificados. Esta nueva semilla, que su característica es que pierde la posibilidad de producir nuevas semillas reproductibles, sus frutos serán estériles, lo que obligara a los campesinos a comprar en cada siembra nuevas semillas.

ABSTRACT

The common goods are those that belong to all of us and that are generally not appropriable; for example, the goods of nature (plants, animals, rain, etc.).

Some of the common goods are regulated within public goods such as those of common use. In this category are those resources that are part of the State's heritage, which is in charge of regulating and managing said assets with the aim of ensuring their long-term sustainability; as well as guaranteeing their availability and access for the entire population.

There are other assets that are part of the assets that we all have access to, enjoy or use, and that had not been regulated over them, because they are free in nature. Despite being free, as is the case with seeds, for scientific reasons to find ways to protect and improve a stronger species, procedures were developed that changed the original nature of the seeds, transforming them into genetically modified organisms. This new seed, which its characteristic is that it loses the possibility of producing new reproducible seeds, its fruits will be sterile, forcing farmers to buy new seeds at each planting. In this way a common good was transformed into a good that has an owner, stripping peasants of the free availability of seeds.

This has resulted in a debate, both because that the introduction of these new

De este modo se transformó un bien común en un bien particular que tiene un dueño, despojando a los campesinos de la disponibilidad libre de las semillas.

Esto ha resultado en un debate, tanto por los efectos que tendrá la introducción de estos nuevos organismos sobre otras plantas no modificadas, caso específico el maíz transgénico.

Si bien es cierto que la introducción de organismos genéticamente modificados creará un nuevo balance en los ecosistemas y en las estructuras económicas del sector primario, los beneficios en términos de productividad agropecuaria y seguridad alimentaria no pueden ser ignorados. Las producciones agrícolas se duplicaron, con beneficios tanto para los dueños de la patente, como para los agricultores que pueden abastecer la demanda de sus productos.

Es de vital importancia explorar los criterios sobre los cuales podrá fundamentarse la regulación de los bienes comunes, así como la generación de políticas públicas encargadas de cumplir los objetivos del Estado respecto a dichos bienes y el acceso, sustentabilidad y su disponibilidad para toda la población.

En este documento se exploran tres criterios para sustentar la regulación y generación de políticas públicas de los bienes comunes en México:

1. Fomento decidido del Estado para la investigación y desarrollo de especies

organismos will have on other unmodified plants, specifically GMO corn.

While it is true that the introduction of genetically modified organisms will create a new balance in ecosystems and in the economic structures of the primary sector, the benefits in terms of agricultural productivity and food security cannot be ignored. Agricultural productions doubled, with benefits for both patent owners and farmers who can supply the demand for their products.

It is vitally important to explore the criteria on which the regulation of common goods may be based, as well as the generation of public policies in charge of fulfilling the State's objectives regarding said goods and their access, sustainability and availability for all the population.

This document explores three criteria to support the regulation and generation of public policies for common goods in Mexico:

1. Determined promotion of the State for the research and development of selected species to be genetically modified by the State and include them in Article 27 of the Constitution as goods of common use, thus being "goods of the State" and therefore would be excluded from the market. This implies a strong investment and promotion of the State if it wants to obtain abundant harvests.

2. Liberate scientific knowledge, establishing in law a patent system with a determined time.

seleccionadas para modificarlas genéticamente por parte del Estado e incluirlos en el Artículo 27 Constitucional como bienes de uso común, siendo así “bienes del Estado” y por lo tanto se excluirían del mercado. Esto implica una fuerte inversión y fomento del Estado, si quiere obtener cosechas abundantes.

2. Liberar el conocimiento científico, estableciendo en ley un sistema de patentes con tiempo determinado.

3. Prohibición de los Organismos Genéticamente Modificados, renunciar a cosechas abundantes y buscar la optimización de la producción agrícola nacional a través del cultivo de productos orgánicos que tienen un mayor precio en el mercado, garantizando mejores ingresos para los campesinos.

3. Ban on Genetically Modified Organisms, renounce abundant harvests and seek optimization of national agricultural production through the cultivation of organic products that have a higher market price, guaranteeing better incomes for farmers.

PALABRAS CLAVE

Bienes Comunes. Organismos genéticamente modificados (OGM). Maíz transgénico.

KEY WORDS

Common goods. Genetically Modified Organisms (GMOS). GMO corn.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto analizar los “derechos de los bienes comunes”, reconocer e identificar su existencia y exponer la fragilidad de que se apropien de ellos para explotarlos con fines mercantiles y sobre todo con la finalidad de apropiárselos. El título que se eligió en esta investigación busca definir si la acción de legislar para apropiarse de los bienes es correcta o no, no se refiere a que legislar para protegerlos sea incorrecto.

Uno de los bienes comunes son las “semillas”, que han sido objeto de modificación genética y por consecuencia de apropiación por particulares. El caso del maíz transgénico ha ocasionado un debate de nivel nacional, por los efectos

que produce su siembra, al contaminar a otras especies endógenas en el caso de México.

La metodología utilizada fue el análisis documental, bibliográfico y legislativo, ya que se acudió a diferentes fuentes para reunir la información. Este estudio en particular se puede analizar desde diferentes vertientes, además del jurídico, por tratarse de procedimientos científicos que se aplicaron para lograr un organismo genéticamente modificado, sólo se describen brevemente para entender el alcance de modificar la naturaleza de un ser.

México dispone de un ordenamiento que regula a los organismos genéticamente modificados. La siembra del maíz transgénico provocó no solo un debate, sino acciones concretas de interponer una acción colectiva ante los tribunales, para solicitar se prohíba la siembra del maíz transgénico.

El quid de este tema es valorar y determinar la importancia de los avances biológicos en mejorar las especies para hacerlas más fuertes y resistentes y así obtener grandes cosechas, con el riesgo de contaminación a otros cultivos vecinos, o renunciar a estas tecnologías, y al mismo tiempo lograr cosechas suficientes que nos lleven a la autosuficiencia.

Para iniciar, se debe partir de entender que es el término de los “derechos de los comunes”; en su sentido más amplio, comprende diferentes tipos de riqueza, recursos, espacios, valores, sistemas, procesos y actividades que pertenecen a grupos o colectividades. Los bienes comunes se han convertido en aquellos que deben reclamar la condición de inapropiables e imprescriptibles.

Tales bienes son por ejemplo el aire, el agua, la tierra, los océanos, la naturaleza que comprende los animales, las semillas, vegetales, bosques y en general la biodiversidad que vive en los ambientes naturales, incluso el patrimonio cultural de la nación.

La naturaleza en su aspecto más diverso comprende la existencia de una multiplicidad de seres vivos, que ha dado origen a hablar de que existe una “biodiversidad” y esta ha sido definida como: “la diversidad de especies que hay en el mundo”.

Para proteger y respetar los “derechos” de los bienes comunes, estos tienen que estar dentro de un marco jurídico protector, pero antes se debió haber reconocido su derecho a ser protegidos.

Su existencia, como su permanencia en el planeta, resulta fundamental para la sobrevivencia del ser humano. Derivado de este análisis y dentro del contexto del tema planteado, se mencionan las teorías recientes sobre los derechos de la madre naturaleza, desde una vertiente científica que reconoce a la tierra “Gaia”, como un ser individual, y a la “Pachamama”, como la madre naturaleza a quien el Estado le reconoce derechos.

El reconocimiento de estos derechos se orienta a respetar a la naturaleza, no contaminar, no agredirla con deforestaciones, o con el cambio de su estructura, o si o no es bueno o malo interferir y modificar.

Se incluye cómo se llegó a la modificación genética de organismos vivos y en especial el maíz. Con la finalidad de evaluar su viabilidad o cancelación.

Se debe reconocer que los organismos genéticamente modificados son más fuertes y por lo tanto sobreviven más a las plagas y enfermedades, y, si se quieren abundantes cosechas, son necesarios, para alimentar a una población creciente y demandante.

Si se renuncia a este tipo de cultivos, será muy complicado obtener los mismos resultados, y por consiguiente no podrá alimentarse a todos, los ingresos disminuirán y el empobrecimiento se perpetuará.

Una forma de obtener más y mejores ingresos es con la producción de productos orgánicos que tienen un precio superior en el mercado, de este modo se garantizan mejores ingresos. Se puede estimular la siembra de productos orgánicos que tengan una gran demanda en el exterior. Se plantean las siguientes alternativas:

- Una alternativa es el fomento decidido del Estado para la investigación y desarrollo de especies seleccionadas para modificarlas genéticamente, en algunos de los organismos o instituciones especializados en desarrollo científico y tecnológico, para que sus productos sean propiedad del Estado; además incluirlos en el Artículo 27 Constitucional como bienes de uso común, de este modo se excluyen del mercado y el Estado los protegiera. Esto implicaría de una política pública de fortalecimiento a la Ciencia y Tecnología, con especial dirección de todo aquello que es necesario para el desarrollo del país en todas sus vertientes, con una fuerte inversión por parte del mismo Estado.

La ciencia y la tecnología son indispensable para todo, por lo que es imperante que el Estado le dé la importancia que tiene, es la gran palanca del desarrollo.

- Otra alternativa, es regular la liberación del conocimiento científico, definirlo como “conocimiento universal”, en el que todos tienen acceso al él, como sucede cuando se liberan las patentes que tienen un tiempo determinado de vigencia.

Los efectos en la ingesta de los organismos genéticamente modificados no han sido valorados al cien por ciento, pues aún no ha transcurrido tiempo suficiente de más de una generación para averiguarlo.

Por otro lado, se ha comprobado que a especies menores sí las afectó, como es el caso de las larvas de la mariposa monarca, que mueren cuando consumen el algodoncillo del maíz transgénico y no sabemos de cuantas otras más.

A pesar de todo, el crecimiento poblacional sigue incrementándose a nivel mundial y la demanda de alimentos también, ¿qué hacer?, Es el dilema.

El término de los bienes comunes se puede definir como “lo común” o “bienes comunes”; de acuerdo con la obra de Joan Subirats, *Los (bienes) comunes, oportunidad o espejismo*, plantea que todas las posibles derivaciones de la palabra comunes, y todos sus posibles derivados son palabras que cada vez resuenan más en el mundo de las ideas políticas, económicas, culturales. ¿Por qué? ¿Qué tiene esta palabra de múltiples interpretaciones que llame tanto la atención? ¿Qué nos proporciona “lo común” en un momento tan complejo como el actual?

Los bienes comunales son propiedades de toda una comunidad, ni privados ni estatales, que acostumbran a proporcionar un bien necesario para todos sus miembros. Se trata de recursos (acuíferos, bosques, tierras...) que deben ser cuidados y gestionados de manera colectiva porque son escasos y una explotación individualista de ellos puede llevar a su extinción. El acceso a los bienes comunales es un derecho de todos los miembros de una comunidad. Por otro lado, lo común exige unos deberes: el trabajo y la gestión comunitaria”².

² Subirats, Joan, *Los (bienes) comunes, ¿oportunidad o espejismo?*, Barcelona, Icaria Editorial, 2016, p. 112.

En México, de acuerdo con la definición que aporta la Enciclopedia Jurídica Online, señala:

En la mayoría de las jurisdicciones que siguen la tradición patria, el uso de los bienes demaniales (de dominio público) puede ser común o privativo. El primero, a su vez, se clasifica en uso general y uso especial. Es posible que algunos bienes demaniales, por su propia naturaleza, reclamen un uso singularizado. Por lo que no es, entonces, contradictorio que pueda darse un uso público exclusivo a una sola persona o entidad y excluir a los demás —es el caso de las minas, por ejemplo—³.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES DE USO COMÚN

Se consideran como bienes de uso común los señalados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el Artículo 27, que forman parte del patrimonio de la nación.

En el marco jurídico vigente en México, podemos entender a los bienes de uso común como aquellos del dominio del poder público susceptibles de ser aprovechables por todos los habitantes del lugar en que se encuentren, con las restricciones establecidas por la ley y para cuyo aprovechamiento especial se necesita concesión otorgada con los requisitos que prevengan las leyes respectivas.

Con lo que se puede concluir que son del dominio público del Estado, a disposición de la población, con las reservas, protección y limitaciones que imponen en algunos de ellos la propia Constitución o la normatividad relativa. En este caso, la ley señala que todos los habitantes de México pueden usar los bienes de uso común sin más restricciones que las establecidas por las propias leyes y los reglamentos administrativos.

El dominio público está constituido por un conjunto de bienes a los que se reconoce como elemento esencial, el ser bienes aprovechados por la comunidad, sin que puedan ser apropiados por los particulares.

Los bienes de uso común se encuentran regulados por la Ley General de Bienes Nacionales⁴, que tiene por objeto establecer cuáles son los bienes que

³ Bienes de uso común en México, https://mexico.leyderecho.org/bienes-de-uso-comun/#Bienes_de_Uso_Comun_en_Mexico.

⁴ Ley General de Bienes Nacionales, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2004, texto vigente, última reforma publicada DOF 19-01-2018. Ver documento en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/267_190118.pdf.

constituyen el patrimonio de la Nación, su régimen de dominio público de los bienes de la Federación y los demás bienes que forman parte de los organismos descentralizados de carácter federal. Esta ley enumera en el Artículo 3o. los bienes nacionales, que son I.- Los señalados en los Artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II.- Los bienes de uso común a que se refiere el Artículo 7o. de esta Ley; III.- Los bienes muebles e inmuebles de la Federación; IV.- Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las entidades; V.- Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propios a las que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos les otorga autonomía, y Los señalados en los Artículos 27 constitucional en los párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; VI.- Los demás bienes considerados por otras leyes como nacionales.

El Artículo 7o. señala que son bienes de uso común:

I.- El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional; II.- Las aguas marinas interiores, conforme a la Ley Federal del Mar; III.- El mar territorial en la anchura que fije la Ley Federal del Mar; IV.- Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales; V.- La zona federal marítimo terrestre; VI.- Los puertos, bahías, radas y ensenadas; VII.- Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público; VIII.- Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional; IX.- Las riberas y zonas federales de las corrientes; X.- Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjias, contruidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía, o riberas en la extensión que, en cada caso, fije la dependencia competente en la materia, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables; XI.- Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia; XII.- Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la ley de la materia; XIII.- Las plazas,

paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del Gobierno Federal y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visiten, y XIV.- Los demás bienes considerados de uso común por otras leyes que regulen bienes nacionales.

Todos estos bienes se caracterizan por:

- Formar parte del patrimonio de poder público, sea este Federal, Local o Municipal. Solamente algunos de los bienes están reservados para uso de la Federación (Artículos 27 y 132 de la Carta Magna, con atribuciones del Congreso para legislar en el tema, de conformidad con el Artículo 73 fracciones X⁵ y XVII⁶) y el resto será regulado por la ley local de la entidad federativa a la que pertenezcan a los Estados (Artículo 124 constitucional);
- Están sujetos a un procedimiento especial de Derecho Público en caso de que se requiera incorporarlos, desincorporarlos o cambio de destino. Realizado por un decreto emitido por el titular del Ejecutivo en los casos de incorporación y desincorporación, y por el Secretario del Ramo correspondiente cuando se trate de cambio de destino dentro de la administración central;
- Son imprescriptibles, inalienables, inembargables.

También existe en México lo que se conoce como propiedad comunal, es la reconocida a los grupos indígenas y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la previene en la fracción VII del Artículo 27, sujeta al régimen de dominio público de la Federación. El mismo Artículo 27 protege a la propiedad comunal y ejidal en la fracción VIII, incisos a), b), c), y fracción IX.

⁵ Artículo 73.- El Congreso tiene facultad: ... X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del Artículo 123.

⁶ ... XVII. Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, tecnologías de la información y la comunicación, radiodifusión, telecomunicaciones, incluida la banda ancha e Internet, postas y correos, y sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

La alusión a la propiedad comuna, en nuestra Constitución, como se observa, es a la de los pueblos originarios, sobre la base de que es propiedad de la comunidad, no es de un individuo, es del grupo.

Sin embargo, el término de los “derechos de los comunes”, en su sentido más amplio, comprende diferentes tipos de riqueza, recursos, espacios, valores, sistemas, procesos y actividades que pertenecen a grupos o colectividades. Los bienes comunes se han convertido en aquellos que deben reclamar la condición de inapropiables e imprescriptibles.

Tales bienes son por ejemplo el aire, el agua, la tierra, los océanos, la naturaleza que comprende los animales, las semillas, vegetales, bosques y en general la biodiversidad que vive en los ambientes naturales, incluso el patrimonio cultural de la nación.

La naturaleza en su aspecto más diverso comprende la existencia de una multiplicidad de seres vivos, que ha dado origen a hablar de que existe una “biodiversidad” y esta ha sido definida como: “la diversidad de especies que hay en el mundo”⁷.

⁷ Clasificación de los seres vivos: Los seres vivos se clasifican de acuerdo con el sistema creado por *Carl von Linné*, con algunas adiciones y adaptaciones. Los científicos han añadido el dominio y la cohorte y han subdividido otros niveles para integrar el conocimiento nuevo que se obtiene. Esto es normal, puesto que con el tiempo se amplía la información sobre los seres vivos. La primera palabra del nombre corresponde al género y la segunda revela la especie de la que se trata. Ahora bien, las especies semejantes se agrupan en géneros y los géneros similares en familias. Varias familias conforman un orden, varios órdenes se constituyen en una clase, varias clases en un filo o filum y varios de éstos conforman un reino.

Reino. Es el nivel más alto de la jerarquía del sistema de *Carl von Linné*. Cada reino engloba seres vivos que funcionan básicamente del mismo modo, con base en la similitud de las células del organismo.

Aunque en la actualidad los científicos pueden considerar varios reinos, tradicionalmente se han enseñado cinco: Todas las especies tienen una clasificación única y un nombre científico consistente en dos palabras originarias del latín o del griego. Esto es sumamente útil, ya que los nombres comunes de las especies varían según el idioma, la región geográfica y otros aspectos, pero el nombre científico es invariable.

- Reino Animalia. Engloba seres pluricelulares. Sus células están desprovistas de pared celular.
- Reino Plantae. La pared de las células de los seres de este reino es de celulosa.
- Reino Fungi. Encierra organismos que tienen células con paredes celulares de quitina y que se reproducen principalmente por medio de esporas.

Para ser objeto de estudio, dentro del ámbito del Derecho, deben reconocerse derechos a esos “bienes comunes”.

Hasta hoy, muchos de ellos estaban clasificados dentro del ámbito del derecho como ya se describió con anterioridad, pero otros son considerados cosas u objetos y seres vivos ya sea del reino vegetal o del reino animal.

Nuestra Constitución en el Artículo 27 describe e incluye todo lo que se encuentra dentro del territorio nacional y la zona económica exclusiva, es en pocas palabras “la escritura del país” de todos esos bienes ahí descritos, muchos de ellos son objeto de aprovechamiento y explotación.

Cuando los particulares quieren participar en el aprovechamiento de los recursos naturales, o en la explotación de los mismos, podrán acceder a ellos mediante una “concesión”⁸ que otorga el Estado, o mediante la desincorporación o cambio de uso, que para tal efecto, deberá emitirse un Decreto de destino, Cuando un bien se va a anexar, separar o reubicar en su uso, se requiere de un procedimiento especial emitido por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, tendente, de acuerdo con la denominación oficial, a incorporar, desincorporar o cambiar de destino un bien de dominio llamado Decreto de Destino. Los requisitos del Decreto de Destino son los siguientes:

- Reino Protista o Protoctista. Son organismos que existen en la naturaleza como células individuales y que a veces forman colonias.
- Reino Monera. Contiene organismos unicelulares procariontes, sin membrana nuclear y sin núcleo celular.

Adicionalmente se determina:

- Filo. Está formado por clases. El reino Animalia tiene alrededor de 35 filos.
- Clase. Está formada por órdenes y los subgrupos de éstos.
- Orden. Grupo que contiene una o más familias.
- Familia. Es la subdivisión de un orden y contiene uno o más géneros. Puede dividirse en subfamilias.
- Género. Se trata de la primera palabra del nombre de una especie.
- Especie. Es la unidad base de la clasificación. Abarca individuos similares y capaces de reproducirse entre sí, en: <http://www.bioenciclopedia.com/clasificacion-de-los-seres-vivos/>.

⁸ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 5ª. ed., México, Porrúa, 1952: “La concesión administrativa que es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado. Ahora bien, como la naturaleza y efectos de la concesión derivan del objeto de esta, es indispensable fijar los caracteres del servicio público, el cual constituye solamente una parte de la actividad del Estado al lado de la de policía que limita y regula la actividad de los particulares y la de fomento, vigilancia y control de la misma”.

- El Decreto se emitirá por el titular del Poder Ejecutivo, a menos que únicamente se pretenda cambiar de usuario dentro del sector público, en cuyo caso será emitido por el Secretario del ramo.
- El Secretario de la Función Pública refrenda el decreto o por cualquier otro titular de las secretarías que intervengan en el acto, debe publicarse en el Diario Oficial debidamente fundado y motivado.
- Se incluye la justificación para que el bien pase a formar parte, deje de formar parte del patrimonio del Estado o bien su cambio de dueño.
- Todos los actos jurídicos en los que se encuentre involucrado un bien inmueble de la Federación deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad Federal, órgano de la Secretaría de la Función Pública de libre acceso a todas las personas en donde se inscriben todas las acciones vinculados con los bienes del Estado.
- Cuando se quiere acceder al uso o explotación de los bienes del Estado, será mediante concesión.

La concesión es una figura jurídica del Derecho Administrativo. Una definición de ella la encontramos en la tesis aislada de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes términos (concesiones administrativas, sus características):

El tratadista Gabino Fraga, enseña que en nuestro país, el régimen de concesión se emplea respecto de los siguientes asuntos: I. Para otorgar a los particulares, facultades a fin de que desarrollen una actividad, consistente en el funcionamiento de un servicio público; II. Cuando se refiere al otorgamiento de facultades a los particulares para aprovechar bienes de propiedad pública; y III. Cuando se trata de actividades que sin poder calificarse entre las atribuciones del Estado, por su naturaleza especial, pueden comprometer intereses de grandes grupos sociales o de terceros que, aisladamente, no están en condiciones de adoptar las medidas adecuadas para la defensa de sus derechos, y es preciso que el Estado intervenga para protegerlos, y señala como ejemplos de estas actividades, las de las compañías de seguros y las de las instituciones de crédito. De lo anterior se desprende que el estado puede concesionar los actos que caen dentro de sus atribuciones y aquellos que por interés público debe vigilar, pero no aquellos que por estar dentro de las actividades que la constitución garantiza al individuo, puede éste ejecutar libremente, sin el

permiso o gracia de la autoridad. Por tanto, no puede atribuirse el carácter de concesión administrativa, al contrato celebrado por el estado con un particular y por el cual aquél otorga a éste la prerrogativa o privilegio consistente en que sólo se gravará con determinados impuestos, la industria que dicho particular establecerá con fines de intereses privados, a condición de que deberá invertir determinado capital en moneda nacional, y la circunstancia de que tal privilegio revista forma contractual, no puede cambiar su naturaleza de acto unilateral de la autoridad, ni puede éste regirse por otras leyes que las del derecho público, que son las que norman esta clase de actos⁹.

Respecto de los bienes llamados comunes por la doctrina internacional, se refieren a aquellos que todos accedemos y que no tienen dueño, como las semillas que reproducen alimentos y frutos, la lluvia, el sol, el mar y todo aquello que por ser “natural” a todos, los tenemos como propios de todos.

Sin embargo, por esa condición, no se ha legislado sobre su propiedad en algunos de los casos, y eso ha dado lugar a que algunos ambiciosos busquen la manera de apropiárselos con finalidad de beneficios propios.

Evolución de los derechos que reconocen a los seres vivos

La diferencia entre los derechos del ser humano y los derechos de los “otros” seres vivos, radica en la misma evolución que los derechos humanos han tenido. Todos los derechos en cualquier civilización han tenido una evolución de acuerdo con los hechos acontecidos.

El reconocimiento de derechos de los otros es también una evolución y producto de estudios que nos llevan a reconocer primero su existencia como sujeto de reconocimiento de sus derechos, así tenemos.

III. RECONOCIMIENTO DE LA INDIVIDUALIDAD DE LA NATURALEZA

El reconocimiento de la naturaleza parte de entender que la Tierra es un ser individual, teoría desarrollada en 1960 por James Lovelock¹⁰.

⁹ Tesis con número de registro 327790, *Semanario de la Federación*, Quinta Época, t. LXX, p. 4647. Ver en: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/327/327790.pdf>.

¹⁰ Tamez-Cruz, Suzette, *Debate e interpretaciones sobre la hipótesis Gaia*, http://www.cienciorama.unam.mx/a/pdf/167_cienciorama.pdf; cita a: Lovelock, James, *GAIA, A new look a life on earth*, http://www.vielewelten.at/pdf_en/lovelock.pdf.

Lovelock fue llamado por la Nasa para descubrir si había vida en Marte. En su análisis que realizó al respecto, señaló: “El hecho de pensar en la profunda diferencia entre la atmósfera de la Tierra y la de otros planetas me llevó a mi principal tema de investigación durante los últimos veinte años, la hipótesis de que la Tierra es un sistema autorregulable capaz de mantener su clima y composición química confortable para los organismos que lo habitan. Esta hipótesis —la hipótesis de Gaia, ahora llamada teoría de Gaia— todavía debe probarse. Una crítica habitual a esta teoría es que se relaciona con la Teología. Esta acusación es injusta, pues nunca me propuse atribuirle un propósito o una visión del futuro. Sea correcta o no, es una teoría comprobable y capaz de realizar predicciones “arriesgadas”.

Desde el ámbito del Derecho, han sido países con tradición de las culturas indígenas los que han desarrollado la personalidad de la Se ha desarrollado por algunos países como es el caso del Ecuador y de Bolivia, que le han otorgado derechos a la “madre naturaleza”.

El reconocimiento de derechos a la naturaleza implica interiorizarnos en la propia evolución de los derechos del hombre.

IV. LOS DERECHOS DE LA MADRE NATURALEZA

La Constitución ecuatoriana del 2008, producto de la instauración de una Asamblea Constituyente originaria legitimada por un referéndum previo. El Ecuador se encuentra regido por una nueva Carta Fundamental, la cual está en vigor desde el 20 de octubre del 2008. En ella se ha definido a la República como un “Estado constitucional de derechos y justicia”, definición que sobrepasa los límites del Estado social de derecho y cuyo alcance es aún materia de discusión profunda en los foros jurídicos ecuatorianos. A base de nuestra pluriculturalidad, la Constitución destaca en su preámbulo la importancia de la *Pachamama*, voz *kichwa* que define a la naturaleza, y ha establecido como fin primordial del Estado la realización del *sumak kawsay* o buen vivir, que contiene la mayor parte de lo que en la Ciencia Jurídica contemporánea conocemos como derechos de incidencia colectiva.

En ese contexto, el inciso final del Artículo 10 de la Carta Fundamental establece que la naturaleza o *Pachamama* “será sujeta de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, definiéndola en su Artículo 71 como “el lugar donde se reproduce y se realiza la vida”. A continuación, los tres Artículos siguientes confor-

man un capítulo exclusivo de derechos de la naturaleza que otorgan legitimación activa a toda persona, comunidad, pueblo o *nacionalidad* en nombre de la naturaleza, así como el derecho la restauración, similar a la obligación de recomponer constante en el Artículo 41 de la Constitución nacional argentina.

Cabe destacar que el Artículo 74 prescribe como derecho de los pueblos, comunidades y nacionalidades al aprovechamiento de los beneficios ambientales destinados a la consecución del buen vivir. Como correlato determina que “Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”.

Ante los nuevos preceptos constitucionales, las opiniones en el Ecuador son diversas, pues por un lado se encuentran los ecologistas quienes estiman que tal reconocimiento propenderá a un equilibrio entre el derecho de los particulares a un ambiente sano, visión antropológica que se ha mantenido, con la responsabilidad ciudadana a preservar el ambiente y la naturaleza, cuya personalidad jurídica trae consigo el reconocimiento de derechos inherentes a ella; y por otra parte se encuentran los pragmáticos quienes denuncian que al no existir en el Ecuador antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema, en adición al poco debate que precedió a su promulgación, estas normas están destinadas a constantes conflictos de interpretación.

Es por todo lo anterior que resulta importante analizar la inclusión de los derechos que le han otorgado a la “*madre naturaleza o Pachamama*”, que el Estado de Ecuador ha otorgado por primera vez en su Constitución a nivel mundial.

Bolivia ha hecho un reconocimiento, con la misma finalidad, pero no a nivel constitucional.

*Constitución de la República del Ecuador*¹¹

Artículo 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

¹¹ Constitución de la República del Ecuador, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>.

La Constitución Política del Estado ecuatoriano le reconoce a la “naturaleza” derechos. Que se respete su entorno, los ciclos de vida de los elementos y seres vivos que la habitan.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza¹². Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

La preservación, y respeto a los derechos de la “naturaleza,” serán reclamados, exigidos y protegidos por terceros, quienes lo harán de acuerdo con los principios que la misma Constitución establece.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (Artículo 71 de la Constitución Política de la República de Ecuador)¹³.

Serán las personas naturales y jurídicas, (personas físicas y morales), así como “colectivos” (pueden incluirse ONGS, Sociedades Cooperativas, etc.) quienes serán incentivados por el Estado, para que protejan todos los elementos que forman parte del ecosistema.

En el caso de Bolivia, tiene la Ley de Derechos de la “Madre Tierra”¹⁴, señala en su Artículo 1o., *La presente Ley tiene por objeto reconocer* los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos.

El reclamo que ha habido en otras latitudes por otorgar derechos a la Madre Naturaleza obedece al objetivo de protegerla con sus características originales, respetar el equilibrio ecológico, la identidad de las especies, pero, sobre todo, protegerla contra los actos que el ser humano realiza violentando el equilibrio ecológico, o todas las acciones tendientes a querer apropiarse de sus recursos en todos sus ámbitos.

¹² Los terceros son los que reclaman el cumplimiento de los derechos de la “naturaleza”.

¹³ <http://www.pucesi.edu.ec/web/wp-content/uploads/2016/04/Constituci%C3%B3n-de-la-República-2008.pdf>.

¹⁴ Ley de Derechos de la Madre Tierra, <https://bolivia.infoleyes.com/norma/2689/ley-de-derechos-de-la-madre-tierra-071>.

V. INTERVENCIÓN DEL HOMBRE EN CONTROLAR LA NATURALEZA

La actividad del hombre en la industria y el campo, la necesidad de producir alimentos para la creciente población mundial ha afectado a la naturaleza, contaminando y fomentando el cambio climático. La contaminación se da en todos los niveles y ámbitos, y la afectación al medio ambiente, ha propiciado un desbalance. Preocupados algunos por remediar estos problemas y con una visión restringida de la problemática ambiental se iniciaron las discusiones previas a la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972), entre cuyas actividades preparatorias fue de especial significado la reunión de Founex (Ginebra, 1971). Fue allí donde por primera vez se intentó establecer un vínculo entre medio ambiente y desarrollo.

La pregunta que se planteaba en ese momento podría formularse en los siguientes términos: ¿son medio ambiente y desarrollo dos conceptos excluyentes?, ¿existe una dicotomía entre ambos? O más bien, ¿tiene que considerarse el medio ambiente como parte integral del desarrollo?

De ser correctas las dos primeras formulaciones, nos enfrentan a una disyuntiva: la de elegir entre los objetivos del desarrollo o la meta de la protección y el mejoramiento del medio ambiente. En cambio, la tercera formulación asigna a la dimensión ambiental implicaciones socioeconómicas y políticas que obligan a reexaminar los conceptos de desarrollo y medio ambiente y su interrelación mutua.

Por consiguiente, la aceptación de esta última postura —la que concibe el medio ambiente como parte integral del desarrollo— plantea la necesidad de definir cómo y a través de qué elementos, estructuras, acciones y fenómenos se hace manifiesta la relación medio ambiente-sociedad-desarrollo.

Uno de los logros más importantes de la Conferencia de Estocolmo fue justamente demostrar que las políticas aisladas o las medidas *ad hoc*, dirigidas a la solución parcial de los problemas ambientales, estaban destinadas al fracaso a largo plazo. Ello se ha hecho evidente en algunas de las llamadas crisis —por ejemplo, las de energía y alimentos—, en que las interrelaciones entre componentes ambientales y sociopolíticos se manifiestan concretamente.

El enfoque iniciado en Founex y Estocolmo, que se hiciera explícito más tarde en la Declaración de Cocoyoc (México, 1974) y que culmina con el informe

Brutland, ha ido clarificando cada vez más la relación orgánica existente entre el medio ambiente físico y los aspectos económicos, sociales y políticos que definen un determinado uso de la naturaleza y de los recursos naturales. Tal relación se manifiesta en estructuras e instituciones, en objetivos y políticas, en planes y estrategias, tanto a nivel nacional como internacional.

El desarrollo humano se ha caracterizado por un constante incremento de la capacidad cognoscitiva del hombre y de su poder para actuar sobre la naturaleza. Sin embargo, dicho poder se ha visto enfrentado a un encadenamiento dinámico de fenómenos y situaciones que paulatinamente se ha hecho más evidente, planteándole nuevas exigencias en cuanto a sus acciones e instrumentos, así como en cuanto a su manera de concebir y conceptualizar la realidad. Preservar en un conocimiento “lineal”, compuesto de innumerables disciplinas paralelas, no alcanza a cumplir ya sus objetivos científicos ni prácticos. El indispensable proceso de desarrollo supone complementariedades y transformaciones que se dan en universos interdependientes. Las políticas tendentes a frenar la creciente acumulación de desechos de todo tipo, las aglomeraciones urbanas irracionales o el agotamiento de recursos básicos, no pueden ir contra el proceso de desarrollo, sino más bien orientarlo, armonizándolo y adecuándolo al medio ambiente, el cual es, en último término, el que determina las posibilidades del desarrollo social y expansión económica en el largo plazo.

La complejidad creciente de las interrelaciones entre fenómenos ha hecho que la relación sociedad-medio ambiente se plantee cada vez más como un problema mundial que, desbordando lo puramente físico y natural, atañe por igual a todos los sistemas socioeconómicos y a todos los grupos sociales; esta complejidad también preocupa a todas las ideologías. Es, asimismo, una relación cuya comprensión sobrepasa el ámbito de las ciencias particulares, exigiendo un constante esfuerzo de integración interdisciplinaria.

La intervención del hombre sobre el medio ambiente y las consecuencias que de ello se derivan no son hechos o fenómenos aislados, sino que transcurren dentro de un continuo temporal. Es preciso entonces conocer las relaciones en sus movimientos, en su dinamismo, teniendo en cuenta que la acción del sistema social está ligada a su historia y a los tipos de organización que el grupo adopta en un momento específico.

VI. LA TECNOLOGÍA INTERVIENE E INTERFIERE CADA VEZ MÁS EN LA NATURALEZA

La mayor complejidad de las relaciones medio ambiente-sociedad se manifiesta históricamente en distintas formas de producción y en una red cada vez más estrecha de relaciones entre ellas. La creciente integración del sistema mundial introduce en este proceso dinámico un nuevo elemento. En efecto, las acciones del hombre sobre un determinado ecosistema natural, en un espacio geográfico definido, afectan otros sistemas naturales, a veces muy distantes.

Al mismo tiempo el hombre ha ido creando formas “tecnológicas” para apropiarse de la naturaleza.

Silvia Ribeiro, investigadora del grupo de acción sobre la Erosión, Tecnología y Concentración (ETC), explica una inquietante muestra de esta forma de apropiación de la vida. La tecnología *Terminator* fue desarrollada por las multinacionales de semillas y agroquímicos junto con el gobierno de Estados Unidos para impedir que las y los agricultores vuelvan a plantar la semilla que cosecharon, es decir, para esterilizar las semillas. Con ello se atenta contra la biodiversidad y las culturas mismas¹⁵.

Esta afirmación, en el sentido de que se lleve a cabo el desarrollo de esta tecnología “*Terminator*”¹⁶, no solo dañará la salud, sino que también representa una grave transgresión de los derechos de los agricultores, ya que no podrán guardar sus propias semillas y cosechar, pues dependerían totalmente de las empresas productoras de semillas¹⁷.

¹⁵ Ver en: http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/carpeta_bienes_comunes.pdf.

¹⁶ La tecnología Terminator se refiere a las plantas que son modificadas genéticamente para producir semillas estériles al momento de la cosecha (se le conoce también como Tecnología de Restricción en el Uso Genético o TRUGS). La tecnología Terminator fue desarrollada inicialmente por la industria multinacional de semillas y agroquímicos junto con el gobierno de Estados Unidos, para evitar que los agricultores volvieran a plantar la semilla de su cosecha. *Terminator* todavía no se comercializa ni se ha probado en el campo, pero se está experimentando en invernaderos en Estados Unidos. Información localizable en: <http://es.banterminator.org/De-nuestro-interes/Pueblos-indigenas-saber-tradicional-y-biodiversidad/Conocimiento-Tradiciona-y-la-Tecnologia-Terminador>, consultada el 2 de agosto de 2012.

¹⁷ *Idem*. ETC descubrió en 1998 que algunas empresas estaban desarrollando dicha tecnología, inventada por las transnacionales para controlar el monopolio de semillas, la cual aún no se comercializa ni se prueba en el campo, pero se está experimentando en

La tecnología *Terminator* es la clave del Sistema de Protección de Tecnologías, opera a través de una toxina que mata al embrión en un momento predeterminado de su desarrollo, impidiendo la germinación la semilla.

Pero la empresa semillera necesita producir varias generaciones de semillas para su venta, por lo que el mecanismo suicida tiene que permanecer apagado durante algún tiempo. El sistema se activa mediante la aplicación de un producto químico antes de vender las semillas al agricultor.

Para ello es preciso insertar en el genoma de la planta varias secuencias extrañas de ADN. Esquemáticamente, el sistema consistiría en:

- Un gen (Gen 3) que codifica la toxina letal, acompañado de un segmento genético que bloquea su expresión, impidiendo la producción de la toxina.
- Un gen (Gen 2) que codifica una enzima que actúa como tijera genética, eliminando el segmento que bloquea Gen 3.
- Un gen (Gen 1) que codifica una proteína represora que bloquea la expresión de Gen 2, impidiendo la producción de la tijera genética.

El producto químico que desencadena esta sucesión de acontecimientos al ser aplicado a las semillas bloquea la producción de la proteína represora (Gen 1), lo que provoca el inicio de la secuencia suicida.

Estas son las semillas transgénicas, y las futuras generaciones que puedan derivarse de ellas, se convierten en una propiedad privada de la compañía que las patentó.

En este punto es cuando tenemos que replantearnos, el derecho que pueden tener “algunos”, para patentar lo que es de todos.

invernaderos de Estados Unidos. A la fecha existe una moratoria sobre *Terminator* en el Convenio de Diversidad Biológica (CBD) [El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)] es un tratado internacional que aborda la temática de la biodiversidad. Fue suscrito en 1992 y a la fecha ha sido ratificado por 192 Estados Partes y tiene tres objetivos principales:

1. La conservación de la diversidad biológica;
2. La utilización sostenible de sus componentes; y
3. La participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, pero las corporaciones y algunos gobiernos intentarán terminarla en la próxima reunión (CBD) que se llevará a cabo en Alemania en 2008.

Por otro lado, esta tecnología nos va a llevar a un suicidio de las especies. ¿Quién asegura cual va a ser el fin de esta locura de intervenir en la vida de los vegetales para apropiarse de ellos? Con el perverso fin de enriquecerse. Lo que pretenden es convertir en páramos estériles a las tierras de los países pobres o de los que no podrán pagar las semillas. Cabe imaginar, ¿qué sucedería con el campo mexicano?, ¿tendrán capacidad económica todos los campesinos para comprar las semillas de alimentos básicos de autosuficiencia? Ya no de producción para venta de cosechas, sino aquellas semillas que normalmente guardan de cosechas anteriores para poder sembrar, eso no podrá ocurrir, entonces, ¿a qué se expone el campo con la autorización de semillas transgénicas? A una dependencia de las patentes que detentan los derechos de las “semillas” de productos que son de todos.

Sobre los transgénicos, como en todo, hay dos corrientes, unos a favor y otros en contra:

Los transgénicos son especies vegetales a las que se les introduce bacterias de otras especies para darles determinadas características. Empresas y científicos que se dedican a esto argumentan que estas modificaciones genéticas se realizan desde hace décadas y que las regulaciones han evolucionado de acuerdo con las exigencias del mercado.

Los opositores a los transgénicos señalan, en cambio, que entre los principales efectos negativos de los cultivos existe el riesgo de contaminación de suelos agrícolas por el viento, monopolio de ventas de semillas con modificación genética y daños al mercado de la pequeña agricultura orgánica.

Lo que hoy por hoy existe, es incierto pues aún nadie puede decir qué consecuencias habrá por utilizar semillas transgénicas, ni los efectos en la salud de los que las comen.

Lo que sí podemos determinar, es que se trata de una industria sobre bienes comunes que, a partir de ser patentados estarán protegidos los derechos de quienes desarrollaron esas tecnologías y obviamente venderán sus descubrimientos, no los donarán a la humanidad, entonces, estamos en presencia de un panorama de apropiación de bienes comunes.

En otro campo, tenemos que las investigaciones y desarrollos científicos sobre otros bienes comunes, como: Biotecnologías Rojas. Se les conoce así, porque son las tecnologías aplicadas a los seres humanos. En este momento esta-

mos en el umbral de la ciencia ficción, que está haciendo realidad la creación de vida y todo lo que venga después.

El límite delicado en el deslinde de los derechos de propiedad intelectual consiste en que, si bien existe un derecho protegido de las patentes registradas, se plantea otro escenario en el que el conocimiento tradicional de plantas medicinales, transmitidos de generación en generación como un bien común, están corriendo el riesgo de que empresas farmacéuticas patenten estos conocimientos, e incluso también podría ocurrir que la industria de cosméticos incursione en estos terrenos.

A partir de la idea de que existen creaciones humanas que pueden ser conservadas, y que desde los años noventa se ha fortalecido el concepto de “patrimonio cultural intangible”¹⁸, definición que debe de entenderse como:

Todo aquel patrimonio que debe salvaguardarse y consiste en el reconocimiento de los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas transmitidos de generación en generación y que infunden a las comunidades y a los grupos un sentimiento de identidad y continuidad, contribuyendo así a promover el respeto a la diversidad cultural y la creatividad humana¹⁹.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Educación hay dos principales planteamientos respecto a la salvaguardia del patrimonio cultural intangible: transformarlo en una forma tangible con tareas de documentación, registro y promoción y lograr mantenerlo vivo en su contexto original, mediante el fomento de su revitalización y la transmisión entre generaciones.

¹⁸La *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial* (2003): “El patrimonio cultural inmaterial, se manifiesta particularmente en los siguientes ámbitos:

Las tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial.

Las artes del espectáculo.

Los usos sociales, rituales y actos festivos.

Los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo.

Las técnicas ancestrales tradicionales. La Convención incluye también los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que son inherentes a las prácticas y expresiones culturales.” Información localizada en:

<http://www.unesco.org/new/es/mexico/work-areas/culture/intangible-heritage/>.

¹⁹ <http://www.unesco.org/new/es/mexico/work-areas/culture/intangible-heritage/>.

Con el surgimiento y auge del Internet con sus casi infinitas posibilidades de intercambio de conocimientos entre personas de todo el mundo, se plantearon nuevas preguntas sobre la “posesión” de los conocimientos e información.

Destaca la discusión sobre el cercamiento de una buena parte del conocimiento humano actual: se sostiene, por un lado, que los lenguajes de programación o las plataformas y otros programas informáticos pueden ser registrados por corporaciones, mientras organizaciones como la Fundación Vía Libre y la “*Free Software Fundación*” aseguran que las herramientas informáticas sólo pueden contribuir a las humanidad en la medida que se deje abierta la posibilidad de ser compartidas y no privativas para el poseedor de una licencia”.

Asimismo, entre las propuestas más novedosas están las licencias creativas que, a diferencia del copyright que conocemos, permitan a los creadores —y no a las corporaciones o editoriales— decidir hasta qué grado desean compartir y en qué condiciones la utilización de una obra, tal y como las han desarrollado los impulsores de *Creative Commons*²⁰.

Sin embargo, la normatividad y la política económica prevaleciente va en el sentido de privatizar este bien común, de interés público. El Estado está actuando incorrectamente y parece que no hay razones suficientes para que cambien estas decisiones, porque lamentablemente el impulso a nivel mundial es el de apropiarse de todo lo que se pueda.

Algunas cosas que creían imposible de mercantilizar hoy se privatizan en un nuevo régimen de propiedad. Como las secuencias genéticas. Algunos consideran que el genoma humano es de todos, pero hay otros que se oponen y han encauzado la tendencia a privatizar, patentando las células madre y las secuencias genéticas o genoma humano²¹.

²⁰ Ruiz Mendoza, Miriam (coord.), *¿Qué son los bienes comunes?*, 2007. Ver documento en https://mx.boell.org/sites/default/files/carpeta_bienes_comunes.pdf.

²¹ “El Proyecto Genoma Humano fue lanzado por los Estados Unidos de América, en el que se propone analizar la estructura del ADN humano para llegar a determinar su patrimonio genético. Se trata de descifrar 3,500 millones de caracteres escritos tan solo en cuatro letras ATGS, lo que es Adenina, Thymina, Guanina y Cytosina) cuya ordenación determina las secuencias genéticas que contienen las instrucciones que nos permiten vivir y pensar. Un error en dichas instrucciones es susceptible de traducirse en una enfermedad de origen genético, o mejor, en un estado patológico de etiología genética; esto es que daría lugar a trastornos de origen genético como: artritis, asma, cánceres, diabetes, distrofia

El objeto noble de patentar es proteger las ideas y conocimientos generados, con el objeto de que sean mercantilizados. Estos fines empiezan a ser cuestionados porque algunos los consideran “bienes comunes”.

Es por eso importante el desarrollo de esta corriente de defensa de los bienes comunes, que desde Justiniano se estableció en el Código Justiniano del año 535, “que por ley de la naturaleza se indicaba que ‘estas cosas son comunes a la humanidad’: el aire, el agua corriente de mar, y por tanto la orilla del mar”.

Durante la Edad Media, en el Reino Unido, los pobladores utilizaban tierras compartidas llamadas comunes, para llevar a pastar a sus animales, para caza, sembrar o cortar leña. En el año 1215 se estableció que los bosques y pesquerías fueran *res* de comunes. Muchos años después, el profesor emérito de Ecología Humana en California, Garret Hardin, escribió “*La tragedia de los comunes*”²², que alude a la degradación y sobreexplotación de los recursos naturales principalmente, por esa necesidad de abastecer de alimentos a una población creciente, se está sobreexplotando todos los recursos naturales y animales, lo que se ha convertido en una crisis para los bienes comunes.

Este apenas es un bosquejo del panorama que tenemos enfrente en cuanto a los bienes comunes y de su futuro apropiable que nos debe motivar a todos defender como los bienes de todos a los que no debemos renunciar.

La conservación y el intercambio de semillas entre los campesinos es uno de los sistemas comunes más duraderos, que resulta crucial en el fortalecimiento de la resiliencia comunitaria y la soberanía alimentaria, en la medida que genera un sentido compartido de lugar e interdependencia.

La civilización moderna con su control importante de la naturaleza, su alto grado de urbanización, ha hecho olvidar a los seres humanos que, en última instancia, ellos dependen totalmente de la naturaleza para vivir. Los cambios climá-

muscular, drepanocitemia (anemia de células falciformes), enfermedades de Alzheimer, enfermedad de Tay-Sachs, esclerosis lateral, amiotrófica, esclerosis múltiple, espina bífida, esquizofrenia, fibrosis quística, hemofilia, hipercolesterolemia, hipertensión arterial, neurofibromatosis, Síndrome de Down” (Citado por Rengifo García, Ernesto, “Implicaciones jurídicas de la investigación en el genoma humano”, *Revista de la Propiedad Inmaterial*, Bogotá, núm. 1, 2000, Universidad Externado de Colombia, pp. 103-112).

²² Este artículo fue publicado originalmente bajo el título “The Tragedy of Commons” en *Science*, v. 162, 1968, pp. 1243-1248, trad. de Horacio Bonfil Sánchez. *Gaceta Ecológica*, Instituto Nacional de Ecología, México, núm. 37, 1995, <http://www.ine.gob.mx/>.

ticos les recuerdan, a veces con gran brutalidad, esta realidad. Entonces, se trata de definir la relación, no como la explotación de la tierra, en tanto que fuente de recursos naturales capaces de ser reducidos al estatuto de mercancía, sino como la fuente de toda vida, en una actitud de respeto a su capacidad de regeneración física y biológica.

Si se habla de los “derechos de la naturaleza” es en un sentido derivado o secundario, porque es solamente el género humano el que puede expresarlo en estos términos, es decir infringirlos o respetarlos. Ni la tierra, ni los animales, pueden reivindicar el respeto de sus derechos. Son los seres humanos los responsables de la destrucción de los ecosistemas.

En la Cumbre sobre el Clima que tuvo lugar en Cochabamba en 2010, varios textos (el documento preparatorio y varias intervenciones de grupos o personas) superaron el carácter metafórico de la expresión Madre Tierra, para atribuir a esta última las características de una persona viviente, capaz de escuchar, de reaccionar, de ser amada, y por estas razones de ser un sujeto de derechos. La declaración final pedía la revalorización de la sabiduría y de los saberes ancestrales y de “reconocer a la Madre Tierra como un ente vivo, con el cual tenemos una relación indivisible, interdependiente, complementaria y espiritual”. Fue una reafirmación fuerte del vínculo entre la naturaleza y la humanidad, dentro de la cosmovisión de los pueblos indígenas, que por otra parte subraya el carácter maternal (femenino) de la relación.

No se trata evidentemente, de cuestionar la necesaria armonía entre la naturaleza y el género humano, ni de avalar el concepto capitalista de explotación de la naturaleza en función de un desarrollo concebido como simple crecimiento material sin fin.

Los dos tipos de culturas coexisten en la actualidad. La primera con una riqueza de expresión recordando la fuerza del símbolo y la importancia de las relaciones con la naturaleza, implicando de verdad parámetros prácticos que se pueden perfectamente traducir en saberes, comportamientos y políticas, pero con una cosmovisión difícilmente asimilable por el conocimiento científico y una cultura urbana en cualquier parte del mundo.

La segunda, que ciertamente ha reducido la cultura a una racionalidad instrumental o a una pura “superestructura” (la cereza sobre el pastel, como dice el

antropólogo francés Maurice Godelier²³, reforzando así la lógica del capitalismo y contribuyendo a su reproducción, también prácticos y políticos.

Propone la interculturalidad como una forma de unificar el pensamiento, no se puede analizar el mundo y llegar a conclusiones solo desde un punto de vista o una manera de valorar o visualizar los problemas.

La afirmación de una nueva concepción de las relaciones con la naturaleza conlleva muchas consecuencias prácticas.

En la primera perspectiva, la aplicación consiste en no aceptar la propiedad privada de lo que se llama “los recursos naturales”; es decir los minerales, las energías fósiles, las selvas. Se trata de un patrimonio común de la humanidad que no puede ser apropiado por individuos y corporaciones, siguiendo la lógica de la economía de mercado capitalista, es decir en función de intereses privados ignorando las externalidades y orientados por la maximización de la ganancia.

Un primer paso en una transición consiste en la recuperación de la soberanía de los Estados sobre sus riquezas naturales, pero aún eso no asegura el resultado esperado de una buena relación con la naturaleza. En el caso de México, sí tiene por su Constitución, desde el punto de vista teórico, la soberanía sobre sus recursos naturales.

Para el logro y conservación de la soberanía sobre sus recursos naturales, se tendría que integrar la filosofía del respeto en vez de la explotación.

Que prevalezcan estos valores a nivel internacional, es más complicado, por la prevalencia de otros valores, por lo que defender la soberanía de los recursos, se entiende más operable a nivel nacional.

Dentro de esta misma perspectiva la exigencia de introducir los costos ecológicos de toda actividad humana en los cálculos económicos ayuda y permite introducir un elemento de control, y sobre todo de racionalidad en el ámbito interno, más no en el externo. En el caso de México, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, tiene como finalidad entre otras el establecimiento de medidas de control y de seguridad para garantizar el cumplimiento y la aplicación de esta Ley y de las disposiciones que de ella se deriven, así como para la imposición de las sanciones administrativas y penales que

²³Godelier, Maurice, “Comunidad, sociedad, cultura. Tres claves para comprender las identidades en conflicto”, *Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, núm. 32, 2010, pp. 13-29, © FFYL-UBA, ISSN: 0327-3776.

correspondan²⁴. Tal como lo señala la ley, se prevén las sanciones en caso de transgresiones a sus disposiciones.

Otro aspecto es el rechazo a la mercantilización de los elementos necesarios para la reproducción de la vida, como el agua y las semillas. Son bienes comunes que deben salir de la lógica de la mercancía y entrar en una perspectiva de gestión común según varias modalidades, que no implican necesariamente la estatización, sino el control colectivo, como es el caso de la energía solar en España, se emitió la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico²⁵, que no en estricto sentido es un impuesto al sol, sino que cobra por mantenerse conectado a la Red.

En el caso de las semillas transgénicas: son aquellas que han sido modificadas mediante prácticas científicas. Estas semillas presentan en su genoma ciertos genes que no tenían en su estado natural. En un organismo se pueden insertar, eliminar o modificar genes: el resultado de esta práctica es un organismo transgénico. Lo habitual es que estos cambios sean impulsados para conferir ciertas propiedades o cualidades al organismo en cuestión.

En México el rechazo a los transgénicos fue social y de grupos ambientalistas, sin embargo, no tuvieron éxito en evitar que se legislará y aprobará la siembra de organismos genéticamente modificados en el caso de semillas en México, lo que se explicará más adelante.

Otras medidas similares podrían ser también pensadas y aquilatadas, esto es, las reservas de biodiversidad tendrían que ser extendidas a más territorios.

Un ejemplo es la promoción de la agricultura orgánica, que contribuye a este proyecto, con los argumentos del mejoramiento de la agricultura campesina, más eficaz a largo plazo que la agricultura que pretende producir grandes volúmenes con fines mercantilistas.

En la política internacional, la lucha se da entre organismos financieros que contradicen el principio del respeto a la naturaleza. Se trata del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, de los Bancos regionales y también de la regulación de la banca privada, tan poderosa en este tiempo de financiar la economía mundial.

²⁴ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Ver Capítulo IV Sanciones Administrativas. Artículos 171 a 175-Bis. Ver documento en: <http://biblioteca.semarnat.gob.mx/janium/Documentos/Ciga/agenda/DOFsr/148.pdf>.

²⁵ Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Ver documento en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1997/BOE-A-1997-25340-consolidado.pdf>.

Los países miembros de la Organización Mundial de la Salud también tienen algo que decir en este aspecto, de esta organización internacional tienen una gran responsabilidad en este sector y las alianzas entre naciones ecológicamente conscientes podrían influir en las decisiones.

Las convenciones internacionales son de gran importancia ya sea para promover o para prevenir o prohibir el daño ecológico y otros.

Se pueden citar, a título de ejemplos, las convenciones sobre el clima (Conferencia de Cancún)²⁶, la biodiversidad (Conferencias de Bonn y Nagoya)²⁷.

Las Directrices de Bonn ayudan al desarrollo y a la implementación de las medidas nacionales para asegurar un marco transparente que facilite el acceso a los recursos genéticos y asegure que los beneficios provenientes de su utilización sean repartidos de manera justa y equitativa. Tienen dos objetivos fundamentales:

1. Guiar a los países, como proveedores, en el establecimiento de sus propias medidas nacionales legislativas, administrativas o políticas para el acceso y reparto de beneficios, tales como la recomendación de los elementos que deben conformar un consentimiento fundamentado previo (CFP);
2. Ayudar a los proveedores y usuarios en la negociación de condiciones mutuamente acordadas (CMA), proporcionando ejemplos de los elementos que deben ser incluidos en estos acuerdos.

Las Directrices de Bonn están destinadas a usuarios y proveedores de recursos genéticos en dos niveles:

1. Como gobiernos: desarrollando sus medidas nacionales de acceso y participación en los beneficios
2. Como instituciones e individuos: buscando negociar los acuerdos de acceso y participación en los beneficios tales como el CFP y las CMA²⁸.

²⁶ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Conferencias de Cancún sobre el cambio climático. Libro Blanco*, México, SRE, 2010. Ver documento en: <https://sre.gob.mx/images/stories/doctransparencia/rdc/5lbcop16.pdf>.

²⁷ Informe de la Décima Reunión de la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Nagoya, Japón, 18-29 de octubre de 2010. Ver en: <http://www.fao.org/3/am607s/am607s.pdf>.

²⁸ Las Directrices de Bonn. Ver en: <https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/web/factsheet-bonn-es.pdf>.

Sobre la protección de las aguas (ríos y mares), sobre la pesca, sobre los deshechos (en particular nucleares) y varias otras, se pueden ver el listado de las convenciones en materia de agua y mares en la siguiente liga²⁹.

La redefinición del bien común de la humanidad en función de la relación con la naturaleza es una tarea esencial frente a los daños ecológicos y a sus consecuencias en la capacidad regeneradora del planeta, así como en el equilibrio climático. Eso es un hecho nuevo en la consciencia colectiva, pero está lejos de haber ya sido compartido por todos los grupos humanos. Las sociedades socialistas no integraron realmente esta dimensión en sus perspectivas y eso se comprueba todavía hoy en el espectacular desarrollo económico de un país como China que se realiza sin dar mucha atención, por lo menos inmediata, a las externalidades. Un socialismo del siglo XXI tendrá que integrar este elemento como central.

VII. ESTRUCTURA DE LA CONSTRUCCIÓN GENÉTICA

La introducción de la construcción genética se realiza principalmente a través de dos métodos: la transformación mediada por *Agrobacterium tumefaciens* y el bombardeo con micro-partículas o biobalística. Hay otras alternativas, aunque de uso más limitado, como la electroporación, la microinyección directa y el empleo de virus vegetales.

En muchas especies vegetales (especialmente en las dicotiledóneas) es posible introducir genes a través de una bacteria del suelo, llamada *Agrobacterium tumefaciens*³⁰. Cuando esta bacteria infecta a la planta, generalmente en la base del tallo, las células de la planta proliferan como un tumor, denominado “agalla de la corona”. Las células de este tumor pueden crecer en cultivo y se multiplican aún en ausencia de hormonas. Durante la infección la bacteria transfiere un fragmento de su plásmido (llamado plásmido Ti) a las células de la planta. Este fragmento se denomina ADN-T y termina integrándose en algún lugar del cromosoma. Por ingenie-

²⁹Ver documentos en: <http://www.un.org/es/globalissues/oceans/agencies.shtml>.

³⁰Chi Manzanero, Bartolomé Humberto, Echeverría Echeverría, Suemy, James Kay, Andrew *et. al.*, “La bacteria *Agrobacterium tumefaciens* como herramienta biotecnológica”, *Revista Ciencia*, Mérida, vol. 65, núm. 3, julio-septiembre de 2004, pp. 61-68. El uso de bacterias capaces de infectar a células vegetales, además de ser una útil herramienta para introducir genes extraños, también podría llegar a utilizarse para controlar de forma fina la expresión genética de células vegetales y animales. Ver documento en: https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/55_3/La_Bacteria_Agrobacterium.pdf.

ría genética se puede insertar un gen de interés en la región T del plásmido Ti. Así, luego de la infección, el nuevo gen será también transferido a la célula vegetal e insertado en el genoma de la planta.

Luego de la transformación, las células que recibieron los genes de interés se seleccionan empleando antibióticos o herbicidas en el medio de cultivo (además de los genes de interés, se introducen otros genes, denominados “*marcadores de selección*” que le confieren resistencia a las células que los llevan, de modo que las células que no llevan estos genes marcadores, mueren).

Gran parte de las células vegetales son totipotentes, quiere decir que una célula de cualquier parte de la planta puede multiplicarse y generar la planta completa. Para eso las células deben crecer en el medio de cultivo adecuado y en presencia de determinadas hormonas y factores vegetales. El resultado es una planta que lleva el gen de interés en cada una de sus células.

Cultivo de células y tejidos vegetales

Dado el incremento en la población mundial, actualmente de 6 mil 477 millones de habitantes y estimada en 8 mil y 9 mil 300 millones para los años 2025 y 2050, respectivamente, la producción de alimentos es un importante reto para este siglo. El vencerlo dependerá de la capacidad para mejorar el rendimiento y productividad de los cultivos agrícolas y desarrollar variedades mejoradas de plantas que proporcionen alimentos de mejor calidad y productos naturales a más bajos costos.

El vencerlo dependerá de la capacidad para mejorar el rendimiento y productividad de los cultivos agrícolas y desarrollar variedades mejoradas de plantas que proporcionen alimentos de mejor calidad y productos naturales a más bajos costos.

La biotecnología vegetal que usa ingeniería genética y biología molecular para introducir genes foráneos a las plantas es una alternativa viable para seguir incrementando su productividad.

El cultivo de células y tejidos vegetales se refiere al conjunto de técnicas usadas para crecer células, tejidos u órganos vegetales in vitro, bajo condiciones asépticas, controladas y libres de microorganismos. Se basa en el principio de totipotencia, que indica que cualquier célula vegetal contiene una copia íntegra del material genético de la planta a la que pertenece sin importar su función o posición en ella, y por lo tanto tiene el potencial para regenerar una nueva planta completa.

El proceso involucrado en la transformación de una célula a una planta u órgano, en ese entonces lo llamaron diferenciación celular, pero actualmente se denomina organogénesis.

Las principales aplicaciones de la técnica de cultivo de células, tejidos y órganos vegetales son en los campos de micropropagación, obtención de plantas libres de patógenos, preservación de germoplasma, mejoramiento genético, biosíntesis de metabolitos e investigación básica en áreas como la genética, fisiología y bioquímica

En micropropagación, la embriogénesis y la organogénesis pueden usarse para obtener clones somáticos y regenerar plantas completas con características uniformes y así establecer cultivares de plantas valiosas, libres de microorganismos y difíciles de obtener por métodos de cultivo tradicionales.

Los cultivos in vitro también pueden almacenarse por largos períodos de tiempo mediante alguno de los métodos de conservación utilizados para microorganismos como es la refrigeración y criopreservación. Esta es una forma de eliminar los problemas de espacio físico, exceso de mano de obra, contaminación de los cultivos y los efectos de la erosión genética.

Entre las principales ventajas del cultivo de células y tejidos vegetales en la investigación básica, micropropagación y producción de compuestos con actividad biológica como metabolitos secundarios, proteínas y productos transgénicos, destaca el hecho de que permiten realizar estudios en un tiempo mucho menor y bajo condiciones más controladas que con plantas cultivadas por métodos tradicionales.

Si los cultivos in vitro se incuban o someten a condiciones de estrés fisiológico, pueden expresar características de adaptación y resistencia que en condiciones naturales nunca manifestaron, creciendo selectivamente sólo aquellas células capaces de adaptarse a sus nuevas condiciones. Esta variación genética también se puede inducir por técnicas de mutación, ingeniería genética, fusión de protoplastos y transformación genética por inclusión de DNA foráneo de manera similar a las aplicadas comúnmente en microorganismos. En este último caso se obtienen cultivos o plantas transgénicas en donde el DNA foráneo debe integrarse al genoma vegetal para garantizar una expresión estable en su progenie.

El paso siguiente es incorporar el nuevo gen, a través de cruzamientos, en líneas de alto valor comercial (líneas "elite"). De esta manera la nueva variedad

tendrá un rendimiento similar al de la línea elite, pero con un rasgo adicional (por ejemplo, resistencia a insectos).

Las plantas transgénicas o genéticamente modificadas se generan a partir de células vegetales a las que previamente se les introduce genes modificados o extraídos de otras especies como microorganismos, animales, u otras especies vegetales completamente diferentes y genéticamente incompatibles.

La introducción de estos genes, denominados transgenes, no sería posible usando los métodos de hibridación o cruza usada durante la revolución verde. Estos genes foráneos pueden proporcionar a la planta características y capacidades nuevas, por ejemplo, mayor y más rápido crecimiento, rendimiento, productividad, mejores frutos y semillas, resistencia a plagas y enfermedades, tolerancia a calor, frío, sequía y salinidad³¹.

VIII. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DE LOS ALIMENTOS TRANSGÉNICOS EN LA SALUD?

La aparición de nuevas alergias por introducción de nuevas proteínas en los alimentos en EE. UU. es el conocido caso del *Maíz Starlink* (2000); se encontraron en la cadena alimentaria trazas de un maíz transgénico no autorizado para consumo humano que provocó graves problemas de reacciones alérgicas.

De acuerdo con el estudio de Úrsula Oswald Spring, sobre "*Transgénicos: efectos en la Salud, el Ambiente y la Sociedad. Una Reflexión Bioética*"³², señala:

Los Organismos Genéticamente Modificados (OGM) o transgénicos pueden producir efectos en la salud humana y animal y representan un potencial peligro a los países biodiversos. Particularmente delicada es su siembra en un país de origen, ya que México domesticó al maíz y el frijol, cuyas plantas se han convertido en alimento mundial.

Debe proteger preventivamente su patrimonio natural ante cualquier riesgo.

³¹ Calva Calva, Graciano, y Pérez Vargas, Josefina, "Cultivo de células y tejidos vegetales: Fuente de alimentos para el futuro", *Revista Digital Universitaria*, México, vol. 6, núm. 11, 10 de noviembre 2005, ISSN: 1067-6079. Ver en: http://www.revista.unam.mx/vol.6/num11/art104a/nov_art104a.pdf.

³² Oswald Spring, Úrsula, "Transgénicos: efectos en la Salud, el Ambiente y la Sociedad. Una Reflexión Bioética", *Revista Digital Universitaria*, México, vol. 1, núm. 3, 1 de enero de 2001. Documento localizable en: <http://www.revista.unam.mx/vol.1/num3/art2/>.

En cuanto a aspectos sociales, los procesos de monopolización llevan hacia una concentración de actividades agro-empresariales en manos de pocas empresas transnacionales, destruyendo la economía campesina y los mercados regionales, creando dependencia tecnológica y por ende, lejos de garantizar la seguridad alimentaria en el ámbito mundial, encarecen los alimentos básicos.

México, con graves problemas de pobreza y deterioro ambiental, pero siendo uno de los países mega biodiversos, tiene que aplicar principios precautorios que superen la imperante pobreza, mejoren la equidad a favor de la calidad de vida de todos, protejan la biodiversidad y cuiden la salud humana ante potenciales riesgos a largo plazo. Sólo un enfoque bioético puede impedir un deterioro aún mayor de la calidad de vida, de la salud y del entorno³³.

La autora aborda el tema de la Bioética y los transgénicos, a partir de los organismos genéticamente modificados (OGM) o transgénicos y sobre los efectos de la Biotecnología en el ser humano sus estructuras socioeconómicas, las implicaciones legales, el comercio mundial, sus potenciales riesgos en la naturaleza y en la salud misma, obligan a un análisis cuidadoso de estas tecnologías novedosas.

Señala atinadamente, que se trata de uno de los temas más controvertidos en la actualidad, sobre todo por la falta de conocimientos sobre la tecnología de estos nuevos organismos. Desde el punto de vista ético, el científico se ve obligado a tener una posición ética, respecto de estos nuevos organismos, no solo la falta de conocimientos secundarios, sino también la de potenciales riesgos a largo plazo, "se tienen que contemplar antes de dar un voto aprobatorio a cualquier manejo transgénico, en este punto, más vale pecar de demasiada prudencia que de irresponsable ligereza, dado que la supervivencia de la raza humana y del planeta mismo está en juego".

IX. ORÍGENES DE LA AGRICULTURA DEL MAÍZ

En 1908, George Harrison Shull llegó a la conclusión de que la autofertilización tendía a separar y purificar las cepas al tiempo que debilitaba las plantas, pero que el vigor podía restablecerse cruzando las cepas puras. Otro científico descubrió que la endogamia podría aumentar el contenido de proteínas del maíz, pero con un marcado descenso en Maíz, (*Zea mays*), planta de cereal de la familia de las

³³ *Ibidem*, p. 1.

gramíneas (Poaceae) y su grano comestible. El cultivo domesticado se originó en las Américas y es uno de los cultivos alimentarios más distribuidos del mundo. El maíz se utiliza como alimento para el ganado, como alimento humano³⁴.

Major Hallett obtuvo lo que realmente quería George Harrison Shull, un arma biológica para evitar que los agricultores guardaran y desarrollaran sus propias semillas. Se llamó “hibridación”, un maravilloso eufemismo que hizo pensar a los agricultores que, cruzando dos plantas lejanamente emparentadas, podría crearse un “vigor híbrido” capaz de mejorar las cosechas, hasta el punto de hacer que la esterilidad de la semilla resultante —lo que significa que no puede ser replantada— fuera rentable económicamente. Hoy en día, prácticamente cada espiga de maíz cultivada desde California a Kazajastán, es un híbrido controlado por una de las pocas multinacionales de semillas que dominan el mercado.

Exactamente 90 años después de la revelación de Shull, Monsanto³⁵, una de las mayores y más poderosas de esas compañías, está luchando por el control de la tecnología más importante en el monopolio de las semillas desde la aparición de los híbridos. Pero a diferencia de los que ocurrió en 1860, esta forma de control de la vida puede ser patentada.

Monsanto tiene dentro de sus productos las semillas, y publica al respecto de este producto, en su página Web:

SEMILLAS

En Monsanto, trabajamos para ofrecer mejores semillas a los agricultores. Esto lo logramos gracias a nuestro programa de mejoramiento de cultivos, que tiene como objetivo buscar a las plantas que se han adaptado de mejor forma a las condiciones locales. En algunos productos y dependiendo del país,

³⁴Harrison Shull, George. Botanista americano: <https://www.britannica.com/biography/George-Harrison-Shull>.

³⁵Sitio de la página Web de la empresa: <http://www.monsantoglobal.com/global/lan/Pages/default.aspx>.

Fundada en 1901 por *John Francis Queeny*, Monsanto fue pionero en la modificación genética de células vegetales, y uno de los cuatro grupos que anunciaron la introducción de genes en plantas en 1983; también fue uno de los primeros en realizar ensayos de campos de cultivo modificados genéticamente en 1987. Continuó siendo una de las diez mayores empresas químicas estadounidenses hasta que se deshizo de la mayor parte de estas compañías entre 1997 y 2002 a través de un proceso de fusiones y escisiones que enfocaron a la empresa hacia la biotecnología.

utilizamos la modificación genética para incorporarles propiedades benéficas, por ejemplo: resistencia a la aplicación de herbicidas o alejar las plagas.

En los países donde no ha sido aprobada la modificación genética de los cultivos, Monsanto comercializa semillas convencionales. Estas semillas se producen a través del proceso de cruce, es decir que ubicamos a dos buenas especies de plantas y las cruzamos para producir una nueva variedad de planta que posee las mejores características para adaptarse a las condiciones del campo y necesidades del agricultor”.

En los países donde los cultivos GM han sido ampliamente adoptado por los agricultores, vendemos: semillas convencionales y semillas GM.

En el caso de Latinoamérica Norte, Monsanto únicamente comercializa semillas con biotecnología en:

- Maíz: Honduras y Colombia;
- Algodón: México, Colombia y Costa Rica;
- Soya: México.

El 3 de marzo, el Departamento de Agricultura de Estados Unidos (USDA) y una poco conocida empresa de semillas de algodón, llamada “Delta and Pine Land Company”³⁶ adquirieron la patente estadounidense 5.723.765 o Sistema de Protección Tecnológica (TPS). A los pocos días, el resto del mundo conoció la TPS como Tecnología *Terminator* (Exterminadora). Su objetivo declarado es introducir plantas que producirán semillas que se autodestruirán, esto es, semillas suicidas.

La Tecnología *Terminator* expresa la idea central de la ingeniería genética en cultivos alimentarios y arroja luz sobre los grandes intereses que hay detrás de la campaña corporativa para el control y posesión de la vida.

La tecnología *Terminator* llega para acabar con una tradición de 12,000 años de antigüedad, en la que los agricultores, guardaban parte de las semillas de sus productos cosechados, para la siguiente cosecha.

El objetivo de la nueva tecnología es acabar con esa tradición, produciendo semillas híbridas, que no podrán producir semillas fértiles para el siguiente sembrado.

³⁶Delta & Pine Land Company, fundada en Mississippi, Estados Unidos de Norteamérica, se concentra en la investigación y desarrollo de variedades mejoradas de algodón y semillas de soya.

El despacho de detectives Patents and Pinkerton³⁷ fue contratado para impedir que los agricultores actúen de esta forma.

Terminator tiene como finalidad, proporcionar una “patente” biológica incorporada mediante la manipulación de los genes.

Las pequeñas comunidades agrícolas, especialmente las del Tercer Mundo, dependen de su propia reproducción de plantas, ya que ni las compañías ni los organismos oficiales muestran mucho interés o capacidad para desarrollar semillas o plantas adaptadas a las dificultades de su entorno. Los híbridos y la tecnología *Terminator* con sus semillas muertas, obligan a los agricultores a comprar semillas nuevas cada temporada. *Terminator* también impide la conservación de la biodiversidad agrícola que llevan a cabo estas comunidades. No hay nada que conservar. Es la “bomba de neutrones” de la agricultura.

Los dos tercios más pobres de la humanidad se mantienen con formas de vida basadas en la biodiversidad y el conocimiento indígena. Hoy, esa base de recursos de los pobres está amenazada porque científicos y empresas occidentales reclaman sus plantas y semillas, las patentan y las presentan como invenciones propias, con lo que niegan la innovación colectiva practicada durante siglos por los campesinos, sanadores y artesanos del Tercer Mundo, los auténticos protectores y usuarios de esa biodiversidad.

La industria de Occidente está imponiendo al Tercer Mundo sus sistemas de derechos de propiedad intelectual sobre formas de vida, a través del Acuerdo de la OMC sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (DPIRC), que introdujo las patentes y los monopolios en el sector de las semillas.

Peor aún, el Acuerdo de la OMC considera los derechos de propiedad intelectual como exclusivamente personales y no comunes.

Así, excluye cualquier clase de conocimiento, ideas e innovaciones que se hayan desarrollado en comunidades intelectuales: entre los campesinos de una aldea, entre la gente de una tribu selvática, e incluso entre los científicos de una universidad. Esta cláusula sobre los DPI sofocará las formas pluralistas de aprendizaje que han enriquecido siempre nuestro mundo.

³⁷ Intellectual Property Protection (IPP) Services; Pinkerton ofrece experiencia sin igual, junto con nuestra red global de recursos, para proteger y proteger su patente, marca registrada o producto de amenazas que puedan surgir en cualquier rincón del mundo. Ver su sitio en: <https://www.pinkerton.com/our-services/Intellectual-Property-Protection-IPP-Services>.

En opinión de Vandana Shiva³⁸, “Los dos tercios más pobres de la humanidad se mantienen con formas de vida basadas en la biodiversidad y el conocimiento indígena. Hoy, esa base de recursos de los pobres está amenazada porque científicos y empresas occidentales reclaman sus plantas y semillas, las patentan y las presentan como invenciones propias, con lo que niegan la innovación colectiva practicada durante siglos por los campesinos, sanadores y artesanos del Tercer Mundo, los auténticos protectores y usuarios de esa biodiversidad. La industria de Occidente está imponiendo al Tercer Mundo sus sistemas de derechos de propiedad intelectual (DPI) sobre formas de vida, a través del acuerdo de la OMC sobre Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (DPIRC), que introdujo las patentes y los monopolios en el sector de las semillas”³⁹.

La manipulación de las semillas, como ya se relató, tiene su origen en el conocimiento genético de las mismas.

X. ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS

Este es el nombre que recibe cualquier organismo cuyo material genético ha sido transformado de una manera ajena a los métodos naturales de multiplicación o combinación. Para su transformación se ha recurrido a una tecnología que conocemos como manipulación o modificación genética.

Esta técnica provoca cambios muy precisos en los caracteres hereditarios de un organismo y le dota de una característica de la que antes carecía, mediante técnicas de biotecnología. Gracias a ella se pueden insertar genes de una especie en otra, algo que resulta imposible los cruces (la técnica clásica de mejora genética de las especies agrícolas).

³⁸ Vandana Shiva (en escritura hindi: वंदना शिवा; Dehradun, 5 de noviembre de 1952) es una filósofa y escritora india. Activista en favor del ecofeminismo, recibió el Premio al Sustento Bien Ganado —también llamado Premio Nobel Alternativo— en 1993. En 1982 creó la Fundación para la Investigación Científica, Tecnológica y Ecológica, la cual cuenta entre sus iniciativas el impulso y difusión de la agricultura ecológica (programa Navdanya), el estudio y mantenimiento de la biodiversidad (Universidad de las Semillas, Colegio Internacional para la Vida Sostenible), fomentar el compromiso de las mujeres con el movimiento ecologista (Mujeres Diversas por la Diversidad), o la regeneración del sentimiento democrático (Movimiento Democracia Viva).

³⁹ Vandana, Shiva, “El mundo en el límite”; tomado de: Giddens y Hutton (editores), *El mundo en el límite: la vida en el capitalismo global*, Barcelona, Tusquets, 2001.

Actualmente, la ciencia moderna ofrece nuevos métodos para obtener mejores variedades en menor tiempo y con mayores beneficios a corto y largo plazo. Una de estas herramientas es la biotecnología moderna.

El mejoramiento de plantas se convirtió así en un proceso orientado y sin la intervención del azar. De este modo, la agricultura y el mejoramiento de cultivos se transformaron en actividades basadas en el conocimiento científico.

Las plantas Genéticamente Modificadas (GM) comenzaron a desarrollarse a comienzos de los años ochenta, como producto de la aplicación de la biotecnología moderna.

Se conocen como plantas GM a aquellas cuya información genética (genoma) ha sido modificada mediante ingeniería genética, ya sea para introducir uno o varios genes nuevos o para modificar la función de un gen propio.

Como resultado de esta modificación, las plantas GM muestran una nueva característica, por ejemplo, resistir a una plaga o producir más proteínas o vitaminas.

El desarrollo de plantas genéticamente modificadas es posible como resultado de los avances científicos logrados en los últimos 50 años, especialmente desde el descubrimiento de la molécula del ADN como material de herencia.

Todos los organismos vivos están constituidos por ADN, que a su vez se encuentran organizado en genes, los cuales controlan todos los aspectos de la vida de los organismos, incluyendo forma, desarrollo, reproducción y la información necesaria para que una característica se exprese.

Las plantas modificadas genéticamente son organismos a los cuales se les ha insertado un gen en forma estable que les otorga una característica deseada. Es así como, por ejemplo, los cultivos BT (gen procedente de *Bacillus Thuringiensis*) son aquellos que tienen la característica de ser resistentes a algunos insectos.

La modificación de las plantas nace a partir de una necesidad identificada, por ejemplo, mitigar los problemas como las malezas y las plagas que atacan a los cultivos.

Es una herramienta que está al alcance del agricultor la cual le permite proteger sus cosechas, ahorrar en costos y ser más amigable con el ambiente.

El proceso de desarrollo de un organismo genéticamente modificado se hace en los siguientes pasos.

Semillas híbridas

Semillas con alto potencial de rendimiento en una determinada característica (rendimiento en grano, resistencia a una enfermedad).

Para expresar dicha característica el cultivo deberá estar acompañado de un paquete tecnológico. Este tipo de semillas proviene del cruzamiento de diferentes líneas, por lo tanto, su potencial de rendimiento se expresa en una sola generación, no pudiendo volver a resemblarse.

XI. ¿CÓMO FUNCIONAN LOS HÍBRIDOS?

Las semillas híbridas son la primera generación (conocidos como F1) descendiente de dos líneas parentales distintas, dentro de la misma especie. Las semillas incorporan y expresan la característica genética deseada de cada ascendiente, únicamente en la siguiente generación. Las semillas extraídas de una F1 híbrida pueden o bien ser estériles o, más comúnmente, no expresar las características genéticas deseadas que se encontraban en la F1. Los agricultores en los sistemas agrícolas industrializados, rara vez intentan replantar un híbrido, debido a que las cosechadoras y máquinas de procesamiento de alimentos exigen que la producción sea muy uniforme. Por otro lado, los agricultores pobres de países como Brasil van a utilizar un F2 (segunda generación) de semillas híbridas, como una fuente de material de mejora para mezclar con sus variedades tradicionales. De esta manera, los hábiles mejoradores locales, en su mayoría mujeres, ya estén en Brasil, Burundi o Bangladesh, aíslan características genéticas útiles y las adaptan a su mercado local. Los cultivos híbridos más comunes son: maíz, algodón, girasol y sorgo.

Hasta hace poco, los cereales de grano pequeño como el arroz, trigo, cebada, avena, centeno y leguminosas como la soja no respondían a esta hibridación comercial. Esto ya está cambiando. Las iniciativas públicas de mejora de semillas, dirigidas por gobiernos como el chino, e instituciones como la Fundación Rockefeller y la Universidad de Cornell, han desarrollado híbridos comerciales de arroz. Las multinacionales de semillas siguen avanzando. Más recientemente gigantes como Monsanto y Novartis se han deshecho en elogios sobre las posibilidades del trigo híbrido de primera generación. Siendo el trigo el cultivo más extendido del planeta, conseguir el monopolio de su híbrido sería un chollo para las compañías de semillas.

XII. TECNOLOGÍA *TERMINATOR*: UN ARMA BIOLÓGICA CONTRA LOS AGRICULTORES Y LA SEGURIDAD ALIMENTARIA

Terminator no sólo asegura que los agricultores no puedan volver a plantar con éxito semillas de su cosecha, sino que además es la plataforma que utilizan las compañías para poder vender las características genéticas de su propiedad —genes patentados de tolerancia a los herbicidas o de resistencia a los insectos— y para tener a los agricultores enganchados a sus semillas y a la utilización de productos químicos. La tecnología *Terminator* es una garantía de que, incluso, los innovadores agricultores brasileños tendrán que comprar el acceso a esas características cada año.

El mercado objetivo de la Tecnología Terminator es explícitamente el de los agricultores del sur. Así se refleja en los comunicados de la compañía presentando la patente, en los que Delta and Pine anuncia a bombo y platillo que su Sistema de Protección Tecnológica hará que para las empresas sea seguro económicamente vender sus variedades de alta tecnología en África, Asia y Latinoamérica. La compañía ha calculado incluso que 4 o 5 millones de hectáreas serán plantadas con semillas *Terminator* en pocos años. Esta es una superficie de tierra casi igual al Sur de Asia. Aunque la Tecnología *Terminator* solamente se ha probado en algodón y tabaco, sus diseñadores están convencidos de que puede aplicarse a cualquier especie. Delta and Pine ha sugerido específicamente que los cultivadores de arroz y trigo de países como India, China y Pakistán son un mercado prioritario. Según la compañía, el valor de la Tecnología *Terminator* podría llegar hasta 4 dólares por hectárea en un mercado de élite como el de las plantas de jardín. La patente podría valer mil millones de dólares⁴⁰.

“La práctica secular de guardar semilla de una cosecha para otra es una gran desventaja para los agricultores del Tercer Mundo que inadvertidamente quedan atrapados en el uso de variedades obsoletas, al tomar el ‘camino fácil’ y no plantar variedades nuevas más productivas” —Dr. Harry B. Collins, Delta and Pine Land Co., Vicepresident for Technology Transfer (12 de junio de 1998)—⁴¹.

⁴⁰ Freiburg, Bill, “Is Delta and Pine Land’s *Terminator* Gene a Billion Dollar Discover?,” en *Seeds and Crop Digest*, mayo-junio de 1998.

⁴¹ Collins, Harry B, “New Technologies and Modernizing World Agriculture.” Un documento sin publicar distribuido por el Dr. Collins en un debate sobre el *Terminator* que tuvo lugar el 12 de octubre de 1998 durante la reunión de la Comisión de Recursos Genéticos en Alimentación y Agricultura de la FAO (Roma).

XIII. ¿CÓMO FUNCIONA LA TECNOLOGÍA *TERMINATOR*?

La Tecnología *Terminator* es la principal aplicación de una patente genérica, para el “control de la expresión de los genes de las plantas”. *Terminator* es básicamente un mecanismo suicida genéticamente diseñado que se puede activar por un estímulo exterior específico. Como resultado las semillas de la siguiente generación se autodestruyen por autoenvenenamiento. El agente desencadenante más utilizado es el antibiótico tetraciclina aplicado a las semillas. La versión principal del *Terminator* consiste en un conjunto de tres genes nuevos insertados dentro de una planta; otra versión reparte estos dos o tres genes entre dos plantas que se cruzarían por polinización. El resultado final siempre es que la siguiente generación produce una semilla muerta.

La Tecnología *Terminator* es el Caballo de Troya para extender los cultivos de ingeniería genética en el Sur. A falta de reglamentaciones “efectivas” sobre patentes, las empresas pueden comercializar sus productos y forzar la constante recuperación de sus inversiones. A falta de una legislación adecuada en bioseguridad, puede persuadirse a los países de aceptar *Terminator* en la presunción de que esta tecnología es segura y de que las características transgénicas no pueden sobrevivir en una segunda generación, ni siquiera con polinización cruzada. Esta presunción carece de fundamento. Como ocurre siempre en ingeniería genética, los efectos directos e indirectos del *Terminator* son impredecibles y conllevan todos los riesgos inherentes de esta tecnología. El cóctel de genes de *Terminator* aumenta los riesgos de que nuevas toxinas y alérgenos aparezcan en nuestra comida y en el pienso para animales. Todavía más alarmante es la posibilidad de que los propios genes del *Terminator* contaminen la base genética agrícola de los cultivos vecinos y de la maleza y especies silvestres emparentadas, poniendo en marcha una bomba de relojería. El silenciamiento del gen productor del veneno o un fallo en el mecanismo de activación del mismo posibilita dicha contaminación.

Entre un 15 y un 20% del abastecimiento mundial de alimentos, es producido por los agricultores pobres que guardan las semillas. Estos agricultores alimentan al menos a 1.400 millones de personas. *Terminator* “protege” a las compañías arriesgando la vida de la población. Ya que esta tecnología no tiene absolutamente ningún beneficio agronómico, no hay razón para arriesgar la seguridad alimentaria de los pobres jugando con la ingeniería genética en el campo. Tanto si sus conse-

cuencias se producen a corto o largo plazo, *Terminator* es un arma biológica contra los agricultores y la seguridad alimentaria.

Terminator muestra otra cara oscura. Como un Caballo de Troya para otras características genéticas, puede usarse para activar o desactivar cualquier rasgo, al menos en teoría, esta tecnología apunta la posibilidad de un incremento de las enfermedades de los cultivos debido al movimiento de semillas. Estas enfermedades no tienen por qué aparecer inmediatamente, o no aparecer hasta ser activadas por condiciones o químicos específicos. Esta forma de guerra biológica contra la seguridad alimentaria y la economía de la población se están convirtiendo en un tema estrella en ambientes militares.

XIV. TERMINATOR Y MONSANTO

Apenas dos meses después de que el “us Department of Agriculture” (USDA) y Delta and Pine Land anunciaran la concesión de la patente de *Terminator*, Monsanto compró la empresa. El anuncio del pago de 1.760 millones de dólares apareció el 11 de mayo, en el mismo momento en que se reunían en Bratislava las partes del Convenio de Biodiversidad. *Terminator* se abrió paso hasta los debates de la conferencia gracias a los comentarios de la prensa a las delegaciones. Por la noche, la delegación de EE.UU. que no había dicho una palabra ni siquiera cuando el USDA fue atacado por su relación con el *Terminator*, salió en defensa de Monsanto.

Teniendo en cuenta que antiguo personal de la Casa Blanca durante la administración Clinton, está en la nómina del grupo de presión de Monsanto y que Mickey Cantor, el Delegado de Comercio norteamericano en gran parte de la Ronda de Uruguay, está también en la dirección de Monsanto, no sorprende el celo de la delegación norteamericana.

La tecnología de semillas ha recorrido un largo camino desde 1860 y las pasiones de propietario de Major Hallett. Pocos meses antes de que Major registrara su semilla seleccionada, la idea central en la exposición de un orador en la feria agrícola de Wisconsin advertía a los agricultores y científicos que desconfiaran de las nuevas tecnologías que alejaban a los agricultores de sus cultivos. Aunque lo que más le preocupaba era el uso del motor de vapor en la agricultura —no estaba en contra, solo les preocupaba a qué intereses servía— el orador opinaba que la función de la tecnología agrícola era proporcionar una vida decente a los agricultores y alimentar a la población. La administración Clinton haría bien en seguir el

consejo de A. Lincoln antes de permitir que *Terminator* esclavice hoy a los agricultores del mundo⁴².

Las organizaciones sociales y los gobiernos pueden detener la Tecnología *Terminator*. Existen recursos legales a través del Derecho Internacional y de los acuerdos intergubernamentales para prohibir esta tecnología. Estas son algunas de las posibilidades.

La patente del USDA/Delta está en fase de tramitación en todo el mundo. La patente puede y debe ser rechazada en base a que entra en conflicto con la moral pública. *Terminator* es una amenaza para la seguridad alimentaria y destructiva para la biodiversidad agrícola. En base a esto los gobiernos están totalmente legitimados a hacer uso, incluso del controvertido capítulo TRIPS de la OMC y acordar el rechazo de la patente; al hacer esto los gobiernos acordarían también (según la Organización Mundial del Comercio) el no permitir a nadie la explotación de esa tecnología en su territorio.

Debe presionarse a la USDA (con o sin EE. UU.) para que rechace la entrega de la patente a la compañía. De hecho, la USDA debería pedir al Departamento de Patentes y Marcas Registradas de EE. UU. que revisara la petición y determinara si esta entra o no en conflicto con la moralidad pública.

Los más de 100 estados miembros del Convenio para la Prohibición del Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Tóxicas y Bacteriológicas y para su Destrucción (1972), deberían pedir la abolición de la Tecnología *Terminator* por ser una forma de guerra biológica económica que no solo hace la guerra a las comunidades agrícolas, sino que puede ser manipulada para amenazar la seguridad alimentaria y destruir la economía de un país.

En resumen, los potenciales riesgos de los OGM y algunos efectos negativos comprobados obligan a la humanidad entera, las naciones soberanas y las organizaciones ciudadanas, a defender sus intereses genuinos: su derecho a la vida, a un entorno sano, a un futuro sin miedo y al patrimonio mundial cultural, ambiental y genético. Solo una legislación fincada en los principios antes mencionados permitirá a los jóvenes enfrentar al mundo con menos angustias y con una seguridad humana que garantice bienestar a todos, sin distinción y sin privilegios. En las

⁴²Lincoln, Abraham, "Annual Address by Hon. Abram Lincoln of Illinois delivered at Milwaukee, Sept. 30, 1859," pp. 287-299 en *Transactions of the Wisconsin State Agricultural Society*, Madison, Carpenter and Hyer, 1860.

manos de cada uno de nosotros está la responsabilidad ética de colaborar en este futuro deseable.

XV. INFORME ANUAL DE LA SITUACIÓN GENERAL SOBRE LA BIOSEGURIDAD EN MÉXICO⁴³

1. *Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados. 2017. Fecha de última modificación: 18 de septiembre de 2018*

El Registro Nacional de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (RNABIOGM) es el instrumento de difusión disponible en medio electrónicos que la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (CIBIOGEM) aporta para los usuarios interesados en materia de bioseguridad y está alojado en la página de internet de la Comisión. Este Registro también mantiene la memoria histórica del desarrollo de actividades con organismos genéticamente modificados en México.

Conforme al Artículo 109 de LBOGM y el 56 del RLBOGM, la Secretaría Ejecutiva de la CIBIOGEM fungirá como coordinador de la recopilación e inscripción de los datos que contiene el Registro Nacional de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados que son los siguientes:

- Solicitudes de permisos y autorizaciones;
- Resoluciones de permisos y autorizaciones (distinguiendo cuáles OGM son importados);
- Resoluciones (Artículo 37, fracción IV del RLBOGM);
- Suspensiones y revocaciones;
- Avisos de utilización confinada;
- Requisitos y medidas adicionales para los avisos (Artículo 84 de la LBOGM).

2. *Solicitudes de Permisos y sus Estadísticas*

Todas las solicitudes de permiso para la liberación al ambiente de OGMS han sido recibidas por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), dado que se trata de OGMS de su competencia (ver listado

⁴³ Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados, *Informe anual de la situación general sobre la bioseguridad en México*, México, Secretaría Ejecutiva de la CIBIOGEM, 2017, https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/sistema_nacional/informes/Informe-Anual-Sobre-la-Bioseguridad-2017.pdf.

de OGMS por competencias) ya que son de cultivos de uso agrícola. Es importante recordar que en el Artículo 66 de la LBOGM se establece la necesidad de contar con un dictamen vinculante de parte de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) para la resolución de las solicitudes de permiso de liberación al ambiente de OGMS. Por lo que las solicitudes de permiso otorgadas cuentan con un dictamen favorable sustentado en una evaluación de riesgo ambiental, emitido por la SEMARNAT.

Durante el 2017 las autoridades competentes han remitido al Registro un total de 32 solicitudes de permiso para la liberación de OGMS en el territorio nacional. El estado de la resolución de dichas solicitudes se encuentra en la tabla 1, así como las especies para las que se presentaron.

Hasta este momento de acuerdo con la información que las autoridades competentes han remitido al Registro, se han otorgado 23 permisos para la liberación al ambiente, para solicitudes correspondientes al año 2017, destinada al cultivo de estas variedades genéticamente modificadas (GM)⁴⁴.

XVI. MAÍZ TRANSGÉNICO EN MÉXICO

En 1988 la Secretaría de Agricultura recibió la primera solicitud para llevar a cabo una prueba de campo con un organismo transgénico.

En 1990 se instituyó el Comité Nacional de Bioseguridad Agrícola como un grupo de consulta científico de la DGSV/SAGARPA. De 1988 a enero de 2007, se han autorizado más 450 pruebas para liberar experimentalmente OGMS. Desafortunadamente se ha comprobado que el polen del maíz transgénico pone en peligro la supervivencia de la mariposa Monarca porque mata a las larvas, lo que pone en peligro de extinción a una especie⁴⁵.

Tenemos veinte años de siembra de maíz transgénico, lo que se ha difundido, más de lo que se esperaba.

⁴⁴ Ver la información que presenta el último informe anual de la situación general sobre la bioseguridad en México de la CIBIOGEM, para visualizar la gama de semillas transgénicas que se siembran en el país.

⁴⁵ Las mariposas monarca y el maíz BT. El impacto de los cultivos transgénicos en el medio ambiente ha despertado gran interés en algunos círculos. En consecuencia, el informe de Losey *et. al.* (1999), que señalaba que las larvas de monarca eran envenenadas por el polen del maíz BT inevitablemente fue la chispa que encendió el debate.

En un estudio realizado de los productos de maíz por la Dra. Elena Álvarez-Buylla, investigadora de la UNAM, reportó haber encontrado que el 82 por ciento de los alimentos derivados de maíz provenientes de supermercados y que 90.4 por ciento de las tortillas contienen en un grado indeterminado maíz genéticamente modificado, manifestando lo siguiente:

- La comercialización de maíz transgénico inició en 1995 cuando Canadá y Estados Unidos aprobaron diferentes eventos de maíz transgénico para consumo humano y siembra. México recibió su primera solicitud para el consumo humano ese mismo año. Desde 1996 a la fecha el gobierno mexicano ha autorizado para consumo humano y procesamiento un total de 80 diferentes eventos de maíz transgénico.
- El proceso de autorización para consumo de productos de organismos genéticamente modificados (OGM) o transgénicos en nuestro país, y en muchos otros, se sustenta en evaluaciones de inocuidad de acuerdo con los lineamientos del Codex Alimentarius, avalados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Adicionalmente, México cuenta con la Ley de Salud y la de Bioseguridad de OGM y sus reglamentos.
- Los alimentos modificados genéticamente son los más estrictamente evaluados para autorizar su comercialización y, a la fecha, no se ha reportado daño derivado del consumo de OGM para la salud humana o animal.
- Existen cientos de publicaciones científicas que sustentan la inocuidad de cultivos transgénicos, particularmente para el maíz y soya cuando son consumidos por animales. (Ricroch *et. al.*, 2014; Van Eenennaam y Young, 2014). Además, los cultivares transgénicos se han caracterizado a profundidad por ciencias óhmicas y resultan ser muy parecidos molecular y sustancialmente a las plantas parentales de las que provienen (Ricroch *et. al.*, 2013), lo que soporta su inocuidad. En más de 20 años de uso y consumo continuo por más de 1200 millones de humanos y 100 mil millones de animales, no se ha presentado ninguna evidencia científica de daños por su consumo. El supuesto daño reportado en algunos Artículos (Séralini *et. al.*, 2012 y 2014), no tiene sustento científico relevante.

- La inocuidad se sustenta también en el hecho de que una de las modificaciones más exitosas —hacerlas resistentes a plagas de insectos— ha evitado el uso de miles de toneladas de insecticidas químicos, muchos de ellos carcinogénicos, lo que representa un extraordinario beneficio para la salud y el medio ambiente.
- Las agencias responsables de la inocuidad alimentaria en varios países (por ejemplo, FDA de Estados Unidos, EFSA de la Unión Europea y COFEPRIS de México) no han retirado del mercado ningún transgénico de los que actualmente se comercializan. Tampoco han modificado los límites máximos permitidos del herbicida glifosato, que se usa para controlar las malezas desde los años 70 y perdió su patente en el año 2000. El uso irresponsable de los herbicidas (y de cualquier agroquímico) puede causar daño a la salud y al medio ambiente.
- Durante la última década, México importó un promedio anual de 10.6 millones de toneladas, en su mayoría de maíz amarillo, aunque también entre 300 mil y 500 mil toneladas de maíz blanco en el mismo periodo. Del maíz importado de los Estados Unidos aproximadamente el 90% es transgénico. Para que este maíz pueda ser importado a México para su consumo humano, debió ser aprobado en el país de origen, además de ser autorizado por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) de la Secretaría de Salud.
- El maíz es usado de manera directa o en forma de sus derivados, como el almidón, la fructosa y el aceite, en la elaboración de más de 4 mil productos para consumo humano o animal.
- Debido a la gran cantidad de maíz importado por nuestro país y su uso en la elaboración de una gran cantidad de productos de uso cotidiano, no debe sorprender a nadie que desde hace más de una década los productos derivados de maíz disponibles en México contengan maíz transgénico, sobre todo en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México —que es donde se realizó el muestreo reportado por la Dra. Álvarez-Buylla—.
- En un mercado globalizado tampoco es sorprendente que la presencia de maíz transgénico en alimentos de zonas urbanas en México sea estadísticamente igual a la encontrada en alimentos disponibles en el extranjero.

Por ejemplo, en la Unión Europea (UE), donde más se ha cuestionado la siembra de cultivos genéticamente modificados, se importaron en los últimos cinco años, de los Estados Unidos, un promedio anual de 13 millones de toneladas de maíz y 14 millones de toneladas de soya modificadas genéticamente para la producción de alimentos de consumo humano y animal.

- Tampoco es sorprendente que algunos alimentos etiquetados como libres de transgénicos (GMO-free) contengan trazas de maíz transgénico, ya que las normas internacionales permiten que dichos productos contengan entre un 0.9% (en Europa) y 5% (en Japón) de productos transgénicos, sin requerir su etiquetado.
- El trabajo publicado por el grupo de investigación de la Dra. Elena Álvarez-Buylla confirma que el maíz transgénico que importamos es utilizado para la producción de alimentos procesados en nuestro país. Sin embargo, la discusión se centra en el porcentaje de productos en los que se detecta, mas no en la cuantificación, es decir qué tanto transgénico contiene cada muestra del producto. Dado que los métodos existentes pueden detectar la presencia de trazas (menos de 0.1 % de contenido de maíz genéticamente modificado), es de esperarse que la concentración que se encuentra sea proporcional a la cantidad que se usa de maíz de importación en los diferentes productos. En consecuencia, los datos suplementarios presentados en el artículo muestran que los 61 productos que contienen maíz transgénico (de 107 analizados), contienen menos del 5% de este maíz y que, en muchos casos, los niveles son inferiores al 0.9%. De acuerdo con las normas internacionales, todos estos productos se pueden considerar como libres de maíz genéticamente modificado y, por lo tanto, no requerirían de etiquetado en Europa. En las 47 muestras que reportan con un contenido mayor al 5%, no indican si se trata de 5.1 % o de porcentajes mayores.
- La preocupación hasta ahora manifestada por algunos grupos que promovieron la demanda colectiva que llevó a un juez a implementar medidas que impiden la siembra de maíz transgénico, incluso en etapa experimental, en todo México desde hace cuatro años, está centrada en el

supuesto impacto al medio ambiente o a las variedades de maíz nativo. De ahí nuestra sorpresa que se manifieste como un descubrimiento o una novedad, calificada como “inexplicable”, que en México se consuma maíz GM. Si la preocupación que plantea este grupo de académicos tuviera alguna validez en términos de algún riesgo a la salud, esta debió haberse promovido desde hace muchos años ante las autoridades competentes.

- Las evidencias existentes, así como los enormes beneficios que puede tener la modificación genética de plantas, llevó a 126 Premios Nobel —entre ellos Mario Molina— a emitir una declaración en junio del año pasado, en favor de la biotecnología moderna y de los cultivos transgénicos. Esta declaración también ha sido suscrita por más de 13 mil científicos y ciudadanos de más de 100 naciones alrededor del mundo. Invitamos a la comunidad estudiantil y académica de nuestra máxima casa de estudios a analizar esta página para tener mayor evidencia sobre su contenido y la calidad académica de quienes la suscriben
- Para concluir queremos enfatizar que, al igual que muchos científicos mexicanos, estamos conscientes de la vital importancia que tiene conservar la riqueza genética de nuestras variedades nativas de maíz. Esto requiere varias estrategias, entre otras, fomentar la producción de forma digna para los agricultores, acercándoles tecnología y formas de producción que les permitan contender con problemas como las plagas o el cambio climático, para poder así incrementar la oferta, y promover el consumo en el mercado nacional e incluso el internacional. Pensamos que utilizar tecnología responsable y avanzada como la biotecnología es una de las mejores formas de conservación a largo plazo, además de la conservación *in situ* y *ex situ* de los parientes silvestres de este cultivo⁴⁶.

⁴⁶Para más información sobre estos temas a quien esté interesado, lo remitimos a un libro elaborado por el Comité de Biotecnología de la Academia Mexicana de Ciencias. Este libro, *Transgénicos: Amplios beneficios, ausencia de daños y mitos*, incluye amplia información para soportar éstas y otras consideraciones. Se encontrará en las páginas Web de la AMC, del IBT/ UNAM y de otras instituciones, y será de libre acceso para informar a la sociedad, con sustento científico, sobre este tema.

Los productos transgénicos se encuentran entre nosotros desde hace más de 20 años, los agricultores han cambiado intencionalmente la composición genética de los cultivos durante miles de años. Los cultivos GM permiten a los agricultores tener una mayor utilidad, reducir los recursos y proteger el rendimiento de sus cultivos. La ingeniería genética solo difiere de otras técnicas de mejoramiento de plantas al permitir cambios específicos y predecibles en la planta, como la sequía o la resistencia a enfermedades.

En 2004, comunidades campesinas e indígenas y grupos ambientalistas solicitaron un estudio independiente de la Comisión para la Cooperación Ambiental. Este evento es muy importante porque era la primera ocasión que una instancia internacional se involucraba de manera directa en el asunto del maíz transgénico en México. La intervención de este organismo fue aún más significativa porque es una institución creada por los acuerdos paralelos en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN y porque se financia con fondos públicos de los tres países miembros. La expectativa para conocer las recomendaciones de la Comisión para la Cooperación Ambiental aumentó porque se trataba de un estudio presumiblemente independiente y representaba un medio para difundir el caso del maíz mexicano en la opinión pública internacional no necesariamente opositora a los OGM.

En resumen, la recomendación que hace la CCA a los tres gobiernos es mantener una moratoria al maíz GM, o posponer la decisión hasta que se realicen los estudios ambientales requeridos, instalar programas educativos e introducir etiquetado.

1. Grupos ambientalistas

En realidad, las ONG que participaban en el debate —principalmente Greenpeace México, el Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA), el Grupo de Estudios Ambientales (GEA) y Erosión, Tecnología y Concentración (etc.)— eran pocas, pero muy activas, radicales, bien informadas y conectadas con el mundo. Estas han hecho una amplia labor en lo que respecta a difundir el tema en la prensa escrita y la radio, lo cual contrastaba con la falta de eficacia e información oportuna de las agencias del gobierno.

Además de ello, algunos de estos grupos, como *Greenpeace*, CEMDA han cabildeado muy activamente durante el proceso legislativo. Se puede afirmar que

el papel que jugaban los grupos ambientalistas que actúan en México y que están estrechamente vinculados con las redes internacionales en contra de la globalización y el libre comercio ha sido determinante en la difusión del asunto de la contaminación del maíz mexicano tanto en el país como a nivel internacional.

Su objetivo era defender la diversidad, particularmente la conexión entre la diversidad biológica y diversidad cultural y étnica.

El conservar la diversidad biológica como parte integral del discurso ambiental moderno se refleja en la preservación de la forma de vida rural de los grupos étnicos. Uno de los puentes más importantes entre ambos es el concepto antropológico del conocimiento tradicional sobre la naturaleza, agricultura y el medio ambiente que ha sido concebido, legitimado y discutido en distintos foros internacionales como la Convención sobre la Diversidad Biológica.

De acuerdo con la lógica de los grupos ambientales, los campesinos tradicionales son los guardianes legítimos de la biodiversidad. Esta concepción se fundamenta en que estos pueden implementar las recomendaciones de la CDB en la política nacional para oponerse a los OGM.

2. Comunidad científica

La comunidad científica mexicana, entendida en un sentido amplio, se ha dividido sobre el tema de los OGM. En grandes rasgos, por un lado, están los biotecnólogos de los centros de investigación públicos y privados, como el Instituto de Biotecnología de la UNAM, el CINVESTAV del IPN, una parte de los miembros de la ACM y, por el otro, los agrónomos, fito-mejoradores, biólogos, ecólogos y científicos sociales. No cabe duda de que la élite de la comunidad científica, principalmente un reducido grupo de biotecnólogos ha sido el principal y el más visible protagonista durante todo el proceso de la regulación desde el CNBA, la CIBIOGEM hasta el legislativo. En su calidad de expertos, atributos ampliamente reconocidos, han sido muy activos en todos los debates y frecuentemente han sido tomados como la voz de la verdad inequívoca.

Esto sucedió precisamente el con el documento presentado en nombre de la AMC que sirvió de base para la propuesta de ley que finalmente fue aprobada. Este grupo, entusiasta promotor de la biotecnología, basaba su postura en una separación tajante entre ciencia y valores, entre la verdad y la opinión, de manera *quasi* positivista. Su concepción desde luego reflejaba sus propios intereses de

investigar temas de la ciencia de frontera, pero también reforzaba la idea del progreso de la tecnocracia gubernamental y coincidía puntualmente con los intereses de los grandes exportadores y empresas biotecnológicas.

Otro sector de la comunidad intelectual, aunque con ideas opuestas, ha estado también muy activo; ciertamente no tanto en el ámbito oficial y legislativo, sino en el debate mediático y social en torno de los ogm. Sus argumentos, de tipo ético y filosófico, la defensa de la diversidad ya sea cultural, social y biológica, han sido muy atractivos en círculos específicos de intelectuales, como son en primer lugar los sociólogos rurales, biólogos, antropólogos, agrónomos y ecologistas, pero también entre numerosos científicos críticos a los ogm. Este sector de la comunidad académica insiste en que el derecho a determinar qué tipo de riesgo corresponde a las comunidades locales que son los usuarios de la tecnología, y reconoce el derecho a elegir la forma de vida que la gente desea llevar. Hay que mencionar la formación de la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad en 2006, como la primera organización de científicos comprometidos con la sociedad.

La parte opositora de la comunidad científica-intelectual en México sostiene que los organismos genéticamente modificados no son atractivos para los campesinos por una serie de razones: o no los pueden comprar o no los necesitan, pues fueron desarrollados para atacar problemas específicos de los grandes monocultivos en otras partes del mundo, o bien disponen de una serie de soluciones ya probadas a los problemas a solucionar, como la resistencia a insectos y la tolerancia a herbicidas, que son más baratas, accesibles y de menor o nulo riesgo

Este tipo de intelectuales acusan a los científicos que están a favor de la biotecnología con argumentos de la ética y por estar personal e institucionalmente interesados en conseguir financiamiento proveniente de las grandes corporaciones.

Desde esta visión, el traslado de un gen de un organismo al otro o de una especie a la otra, no es un proceso natural sino una maniobra carente de lo más elemental criterio de la bioseguridad. Una parte de los científicos opositores son partidarios de la *agroecología* basada en el conocimiento y prácticas tradicionales sustentables y proponen para la modernización rural la investigación interdisciplinaria.

En consecuencia, en México, la preocupación social sobre el maíz transgénico no gira en torno al derecho del consumidor ni versa sobre los beneficios que prometen las semillas genéticamente modificadas, como ocurre en Canadá, sino

básicamente en torno al derecho del campesino pobre que no puede acceder a la tecnología cara y sofisticada.

En México, Francisco Bolívar Zapata⁴⁷, concluye de sus investigaciones sobre los organismos modificados genéticamente:

- Existen amplios e innegables beneficios de distinta índole por el uso de organismos genéticamente modificados y sus productos;
- No existe evidencia sustentada de daños a la salud ni al ecosistema por el uso de transgénicos o sus productos;
- Los señalamientos por supuestos daños a la salud, al medio ambiente y a la biodiversidad son falsos y carecen de sustento científico verdadero⁴⁸.

En septiembre del 2013 gracias a los esfuerzos de la “Demanda Colectiva Maíz”, entablada por la vía civil, para solicitar la prohibición de sembrar maíz transgénico en México, contra la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales y cinco transnacionales: Syngenta Agro, Dow Agrosiences de México, PHI México (Pioneer-Dupont), Monsanto Comercial, Semillas y Agroproductos Monsanto; actualmente se emitió una suspensión, como medida precautoria.

⁴⁷ Francisco G. Bolívar Zapata nació en 1948 en la Ciudad de México. Doctor en Química (Bioquímica) por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), institución en la que es profesor e investigador emérito. En 1982 fue nombrado primer director del recién creado Centro de Investigación sobre Ingeniería Genética y Biotecnología de la UNAM. En septiembre de 1991, la UNAM transformó a este centro en el Instituto de Biotecnología y Bolívar fue nombrado su primer director, cargo que ocupó hasta 1997. En ese año fue designado coordinador de la investigación científica de la UNAM, puesto que ocupó durante tres años. Entre 1996 y 2000 fungió también como vicepresidente y presidente de la Academia Mexicana de Ciencias (AMC). El doctor Bolívar Zapata fue miembro de un grupo de investigadores que, en San Francisco, California, EE. UU., logró por primera vez, en 1977 a nivel mundial, la producción en bacterias por técnicas de ingeniería genética de proteínas transgénicas idénticas a las humanas, como la insulina que se utiliza clínicamente para contender con la diabetes. Su trabajo es pionero a nivel mundial en el área de la biología molecular y la biotecnología. Es autor del libro: *Transgénicos grandes beneficios, ausencia de daños y mitos*.

⁴⁸ Bolívar Zapata, Francisco Gonzalo (coord.), *Transgénicos grandes beneficios, ausencia de daños y mitos*. Obra auspiciada por la Academia Mexicana de Ciencias, la UNAM, el Instituto de Biotecnología, y el Colegio Nacional. Ver en: <https://drive.google.com/file/d/1HOJpW45tM0eUUFs0ugMzFoY4mqsYy6z/view>.

XVII. DEMANDA DE ACCIÓN COLECTIVA MAÍZ TRANSGÉNICO DE SEPTIEMBRE DE 2013

Como parte de los cambios realizados en 2010 a la Constitución, se incorporaron las acciones colectivas como un nuevo instrumento legal para interponer demandas en materia de derechos colectivos. La reforma al Artículo 17 abrió la puerta para demandar, en representación de colectividades determinadas o indeterminadas, en materia de medio ambiente o derechos del consumidor. Lo que también se contempla en la ley secundaria.

Se promovió promover ante el Poder Judicial de la Federación una Demanda Civil de Acción Colectiva, con pretensiones declarativas, sobre el derecho humano a la diversidad biológica de los maíces nativos o criollos de México. El 5 de julio de 2013 se presentó este recurso por parte de un grupo de 53 personas, entre las cuales se encuentran científicos e investigadores como Antonio Turrent, Patricia Moguel y Víctor Toledo; defensores de los derechos humanos como el padre Miguel Concha; artistas como Jesusa Rodríguez y Regina Orozco, y 20 organizaciones de productores, de ambientalistas y de consumidores, como Alternativas y Procesos de Participación Social, la Asociación Nacional de Empresas Comercializadoras de Productos del Campo (ANEC), la Cooperativa Tosepan Titaniske, Fomento Cultural y Educativo, Fundación Semillas de Vida y Grupo de Estudios Ambientales. La característica común a todos es el ser consumidores. Las autoridades y empresas demandadas son las secretarías de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA) y de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT); Semillas y Agroproductos Monsanto, Monsanto Comercial, Pioneer (phi) México, Dow Agrosiences de México y Syngenta Agro.

La demanda solicita que los tribunales judiciales declaren que los límites y restricciones establecidos en la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM) son ineficientes, pues existe evidencia científica de contaminación transgénica de maíces nativos en los estados de Oaxaca, Sinaloa, Chihuahua, Veracruz y Guanajuato. La ineficiencia de los límites y las restricciones establecidas en la LBOGM ha propiciado que se vulneren los siguientes derechos humanos: a un medio ambiente sano, a la conservación, participación justa y equitativa, así como a la utilización sostenible que garantice su acceso a generaciones

futuras, de la diversidad biológica de los maíces nativos; a una alimentación adecuada, nutritiva, suficiente y de calidad; a derechos culturales y a la salud⁴⁹.

- Contenido:

La demanda solicita que los tribunales judiciales declaren que los límites y restricciones establecidos en la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM) son ineficientes, pues existe evidencia científica de contaminación transgénica de maíces nativos en los estados de Oaxaca, Sinaloa, Chihuahua, Veracruz y Guanajuato. La ineficiencia de los límites y las restricciones establecidas en la LBOGM ha propiciado que se vulneren los siguientes derechos humanos: a un medio ambiente sano, a la conservación, participación justa y equitativa, así como a la utilización sostenible que garantice su acceso a generaciones futuras, de la diversidad biológica de los maíces nativos; a una alimentación adecuada, nutritiva, suficiente y de calidad; a derechos culturales y a la salud.

- Pretensiones de la demanda colectiva:

Que la autoridad judicial federal declare que la liberación o siembra de maíces transgénicos dañará el derecho humano a la diversidad biológica de los maíces nativos, de las generaciones actuales y futuras; así como los derechos derivados: derecho a la alimentación, derecho a la salud y derechos de los pueblos originarios. Asimismo, se tiene como finalidad que se denieguen todos los permisos de liberación o siembra de OGM de maíz.

- Quiénes presentaron la demanda colectiva:

53 personas, científicos, investigadores, académicos, campesinos, apicultores, defensores de derechos humanos, ambientalistas, artistas, representantes de organizaciones civiles, todos consumidores.

⁴⁹San Vicente-Tello, Adelita; Morales-Hernández, Jaime, "La demanda colectiva contra la siembra de maíz transgénico: ciudadanía y soberanía alimentaria", Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2015-09, en *Análisis Plural*, Tlaquepaque, Jalisco, ITESO, primer semestre de 2015. Enlace directo al documento: <http://hdl.handle.net/11117/3053>. Este documento obtenido del Repositorio Institucional del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente se pone a disposición general bajo los términos y condiciones de la siguiente licencia: <http://quijote.biblio.iteso.mx/licencias/CC-BY-NC-2.5-MX.pdf> (el documento empieza en la siguiente página). Repositorio Institucional del ITESO, Ver: <https://core.ac.uk/download/pdf/47248848.pdf>.

- Estado actual:

Durante 54 meses de litigio se han superado las etapas de: admisión preliminar de la demanda, certificación de la demanda (etapa que superó 11 juicios de amparo que promovieron el gobierno federal y la industria trasnacional), conciliación (sin haberse alcanzado acuerdo entre las partes), y actualmente nos encontramos en la fase de impugnaciones que las partes hemos promovido dentro del periodo para proponer y preparar las pruebas.

Se mantiene la suspensión de siembra de maíz transgénico en México a pesar de las impugnaciones de las corporaciones trasnacionales:

1. Por mandato judicial se ha mantenido la suspensión de la siembra comercial de maíz transgénico en todo el país desde septiembre de 2013;
2. La Colectividad demandante pelea cuatro impugnaciones de las corporaciones contra la sentencia de amparo;
3. Siembras experimentales y piloto —con medidas de contención y fines de investigación científica— no han obtenido permisos.

Junto a la demanda se solicitó una medida precautoria, la cual fue concedida el 17 de septiembre de 2013 por el Juez federal Décimo Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, el cual ordenó a la SAGARPA y a la SEMARNAT abstenerse de realizar actividades tendientes a otorgar permisos de liberación al ambiente de maíz genéticamente modificado (GM), prescindir de procedimientos para ello y suspender el otorgamiento de permisos de liberación experimental, piloto y comercial de este tipo de granos. La medida precautoria impide liberar maíces transgénicos en el campo mexicano, en tanto se resuelva el juicio de acción colectiva. La noticia del otorgamiento de la suspensión se hizo pública el 10 de octubre de 2013 y dio la vuelta al mundo: Desde la cuna de esta planta sagrada, las mujeres y los hombres del maíz rechazamos la introducción de transgénicos en nuestro mayor patrimonio biocultural y con ello, le asestamos un golpe certero a las empresas semilleras trasnacionales comandadas por Monsanto.

Como se advierte, la decisión está en manos del Poder Judicial si definitivamente se prohíbe la siembra de maíz transgénico en México, o se permite.

Por otro lado, se señala por parte de “AgroBIO México”, que el gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador, ha señalado que “no permitirá ni el *fracking* ni los transgénicos” en México; al respecto comenta:

La siembra de maíz transgénico ya no está permitida en el país, pero la de algodón sí es posible. La industria afirma que mantener la prohibición, y aumentarla hacia el algodón, perjudicará al sector local, ya que subirán los costos de producción para algunos cultivos, destacó Cristian García de Paz, director general de AgroBIO, la asociación que agrupa a las empresas de biotecnología en México, como Monsanto y Syngenta.

“Habría una afectación grave para otras industrias, como la farmacéutica (por el algodón), además de la agroalimentaria. Es importante, porque no solo es afectación para nuestros asociados sino también para nuestra cadena productiva”, señaló García de Paz en entrevista.

La meta del Gobierno de buscar la autosuficiencia alimentaria —agregó— será difícil de lograr con esta medida. Hoy México consume 30 millones de toneladas al año de maíz, de los que importa 14 millones, principalmente de Estados Unidos. Y gran parte de ese maíz importado que se consume en el país es transgénico.

De acuerdo con García de Paz, esta prohibición provoca que los agricultores mexicanos, que tienen problemas de eficiencia y altos costos, pierdan la oportunidad de producir lo que ahora se importa.

La asociación planea reunirse con el Gobierno en enero o a principios de febrero para presentar un proyecto de sustitución de importaciones, con la idea de que los agricultores mexicanos puedan producir esos 14 millones de toneladas con la opción de usar o no las semillas genéticamente modificadas. La cadena textil-vestido necesita de apoyos.

“Vamos a hacer una alianza estratégica con el ramo textilero y del vestido, a través de la cual vamos a encadenar toda la cadena de valor del algodón, desde que producimos la semilla hasta que la cosechamos”, comentó García de Paz. Si se prohíbe el uso de los transgénicos, dijo, 90% del cultivo de algodón en México se verá perjudicado.

En la década de 1950, el rendimiento en México del cultivo de algodón convencional era de media tonelada por hectárea, mientras que en 2016 fue de cerca de 8 toneladas por hectárea, gracias al uso de transgénicos, según AgroBIO.

“Nos preocupa la medida un poco, pero pensamos que no es una decisión final y estamos confiados en que, cuando las autoridades tengan mayor claridad de las ventajas sociales, económicas y ambientales que conlleva la adopción de la biotecnología agrícola, estarán a favor de que podamos empezar a platicar y a coadyuvar para conseguir estos objetivos de darle desarrollo al campo mexicano”, concluyó el representante de la industria.

Los gobiernos en México han realizado diversas prohibiciones de transgénicos en los últimos años en distintas entidades del país, debido a que la población se opone a ellos.

En junio del año pasado, las autoridades prohibieron la cosecha de la soya transgénica de Monsanto, cuyo permiso había obtenido en junio de 2012 en siete estados.

XVIII. PROCESO LEGISLATIVO DE LA LEY DE BIOSEGURIDAD DE ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS

La Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, es el instrumento legal que define y regula el conocimiento, evaluación y conservación de los recursos genéticos, su comercialización, etiquetado y la responsabilidad por los daños que pueda ocasionar.

México es uno de los países con más diversidad de especies de maíz, y para algunos es el lugar de origen del vegetal.

El proceso legislativo de esta controvertida ley tuvo su origen en la Cámara de Senadores, en donde fue aprobada en abril de 2003 para pasar, como Minuta, a revisión en la Cámara de Diputados. Si bien se recibió en esa misma fecha por los diputados de la LVIII Legislatura, no fue hasta la siguiente legislatura que se dictaminó y aceptó por el pleno de los diputados, el 14 de diciembre de 2004, último día de sesiones del periodo. La culminación del proceso legislativo incluyó que el Senado aceptara las modificaciones realizadas por la cámara revisora, lo cual sucedió el 10 de febrero de 2005.

Finalmente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 2005.

Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados⁵⁰ tiene por objeto regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental,

⁵⁰ Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 2005, texto vigente. Ver Documento en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LBOGM.pdf>.

liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente y a la diversidad biológica o a la sanidad animal, vegetal y acuícola.

La meta del Gobierno de buscar la autosuficiencia alimentaria será difícil de lograr con esta medida. Hoy México consume 30 millones de toneladas al año de maíz, de los que importa 14 millones, principalmente de Estados Unidos. Y gran parte de ese maíz importado que se consume en el país es transgénico.

Independientemente de que se prohíba la siembra de maíz transgénico, nos llega para consumo de todas formas, porque la siembra intensiva para producción se logra con los transgénicos.

XIX. EFECTOS EN MÉXICO

En México, a través de la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados⁵¹, se informa:

En México se ha permitido la siembra de algunos cultivos transgénicos como algodón y soya desde hace más de 20 años. El Reglamento, al igual que lo dicta la Ley, establece que el otorgamiento de permisos para realizar liberaciones se debe basar en los principios de caso por caso y paso por paso; así que el Reglamento no “permite” ni prohíbe, *a priori*, la siembra de maíz modificado genéticamente o cualquier otro cultivo transgénico.

Las instancias competentes en la SAGARPA y la SEMARNAT, deben evaluar cualquier solicitud de permiso para siembra de organismos genéticamente modificados que reciban y determinar en función de los niveles de riesgo evaluados científicamente y las medidas de bioseguridad, si procede o no la siembra del cultivo transgénico y si es así bajo qué condiciones se debe de dar aquella.

Adicionalmente dado que la Ley determina que, para “todo OGM que esté destinado a ser liberado comercialmente debe ser previamente sometido a pruebas satisfactorias conforme a los estudios de riesgo, la evaluación de riesgos y los reportes de resultados aplicables en la realización de actividades de liberación experimental y de programa piloto”, el Reglamento debe ser consistente con este enfoque

⁵¹Preguntas frecuentes, CONACYT, CIBIOGEM. Ver en: <https://www.conacyt.gob.mx/cibio-gem/index.php/preguntas-frecuentes>.

por lo que se buscará que de existir algún efecto este sea positivo para los cultivos mexicanos muchos de los cuales se cultivan también en otras partes del mundo.

Es importante precisar que el Reglamento no puede ir más allá de lo que dispone la Ley. Por tanto, el Reglamento de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados tiene como función facilitar y detallar su implementación, no tiene como objetivo cubrir los aspectos no considerados en la Ley.

La Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y su Reglamento contienen disposiciones aplicables a las distintas actividades relacionadas con los OGMS. Tienen por objeto regular las actividades de utilización confinada; liberación experimental, en programa piloto y comercial; la comercialización, la importación y la exportación de OGMS, a fin de evitar riesgos a la salud humana, animal y acuícola, al medio ambiente y a la diversidad biológica.

En México, la siembra de maíz GM en fase experimental y piloto, al igual que para todos los otros cultivos de OGMS, está asociada a estrictas medidas de bioseguridad, de monitoreo y vigilancia por parte de las autoridades competentes para evitar el flujo de genes u otros posibles riesgos que puedan ser resultado de la siembra de OGMS sobre la biodiversidad del ambiente de liberación y/o sobre otros cultivos convencionales cercanos⁵².

XX. CONCLUSIONES

Los bienes comunes son aquellos que nos pertenecen a todos, como lo son los que se encuentran en la naturaleza desde semillas, plantas, bosques, animales libres en la naturaleza, mares, ríos y montañas, incluso la cultura universal.

En el Derecho Positivo mexicano, se clasifican los bienes de uso común a los señalados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que son considerados patrimonio de la Nación, tanto por lo que señala el Artículo 27 de la Constitución, como la Ley General de Bienes Nacionales que enlista los bienes descritos en el primer precepto, estos bienes están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional.

Respecto de los otros bienes que forman parte de la naturaleza como lo es el sol, la lluvia, y las semillas y plantas, bosques, los animales, el Estado debe reconocerles su derecho a ser respetados y cuidados. La evolución de los derechos

⁵²Cultivos transgénicos en el mundo|Alimentos transgénicos, Transgénicos (tema), 12/10/2005, <https://www.ecologistasenaccion.org/?cat=627>.

otorgados a los seres vivos comienza por la propia evolución de los derechos humanos, que en un principio reconocieron y protegieron derechos individuales del ser humano, y posteriormente los derechos colectivos y para el desarrollo.

Crear tecnologías como *Terminator*, tuvo la finalidad de interferir e intervenir en la naturaleza propia de las semillas, hacerlas más fuertes ante las inclemencias del tiempo y de las plagas.

Se crearon “patentes” biológicas de la creación de “nuevas especies” que se adueñan de ellas sus creadores, convirtiéndolas en híbridas o estériles, solo se reproducen una vez.

El bien común de la naturaleza está manipulado por el hombre, y paradójicamente, el bien común de la humanidad pasa por la supervivencia de la naturaleza, es decir, la biodiversidad.

De 1988 a enero de 2007, se han autorizado más de 450 pruebas para liberar experimentalmente los organismos genéticamente modificados.

Se ha comprobado que el polen del maíz transgénico pone en peligro la supervivencia de la mariposa Monarca porque mata a las larvas, lo que pone en peligro de extinción a una especie.

En septiembre del 2013, la “Demanda Colectiva Maíz”, demandó vía civil, una acción colectiva que solicitó prohibir la siembra de maíz transgénico en México.

Se mantiene esta suspensión y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito remite a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que estudie la constitucionalidad del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Actualmente la decisión se encuentra en manos del Poder Judicial Federal, sobre si se prohíbe o no la siembra de maíz transgénico.

La meta del Gobierno de buscar la autosuficiencia alimentaria será difícil de lograr si se prohíben los transgénicos. Hoy México consume 30 millones de toneladas al año de maíz, de los que importa 14 millones, principalmente de Estados Unidos. Y gran parte o la totalidad de ese maíz importado que se consume en el país es transgénico.

Independientemente de que se prohíba la siembra de maíz transgénico, nos llega para consumo de todas formas, porque la siembra intensiva para producción intensiva se logra con los transgénicos de los países exportadores, principalmente Estados Unidos de Norteamérica, Brasil y Argentina.

Las semillas transgénicas se convierten en híbridas, dejando desprotegidos a campesinos que, tradicionalmente, reservaban una parte de su cosecha para la siguiente, con los transgénicos no ocurre por ser semillas híbridas.

La utilización de los genéricos ha demostrado la necesidad de utilizarlos y a la vez hay argumentos en contra.

Por lo que se propone:

Primero. Una alternativa es el fomento decidido del Estado para la investigación y desarrollo de especies seleccionadas para modificarlas genéticamente por un organismo o institución científica y técnica especializada, que se dedique a la investigación científica para que sus productos sean propiedad del Estado; además se deberá incluirlos en el Artículo 27 constitucional y por lo tanto se excluyen del mercado.

Esto implicaría una política pública de fortalecimiento a la ciencia y tecnología, con especial dirección de todo aquello que es necesario para el desarrollo del país en todas sus vertientes y de una alta inversión de recursos económicos con la finalidad de acrecentar el patrimonio del Estado, que es de todos los mexicanos.

Segundo, Establecer la liberación del conocimiento científico, como “conocimiento universal”, en el que todos tienen acceso a él, para ello será necesario legislar sobre la temporalidad de las patentes.

Tercero. Si se elige no utilizar los Organismos Genéticamente Modificados, se plantea optimizar los ingresos de los cultivos al fomentar el cultivo de productos orgánicos que tienen un alto precio en el mercado.

Cualquiera de las opciones, debe ser una política pública con el apoyo decidido del Estado, para conservar el patrimonio de la Nación y se deberá invertir fuertemente.

Finalmente, el tema de este estudio es el respeto a los bienes comunes, de los cuales se ha explicado su naturaleza y la protección que tienen.

Todos ellos se encuentran sujetos a la ambición de algunos que quieren modificarlos, para así apropiarse de ellos, o incluir alguna diferencia para ello. El reconocerlos como bienes comunes por el Estado sería conveniente para salvaguardarlos.

XXI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS, *Boletín Informativo de la Academia Mexicana de Ciencias*, México, núm. 65, marzo 2018.
- ALBO, Xavier, *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, La Paz, Centro de investigación y Promoción del Campesinado CIPCA, 2008, ISBN: 97899954-35-09-7. Esta publicación cuenta con el apoyo de EED, OXFAM NOVIB y CAFOD CIPCA.
- BRUGGER, Walter, *Diccionario de Filosofía*, México, Herder, 1975.
- CALVA CALVA, Graciano, y PÉREZ VARGAS, Josefina, "Cultivo de células y tejidos vegetales: Fuente de alimentos para el futuro", *Revista Digital Universitaria*, México, vol. 6, núm. 11, 10 de noviembre 2005, ISSN: 1067-6079, http://www.revista.unam.mx/vol.6/num11/art104a/nov_art104a.pdf.
- COMISIÓN INTERSECRETARIAL DE BIOSEGURIDAD DE LOS ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS, *Informe Anual de la situación general sobre la bioseguridad en México*, México, Secretaría Ejecutiva de la CIBIOGEM, 2017.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 5ª. ed., México, Porrúa, 1952.
- GODELIER, Maurice, "Comunidad, sociedad, cultura. Tres claves para comprender las identidades en conflicto", *Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, núm. 32, 2010, FFYL-UBA, ISSN: 0327-3776.
- LARA-RODRÍGUEZ Nubia *et. al*, "Redes de interacción colibrí-planta del centro-este de México", *Revista Mexicana de Biodiversidad*, México, vol. 83, núm. 2, junio de 2012, ISSN: 1870-3453.
- LOVELOCK, James, *Gaia: Una nueva visión de la vida sobre la Tierra*, Barcelona, Orbis, 1985, Biblioteca de Divulgación Científica Muy Interesante, núm. 22, ISBN: 84-7634-252-7.
- MÁRQUEZ ESCOBAR, Mariella, *Fritjof Capra. La trama de la vida: Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, Barcelona, Anagrama, 2002.
- MARTÍNEZ CASTILLO, Jaime, y DZUL TEJERO, Félix, "Introgresión genética entre poblaciones silvestres y domesticadas: importancia e implicaciones para los centros de origen y domesticación de cultivos", *Desde el herbario ciccy*,

- Mérida, número 9, marzo de 2017, Unidad de Recursos Naturales-Centro de Investigación Científica de Yucatán, A.C.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Derecho Administrativo. Primer curso*, 5ª. ed., México, Oxford, 2007.
- MASSIEU TRIGO, Yolanda Cristina, "Cultivos y alimentos transgénicos en México. El debate, los actores y las fuerzas sociopolíticas", *Argumentos*, México, vol. 22, núm. 59, enero-abril de 2009, Publicación de la División de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM-Unidad Xochimilco, ISSN: 0187-5795.
- MESINAS NICOLÁS, Miguel Ángel, "El derecho del patrimonio cultural. Análisis desde la perspectiva de los derechos humanos y su aplicación por el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH)", *Revista Intervención, Revista Internacional de Conservación, Restauración y Museología*, México, vol. 7, núm.14, julio-diciembre de 2016, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Escuela Nacional de Conservación, Restauración y Museografía, versión impresa ISSN: 2007-249X.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Desarrollo y Cooperación Económica Internacional: Medio Ambiente. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Nota del Secretario General, resolución 38/161, Asamblea General, 19 de diciembre de 1983.
- QUIROLA SUÁREZ, Diana, *Sumak Kaway. Hacia un nuevo pacto social en armonía con la naturaleza*, Quito, Abya-Yala, 2009.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto, "Implicaciones jurídicas de la investigación en el genoma humano", *Revista de la Propiedad Inmaterial*, Bogotá, núm. 1, 2000, Universidad Externado de Colombia.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, *Del Contrato Social. Discursos*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.
- RUIZ MENDOZA, Miriam (coord.), *¿Qué son los bienes comunes?*, 2007, https://mx.boell.org/sites/default/files/carpeta_bienes_comunes.pdf.
- SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Conferencias de Cancún sobre el cambio climático. Libro Blanco*, México, SRE, 2010, <https://sre.gob.mx/images/stories/doctransparencia/rdc/5lbcop16.pdf>.

- STOL R., Leopoldo, *El bienestar animal como punto clave en la adopción de Buenas Prácticas Ganaderas (BPG)*, Sitio argentino de bienestar animal, 2014, http://www.produccion-animal.com.ar/etologia_y_bienestar/bienestar_en_general/42-punto_clave.pdf.
- SUBIRATS, Joan, *Los (bienes) comunes, ¿oportunidad o espejismo?*, Barcelona, Icaria Editorial, 2016.
- TAMEZ-CRUZ, Suzette, *Debate e interpretaciones sobre la hipótesis Gaia*, http://www.cienciorama.unam.mx/a/pdf/167_cienciorama.pdf.
- VANDANA, Shiva, "El mundo en el límite", en Giddens y Hutton (editores), *El mundo en el límite: la vida en el capitalismo global*, Barcelona, Tusquets, 2001.
- WADEBRIDGE ECOLOGICAL CENTRE, *The Ecologist*, Barcelona, vol. 28, núm. 5, septiembre-octubre de 1998.
- WATSON, James, BAKER, Stephen, BELL, Alexander Gann, LEVINE, Michael, y LOSICK, Richard, *Biología Molecular del Gen*, 5ª. ed. México, Médica Panamericana, 2014.

2. Legislación

Constitución de la República del Ecuador.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados.

Ley de Derechos de la Madre Tierra de Bolivia.

Ley General de Bienes Nacionales.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

3. Sitios de Internet

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/COMISI%C3%93N%20MUNDIAL%20SOBRE%20EL%20MEDIO%20Y%20EL%20DESARROLLO.htm>.

[file:///C:/Users/Xochitl/Downloads/DialnetLaEspecializacionDeLosTribunalesContenciosoadminis-2112488%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Xochitl/Downloads/DialnetLaEspecializacionDeLosTribunalesContenciosoadminis-2112488%20(1).pdf).

<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/politicaAristoteles.pdf>.

<http://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/2221/1/Tesis-25agr.pdf>.
<http://www.argenbio.org/index.php?action=novedades&note=311>.
http://www.boelllatinoamerica.org/downloads/Libro_biopolitica.pdf.
<http://www.fao.org/3/am607s/am607s.pdf>.
<http://www.filosofia.org/cod/c1977ani.htm>.
<http://www.ine.gob.mx/>.
<http://www.revista.unam.mx/vol.1/num3/art2/>.
<http://www.slideshare.net/katherinnnd15/derechos-de-la-naturaleza-colombiana>.
<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
<http://www.unesco.org/new/es/mexico/work-areas/culture/intangible-heritage/>.
<https://drive.google.com/file/d/1HOJpW45tM0eUUFs0ugMzFoY4mqsYy6z/view>.
https://mon.uvic.cat/tlc/files/2016/06/GAIA-lovelock_margulis_gaia_2__contra-ver-sus.pdf.
<https://sre.gob.mx/images/stories/doctransparencia/rdc/5lbcop16.pdf>.
<https://www.britannica.com/biography/George-Harrison-Shull>.
<https://www.cbd.int/abs/infokit/revised/web/factsheet-bonn-es.pdf>.
https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/sistema_nacional/infor-mes/Informe-Anual-Sobre-la-Bioseguridad-2017.pdf.
<https://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/index.php/preguntas-frecuentes>.
<https://www.ecologistasenaccion.org/?cat=627>.
<https://www.ecologistasenaccion.org/?p=16773>.
<https://www.nature.com/articles/s41598-018-21284-2>.
https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/righttodevelopment.asp.x>.
https://www.researchgate.net/profile/Pedro_Jordano/publication/230881370_Redes_complejas_de_interacciones_plantaanimal/links/00463518824fc60d75000000.pdf.
https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/55_3/La_Bacteria_Agro-bacterium.pdf.

<https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-15-life-on-land.html>.

https://www.researchgate.net/profile/Pedro_Jordano/publication/230881370_Redes_complejas_de_interacciones_plantaanimal/links/00463518824fc60d75000000.pdf.

https://www.researchgate.net/publication/282859128_Genetica_General_Teoria_y_Problemas.

<http://www.monsantoglobal.com/global/lan/Pages/default.aspx>.

LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO DE CÓRDOBA

Domingo Juan SESIN¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Tutela judicial efectiva y proceso contencioso administrativo.* III. *Amplitud del control. No solo de legalidad sino de juridicidad.* IV. *Momento en que se analizan y resuelven los requisitos procesales relacionados con la materia contenciosa administrativa.* V. *El objeto del proceso contencioso administrativo.* VI. *El agotamiento de la vía administrativa.* VII. *Rechazo de la vía administrativa por razones formales.* VIII. *Acto base objeto de la demanda.* IX. *Reiteración de acto que reproduce una misma voluntad firme y consentida.* X. *Cambio de nominación de la acción.* XI. *Emisión del acto administrativo por un órgano o ente dotado de potestad pública en ejercicio de una función administrativa.* XII. *Preexistencia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.* XIII. *Garantías de impugnación.* XIV. *Cuestiones pertenecientes al Derecho Privado o del Trabajo.* XV. *Cuestión de responsabilidad extracontractual de la Administración por acto ilegítimo.* XVI. *Solve et repete.* XVII. *Ejercicio de un poder discrecional y la admi-*

¹ Domingo Juan Sesin es abogado y notario (U.N.C.). Es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, y realizó la especialidad en Derecho Administrativo en la Universidad de Roma, Italia. Obtuvo premios como joven jurista en 1989, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Actualmente es Profesor Titular de Cátedra por concurso de Derecho Procesal Administrativo, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. También es profesor de posgrado de la Universidad Austral y de otras prestigiosas universidades del país. Ha sido invitado a disertar en más de ciento sesenta conferencias en nuestro país y en el extranjero. Es autor de numerosas publicaciones. Actualmente, es Juez del Tribunal Superior de Justicia y Presidente de su Sala Contencioso Administrativa. Integra la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Es Miembro Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

sibilidad del proceso. XVIII. Actos políticos de fuente directamente constitucional. XIX. Errónea elección de la vía procesal recursiva. XX. Colofón. XXI. Fuentes de información.

RESUMEN

En Córdoba Argentina existe un Código Contencioso Administrativo de avanzada que tutela tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos.

Sin embargo, la aplicación concreta de la normativa a las situaciones particulares ha ido perfilando una doctrina legal acorde a los nuevos postulados constitucionales y convencionales que se apartan de una interpretación literal y sesgada de letra de la ley y que pregonan la realización efectiva del ideario de justicia y seguridad jurídica propio de todo ordenamiento jurídico.

Este trabajo pretende repasar la jurisprudencia local que ha clarificado de manera definitiva la problemática concerniente al análisis de los distintos aspectos que subyacen en el control del cumplimiento de los requisitos procesales que condicionan la admisión de una demanda contenciosa administrativa.

PALABRAS CLAVE

Justicia administrativa. Requisitos procesales. Interpretación de la ley. Tutela judicial efectiva. Procedimiento contencioso administrativo.

ABSTRACT

In Córdoba Argentina there is an advanced Administrative Contentious Code that protects both subjective rights and legitimate interests.

However, the concrete application of the regulations to particular situations has been outlining a legal doctrine according to the new constitutional and conventional postulates that depart from a literal and biased interpretation of the letter of the law and that proclaim the effective implementation of the ideology of justice and legal certainty of any legal system.

This work tries to review the local jurisprudence that has definitively clarified the problems concerning the analysis of the different aspects that underlie the compliance control of the procedural requirements that condition the admission of a contentious administrative demand.

KEY WORDS

Administrative justice. Procedural requirements. Interpretation of the law. Effective judicial protection. Administrative contentious procedure.

I. INTRODUCCIÓN

En Córdoba existe desde 1941 un Código Contencioso Administrativo de avanzada que tutela tanto los derechos subjetivos como los intereses legítimos. El originario

fue modificado mediante la Ley 7182 que entró en vigor a partir de 1986 junto con la creación de las Cámaras en lo Contencioso Administrativo como Tribunales de primera instancia en la materia. Y, en lo que siguió, tuvo ulteriores modificaciones legislativas.

Sin embargo, la aplicación concreta de la normativa a las situaciones particulares ha ido perfilando una doctrina legal acorde a los nuevos postulados constitucionales y convencionales que se apartan de una interpretación literal y sesgada de letra de la ley y que pregonan la realización efectiva del ideario de justicia y seguridad jurídica propio de todo ordenamiento jurídico en un Estado Social de Derecho.

Con esa proyección, se pretende repasar la jurisprudencia local que ha clarificado de manera definitiva la problemática concerniente al análisis de los distintos aspectos que subyacen en el control del cumplimiento de los requisitos procesales que condicionan la admisión de una demanda contenciosa administrativa, a partir de uniformes pronunciamientos dictados por las Cámaras en lo Contencioso Administrativo, como así también por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

II. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bien sabemos todos, siguiendo a juristas como González Pérez o Sabino Casesse, que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta en esencia garantizar precisamente que podamos llevar la cuestión a un tribunal imparcial e independiente dentro del Poder Judicial, a que la sustanciación de esta causa respete las reglas, la prueba, que tenga un tratamiento regular, que dure un plazo razonable, y que posteriormente —de tener una petición fundada— la misma se cumpla.

En esto, precisamente hay acuerdos que la receptan también. No cabe ninguna duda que nuestro país a partir de la incorporación de los tratados internacionales en el marco del Artículo 75, inciso 22 de la Constitución, tanto en el Pacto de San José de Costa Rica en sus Artículos 8o. y 25 y, el resto de los tratados internacionales, pasan a ser la fuente directa de aplicación y, por lo tanto, se refuerza esto que nosotros tradicionalmente conocíamos como debido proceso en el marco de los Artículos 18, 33 y 109 de la Constitución Nacional. También se ha afianzado en muchas provincias argentinas, a través de normas constitucionales en donde se utilizan incluso las expresiones de la tutela judicial efectiva o bien la idea de la subordinación de la Administración al orden jurídico.

Cabe puntualizar que han habido constituciones como la italiana, la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución española, que se han preocupado encendidamente por incorporar con toda claridad este derecho a la tutela judicial efectiva por un tribunal imparcial, independiente, que es —entre nosotros— el Poder Judicial —más allá de las características que puede tener alguno que otro ordenamiento— y de cristalizar principios de amplitud de tutela a derechos subjetivos, intereses legítimos y otras situaciones jurídicas determinadas, tratando de impedir que haya algún tipo de ámbitos que escapen al control judicial. Tema, este último que también intentaremos abordar en estas breves reflexiones.

Desde tal perspectiva, es dable preguntarse: ¿Cómo se concilia este derecho a la tutela judicial efectiva tan generosamente resguardado por las normas locales e internacionales con lo que llamamos admisibilidad del proceso?; cómo se concilia con estos requisitos nominados procesales, aunque muchas veces estén regulados en normas que hacen a la ley de procedimiento administrativo, en definitiva, con esto de preparar el control judicial suficiente.

Al respecto, sobre estos requisitos de admisibilidad, la doctrina distingue cuatro, entre otros, los objetivos, subjetivos, temporales y materiales.

A la razón, cuando el juez declara la inadmisibilidad —de entrada— de una pretensión, ¿se está salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva?

En esto tenemos colección de pronunciamientos de la Corte Constitucional alemana, italiana, del Tribunal Supremo español, entre otros, que dicen que sí, que efectivamente se puede salvaguardar la tutela judicial efectiva en la medida en que se cumplan los siguientes requisitos: primero que exista una norma legal que haya previsto de antemano cuáles son los requisitos y que obviamente en caso de incumplimiento, el control judicial termina allí, con la declaración de inadmisibilidad. En segundo lugar, que haya una decisión justa y razonada —motivada— por parte del tribunal que así lo declara, que aplica la norma.

Entonces, como advertimos, el derecho a la tutela judicial efectiva no significa que tengamos, necesariamente, que obtener una sentencia que resuelva el fondo de la cuestión, sino que también se satisface con un pronunciamiento que declare la inadmisibilidad en la medida en que sea fundado, que sea motivado y que sea la derivación razonada de una norma expresa que así lo haya permitido. Y podemos agregarle algo más, salvo un rigorismo formal excesivo, poco razona-

ble, en cuyo caso siempre existe la posibilidad de la inconstitucionalidad o de la inaplicabilidad de esa norma.

El Tribunal Supremo español ha dicho varias veces que es procesalmente ilógico enjuiciar y decidir una causa que de entrada es inadmisibile formalmente. Es decir que la misma cuestión de inadmisibilidat ya nos lleva a saber cuál va a ser la solución, o cuál va a ser la declaración. Por ese motivo, es de fundamental importancia que conozcamos estos requisitos de admisibilidat, que veamos cuál es su alcance y cuál es la morigeración de estos principios a la luz de estos tratados que tan generosamente subordinan hoy a los tres Poderes del Estado a un orden jurídico mucho más sofisticado que el que teníamos mucho tiempo atrás. Hoy, un abogado no debe hacer un análisis aislado de la norma legal o reglamentaria, sino atenerse o mirar mucho más arriba comenzando con la primacía del orden jurídico que parte de la Constitución y de los tratados internacionales. La interpretación es, entonces, más que literal, contextual.

III. AMPLITUD DEL CONTROL.

NO SOLO DE LEGALIDAD SINO DE JURIDICIDAD

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (Art. 20, ap. 3§), la Constitución italiana de 1948 (Art. 97) y la Constitución española (Arts. 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” (Art. 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.

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo se debe 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 amplio. De tal manera, también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, lo ilógico manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad e irracional entre otros.

Con esa proyección, el Tribunal Superior ha declarado la invalidez de ordenanzas municipales por entender que afectaban el principio de seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos en la observancia y el respeto de las situaciones jurídicas derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes, susceptibles de ser lesionadas por la incertidumbre y la falta de previsibilidad de las reglas jurídicas en juego en materia de inversión, gestión y realización de cometidos públicos².

En otro caso resolvió, de conformidad con tales principios, que una modificación normativa no podía alcanzar una situación consolidada por una normativa anterior, por cuanto la nueva norma no puede tener efectos retroactivos, salvo que se invoquen motivos técnicos, vicios legales o razones de interés público para que en el caso concreto se justifique la aplicación de esta última a una situación ya consolidada. Estas circunstancias no habían sido invocadas en el caso, razón por la cual declaró inaplicable la nueva normativa que había sido cuestionada³.

Del mismo modo, en otro antecedente, declaró la inconstitucionalidad de una norma municipal por entender que se había invadido la esfera de competencia del Congreso de la Nación (Art. 75, inciso 12, CN) y el principio de supremacía constitucional (Arts. 31, CN, y 161, CP), al dictar normas vinculadas al Derecho del Trabajo. Fue así como interpretó que lo dispuesto por la ordenanza agravaba la seguridad jurídica, al haber cambiado las reglas de juego para los supermercados y negocios que se habían abierto sin aquella limitación —referida a la obligatoriedad del descanso dominical para todos los trabajadores en relación de dependencia

² Sala Electoral y de Competencia Originaria en Pleno, Sent. Nro. 5 del 25/8/2005 “Caminos de las Sierras S.A. v. Municipalidad de Córdoba, Acción declarativa de inconstitucionalidad”.

³ Sala Electoral y de Competencia Originaria en Pleno, Sent. Nro. 12, del 12/08/2004, “Dinosaurio S.A. v. Municipalidad de Córdoba, Acción de inconstitucionalidad”.

con empresas comerciales de venta de artículos de consumo masivo— y que, en definitiva, perjudicaba a la sociedad en su conjunto⁴.

En definitiva, 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. Este es el criterio que adopta el Tribunal Superior de Justicia en sus pronunciamientos.

IV. MOMENTO EN QUE SE ANALIZAN Y RESUELVEN LOS REQUISITOS PROCESALES RELACIONADOS CON LA MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Vamos a comenzar analizando en qué momento del proceso tiene que verificarse el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y es que, ha sido una práctica muy recurrente, en años anteriores y en muchas provincias argentinas, que después de tramitado todo el proceso, el juez en la sentencia declare la inadmisibilidad porque no se agotó bien la vía administrativa, con una pérdida de tiempo por parte de la Administración y del propio Poder Judicial.

Los nuevos códigos contenciosos y criterios jurisprudenciales van orientando a que esto se defina en la primera parte del proceso. En tal sentido, Gutiérrez Colantuono⁵, analiza el control contencioso administrativo de la Provincia de Neuquén, en donde estas cuestiones de admisibilidad terminan en la primera etapa del proceso, cuando el juez de oficio o con dictamen del Fiscal se pronuncia sobre la competencia o incompetencia del tribunal. Cuando hablamos de competencia o incompetencia estamos hablando en un sentido genérico referido al análisis de las principales cuestiones de inadmisibilidad. O bien, cuando se interpongan las excepciones de previo especial pronunciamiento con la intervención de las partes pertinentes, que es lo mejor, pues en caso de duda el tribunal debería precisamente escuchar las partes antes de declarar la inadmisibilidad del proceso, como principio general.

Luego, esa es la última etapa en la cual hay que tratar los problemas que se vinculan con la admisibilidad del proceso. Esto lo hemos dicho reiteradamente en

⁴ Sala Electoral y de Competencia Originaria en Pleno, Sent. Nro. 8, del 15/08/2006, "Super Imperio s.A. v. Municipalidad de Río Cuarto, Acción de inconstitucionalidad".

⁵ Gutiérrez Colantuono, Pablo (coord.), *El control judicial de la actividad administrativa en Neuquén*, General Roca Río Negro, PubliFadecs, 2005.

la jurisprudencia de Córdoba y creemos que es el camino apropiado para evitar los defectos que hemos aludido precedentemente.

Sabido es que, como paso previo a la dilucidación del fondo de la cuestión es presupuesto procesal inexcusable el análisis de determinadas circunstancias relacionadas con la admisibilidad del proceso.

Así entonces, la pretensión contenciosa administrativa debe analizarse por parte del Tribunal competente desde una doble perspectiva: primero su admisibilidad y recién entonces la viabilidad de la pretensión sustancial susceptible de motivar una sentencia denegatoria o favorable. Como dice el Tribunal Supremo español:

Es procesalmente ilógico enjuiciar y decidir una pretensión cuyo planteamiento no puede legalmente admitirse. La misma naturaleza de la decisión de inadmisibilidad excluye entrar en otras consideraciones. Si no concurren alguno de los requisitos procesales no debe emplearse la expresión desestimar sino declarar inadmisibile.

Todo ello, por cuanto es bien sabido que la competencia del tribunal es de orden público, por lo que es deber insoslayable del mismo averiguar si se han cumplido los presupuestos procesales que lo hacen viable.

Como lo ha sustentado reiteradamente González Pérez⁶, el derecho a la tutela judicial efectiva debe considerarse satisfecho con la obtención de una resolución fundada en derecho, que puede ser de inadmisión por algún motivo formal cuando concurra alguna causal legal y así lo acuerde el tribunal en aplicación razonada de la misma. En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁷.

Tal como se adelantó, los requisitos de admisibilidad pueden clasificarse en objetivos, subjetivos, temporales y materiales.

Aun cuando la doctrina discute si debe hablarse de requisitos de admisibilidad de la acción o de la pretensión, ratifico la postura de Vivancos, compartida

⁶ González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, p. 30 y ss.

⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 18/1996 "Theaux de D'Intino..."; Sent. Nro. 14/2002 "Agüero, Raúl Jesús c/ E.P.O.S". Doctrina mantenida y recientemente ratificada, en Auto Nro. 86/2017 "Borda, Norma Irene...", entre muchas otros.

incluso por Hutchinson, en el sentido de que la inadmisibilidad es susceptible de recaer sobre la pretensión. Sin entrar en disquisiciones doctrinarias, la acción existe con independencia de los fundamentos de la pretensión; es un derecho autónomo. La pretensión es una manifestación de voluntad cuya realización y ejecución están condicionados por las apreciaciones del órgano jurisdiccional. La ley nos da la acción para que podamos formular pretensiones. La pretensión es la vertiente interna del designio de las partes⁸.

Los requisitos objetivos se relacionan con la materia, es decir con la violación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo regido por una normativa de Derecho Administrativo y esencialmente con la naturaleza administrativa del acto impugnado, según el énfasis que pongan al respecto los diversos códigos procesales de la materia.

Los requisitos subjetivos se relacionan con la competencia del tribunal que debe dirimir el conflicto y con la capacidad de las partes según las leyes de fondo.

Los requisitos temporales se refieren a los diversos plazos estipulados por los códigos respectivos, la demanda interpuesta en forma prematura o extemporánea.

Mientras que los requisitos materiales se relacionan con el agotamiento de la vía administrativa impuesta como paso previo de inexorable cumplimiento, el pronto despacho y, en definitiva, como se genera el acto que causa estado o la presunción denegatoria. También puede relacionarse con otros requisitos como el *solve et repete*.

Al amparo del nuevo Código de Procedimiento Contencioso Administrativo —Ley 7182—, la jurisprudencia local ha clarificado definitivamente la problemática concerniente al momento en que el tribunal debe analizar tales aspectos, con uniformes pronunciamientos de ambas Cámaras en lo Contencioso Administrativo, como así también del Tribunal Superior de Justicia⁹.

⁸ Vivancos, Eduardo, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo*, Barcelona, Bosch, 1963, pp. 127 a 130.

⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 4/1996 "Tejeda c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 55/1996 "Ezequielian de Ferrazano"; Sent. Nro. 59/1996 "Costa, Roberto y ots..."; Sent. Nro. 86/1998 "Stanich, Ana Luisa"; Sent. Nro. 58/1999 "Albertinazzi, Eder R."; Sent. Nro. 52/2000 "Cesano, Alfredo Faustino..."; Sent. Nro. 27/2001 "Velázquez Martínez, Cristina del Valle"; Sent. Nro. 13/2002 "Leal, Emilio y O....", entre otras.

Tal cuestión debe quedar dilucidada en la primera etapa del proceso, es decir en el momento en que el tribunal establece de oficio si la competencia corresponde a la jurisdicción, con audiencia de su Fiscal, conforme al Artículo 11, como en la oportunidad de resolverse la excepción que pudiera hacer la parte como de previo y especial pronunciamiento.

El sistema normativo establece solo dos momentos para su análisis y resolución, siempre dentro de la primera etapa: a) cuando habilita la pretensión al establecer si corresponde o no la competencia del tribunal previo dictamen del Fiscal de las Cámaras; b) cuando sin perjuicio de lo que haya establecido en la habilitación, resuelve las excepciones de previo y especial pronunciamiento. A partir de allí, la competencia del Tribunal queda radicada en forma definitiva no pudiendo volver a tratar ningún requisito de admisibilidad al momento de emitir la sentencia, salvo algunos supuestos de menor importancia condensados en los incisos 2, 3 y 4 del Artículo 24 del Código.

En consecuencia, conforme al Artículo 26 del C.P.C.A, las excepciones que se fundan en el término de la presentación de la demanda y las de incompetencia, deberán oponerse siempre en forma de artículo previo. Los requisitos de admisibilidad más importantes siguen esta suerte ya que se encuentran enmarcados en el amplio horizonte de las cuestiones de "competencia" salvo en lo que respecta a la falta de capacidad o de personería de los litigantes o de quienes los representan, el defecto legal y la litis pendencia, que podrían ser motivo de una excepción dilatoria y ser finalmente desestimados en la sentencia (Arts. 24, incisos 2, 3 y 4 en concordancia con el 26).

Ello significa que los requisitos procesales esenciales susceptibles de determinar la incompetencia del tribunal no pueden ser introducidos como excepciones dilatorias al momento de contestar la demanda.

La jurisprudencia antes citada, que ha clarificado definitivamente la cuestión en base al sistema normativo vigente, ha señalado que:

En virtud de lo dispuesto por el Art. 11 en concordancia con los Artículos 24 y 26 del C.P.C.A Ley 7182, en principio, una vez admitida la demanda y resuelta las excepciones de artículo previo si las hubiere, la competencia de la Cámara Contencioso Administrativa queda radicada en forma definitiva (a diferencia del sistema anterior que era "*prima facie*"). En consecuencia

no es dable la consideración de la problemática acerca de la admisibilidad referenciada por la demandada (al contestar la demanda como en el alegato) sobre la carencia de uno de los presupuestos procesales inexcusables para la admisibilidad de la jurisdicción contenciosa administrativa como es la falta de agotamiento de la vía administrativa en tiempo y forma, por cuanto no fue opuesta como excepción de incompetencia en forma de Artículo previo de acuerdo al Art. 26 del C.P.C.A. Ha precluido, entonces la posibilidad de su discusión y decisión posterior”.

En definitiva, el sistema de Córdoba es contundente al establecer que las cuestiones vinculadas a la admisibilidad del proceso —con especial referencia a lo normado en los Artículos 1o. y 2o. de la Ley 7182—, dichas cuestiones deben quedar dirimidas en la primera etapa del proceso, no pudiendo introducirse con posterioridad y tratarse juntamente con el fondo de la cuestión.

La razón de ello reside en que esto último podría perpetuar el abuso que se daba en épocas anteriores, donde el juez en la sentencia podría declarar la inadmisibilidad del proceso, como ocurría en Córdoba —antes de 1986— y aún hoy sigue ocurriendo en algunas provincias argentinas. Por ejemplo, qué sucedería si las partes en el momento de alegar dijeran que el acto sujeto a revisión se encuentra firme y consentido o que se trata de un acto institucional.

V. EL OBJETO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Otro de los problemas que se plantea es, determinar cuál es el objeto del proceso administrativo o del contencioso administrativo; ¿sigue siendo el proceso al acto o en estos últimos tiempos ha habido una maduración por llamar proceso a la pretensión contenciosa administrativa? Voy a explicar brevemente lo que me parece más importante desde el punto de vista práctico.

Por un lado, este apego al acto actualmente sigue funcionando. Sin embargo, lo tenemos que ir flexibilizando, apostando al acceso a la jurisdicción. Concretamente: es cierto que cuando se realiza la demanda contenciosa administrativa se cuestiona la antijuridicidad ese acto, pero no cabe ninguna duda, que es factible aportar nuevos elementos de juicio que no presentados al momento de agotar la vía administrativa o aportar nuevos argumentos jurídicos o elementos probatorios. Es posible incluso atacar directamente en el proceso cuestiones nuevas que introdujo la Administración al momento de agotar la vía administrativa. Su-

pónganse que yo me voy por una cesantía, pero el último acto que agota la vía administrativa me habla de cesantía, pero también de inhabilitación para ejercer la profesión o el oficio; es claro que yo no necesito agotar de nuevo la vía administrativa con respecto a este agregado que hace la Administración, sino que es posible impugnar todo en el proceso.

Supónganse que la Administración, cuando yo interpongo un recurso o un reclamo, en los que preciso el objeto de lo que quiero, me responde parcialmente: ¿tengo, por una parte, que impugnar expresamente y la otra por silencio? No; se debe cuestionar todo directamente. De igual modo, toda la problemática del cuestionamiento de los reglamentos, en esto ya se ha avanzado, se efectúa a través de la impugnación del reglamento directamente por la publicación o bien con motivo del acto particular y concreto, tengo dos formas de hacerlo.

Y el cuestionamiento de los hechos: o voy directamente, como a veces permite el Código de Neuquén, o bien a través de una reclamación previa en la cual motivo que la Administración se expida. Si la Administración se expide interpretando normas de Derecho Administrativo, muy bien, me voy al contencioso administrativo; si la Administración se pronuncia interpretando normas de Derecho Civil, salvo en Neuquén, en el resto de las provincias argentinas —la mayor parte— me voy al fuero civil. En definitiva, podemos notar que no es solo el proceso al acto, sino que se va ampliando un abanico de posibilidades con respecto a las soluciones de la Administración.

En relación con el silencio administrativo el ordenamiento jurídico brinda hoy una doble herramienta, que es el amparo por mora, para operar con certeza, o bien hacer uso del silencio.

Al respecto, entiendo que esas posibilidades son optativas para el particular, lo cual obsta a que se sostenga que se presume que la Administración ya se pronunció por silencio, pero si usted dejó vencer el plazo de la denegatoria tácita puede interponer amparo por mora. La denegación presunta solo beneficia al administrado y este solamente puede invocarlo en su beneficio. La Administración no puede decir que se pronunció por silencio para frenar el amparo por mora.

El Artículo 1o. de la Ley 7182 establece: “Corresponde la jurisdicción contenciosa administrativa a las causas que se promuevan por parte legítima, impugnando los actos administrativos”

La parte legítima no es solo el administrado que demanda al Estado sino también la propia Administración cuando articula la acción de lesividad.

Pero, lo relevante es que el objeto de la revisión es esencialmente el “acto administrativo”, tanto expreso como presunto. De allí que la jurisdicción contenciosa administrativa es revisora de lo actuado en vía administrativa en cuanto requiere la existencia previa de un acto administrativo. Debe quedar en claro que lo que pretende salvaguardar este principio es que en sede judicial no se varíen las pretensiones formuladas en sede administrativa, pero nada impide que en el proceso se agreguen nuevas pruebas o se amplíen los fundamentos jurídicos.

Vale decir que, la esencia de la jurisdicción revisora reside en que no pueden introducirse nuevas pretensiones, pero cuando la Administración resuelva agregando cuestiones nuevas, no es necesario agotar independientemente por ello, otra vez, la vía administrativa, sino directamente en el juicio esgrimir lo necesario para su defensa. A su vez, en aquellos casos en que la Administración contesta parcialmente, el accionante inicia el juicio con su pretensión originaria, es decir, incluyendo también lo no tratado por la Administración.

La exigencia de impugnación de un acto administrativo no significa, empero, asumir una concepción de la jurisdicción revisora ceñida a un proceso objetivo contra el acto, pues al propio tiempo se analizan las pretensiones de las partes, lo que importa pasar de un proceso objetivo a uno subjetivo. Sobre el particular, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha destacado que el sistema contencioso administrativo —Ley 7182— ha establecido un verdadero proceso, en el que la materia de la acción ante la justicia es la pretensión¹⁰.

Esto significa que de un proceso contencioso administrativo objetivo entendido como un proceso al acto, se pasa a un proceso subjetivo donde se atiende a las pretensiones deducidas contra el acto, lo que significa que el control judicial de la Administración está dirigido a la protección de los derechos e intereses de los particulares enfrentados a las potestades de la Administración.

¹⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 76/2000 “Bencivenga c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”; Sent. Nro. 122/2000 “Suárez c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”; Sent. Nro. 86/2004 “Lotería de Cba. (S.E.) c/ Municipalidad de Córdoba”; Sent. Nro. 46/2005 “CIDEM S.R.L. c/ Municipalidad de Córdoba”, entre otros.

Esta definición legal y jurisprudencial de los alcances de los poderes del tribunal con motivo del control de legalidad de un acto administrativo lesivo de un derecho subjetivo, por vía de una acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción, encuentra acogimiento favorable en destacada doctrina y legislación comparada. Así, García de Enterría¹¹ postula que, "... la justicia administrativa no es ya, por tanto, un sistema de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la Administración, según la tradición, ya definitivamente claudicante, del exceso de poder, sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, tutela plenaria".

Esta doctrina amplia propugnada es la más adecuada al grado de desarrollo del Derecho Administrativo que, como una manifestación concreta del Estado de Derecho, se ubica y consolida en su hacer permanente en pos del interés general, porque a esa mayor potestad y penetrabilidad del comportamiento estatal, debe adecuarse la tutela de los administrados con todas las garantías que les corresponden¹².

Nos queda otra gama de cuestiones en la cual este proceso al acto no brinda una respuesta satisfactoria; de allí estos avances de la nueva normativa del contencioso administrativo de España, que nos habla precisamente, de ir, ya no a una justicia sobre el acto, sino a una justicia sobre la pretensión en lo contencioso administrativo. Y pondré un ejemplo para que sea más diáfano:

En Córdoba se discutía la incapacidad de un empleado público, la Caja sostenía que no alcanzaba al sesenta y seis (66%) de incapacidad, el administrado obviamente aducía padecer más que ese grado de incapacidad. Cuando se tramita el contencioso, las pericias logran demostrar que el accionante tenía más del sesenta y seis (66%) de la total obrera, pero, en realidad, este presupuesto fáctico fue fehacientemente acreditado mediante las pericias que se realizaron durante el proceso judicial. En la última pericia de la Administración Pública no estaba bien claro si el actor alcanzaba más del sesenta y seis por ciento (66%) de la T.O. Entonces, ajustados rigurosamente al principio de la revisión del "acto" administrativo se tendría que haber ratificado la denegatoria del beneficio, pues al momento del dictado del acto administrativo base, no estaba bien probado que el administrado

¹¹ García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992, p. 69 y ss.

¹² Abad Hernando, Jesús, *Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción: sentido y alcance en el Código de la Prov. de Córdoba*, con nota al fallo "Porvarchik, c/ Municipalidad de Córdoba", 30/03/1973.

alcanzara el porcentaje de incapacidad exigido por la ley para ser titular del derecho previsional a la jubilación por invalidez.

Pero habría sido objeto de críticas por un excesivo rigor formal rechazar la acción contenciosa administrativa por esa razón, cuando en la etapa judicial, en forma contundente, se acreditó que el demandante padecía más del sesenta y seis por ciento (66%) de la T.O. de la incapacidad laboral.

Consecuentemente, hicimos toda la interpretación del ordenamiento de Córdoba, en el sentido de que si bien el Código nos habla de la “revisión al acto”, implícitamente quiere decir, a la luz de los principios constitucionales emergentes, que la “revisión es a la pretensión” contenciosa administrativa, e indudablemente terminamos haciendo lugar a la demanda, pero en lugar de retrotraer los efectos a la emisión del acto impugnado, condenamos a la Administración para que le otorgue la jubilación a partir de la fecha correspondiente. Ustedes ven cómo, en forma práctica, podemos aplicar este principio de la jurisdicción revisora que se hizo efectiva en el citado precedente “Bencivenga”.

En particular, podemos analizar como *objeto* del proceso contencioso administrativo a:

- a) Hechos: Si en el sistema de Córdoba la revisión judicial recae sobre los actos administrativos, los hechos quedan en principio excluidos, a diferencia de Corrientes y Mendoza, por ejemplo. Empero, bien sabemos que aún en nuestro ámbito provincial por vía indirecta también podemos llegar a enjuiciar los hechos en base a la siguiente estrategia: cuando estamos frente a un hecho se debe provocar la emisión del acto. Así, por ejemplo, si se ha omitido encasillar a un empleado debe pedirse que se lo haga y, ante el acto denegatorio expreso o presunto, se debe promover la vía recursiva prevista como paso previo al proceso. Hay determinados hechos que provocan actos sujetos a la revisión civil (reclamo de indemnización de daños por inundación de una casa generada por la Municipalidad) y hay otros, que generan el control contencioso administrativo (petición de pago de un adicional del sueldo cuando el acto que lo rechaza interpreta normas de Derecho Administrativo).
- b) Reglamentos: Los reglamentos también pueden ser objeto de revisión, directa o indirectamente a través de los actos particulares, siempre que

produzcan la lesión a un derecho subjetivo o a un interés legítimo de carácter administrativo. Aunque los preceptos normativos aplicables no son demasiado claros al respecto, tanto en la Nación como en las Provincias debe tenerse presente que el reglamento es un acto administrativo de carácter general y como tal, se enmarca en el sistema recursivo administrativo y de contralor judicial en paridad de condiciones que las de un acto administrativo particular.

En la causa “Martínez Luque”¹³ el Tribunal Superior permitió la revisión directa de los reglamentos, en la medida que éstos no sean de naturaleza legislativa. Esta doctrina legal ha sido ratificada sucesivamente *in re*: “Sovero, Margarita y otros c/ Provincia de Córdoba”¹⁴, en “Serman Amelia c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”¹⁵.

En la causa “Manzotti, Norma Teresita c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”¹⁶, se mantuvo la regla general de revisión directa de los actos reglamentarios y la exigencia de impugnación de los actos individuales de aplicación, so riesgo de que estos adquieran firmeza por preclusión.

Cabe advertir que, recientemente, en oportunidad de resolver la causa “Cestafé, Rodrigo Javier c/ Provincia de Córdoba”¹⁷, este Tribunal Superior recalcó que la doctrina legal vigente vinculada con el consentimiento o firmeza de las ordenes o mandamientos de pago, está relacionada con la existencia de una ley o norma previa que agravia al administrado y que se ejecuta mediante ese acto particular de pago en tanto que concreta la voluntad del Legislador o del administrador.

En este supuesto, se aclaró que el agraviado tiene, al menos, tres alternativas: a) cuestionar directamente la inconstitucionalidad de la norma; b) interponer —si correspondiera— la acción de amparo y c) esperar el mandamiento de pago, impugnándolo en la sede administrativa en tiem-

¹³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 60/1985.

¹⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm. Sent. Nro. 118/2002.

¹⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. 52/2004.

¹⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 51/2005, confirmada en Auto 48/2006 “Romero, Patricia...”, Auto Nro. 10/2009 “Romero, Patricia...”

¹⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 184/2017.

po y forma, previo a la vía judicial contencioso administrativa. No cuestionar la ley temporalmente o, en su caso, no recurrir el primer mes de sueldo, puede —en principio— generar la firmeza de la situación jurídica subjetiva, por haber consentido el administrado tanto la regla como su acto de ejecución¹⁸.

Pero, distinto es cuando la norma general no se ve reflejada en el mandamiento particular, es decir, no se ha producido un cambio en la situación jurídica del particular, pues tal situación lo habilita a formular un reclamo administrativo solicitando su ejecución o aplicación particular, sin perjuicio de su procedencia jurídica y sustantiva que deberá resolver la Administración y que eventualmente habilitará que agote la vía administrativa previa a la instancia judicial.

Es que, si en el acto no está explicitada la ejecución normativa de la Administración, no se trata de una norma general anterior que se ejecuta en un acto individual particular.

- c) Contratos administrativos: Con relación a los contratos administrativos, es bien sabido que la revisión se hace mediante los actos particulares que, como consecuencia de estos, se dictan con motivo de la celebración, ejecución y finalización del contrato. Es decir que la problemática suscitada por la interpretación, modificación o extinción del contrato se explicita a través de los actos individuales susceptibles de revisión (adjudicación, rechazo de intereses por mora, reclamo de mayores costos, incidencias por la recepción de la obra, gastos improductivos, rescisión, etc.)¹⁹.

VI. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

El agotamiento de la vía administrativa es otro de los focos en los cuales uno puede preguntarse —y muchos se preguntan—, ¿conspira con lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva? Y me voy a permitir ser contundente en este aspecto: analizando la evolución del Derecho comparado, hubo épocas, diría hasta los años

¹⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 87/1998 “Gallardo, Rafael Nicolás c/”

¹⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 88/2008 “Empresa Britos...”; Nro. 112/2014 “Marinelli S.A....” y Nro. 249/2015 “CIAR S.A....”, entre muchas otras.

ochenta, ochenta y cinco, en donde había posturas que combatían enfáticamente esta obligación del administrado de agotar la vía administrativa que, en cierta forma, en muchos ámbitos de la Administración Pública no deja de ser una carrera de obstáculos que tiene que superar el administrado.

En esa época se comenzaron a suprimir y a facilitar el agotamiento de la vía administrativa haciéndolo facultativo. Eso se dio especialmente en Europa, en donde en algunos Congresos, especialmente de profesores italianos y alemanes, se dieron cuenta que haber suprimido la necesidad de agotar la vía administrativa había generado una sobrecarga de la jurisdicción tan espantosa y grande, que los procesos que en Alemania duraban dos años, pasaron a durar cinco años.

Consecuencia de ello a nivel internacional, a partir de la década del noventa, comenzaron a poner más acento en los tribunales administrativos y en tribunales fiscales como es el caso de Francia o una Comisión encargada por un juez para tratar de resolver consensualmente las demandas judiciales pecuniarias contra la Administración Pública.

Es decir que, se empezó a poner énfasis nuevamente en el agotamiento de la vía administrativa, pero con la siguiente característica: que sea a través de un procedimiento ágil y rápido, que al menos la Administración tenga la oportunidad de pronunciarse una vez. Esto es sumamente valioso, especialmente para que la cúspide de la Administración que después va a tener que soportar las consecuencias de una demanda judicial y una sentencia a lo mejor adversa, pueda dar más fundamentos en el supuesto caso que tenga razón y —de esa forma— con el último acto que agota la vía administrativa automáticamente está redactando la contestación de la demanda que va a hacer el Estado. Por otro lado, ello permite percibir que si tiene la razón el administrado esa es la oportunidad para dar marcha atrás y evitarse un proceso judicial adverso. En mi criterio, la tendencia es que al menos exista un recurso para darle oportunidad a la Administración pública a pronunciarse antes de la vía judicial.

También merece algún tipo de reflexión que, más allá que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido vacilante en relación con lo necesario o no del recurso de reconsideración, cierto es que en los países más desarrollados la tendencia es mantener al menos un recurso obligatorio y eso no violenta para nada

lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva que, a lo sumo, puede demorarse un poco más, solo eso.

Ello deriva en la recomendación de que no hay que denegar por denegar el recurso, que hay que fundamentar muy bien la denegatoria y que hay que, además, aceptar cuando asiste razón en derecho al administrado.

Otro de los puntos planteados es lo innecesario del agotamiento de la vía cuando ello configura un ritualismo inútil. Se dice —y la jurisprudencia así también lo ha consagrado— que cuando ya hay cien reclamos o recursos en donde la Administración ha dicho que no, ¿para qué volver de nuevo a intentar agotar la vía administrativa? Al respecto, cabe aclarar que hay que evitar en el sistema recursivo administrativo la discrecionalidad de la Administración y también del juez en la subsiguiente etapa judicial.

Son preferibles pautas claras, términos amplios, generosos, para agotar la vía administrativa, pero no aquellos sistemas que instalan denuncias de ilegitimidad y que, de acuerdo con el capricho jurisprudencial, en un caso puedo ir con el fondo de la cuestión a la vía judicial y en otros no. O sistemas que hablen de ritualismos inútiles en donde de acuerdo con el criterio mágico del administrador o del juez —en su caso— incurso en un ritualismo inútil o no.

No es que se prejuzgue, porque entiendo que cada día la justicia en la Argentina va a ir dando pautas de mayor eficiencia, pero sí creo que hablar del ritualismo inútil obliga a fijar claramente su alcance en la ley, no dejar un concepto jurídico indeterminado al libre albedrío del juez de turno. Estas son cuestiones muy importantes, por eso si hablo de ritualismo debo indicar en qué casos se configura, para todos por igual, no para un sector o para alguien privilegiadamente. Entonces, cuidado con este tipo de institutos que a veces se ponen de moda pero que generan alguna suerte de incertidumbre y falta de seguridad jurídica.

El Artículo 1o. citado del Código de Córdoba, cuando impone como presupuesto procesal que se impugne un acto administrativo, exige en el inciso a) que el mismo cause estado por haberse agotado a su respecto las instancias administrativas.

El acto que causa estado es un acto administrativo definitivo (Art. 77 L.P.A.) contra el cual se han interpuesto en tiempo y forma los recursos administrativos a fin de agotar la vía administrativa, cumplimentando de tal forma con el Artículo 178 de la Constitución Provincial.

El acto definitivo es el que resuelve el fondo de la cuestión, a diferencia de los actos interlocutorios o de trámite que solo resuelven las medidas procedimentales. Como es sabido, excepcionalmente estos últimos pueden asimilarse a los definitivos cuando impiden totalmente la tramitación de la cuestión que interesa al administrado (archivo, caducidad de instancia, etc.).

En el caso “Ortíz Arévalo c/ Tribunal de Disciplina de Abogados”, la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de Córdoba, dijo:

Que es sabida la relevante función del Tribunal de Disciplina de Abogados en pro del correcto ejercicio de la profesión resguardando el interés público en juego. Como tal ejerce la función administrativa conforme a la ley de la materia pudiendo dictar: a) actos administrativos sancionatorios que de por sí sean susceptibles de agravar derechos subjetivos o intereses legítimos, o bien b) medidas cautelares provisionales estrechamente vinculadas a un sumario administrativo o a un proceso penal. Estas últimas no constituyen el acto administrativo definitivo idóneo para hacer posible el control contencioso administrativo...

Más adelante agrega que: “.. Resolver sobre el fondo de la cuestión implica pronunciarse sobre la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo o interés legítimo tutelado”.

El Tribunal Superior de Justicia, en una causa donde se impugnó la resolución ministerial y su confirmatoria que dio por finalizada la investigación administrativa previa y ordenó, como consecuencia de ella, la apertura de un sumario de carácter disciplinario señaló que tal resolución no es susceptible de lesionar un derecho subjetivo administrativo, pues no es un acto definitivo sino preparatorio de la futura voluntad de la Administración que surgirá cuando se termine el sumario respectivo. Aclaró además que, dicha resolución no es idónea para hacer posible el control contencioso administrativo, ya que no es susceptible de lesionar un derecho subjetivo o interés legítimo pues produce efectos jurídicos directos, pero solo sobre el trámite del sumario administrativo, no sobre el fondo del asunto²⁰. En dicha causa se argumentó que:

²⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 148/2000, “Marcoletta, Juan Carlos c/ Provincia de Córdoba”.

La decisión de la Administración que tras llevar adelante una investigación administrativa previa, ordena la sustanciación de un sumario, que no es susceptible de lesionar el derecho al buen nombre y honor, en razón que es precisamente el principio de inocencia el que, en la sustanciación del sumario, despliega sus efectos protectores para garantía de los derechos del ciudadano, y en tanto no medie una resolución definitiva, absolutoria o condenatoria, no puede oponerse, con base objetiva, una lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo.

Por lo demás, la diferencia entre el acto que causa estado con el firme o consentido es, que en el primero, el agotamiento de la vía administrativa se produjo en tiempo y forma, en cambio en el segundo, o se han vencido los términos o no se lo hizo conforme a las normas en vigor. Los actos firmes o consentidos no pueden, como es obvio, ser revisados en sede judicial, ya que un requisito procesal inexcusable es que el acto sea definitivo y que haya causado estado. Tampoco puede iniciarse la vía ordinaria porque el presunto acto causante del daño sigue amparado por la presunción de legalidad. Solo después de la declaración de ilegitimidad del acto podrá pensarse en su reparación. Esto ha menester subrayarlo, porque a veces sucede que quienes han consentido la validez del acto, pretenden “inocentemente” por vía ordinaria civil, reclamar daños y perjuicios. Ello es incorrecto y el juez que lo recepte está invalidando implícitamente un acto administrativo que solo la jurisdicción contenciosa administrativa puede anular.

En el sistema de Córdoba, al igual que en el resto del país, en todos los casos debe procurarse el agotamiento de la vía administrativa hasta llegar a la autoridad con facultad para resolver en última instancia. Su objeto es responsabilizar a los órganos superiores que en definitiva son los primeros responsables de las consecuencias ulteriores. Estos últimos pueden evitar la revisión judicial haciendo lugar a los recursos cuando corresponda ejercitando un verdadero control de juridicidad, o fundar mejor los actos denegatorios susceptibles de control jurisdiccional. En principio, el custodio máximo de la organización o su nivel inmediato inferior, deben tener la posibilidad de evitar el pleito o al menos tener conocimiento de su interposición.

Tal conclusión no enerva la premisa de que el requisito del agotamiento debe ser útil a la pretensión del particular, la condición de que debe estar regulada

de manera clara y simple, a fin de que no llegue a traducir en un retardo o denegación de justicia. Vale decir que, en su previsión se deben modular los mecanismos o instrumentos procedimentales que se estimen necesarios a fin de que se asegure el equilibrio entre los intereses comprometidos y que la regla logre cumplir el fin que la justifica.

VII. RECHAZO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA POR RAZONES FORMALES

Qué sucede si la Administración rechaza el o los recursos interpuestos a fin de agotar la vía administrativa por inadmisibilidad formal. Antes, era necesario iniciar un primer contencioso administrativo por ilegitimidad y, en caso de ganarlo el administrado, se condenaba a la Administración a emitir un nuevo acto entrando al fondo de la cuestión; recién entonces podía incoar otro contencioso administrativo.

Por suerte, este anacrónico criterio ha sido a todas luces superado (causa “Grau y Cerrito”, C.C.A.C., 1o. Nom) y hoy se exige que el administrado explicita en la primera parte de la demanda las razones formales que justifican el correcto agotamiento de la vía y la ilegalidad de la Administración al desestimar formalmente el recurso. Una vez explicado tal aspecto y su agravio, ingresa recién a desarrollar los argumentos de fondo²¹.

Es indudable que esto podrá ser materia de tratamiento por el tribunal tanto al momento de establecer si corresponde declarar la habilitación de la causa como en la oportunidad de interponerse las excepciones de previo y especial pronunciamiento.

Otro supuesto, en el que no procede la inadmisión del proceso contencioso administrativo tiene lugar cuando la Administración, al resolver las impugnaciones administrativas deducidas por el administrado al agotar la vía administrativa, entra al fondo de la cuestión sin poner de manifiesto en esa oportunidad deficiencias formales en el agotamiento de la vía administrativa que no le habrían permitido resolver sobre el fondo (por ejemplo, extemporaneidad del recurso, incompetencia material del órgano, existencia de actos anteriores firmes y consentidos sobre idéntica petición, etc.).

²¹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 56/2005 “Bertona, Jorge Héctor c/ Empresa Provincial de Energía de Córdoba”.

En ese caso, la jurisprudencia local²², ha juzgado que el tribunal, con audiencia de su Fiscal, al resolver si la causa correspondía a la jurisdicción contenciosa administrativa (Art. 11, Ley 7182), no podía excluir de la revisión judicial a los actos administrativos impugnados “aduciendo motivos formales que en ellos no se expresaron”, como es el de la existencia de actos administrativos precedentes producidos en presencia de idéntica petición, fundada en idénticos hechos y derecho, que habían adquirido la calidad de definitivos, firmes y consentidos por falta de impugnación. Si la Administración al denegar el recurso de reconsideración en forma expresa obvió el aspecto formal y se pronunció sobre el fondo del planteo, resulta improcedente que el tribunal impida el acceso a esta jurisdicción en función de cuestiones formales que a la propia Administración le hubiesen impedido pronunciarse por el fondo de la cuestión planteada²³.

Lo contrario, vulnera el derecho de defensa de la actora, quien al demandar no atacó un argumento formal que no había sido esgrimido por la propia Administración en el acto expreso enjuiciado.

VIII. ACTO BASE OBJETO DE LA DEMANDA

Debe tenerse presente que el objeto de la revisión judicial es esencialmente el acto base contra el cual se han interpuesto los recursos administrativos. Con ello dejamos atrás la equivocada costumbre de impugnar solo en la demanda el último acto administrativo que cierra la instancia administrativa. Lo ideal es cuestionar los fundamentos de ambos.

Así lo ha remarcado la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba²⁴, al señalar que el objeto de la revisión judicial es el “acto base”, es decir, el que produjo el agravio primigenio y contra el cual se han interpuesto los recursos administrativos. Deberían cuestionarse ambos, empero, lo esencial es que se impugne el primero y se acredite el agotamiento de la vía recursiva en tiempo y forma.

²² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 10/1995 “Buena Luque, Sara c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”.

²³ González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 444.

²⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 86/1998 “Stanich, Ana Luisa c/ Municipalidad de Córdoba”.

IX. REITERACIÓN DE ACTO QUE REPRODUCE UNA MISMA VOLUNTAD FIRME Y CONSENTIDA

El Máximo Tribunal local²⁵ se ha pronunciado sobre si es dable admitir la posibilidad de un nuevo planteo por la administrada referido a la interpretación de la norma que regla sobre la modalidad de pago de las prestaciones periódicas que integran el beneficio acordado, cuando como acontece en la especie, media un reclamo anterior en el mismo sentido, que ya fue resuelto por la Administración sin impugnación de la interesada y, sin que se haya invocado cambio alguno en la situación del titular del beneficio que importe una modificación o alteración con relación a las circunstancias de hecho o de derecho que fueron consideradas por la demandada al momento de denegar el primer reclamo; y que en su caso habilitarían un nuevo tratamiento de la cuestión planteada. Aquí se sostuvo que:

La firmeza de un acto administrativo no puede ser destruida más tarde por el ejercicio del derecho de petición, ya que este no puede tener la virtud de abrir la reconsideración de actos definitivos y firmes, y menos aún de posibilitar el acceso a la revisión jurisdiccional después de haber consentido por largo tiempo la resolución administrativa que reproduce la misma declaración de voluntad que la de los actos impugnados.

La afirmación de la recurrente, en el sentido de que sus peticiones difieren por tratarse de tiempos distintos, en modo alguno viabiliza un nuevo examen... desde que el acto que denegó análogos períodos al actual contiene una conclusión legal comprensiva no solo de las diferencias reclamadas en aquella oportunidad, sino de las que eventualmente se produjesen en el futuro. Consentida esa resolución, su eficacia incluye dicha interpretación legal, sobre la cual el órgano jurisdiccional no puede volver sin violentar la necesaria estabilidad de las relaciones entre el administrador y el administrado.

Empero, se dejó en claro que distinto es el razonamiento cuando se discute el “derecho al beneficio” atento a renunciar que postulan los preceptos constitucionales, ya que ello puede justificar un trato diferente. Esto no acaece en el caso comentado ya que su problemática recayó sobre “la prestación” que integra el

²⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 18/1996 “Theaux de D’Intino...”, ratificada sucesivamente en Sentencias Números 107/2000 “Ceballos, Ramón...”, 133/2000 “Acuña, Néstor...”, 122/2001 “Cuello de Vélez...”, 54/2002 “Herrera, Sergio...”, 72/2002 “Camiletti, Humberto...”, 74/2002 “Hernández de Beletti...”, entre muchas otras.

beneficio, la cual es naturaleza económica, y que se traduce en el cobro periódico de una suma de dinero, de carácter disponible y renunciable, además, sujeta a prescripción por expreso mandato legal. Este criterio concuerda con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y con lo establecido en la Ley de Jubilaciones de la Provincia²⁶.

X. CAMBIO DE NOMINACIÓN DE LA ACCIÓN

El Artículo 16 de la Ley 7182 exige, como condición de admisibilidad de la demanda contenciosa administrativa, cumplimentar la obligación de nominar el proceso que se deduce. La jurisprudencia de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia ha morigerado esta exigencia al señalar que no existe óbice procesal o sustancial para no admitir el cambio de acción propuesto por la parte interesada, cuando aún no ha mediado un resolutorio judicial firme sobre la habilitación del proceso contencioso administrativo y la diversidad de la regulación adjetiva de las diferentes acciones se refiere, precisamente, a momentos del proceso ulteriores a la admisión formal de la acción²⁷.

De ese modo, el Tribunal Superior de Justicia ratificó la doctrina sustentada como Vocal integrante de la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, *in re*: “Álvarez Igarzábal, Matías Benigno Héctor c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”²⁸, precedente en el cual, antes de que quedara firme la decisión de no admitir la acción por error del accionante en la nominación de la misma y en la invocación de la situación jurídico-subjetiva base de la demanda (se había invocado un derecho subjetivo de carácter administrativo cuando correspondía una situación jurídico-subjetiva de interés legítimo), el accionante cambió su acción reconduciéndola como de ilegitimidad al momento de interponer el recurso de reposición. Se admitió que en la etapa del Artículo 11 de la Ley 7182, era posible el cambio de la acción hasta que quede firme la habilitación de la demanda por el Tribunal, lo que a mi juicio significó que el actor podía solicitar dicho cambio antes del vencimiento del mencionado plazo.

²⁶ C.S.J.N. Fallos 307:582 del 14-01-1986, “Costa, Juan Francisco” y su cita, y Fallos 312:1340; en idéntico sentido Art. 40 de la Ley 5846 y 44 de la Ley 8024 (T.O. Dec. Nro. 40/2009).

²⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 85/2002 “Telefónica Comunicaciones Personales S.A. c/ Municipalidad de Colonia Caroya”.

²⁸ Auto Interlocutorio Número 282/1994.

Es decir que los litigantes podrán reconducir la acción de plena jurisdicción como de ilegitimidad o bien a la inversa, siempre que no adquiera firmeza la decisión adoptada por la Cámara *a quo* en la etapa de habilitación de la instancia, contra la cual, el Código de la Provincia admite su revisión por ante el Tribunal Superior.

Con posterioridad a dicho precedente, se ha ratificado dicha doctrina al admitir la reconducción de acciones que habían sido erróneamente denominadas como de plena jurisdicción y que fueron corregidas como de ilegitimidad —o a la inversa, según el caso— antes de adquirir firmeza la resolución que no habilitó la instancia por ese motivo²⁹.

XI. EMISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR UN ÓRGANO O ENTE DOTADO DE POTESTAD PÚBLICA EN EJERCICIO DE UNA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Siguiendo con el análisis de nuestro Código Procesal Contencioso Administrativo, continúa diciendo el Artículo 1o. que deben impugnarse:

... Los actos administrativos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial del Estado Provincial, del Tribunal de Cuentas de la Provincia; de las entidades descentralizadas autárquicas, de las Municipalidades, y de cualquier otro órgano o ente dotado de potestad pública, con facultad para decidir en última instancia administrativa.

Este amplio marco concuerda con el Artículo 1o. de la Ley de Procedimiento Administrativo (T.O. Ley 6658). En definitiva, consiente que cualquier órgano público o privado dotado de potestad pública en ejercicio de la función administrativa puede estar en juicio por sus actos administrativos. Esta modalidad es quizás uno de los grandes avances de nuestro contencioso administrativo cordobés, que podemos exhibir con orgullo, tanto respecto de las otras Provincias Argentinas como en el concierto internacional.

²⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 34/2005 "Peirone, Norma Alicia y otros c/..."; Sent. Nro. 53/2006 "Transporte Barbero S.R.L. c/ Municipalidad de Bell Ville..."; Sent. Nro. 57/2006 "Guzmán, Ricardo Alberto c/..."; Sent. Nro. 078/2011 "Marún, María Alejandra c/ Provincia de Córdoba..."; A. Nro. 14/2003 "Rodríguez Amuchástegui María B. c/ Provincia de Córdoba"; A. Nro. 15/2003 "Caeiro de Cima, Eugenia c/ Sup. Gob. de la Provincia de Córdoba"; A. Nro. 89/2007 "De Lamo, Raquel c/..."; A. Nro. 299/2011 "Ferrarini Inmobiliaria y Financiera S.A. c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba..." y A. Nro. 140/2017 "Monsanto Argentina SAIC c/ Municipalidad de Río Cuarto".

De allí que, el alcance del control contencioso administrativo es respecto de los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, incluido el Ministerio Público y demás órganos extra-poderes creados constitucionalmente, siempre que ellos ejerzan una función administrativa.

En este marco se encuentran los actos administrativos de la Defensoría del Pueblo³⁰ y Consejo de la Magistratura³¹, respecto los cuales el Tribunal Superior ha trazado los lineamientos que habilitan una revisión judicial siempre que se satisfagan los demás requisitos que hacen a la admisibilidad de la demanda.

Por su parte, los conflictos derivados entre las diversas personas públicas no estatales, cuando ambas ejercen la potestad pública, deben dirimirse como si fuese un conflicto entre dos entes descentralizados tal como ocurre con lo previsto para tal fin en la Ley de Procedimiento Administrativo. En efecto, tanto el sistema recursivo administrativo como el proceso contencioso presuponen una relación jurídico-pública Administración-administrado, no así entre dos que ejercen al mismo tiempo la potestad jurídico-pública. De allí la aplicación analógica citada y la inadmisibilidad formal de tales planteos.

En particular, si entendemos por función legislativa como toda norma general, objetiva y abstracta que mediante el procedimiento constitucional de formación y sanción de las leyes produce el llamado Poder Legislativo, es indudable que todas sus otras funciones, excepto el juicio político, conforman una función administrativa y sus actos pueden ser objeto de revisión contenciosa administrativa: cesantía, sanciones, adjudicación de obras, etc.

Aún el juicio político es susceptible de parcial revisión judicial cuando se ha alterado el procedimiento o violado el derecho de defensa.

En Córdoba, no ha existido dificultad alguna en el juzgamiento de tales actos conforme el citado plexo normativo³². Sin embargo, no sucede lo mismo en

³⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 100/2014 "Roggia, Walter Rubén y otros c/ Provincia de Córdoba, Plena Jurisdicción, Recurso de Apelación".

³¹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Auto Nro. 51/08 "Valles..."; Sent. Nro. 101/2014 "Manini, Carlos Luis c/ Provincia de Córdoba, Ilegitimidad, Recurso de Apelación".

³² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 39/1996 "Maza, Víctor c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 34/1998 "Díaz, María c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 55/1998 "Fredizzi, Luis c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 50/1998 "Huerta, José c/ Provincia de Córdoba"; Sent. Nro. 105/2000 "Asís de Carillo Ana c/ Provincia de Córdoba", entre muchas.

otras Provincias Argentinas. Así, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, su Máximo Tribunal interpretó en numerosos precedentes que las decisiones administrativas del Poder Legislativo no son impugnables en sede contenciosa por no ser autoridad administrativa. Por suerte, la Corte Suprema Nacional, a partir del caso “Persoglia”³³, continuando con otros casos en 1989, 1993 y 1994, revocó las sentencias del Tribunal Superior bonaerense que habían desestimado *in limine* las demandas. En la actualidad, el control es posible atento la vigencia de un nuevo Código Procesal Administrativo modelo que amplía el alcance de la revisión.

Si entendemos por función judicial toda resolución de una controversia con autoridad de verdad legal por una autoridad imparcial e independiente, es indudable que todas las otras tareas del Poder Judicial conforman función administrativa. Por lo tanto, sus actos pueden ser objeto de revisión contenciosa administrativa (sanciones, adjudicación de obras o suministros, etc.).

La revisión judicial de los actos administrativos del Poder Judicial a través del sistema contencioso administrativo funcionó en Córdoba hasta principios de 1995 en que el entonces Tribunal Superior, mediante el Acuerdo N° 10/95 (“Cech”, reiterado en octubre de 1995 en el caso “Álvarez”) hizo saber al entonces Presidente de la Cámara Contencioso Administrativa que debía abstenerse de actuar en una demanda interpuesta contra una sanción aplicada por el Tribunal Superior de Justicia por cuanto la materia de los mismos es de exclusiva y excluyente competencia del Máximo Tribunal.

El Tribunal Superior aplicando jurisprudencia de la Corte Nacional y en base a una diversa interpretación de la Constitución Provincial consideró que el recurso de reconsideración deber ser tenido como control judicial suficiente y, por ende, contra su denegatoria no correspondía ningún control judicial posterior, salvo el recurso extraordinario federal. En consecuencia, consideró que el trámite administrativo de la Ley 5350, como el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo —Ley 7182—, carecían de vigencia respecto del régimen disciplinario, adoleciendo de nulidad absoluta e insanable la pretendida revisión de tales decisiones.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo, previo dictamen del Fiscal de las Cámaras sustentó la plena revisión de tales actos, elevando al Tribunal Superior las actuaciones a fin de que mediante conjuces dirima un conflicto de compe-

³³ Fallos 311:260 del 10/03/1988.

tencias en el marco del Artículo 12 de la Ley 7182. Esto fue, resuelto con nueva integración del Tribunal a fines de 1996³⁴, y se retornó a la jurisprudencia anterior sustentando la plena revisión judicial de los actos sancionatorios emitidos por el Poder Judicial. En consecuencia, después de agotarse la vía administrativa ante el propio Tribunal Superior de Justicia se inicia la acción contenciosa administrativa ante las Cámara del Fuero. En segunda instancia, interviene el Tribunal Superior con integración de los otros miembros o de conjuces atento que los anteriores han ejercido la función administrativa³⁵.

Con relación a los actos dictados por personas públicas no estatales, los avances más notorios a nivel jurisprudencial en Córdoba se relacionan con la revisión judicial a través del fuero contencioso de las funciones administrativas ejercidas por los colegios profesionales —encargados de la matrícula— y de las sanciones aplicadas por los mismos o sus Tribunales de Disciplina.

En este sentido, se ha aceptado pacíficamente la aplicación de este sistema al margen de lo que establezcan las disposiciones específicas de cada Colegio por considerar de aplicación primigenia lo normado por el Código Procesal Administrativo en cuanto se trata de función administrativa al amparo de un régimen de Derecho Administrativo³⁶.

En los autos “Maghini c/Tribunal de Disciplina de Abogados”, la Cámara Contencioso Administrativa de 1o. Nominación, resolvió al interponerse una excepción de incompetencia por falta de acción —dado que el Art. 87 de la Ley 5805 señala lo inapelable de la sanción de apercibimiento público— que atento el actual desarrollo del Estado de Derecho y la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 19, inciso 9 Const. y Arts. 18 y 95 Const. Nac. de 1853), es inconcebible la existencia de normas que consagren la irreversibilidad judicial de actos administrativos susceptibles de agraviar la situación jurídica de los administrados.

³⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 62/1996 “Cech Vilma c/ Provincia de Córdoba”.

³⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 23/1997 “Álvarez Norma c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 203/1999 “Rius, Guillermo c/ Provincia de Córdoba”.

³⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 85/2000 “Becerra Amanda Rosa c/ Colegio de Arquitectos de la Provincia de Córdoba...”; Nro. 112/2001 “Carranza, Pablo y otra C/ Colegio Médico Veterinario de la Provincia de Córdoba...”; Nro. 186/2009 “Costamagna, Victor y otros c/ Colegio de Médicos de la Provincia de Córdoba...”, entre muchas otras.

También allí se dijo que todo acto sancionatorio debe estar precedido del respeto al derecho de defensa mediante el sumario respectivo o del descargo si la sanción fuere menor.

Respecto del ejercicio de la potestad disciplinaria, en el precedente “Esteban, Elsa c/ Provincia de Córdoba”³⁷, en el cual, por no cumplir la docente sugerencias y guías dadas por el personal directivo en reiteradas oportunidades, se hizo pasible a la docente de las siguientes medidas disciplinarias: a) observación en privado y b) apercibimiento por escrito con anotación en el legajo de actuación profesional, todo sin emitirse el acto administrativo pertinente, el Tribunal Superior enfáticamente ha precisado los siguientes principios:

1. Nuestro orden jurídico no acepta la imposición de sanciones implícitas o solapadas. Solo deben imponerse las que encuentren taxativamente señaladas por la normativa estatutaria aplicable. En consecuencia, no pueden incorporarse en el legajo personal, inconductas menores no aplicadas en legal forma, susceptibles de desmerecer la carrera administrativa del agente³⁸.
2. Las sanciones solo pueden imponerse mediante un acto administrativo que así lo disponga, cumpliendo las formalidades impuestas por los requisitos legales y constitucionales. Esta es la única forma de expresar la voluntad del Estado.
3. Debe respetarse el debido proceso previo a la sanción (descargo o sumario según el caso). La circunstancia de que las normas estatutarias autoricen la aplicación de sanciones menores sin sumario previo en los casos de fácil acreditación objetiva de la falta imputada o de leves infracciones, no empecé la irrenunciable obligación de resguardar el derecho de defensa a través del descargo, exista o no una norma que expresamente lo establezca, ya que aún en ausencia de ella, el debido proceso constituye un principio de obligatorio acatamiento. El debido proceso previo mediante el descargo no fue cumplimentado en la especie por lo que el Tribunal decidió que tal transgresión fulmina la juridicidad del acto, por cuanto se

³⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 12/1996.

³⁸ En el tema particular del ejercicio de la potestad disciplinaria por los entes deontológicos, ver Sent. Nro. 17/2006 “Méndez Casariego, Guillermo c/ Provincia de Córdoba”.

ha contrariado el orden jurídico vigente por violación de los procedimientos que informan el procedimiento para su dictado.

4. Los recursos posteriores a la sanción no convalidan la omisión del debido proceso previo. De aceptarse esta postura como su subsanación en el proceso judicial, se colocaría al administrado en una verdadera indefensión, puesto que se le privaría de la posibilidad de destruir en el momento oportuno, las falsas imputaciones que le pudieron hacer, convirtiendo de esa forma en ilusorias, las garantías de acierto y encuadramiento de la sanción a dictarse. Lo que pretende el debido proceso es el respeto de su contenido con anterioridad a la sanción misma. De allí que la Constitución y las normas dicen “sumario previo” antes de la sanción.

En definitiva, en la justicia de Córdoba solamente cuestiones que sean insignificantes podrían subsanarse en el proceso judicial, de lo contrario el acto es nulo de nulidad absoluta, a diferencia de las soluciones que se ha adoptado en el orden nacional o en otras justicias provinciales.

XII. PREEXISTENCIA DE UN DERECHO SUBJETIVO O DE UN INTERÉS LEGÍTIMO

Otro problema por dilucidar es, ¿qué cosa tutelamos? Por regla general, los derechos subjetivos plenos y derechos subjetivos debilitados incorporados a nivel jurisprudencial de Córdoba para aquellos casos en que la propia norma le otorgue el derecho subjetivo pero debilitado en función de razones de interés público. Respecto de los intereses legítimos o de los intereses difusos, notamos que normalmente en el procedimiento administrativo y contencioso administrativo no se habla de su protección. Sin embargo, no parece que su protección concierna solo al amparo, pues no se advierte razón para no abrir la tutela a los intereses difusos, más allá de lo que dice la norma. La ley de procedimiento administrativo norteamericana habla de la existencia de un agravio jurídico y ya en el año 1970, en el caso de *Data Processing*³⁹, se admitió la apertura también a los intereses difusos.

En consecuencia, el amparo siempre será para una cuestión urgente, inmediata, pero si no hay una cuestión urgente, ¿por qué no se puede intentar la acción contenciosa administrativa demostrando la legitimación como asociación?

³⁹ USSC, “Associaton of Data Processing Service Organization, Inc. v. Camp”, 397 u.s. 150, 1970.

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. Sabido es que la legitimación es la situación especial en la que se encuentran las partes respecto del objeto de la pretensión procesal, y que la ley garantiza solo a quienes están en esa posición, el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión⁴⁰.

Afirma el prestigioso norteamericano Juez Scalia sobre la doctrina constitucional del “*standing to sue*” (*The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, 17 Suffolk U. L Rev. 881, 1983) que, “la doctrina judicial del standing es un crucial e inseparable elemento de la División de Poderes cuyo desconocimiento producirá inevitablemente la sobrejudicialización de los procesos de autogobierno. No hay caso o controversia donde no hay partes adversarias con interés personal en el asunto.

Más adelante, nos recuerda el famoso caso “*Marbury v. Madison*” cuando afirma que las potestades de la Corte son solamente para decidir sobre derechos de los individuos, no para analizar cómo el ejecutivo o los oficiales del ejecutivo, desarrollan sus deberes sobre los cuales ellos tienen discreción.

El *standing* requiere un daño diferenciado, un agravio distintivo no participativo por el resto del cuerpo social⁴¹.

En el caso “*Rothingham vs. Mellon*”⁴², la Corte norteamericana ya subrayaba que la parte no solo debe poder probar la invalidez sino también que le causa un perjuicio directo o que está en peligro inmediato de sufrirlo como resultado de su aplicación y no meramente que lo sufre en forma indefinida en común con el resto de la gente.

El criterio aludido también se aplicó en el caso “*United States vs. Richardson*”⁴³, en virtud del cual un ciudadano pretendía que se declarara la inconstitucionalidad de la ley de la CIA (Central de Inteligencia Americana) por infringir el Artículo 1o. de la Constitución, en cuanto la norma permitía a la CIA no publicar sus casos.

⁴⁰ Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1943, t. I, p. 122.

⁴¹ C.s., casos *United States v. Richardson*; *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*, 1974.

⁴² Corte Suprema de Estados Unidos, 262, U.S., 447, 1923.

⁴³ Corte Suprema de Estados Unidos, 418, U.S., 166, 1974.

La Corte desestimó la acción aduciendo que el actor carecía de *standing to sue*⁴⁴.

Ello concuerda plenamente con los principios liminares de la División de Poderes en Argentina, que garantiza el acceso a la justicia a quien sea parte en una controversia concreta (Art. 116 y conc. c. N.). Como es sabido, “parte” es quien tiene un interés controvertido con otro sujeto de derecho, perteneciente a su propia esfera jurídica, quien en definitiva tiene algo que perder o ganar con motivo de la decisión judicial a dictarse.

Marienhoff⁴⁵ explicaba que la exclusión de la acción popular del orden jurídico argentino surge del Artículo 22 de la Constitución Nacional, en virtud del cual el pueblo solo delibera y gobierna por medio de sus representantes; y lo dispuesto por el Artículo 1o. de la Ley Fundamental en cuanto dispone que el gobierno de nuestro país es “representativo”. En este sentido, afirma: *“No existiendo ni pudiendo existir válidamente en nuestro país la acción popular, porque lo prohíbe la Constitución, ninguna persona del pueblo puede objetar o impugnar judicialmente actos administrativos si éstos no afectan un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo, del accionante”*. Es obvio que tampoco puede cuestionar los actos políticos en las condiciones descriptas.

La reforma constitucional de 1994 consagró una sustantiva innovación en relación con los derechos de “incidencia colectiva”. Esta normativa vino a rellenar la amplitud conceptual del Artículo 33 de la Constitución Nacional que en forma genérica e indeterminada tutela los *“derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*.

Dispone el segundo apartado del Artículo 43 de la Carta Magna Nacional que la acción de amparo en materia de “derechos de incidencia colectiva en general” otorga legitimación solo a quienes acrediten encontrarse en alguna de estas tres hipótesis: a) el propio afectado; b) el defensor del pueblo; y c) las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

Si quien interpone el amparo es el “afectado” y pretende tutelar incluso derechos de incidencia colectiva, la legitimación para accionar solo está asignada

⁴⁴ Gunther, Gerald, y Sullivan, Kathleen M., *Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2007, p. 1544 y ss; Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 1992, p. 128.

⁴⁵ Marienhoff, Miguel, “La acción popular”, *La Ley*, t. 1993-D-683 y ss.

a quien acredite la preexistencia de un derecho subjetivo, esto es de un agravio propio, directo y concreto de un derecho o garantía constitucional.

Quiroga Lavie⁴⁶ sostiene, con relación a la legitimación procesal para interponer el amparo colectivo que:

Se tomó en cuenta el proyecto del convencional Barra, sostenido por él personalmente, de forma tal que fueran solamente el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (a la finalidad de defender los derechos de incidencia colectiva) quienes estuvieran legitimados para ello. Dicha propuesta fue enriquecida, en proponerse que también estuviera legitimado procesalmente "el afectado".

Ha señalado Barra⁴⁷ que:

El primer legitimado es el afectado, es decir el mismo que se encuentra legitimado en el párraf. 1o. del Art. 43, tal como ocurre con el afectado del Art. 5o. de la ley 16.986. Se trata del discriminado, del usuario o consumidor defraudado, de la empresa que no puede competir. Estos tienen un interés personal y directo, es decir un verdadero derecho subjetivo en la terminología tradicional —en realidad un derecho a secas— el que genera las únicas pretensiones que se pueden hacer valer en juicio. Se trata del agravio concreto, específico, personalizado.

En los casos en que no aparece un afectado individualizado, solo pueden interponer el amparo, los otros dos legitimados especiales creados por la Constituyente: el defensor de pueblo y las asociaciones.

Este tradicional criterio doctrinario y jurisprudencial ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en "Polino" y "Dromi"⁴⁸. Con motivo de la privatización de Aerolíneas Argentinas, en este último caso, el amparo fue interpuesto por un diputado nacional "por sí y en el carácter de representante del pueblo" a fin de que se ordenara al Estado Nacional que la forma societaria que adoptara Aerolíneas se enmarcara en uno de los tipos societarios. Al respecto, la

⁴⁶ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de La Nación Argentina comentada*, Bs. As., Zavalía, 1996, p. 236.

⁴⁷ Barra, Rodolfo, "Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia", E.D. 22/10/1996, ratificando su mismo criterio sustentado en: "La acción de amparo en la Constitución reformada: legitimación para accionar", *La Ley*, 1994-E.

⁴⁸ C.S.J.N. 06/09/1990, publ. en *La Ley* 1990 E, 97.

Corte dijo que la condición de ciudadano sustentada por el actor: *"... no es apta... para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción. Ello, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite en el caso, tener configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como una causa, caso o controversia, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida"*.

Idéntico criterio fue adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en la causa "González"⁴⁹, donde se discutía si miembros del Consejo Deliberante en el carácter de tales o simples ciudadanos podían impetrar la exhibición de documentación relativa al pago de viáticos de funcionarios municipales a través del amparo. En el referido pronunciamiento se sostuvo que ser concejal no es título suficiente para otorgarle legitimación para accionar, como tampoco lo es ser habitante o ciudadano de la nación argentina:

Los actores no acreditan el daño diferenciado o el agravio distintivo con relación a cualquier miembro de la colectividad. La averiguación de los datos solicitados por los actores en nada mejora o perjudica su esfera de derechos y garantías que tutela el orden constitucional, que viabiliza el amparo. No se advierte cuál es la lesión o restricción que repercute en su esfera interna; no hay parte en sentido jurídico estricto. Desde otra perspectiva es importante destacar que el amparo incoado contra todo acto u omisión de autoridades públicas no puede ser interpuesto por quien también ejerza funciones públicas como sucede en la especie, al pretender los actores actuar en el carácter de concejales. La norma constitucional presupone una relación jurídico-pública Administración-administrado, donde la primera actúa investida de potestad pública y el segundo impetra la nulidad del acto u omisión lesiva a fin de tutelar su derecho o garantía constitucional, lesionado, restringido, alterado o amenazado, en su calidad de ciudadano o administrado. De admitirse la legitimación activa de quien está dotado de potestad pública contra quien también ejerza la función administrativa o de gobierno, implicaría desconocer el principio liminar señalado, por cuanto en esta hipótesis no habría una relación Administración-administrado, sino una vinculación Administración-Administración, es decir, interorgánica, regulada en este caso, por principios y normas constitucionales. Carece entonces de legitimación el peticionante

⁴⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 50/1996, "González, Guillermo y otro c/ Pérez. Amparo".

para estar en juicio. En efecto, tal discrepancia se resuelve muchas veces, si correspondiere y tuviere la envergadura necesaria, mediante el procedimiento del conflicto de competencias, o directamente a través de los controles y responsabilidades fijados por el derecho constitucional.

Similar criterio se ha sustentado en España con otros fundamentos. Así, el Tribunal Supremo⁵⁰ sostiene que la falta de respuesta o falta considerada incorrecta de un Gobierno a la solicitud de información de un parlamentario es acto no fiscalizable por la jurisdicción contenciosa administrativa, porque no se trata de un acto administrativo, sino de un acto político parlamentario. También se ha señalado que:

... Los informes o documentos que, para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, pueden recabar los Diputados a la Administración Pública, por conducto de la Presidencia de la Asamblea Regional de Cantabria... y el deber que pesa sobre el Consejo de Gobierno y sus miembros de proporcionar a dicha Asamblea la información o ayuda que precise del mismo o de estos, se enmarca en el ámbito de las relaciones institucionales de los poderes políticos de esta Comunidad Autónoma. Por ello los actos que se producen en el seno de estas relaciones no son actos administrativos y la eventual infracción de cualquiera de sus elementos reglados no puede someterse al control de los Tribunales sin desplazar a estos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político parlamentario, por cuanto afecta a las relaciones institucionales entre la Cámara y el Ejecutivo, relaciones que no guardan afinidad con las que surgen como consecuencia de un acto administrativo... Se trata, más bien de un acto político, o si se quiere, político parlamentario, pero nunca administrativo, y por ello no residenciable ante los Tribunales de este orden jurisdiccional⁵¹.

Por supuesto, son temas absolutamente opinables, yo propongo la amplitud de control, pero limitada. Limitada al justo punto de nuestro ordenamiento jurídico.

En particular, el Código de Procedimiento en análisis —Ley 7182— en su Artículo 1o., inciso c, que dice:

⁵⁰ TS español, Sentencia del 09/06/1987, Ar. 3778.

⁵¹ TS español, Sentencia del 15/11/1988 y comentario de Embid Irujo, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III, p. 2723.

[Exige como presupuesto procesal que el acto administrativo] ... vulnere o lesione un derecho subjetivo de carácter administrativo o afecte un interés legítimo establecidos o reconocidos con anterioridad a favor del demandante, en situaciones jurídico-subjetivas creadas o reconocidas por la Constitución, o por la ley, reglamento, ordenanza, concesión o permiso, contrato administrativo u otro acto administrativo que sean preexistentes.

En Córdoba, desde 1941, se tutela tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo mediante dos acciones diferenciadas: la de plena jurisdicción y la de ilegitimidad.

El derecho subjetivo presupone una norma que predetermine la conducta administrativa debida con relación a un sujeto de derecho que se encuentra en situación personal directa y exclusiva respecto de la Administración. En cambio, el interés legítimo presupone una normativa que regula la conducta debida con relación a una persona que no se encuentra en situación de "exclusividad" sino de manera personal, directa y concurrente.

Es fundamental clarificar que conforme al Artículo 16 inciso "b" de la Ley 7182 el actor debe acompañar los documentos que acrediten la posesión de la situación jurídico-subjetiva que reclama⁵². Es decir que, como requisito de admisibilidad, basta acreditar la norma constitucional, legislativa, reglamentaria, acto o contrato preexistente, juntamente con el acto lesivo. Todo ello, al margen de si sustantivamente asiste razón o no al demandante.

No obstante, a veces deslindar en la primera etapa del proceso la acreditación de la preexistencia de la situación jurídica vulnerada es una cuestión muy compleja cuando se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sustancial, por lo que en caso de duda debe dirimirse con el fondo al momento de la sentencia. Así se ha pronunciado la Cámara Contencioso Administrativa de 1o. Nominación en los autos "Fernández Gez c/ Provincia de Córdoba" (18/11/1987) y, en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia en los autos "Torres, Sergio F. c/ Provincia de Córdoba"⁵³.

⁵² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 91/1998 "Cividanes, Adolfo y otros c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba..." y Nro. 23/1998 "Águila de Oro y otra c/ Provincia de Córdoba".

⁵³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 07/1996. Criterio reiterado en sucesivos pronunciamientos: Sent. Nro. 23/1998 "Águila de Oro y otra c/..."; Sent. Nro. 62/1998 "Quevedo, Miguel Ángel c/..."; Sent. Nro. 94/2000 "Ballatore, María Ester y otras c/..."; Sent. Nro. 133/2002 "Perrone, Carlos Enrique c/..."; Sent. Nro. 28/2004 "Cuello, Claudio Reginaldo c/..."; Sent. Nro. 31/2004 "Gusella, Rubén Alcides c/...", entre otros.

Aquí se sostuvo que la carencia de la situación jurídica esgrimida solo debe declararse cuando la misma surja en forma clara, evidente y ostensible, correspondiendo en caso de duda aplicar el criterio *in dubio pro habilitate instantiae*.

Con sustento en tales premisas, en la causa “Gómez, Graciela Beatriz y otros”⁵⁴, el Tribunal Superior dejó sin efecto la inhabilitación de instancia decidida por Cámara respecto del reclamo de reconocimiento y pago de diferencias de haberes producidas en el período en el que los actores se habían desempeñado como “personal contratado” por considerar que no habían acreditado la situación jurídica subjetiva invocada, habilitando la jurisdicción solo parcialmente con relación a las diferencias devengadas a partir de sus designaciones en planta transitoria. De esta manera, se habilitó la instancia respecto de todas las pretensiones deducidas por los accionantes. Este criterio ha sido mantenido en los fallos que le sucedieron sobre la misma problemática⁵⁵.

A la vez que, la excepción de incompetencia del Tribunal fundada en la inexistencia de la preexistencia de alguna de las situaciones jurídicas tuteladas solo debe ser tratada como de artículo previo; esto evita los efectos nocivos de la tramitación de la casi totalidad del pleito para recién en el momento de la sentencia pronunciarse por la inadmisibilidad de la situación jurídica invocada.

En suma, con el objeto de reafirmar este criterio es menester que los códigos de la materia dispongan expresamente, que cuando este requisito procesal está íntimamente vinculado a la cuestión de fondo, no corresponde al tribunal pronunciarse en la primera etapa de consideración de la admisibilidad: dicho análisis ha de trasladarse al momento de la emisión de la sentencia como problemática de fondo.

XIII. GARANTÍAS DE IMPUGNACIÓN

Otro problema es el concierne a los depósitos que tienen que presentarse cuando hay una impugnación a una licitación pública o a la preadjudicación o a la adjudicación, en donde hay cláusulas que dicen que en el caso de que el recurso sea infundado, el administrado pierde el depósito en garantía que hizo, que presentó para impugnar o el depósito para impugnar.

⁵⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 101/2011.

⁵⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 82/2012 “Sanchez...”; Sent. Nro. 010/2013 “Arguello...”; Sent. 84/2014 “Piccolo...”

En estos supuestos es dable suprimir el rigorismo formal excesivo que muchas normativas parecen consagrar con montos exagerados o interpretaciones inadecuadas de la Administración.

Así, en los autos “Mayorista Libertad S.R.L. c/ Municipalidad de Córdoba”⁵⁶ se resolvió acerca de la invalidación de la incautación del depósito de garantía de la impugnación, constituido por la firma actora. En el antecedente, se explicó que:

... De fundamental importancia para la interpretación del sub examine reviste lo preceptuado por el Art. 176 de la Constitución Provincial cuando dispone que la Administración Pública Provincial y Municipal sujeta su actuación a la determinación oficiosa de la verdad con celeridad, economía, sencillez en su trámite, determinación de plazos para expedirse y participación de quienes puedan verse afectados en sus intereses, mediante procedimiento público e informal para los administrados.

De allí entonces la prevalencia de tales principios a fin de evitar todo tipo de medidas restrictivas que limiten la participación de quienes resulten afectados en el trámite administrativo, ya que es obligación garantizar un procedimiento público e informal, sujeto a la determinación de la verdad jurídico-objetiva, con celeridad, economía y sencillez en su trámite. Esta interpretación amplia a fin de permitir a los interesados el control ante la Administración de los actos estatales se relaciona con lo dispuesto por el Art. 49 de la Constitución cuando también garantiza un amplio acceso a la justicia al expresar que no puede limitarse su intervención por razones económicas.

... La interpretación del sentido y alcance de este cuadro normativo, nos permite inferir con claridad, que el rechazo de una impugnación por la Administración no implica la pérdida automática del depósito referido, por cuanto es necesario evaluar a priori si la misma resulta “totalmente infundada”. Para ello la Administración debe fundamentar, es decir motivar explícitamente, las razones por las que considera “totalmente infundada” la impugnación presentada por el interesado...

... La literalidad de la norma y su principología en el nuevo marco constitucional postulan una interpretación estricta. En consecuencia, su automaticidad no es tal, es decir que no es derivación directa del rechazo de la impugnación, por lo que es inexorable su motivación autónoma.

⁵⁶ C.C.A.C., 1º Nom., Sent. Nro. 61/1995.

... El concepto jurídico indeterminado “totalmente infundado”, significa en el contexto aplicable que el basamento de la impugnación sea notoriamente carente de sustento, con meras intenciones obstruccionistas, dilatorias, entre otros aspectos. En consecuencia, el sentido de la norma es desalentar la presentación de aquellas impugnaciones que sin un fundamento verdadero tiendan a obstaculizar el procedimiento de selección, perjudicando de tal forma al interés público. Es por ello que, para la norma no basta que la impugnación solo sea “infundada” sino que es necesario su “total” falta de fundamentación. Este último requisito en modo alguno acaece cuando como sucedió en autos se pretendió defender la oferta más ventajosa económicamente, que aún adoleciendo del incumplimiento de algunos requisitos reglados, no obstante era apta para cumplimentar el interés público específico (ya que la leche ofertada servía para el consumo). Si bien la Administración pudo tener correctas razones para rechazar la impugnación, no alcanzan para reputar infundada la misma, menos aún considerarla totalmente infundada.

No compartir un razonamiento determinado no implica automáticamente considerarlo “infundado”, ya que bien puede estar “fundado” aunque no se comparta.

Este criterio que ha sido receptado y reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Superior al decidir en la causa “Sideco Americana S.A...”⁵⁷ y otras en sentido análogo, permite concluir que aceptar la tesis de la automaticidad de la pérdida del depósito con el rechazo de la impugnación, implicaría desalentar la presentación de cuestionamientos que muchas veces sirve para promover una auténtica juridicidad administrativa detectando posibles vicios que la Administración está a tiempo de corregir. Téngase presente que la “preadjudicación” es un mero acto preparatorio de la Administración y que las observaciones que presenten los administrados en tal etapa comportan en general una real colaboración a fin de poner en evidencia posibles deficiencias legales, administrativas o técnicas, que la autoridad no haya advertido.

En consecuencia, facilitar el acceso a la revisión y control, además de cumplimentar un principio constitucional, constituye una política de buena administración en pro de resguardar aún más la transparencia y eficiencia del accionar administrativo.

⁵⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 14/2007 “Sideco Americana S.A.”

La impugnación que para una normativa puede resultar totalmente infundada, constituye un concepto jurídico indeterminado que, en definitiva, tiene que necesariamente ser *motivado* con argumentos propios. Es que, la pérdida del depósito no es derivación directa del rechazo de la impugnación, requiere de una motivación autónoma en la que la Administración explicita fundadamente las razones que justifican la no devolución de los depósitos⁵⁸, no siendo suficiente a los fines de satisfacer el requisito la sola enunciación de la facultad de dictar el acto desestimatorio de la impugnación. Y, frente a situaciones altamente temerarias, recursos que no tienen ningún sentido —que no es el caso comentado, porque era la oferta más conveniente y el producto era apto para el consumo—, son también cuestiones que irritan a lo que es el derecho a la tutela judicial efectiva. Que ponen obstáculos al acceso a la jurisdicción. Que contradicen ese famoso caso *Cantos* contra Argentina resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁹. Hay que demoler estos obstáculos exagerados que impiden el acceso liso y llano a un tribunal imparcial e independiente.

XIV. CUESTIONES PERTENECIENTES AL DERECHO PRIVADO O DEL TRABAJO

Continuando con el análisis de admisibilidad de la acción judicial, el Artículo 2o., inciso c) de la Ley 7182 excluye del proceso contencioso administrativo las cuestiones que deben resolverse aplicando *exclusivamente* normas del Derecho Privado o del Trabajo.

Anteriormente se hablaba de la doble personalidad del Estado como persona del Derecho Público y persona del Derecho Privado. Hoy la personalidad del Estado es única, aunque puede actuar en el campo del Derecho Público o en el campo del Derecho Privado; en otras palabras, como sujeto de una relación jurídico-pública o jurídico-privada.

La clave de la cuestión es que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativo no solo cuando se ejerce la función administrativa sino cuando se aplica además un régimen de Derecho Administrativo.

No siempre es fácil determinar tales aspectos e incluso en una misma cuestión puede ser posible la derivación de una parte de la cuestión a la justicia civil y

⁵⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 109/2008 “Internacional Dina S.A.”

⁵⁹ CIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia del 28/11/2002.

otra a la administrativa. Por ejemplo, en un contrato de locación, el objeto contractual se regulará por las normas de la ley de locaciones y, por lo tanto, su problemática se dirimirá por ante la jurisdicción civil; empero, si se discute la competencia del órgano emisor o el procedimiento licitatorio respectivo, al regularse tales aspectos por normas de Derecho Administrativo es indudable la competencia contenciosa administrativa.

Repasemos un poco la evolución de la jurisprudencia en ciertos temas de gran relevancia.

1. *Cuestiones derivadas o conexas a la aplicación de un régimen de contratación pública*

En una época, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia sostuvo en “Astec c/ D.P.A.”⁶⁰ que, al no agravarse la actora de la lesión de un derecho subjetivo administrativo por violación de los términos de la relación contractual, sino de la frustración de sus expectativas económicas con respecto a los resultados de la aplicación de la cláusula convenida de ajuste de *mayores costos*, se excede el marco de legitimación jurídico-subjetiva impuesto por el Artículo 1o., inciso c) del C.P.C.A.

Por su parte, la Cámara Contencioso Administrativa de 1o. Nominación, en los autos “Late c/ E.P.E.C.” (17/08/1990), resolvió la excepción de incompetencia de jurisdicción donde se discutía si la existencia de *caso fortuito o fuerza mayor* ocasionados en la demora incurrida por su proveedor para suministrarle elementos que se había obligado contractualmente a entregar a E.P.E.C. en un plazo determinado, daba lugar a un proceso contencioso administrativo o no.

Se sustentó que el orden jurídico administrativo muchas veces se integra con normas administrativas análogas o incluso con principios generales del derecho que pueden encontrarse en la Constitución o en el Código Civil (irretroactividad de la ley, caso fortuito, mora, imprevisión, etc.). Que la determinación o no del supuesto de fuerza mayor o caso fortuito, constituyen como principio general derivaciones directas de un contrato administrativo, no puesto en duda por las partes, que ha menester la revisión de lo actuado a la luz del orden jurídico administrativo con la amplitud de criterio.

⁶⁰ T.S.J. Córdoba, Auto Nro. 52/1984.

Se ha clarificado la problemática en otro caso donde se discutía el carácter de *fiador* de la empresa accionante, cuyo análisis debía efectuarse en el marco del contrato de obra pública, como así también en las etapas previas que le dieron origen: licitación, presentación y aceptación de ofertas y adjudicación de esta. En la ocasión, se enfatizó que:

... La problemática de la fianza debatida en el sub lite, constituye como principio general una derivación directa de un contrato administrativo, no puesto en duda por las partes, que ha menester la revisión de lo actuado a la luz del orden jurídico administrativo con la amplitud de criterio, pudiendo acudir a la norma de fondo mediante la analogía y/o supletoriedad. Es decir, que toda interpretación de principios y normas emergentes de un indudable contrato administrativo corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo excepcionalmente cuando algún aspecto esté regulado exclusivamente por el derecho civil... Si bien el demandante remite con su impugnación al instituto de la fianza regulado por la normativa de derecho privado, no se evidencia la aplicación "exclusiva" de este ordenamiento jurídico. Ello es así, en razón que, al cuestionar la formación de la voluntad contractual en orden a la cláusula decimonovena del contrato de obra pública, el demandante desplaza la materia controvertida hacia el campo de dicho contrato, siendo el mismo regulado específicamente por normas del derecho administrativo...⁶¹

Esta resolución fue ulteriormente ratificada⁶². El criterio, hoy imperante, admite en la jurisdicción todas aquellas cuestiones que resulten conexas a una contratación pública. Así ha sido sostenido por el Tribunal Superior de Justicia en los autos "Cajal, Roberto Adolfo c/ Municipalidad de La Calera..."⁶³, al revocar la sentencia de la Cámara que había denegado la jurisdicción a una solicitud de pago de un certificado de obra y de los daños y perjuicios ocasionados por la *mora* en dicho pago por trabajos adicionales encomendados al actor por la Municipalidad demandada en el marco de un contrato de obra pública.

La Cámara había declarado que se trataba de una cuestión estrictamente patrimonial, una suma líquida no controvertida y, por lo tanto, la cuestión debía resolverse exclusivamente aplicando normas de Derecho Civil.

⁶¹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 132/1998, "Ormas S.A.I.C.I.C. c/ E.P.E.C. y Estado Provincial".

⁶² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 92/2001 "Ormas S.A.I.C.I.C. c/ E.P.E.C."

⁶³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 29/2012.

Sin embargo, el Tribunal Superior, teniendo en cuenta el régimen jurídico que era aplicable al caso para dirimir la razón de la solicitante (Decreto Nro. 273, Pliego General de Condiciones —Cap. 12— y las Leyes 8102 y 8614 de Obras Públicas) —que era de innegable naturaleza pública—, reiteró el criterio descrito, señalando que la naturaleza de la *litis* determinaba la competencia del fuero contencioso administrativo al tratarse de una omisión por parte de la Municipalidad, en ejercicio de función administrativa y que era consecuencia directa derivada de la ejecución de un contrato administrativo.

En suma, toda interpretación de principios y normas emergentes de un indudable contrato administrativo corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, salvo cuando excepcionalmente algún aspecto está regulado específicamente y solo se invoquen normas del Derecho Civil.

2. Las cuestiones vinculadas a la interpretación de una normativa de carácter privado corresponden a la jurisdicción ordinaria

Con relación a la problemática proveniente del Registro de la Propiedad con motivo de la aplicación de la Ley 14.394, el mismo Tribunal, en el caso “Quarti” de agosto de 1991, consideró que la competencia de la Cámara Contencioso Administrativa presupone la revisión de un acto administrativo emitido por un órgano público o privado que ejerza la función administrativa y que interprete un régimen jurídico administrativo. Estimó que el caso de autos configura una problemática excepcional donde si bien hay función administrativa, sin embargo, una porción de su régimen jurídico es regulado por el derecho privado por cuanto para resolver el caso debe interpretarse una norma de fondo como lo es la Ley nacional citada.

En la sede del Tribunal Superior en la causa “Cooperativa de Obras y Servicios Públicos y Sociales de Los Surgentes Ltda. c/ Provincia de Córdoba”⁶⁴, se estableció que todo lo relativo a la interpretación y aplicación del régimen estatutario de las cooperativas corresponde a la jurisdicción ordinaria común (Ac. Regl. TSJ Nro. 157/88).

En el caso, se cuestionaba el ejercicio de las facultades de fiscalización por infracción a una norma estatutaria (Ley de Cooperativas N° 20.337, Arts. 100 inciso 9), ejercida en el caso por el Subsecretario de Cooperativas y Mutuales del

⁶⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 77/2014.

Ministerio de Desarrollo Social que declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos un punto del Orden del Día de la Asamblea General Ordinaria realizada en la Cooperativa y la emplazó para realizar una Asamblea General Extraordinaria en el término de treinta días, a fin de efectuar la renovación de los Consejeros y Sindicatura. Tal decisión fue la cuestionada por la actora.

En ambos casos, se declaró que la causa no correspondía a la jurisdicción contenciosa administrativo por ser de la jurisdicción ordinaria la exclusiva interpretación de una normativa de Derecho Privado establecida en la regulación nacional.

En un asunto donde se había impugnado la distribución y el descuento de los gastos y honorarios devengados que correspondían percibir a una Procuradora Municipal, se estableció que se debía resolver aplicando las reglas del *contrato de mandato* (Arts. 1869 y cc. del Código Civil), razón por la cual, el litigio no correspondía a la jurisdicción especial por ser una materia propia de la aplicación exclusiva de normas de Derecho Privado⁶⁵.

3. *La aplicación e interpretación de normativa de Derecho Laboral*

Criterio excluyente similar se ha seguido con relación a las multas aplicadas por el Ministerio de Trabajo con motivo del nuevo Código de Procedimiento Laboral, donde se dijo que, si bien se trata del ejercicio de una función administrativa, sin embargo, en el caso, el objeto esencial de lo discutido se regula por las *normas del Derecho Laboral*.

Es decir que se mantiene ajeno a la jurisdicción todo asunto que implique la necesidad de interpretar las leyes o regulaciones laborales. Así, en la causa “Furlani, Marta Beatriz”⁶⁶, donde en función de una pensión derivada de un trabajador dependiente del Boletín Oficial de la Provincia se pretendía la liquidación y pago de remuneraciones básicas regidas por una Convención Colectiva de Trabajo (Ley 6485, CCT. 52/89, Resol. Nro. 260/03 del MTE y ss) se sostuvo que, en la medida que en el pleito no está en juego la calificación de la relación de empleo público o la determinación de los derechos subjetivos de carácter administrativo nacidos a

⁶⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Auto Nro. 114/2009 “Menvielle Sánchez, Marta c/ Municipalidad de Córdoba, Ilegitimidad, Recurso de Casación”.

⁶⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 24/2010. Idéntica solución se adoptó en la Sent. Nro. 28/2010 “Vázquez, Elba Nicolasa y otros...” Criterio coincidente, Sala Laboral Sent. Nro. 82/2005 “Oliva”, entre otras.

su amparo, no se configura una materia contenciosa administrativa y, por lo tanto, corresponde a extraña jurisdicción.

Tal criterio ha sido sostenido en reiterados pronunciamientos en donde la naturaleza de la *litis* se determinada por la interpretación y alcances de una normativa de carácter laboral⁶⁷. Vale decir que, el objeto esencial de la cuestión solo podía resolverse a la luz de los principios y preceptos del Derecho Laboral a la vez que resolver la pretensión deducida no requiere inexcusablemente que el juez laboral deje sin efecto un acto administrativo.

4. *Cuestiones relativas al dominio público del Estado y dominio privado de los particulares*

En la causa “Finocchietti, Enrique Augusto c/ Municipalidad de Córdoba”⁶⁸, el Tribunal Superior Provincial decidió que la cuestión debía resolverse aplicando normas de Derecho Administrativo y Público y, por lo tanto, declaró la competencia de la jurisdicción para intervenir.

En el caso, el actor solicitaba el cese de la ocupación por parte de particulares de la traza que —según el loteo original— poseía una de las calles del barrio a fin de poder tener acceso a una calle pública. Ocurrió que una sucesión de aprobación de loteos con superposición de dominio público y privado afectó la traza original de una calle pública y, por ende, el derecho de propiedad del actor.

Esta problemática, que involucraba una cuestión atinente al ejercicio del poder de policía edilicio y de urbanismo por parte del Municipio, a tenor de la naturaleza de la pretensión formulada, el alcance de los hechos y la condena pretendida, justificaban la decisión a favor de la jurisdicción específica.

Con un criterio flexible que habilitaba la aplicación del principio *pro actione*, se dejó sin efecto la decisión de la Cámara que había excluido el asunto de la competencia contenciosa administrativa.

Sin embargo, distinto asunto fue controvertido en el caso “Al Ganar S.A. c/ Provincia de Córdoba”⁶⁹, donde se confirmó la declaración de inhabilitación de la instancia porque la actora no acreditaba ser titular de un derecho subjetivo de

⁶⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias. Nro. 54/2005, “Correa”; Nro. 121/2007 “Armand”; Nro. 12/2007 “Shell Gas S.A...” y Nro. 105/2008 “Prosegur”.

⁶⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 126/2007.

⁶⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 37/2012.

carácter administrativo y la cuestión a dilucidar se resolvía mediante la aplicación de un régimen preponderantemente de Derecho Privado [Arts. 1o., inciso c) y 2o., inciso c) de la Ley 7182], sin que resultara posible aplicar el principio de *in dubio pro habilitate instantie*, desde que no se configuraba un supuesto de duda razonable en cuanto a la situación fáctica debatida.

En la especie, la Dirección Provincial de Vialidad había intimado a la actora para que remueva los obstáculos que impedían el libre tránsito por el camino que atravesaba su propiedad. La actora sostenía que el camino no era de dominio público sino de dominio privado. Debido a ello, se entendió que en el asunto se dirimía la extensión del dominio público con relación a la propiedad privada de la actora, lo que debía ser resuelto aplicando normativa exclusiva de regulación privatista.

En otra causa más reciente, “El Potrerillo de Larreta Country Club s.A. c/ Provincia de Córdoba...”⁷⁰ se excluyó el fuero el asunto por entender que la actora carecía de un derecho subjetivo de carácter administrativo, toda vez que la pretensión era susceptible de otra acción o recurso de distinta jurisdicción (Art. 2o., incisos c y d de la Ley 7182).

Así, se declaró la competencia de los tribunales civiles para resolver la presente causa, aun cuando a primera vista la cuestión podría se ubicaba entre los confines entre el derecho de propiedad y el dominio público (Arts. 2577 y 2340 c.c.v.s.). Sobre el particular, se señaló que:

... el hecho de que la actora cuestione la validez de actos administrativos que pueden traducir el ejercicio del poder de policía, no alcanza para disponer la habilitación de la instancia contenciosa administrativa si, como ocurre en el sub lite, el derecho por cuya defensa acude a esta jurisdicción es de neto carácter civil y no administrativo. Se trata en definitiva de demarcar los alcances de la exclusividad de su propiedad, frente al hecho natural de un bien de dominio público que atraviesa su derecho real de dominio... Es que ... si lo controvertido es la extensión del dominio público y su incidencia en la determinación del límite al derecho de propiedad privada de la actora, la litis se dirime a tenor de lo establecido en las normas del Código Civil y mediante las acciones previstas en los Artículos 2508 y 2516 *ib.*...

⁷⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 51/2013.

Vale decir que, si lo controvertido es precisamente la extensión del derecho de propiedad privada frente a la extensión del dominio público o, a la inversa, esto es, los alcances del dominio público sobre la propiedad privada, la cuestión es extraña a la jurisdicción especial y corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Por su parte, en la causa “Manzanares”⁷¹, el Tribunal Superior provincial admitió la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa al ponderar especialmente que las pretensiones sobre enriquecimiento injusto sean admitidas en la medida que exista conexión con relaciones jurídico-administrativas. Asimismo, a través de la Sala Contencioso Administrativa ha acogido favorablemente numerosas acciones contenciosas administrativas fundadas en el principio del enriquecimiento sin causa⁷², tal como se verá a continuación.

XV. CUESTIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

LA ADMINISTRACIÓN POR ACTO ILEGÍTIMO

A partir de la vigencia de la Ley 7182, la jurisprudencia local ha sido coherente con el objeto de la reforma legislativa operada con su sanción y, merced a la nueva normativa ha declarado la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer y decidir sobre pretensiones que persiguen el restablecimiento integral de la situación jurídico subjetiva lesionada por la actividad administrativa ilegítima, productora de los daños y perjuicios, sin necesidad de acudir al fuero civil⁷³.

Ello se relaciona especialmente con los caracteres y alcances de la acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción a los que he aludido precedentemente, entendida como un proceso plenario que atiende a una pretensión integral en la que se demanda la ilegitimidad del acto, y los daños y perjuicios que de ese actuar ilegítimo pudieran derivarse para el administrado.

De ese modo se evita el desgaste jurisdiccional que ocurría en el marco de la Ley 3897, que obligaba a los administrados a acudir al proceso contencioso administrativo para obtener la declaración de ilegitimidad de los actos administra-

⁷¹ T.S.J. Córdoba, Sala Civ. y Com., A.I. Nro. 27/2001, “Manzanares, Norma Beatriz y Otros c/ Provincia de Córdoba, Demanda, Recurso Directo”.

⁷² Cfr. Sentencias Nros. 58/2000 “Pochetino de Collado, Catalina R. c/ Provincia de Córdoba”; 62/2000 “De Francesco, Gladys Elizabeth c/ Provincia de Córdoba”; 75/2000 “Berrotaran, Gabriela c/ Provincia de Córdoba” y 162/2000 “Castro, Enrique Manuel c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba”, entre muchas otras.

⁷³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., “Moreno, José E. c/ Provincia de Córdoba” Sent. Nro. 11/1994; “Ighina...” Sent. Nro. 42/1996, entre muchas.

tivos y, recién después de obtener una sentencia estimatoria de su acción contenciosa administrativa, podía plantear la acción por los daños y perjuicios en la jurisdicción común.

Además de la problemática de los daños y perjuicios, es importante destacar que también ingresan como cuestiones propias de la materia contenciosa administrativa, especialmente vinculadas con la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ejercicio de la función administrativa, las pretensiones de los administrados vinculadas al principio del enriquecimiento sin causa o indebido.

Tal, es lo que ha resuelto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en un precedente donde los actores invocaron la condición de funcionarios de facto, por haber prestado servicios como empleados públicos, aún sin serlo, sosteniendo ser acreedores de una compensación por esa prestación⁷⁴.

El Tribunal valoró que esa relación jurídica entre los actores y la administración (la de funcionarios de facto) es de Derecho Público, no de Derecho Privado, desde que en ella el Estado se asume como autoridad frente al administrado y debido a que los servicios prestados son los propios del empleo público. Tan así es, que los actores tarifican el crédito pretendido en función del salario que corresponde a los empleados públicos, conforme a la categoría que el respectivo estatuto regula.

En ese contexto, se juzgó que tanto los hechos en que la demanda se funda, cuanto la condena pretendida, tipifican la acción como de Derecho Administrativo. No obsta a esa conclusión el hecho de que el reclamo se sustente en el principio de enriquecimiento sin causa, desde que este no es ajeno a las relaciones de Derecho Público. La competencia contenciosa administrativa queda excluida ante *"cuestiones que deban resolverse aplicando exclusivamente normas de Derecho Privado o del Trabajo"* (Art. 2, inciso c, Ley 7182) pero no cuando las normas de Derecho Privado juegan juntamente con las de Derecho Público.

Tal es un principio general receptado favorablemente por la doctrina, en relación a las pretensiones sobre enriquecimiento injusto, en orden a las cuales se admite *"... la jurisdicción de los Tribunales del orden contencioso-administrativo cuando existe conexión con relaciones jurídico-administrativas"*⁷⁵, concordante

⁷⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Civil y Comercial, Auto Nro. 27/2001 (ver nota 64).

⁷⁵ González Pérez, Jesús, "Justicia administrativa", en Clavero Arévalo, Manuel, F. (coord.), *El Derecho Público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1997, p. 389.

con la doctrina del Tribunal Supremo español que ha tenido numerosas oportunidades de fundar sus pronunciamientos en materia contenciosa administrativa en el principio de enriquecimiento sin causa.

En base a esos argumentos la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba declaró que en función de la naturaleza de la acción intentada (Art. 5, c.P.C. y c.) la demanda así deducida era ajena a la competencia civil y comercial, por corresponder al fuero contencioso administrativo. Señaló que:

... Aun cuando los actores dicen no pretender la revocación de las resoluciones que en sede administrativa rechazaron su pretensión, lo cierto es que de hecho no es así. Del escrito de demanda se desprende que antes de ocurrir a los Tribunales civiles los accionantes formularon un reclamo en sede administrativa exigiendo el pago de los haberes correspondientes al lapso de tiempo durante el cual trabajaron para la Provincia, el que les fue rechazado por la Administración Pública mediante las resoluciones n° 685, 955, 1215 y 1242, cuyas copias autenticadas se acompañan como parte integrante de la demanda... Se observa asimismo que en tales resoluciones el Poder Ejecutivo se negó a reconocer los derechos invocados por los peticionantes aduciendo que ellos no habían sido designados en los cargos que ocuparon con arreglo a lo dispuesto en la ley 7625, que contiene el régimen del personal del equipo de salud humana, y en su decreto reglamentario 5640/88 (fs. 8/9, principal). Vale decir que la Provincia resolvió el planteo deducido haciendo interpretación y aplicación de principios y normas de estricto derecho público, lo que reviste a tal disposición de la naturaleza de un verdadero acto administrativo, con las consecuencias correspondientes en orden al régimen jurídico a que debe quedar sometido. Siendo así, la legalidad de esa resolución sólo puede controlarse a través de las formas y procedimientos especiales establecidos por las leyes específicas de derecho administrativo.

El fallo comentado reparó en la circunstancia que los interesados debían agotar la vía administrativa prevista por la ley articulando el recurso pertinente, orientado a conseguir el reconocimiento de sus derechos por la propia Administración Pública. Y, en caso de que ese trámite les fuese desfavorable, promover una acción contenciosa administrativa ante los Tribunales con competencia en la materia a fin de obtener en sede judicial la anulación del acto administrativo y el definitivo restablecimiento de los derechos vulnerados (Arts. 1o., 2o., inciso c, y 6o., Ley 7182).

Si bien en la demanda se reclamaba el pago de tales haberes conceptuándolos como una indemnización de daños y perjuicios y se invocaban al efecto principios y normas del derecho común, entre ellos, los atinentes al enriquecimiento sin causa, no puede dejar de advertirse que el acogimiento de la pretensión así formulada requeriría inexcusablemente que el juez civil dejara sin efecto el acto administrativo dictado por la Provincia que negó el derecho esgrimido, sin lo cual no podría condenar al Estado a pagar la suma de dinero reclamada.

Ello era determinante para postular la competencia del fuero contencioso administrativo pues de acuerdo con las normas especiales de la Ley 7182, el contralor jurisdiccional y la eventual anulación de esa resolución incumbe exclusivamente a los jueces de ese fuero y no a los jueces civiles, en atención al señalado carácter administrativo que ese acto ostenta. Asimismo, el Tribunal Superior precisó además que:

... no obstante que en la demanda se presenta la pretensión como si fuera de naturaleza común, utilizándose conceptos e invocándose normas inherentes a esa rama del derecho, apenas se ahonda el examen se aprecia de inmediato que la naturaleza de la litis es en realidad de derecho administrativo, porque para decidirla en el sentido que se reclama en la pretensión sería menester anular el acto administrativo emitido por la Provincia, aquél por el cual se negó el derecho subjetivo haciendo aplicación de un régimen normativo de derecho administrativo. De donde se sigue que el conocimiento de esta clase de causas incumbe a los Tribunales Contencioso Administrativos con exclusión del fuero civil.

Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en los autos “Vicario, Nancy del Rosario c/ Provincia de Córdoba, Daños y Perjuicios, Recurso de Casación”, consideró que:

... no obstante que en la demanda se presenta la pretensión como si fuera de naturaleza común, utilizándose conceptos e invocándose normas inherentes a esa rama del derecho, apenas se ahonda el examen se aprecia de inmediato que la naturaleza de la litis es en realidad de derecho administrativo, porque para decidirla en el sentido que se reclama en la pretensión sería menester anular el acto administrativo emitido por la Provincia, aquél por el cual se negó el derecho subjetivo haciendo aplicación de un régimen normativo de derecho administrativo. De donde se sigue que el conocimiento de esta

clase de causas incumbe a los Tribunales Contencioso Administrativos con exclusión del fuero civil⁷⁶.

Como es sabido, no todos los asuntos jurídicos en los que se ve implicada la Administración Pública tienen carácter administrativo. Lo decisivo para determinar el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa no es tanto identificar una actuación de la Administración, como observar la naturaleza jurídica del asunto litigioso ya que la actuación administrativa ha de estar sujeta preponderantemente al Derecho Administrativo⁷⁷.

En otras palabras, es necesario que la cuestión debatida tenga naturaleza jurídico-administrativa. Lo decisivo es la existencia de un “asunto jurídico” que, por su naturaleza, deba ser conocido por la jurisdicción contenciosa administrativa, pues la naturaleza jurídica del asunto litigioso es el dato determinante a efectos de delimitar el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa en función de las normas aplicables.

En sentido análogo, en el caso “Morra, Victoria c/ Provincia de Córdoba”⁷⁸, el Máximo Tribunal Provincial resolvió que si la accionante primero promovió el proceso contencioso administrativo contra los actos administrativos generadores de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración por acto ilegítimo, para obtener la declaración de nulidad por la jurisdicción especial y luego, instó un nuevo proceso contencioso administrativo pretendiendo en concreto el resarcimiento de los daños y perjuicios directamente derivados de esa misma e idéntica actividad administrativa, para lo cual ahora impugnaba los actos administrativos denegatorios de ese resarcimiento, esta segunda acción también correspondía a la jurisdicción especializada.

Ello es así, en razón que la actora, en la primera acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción en la que impugnó el acto administrativo base que dispuso su baja y que es la causa generadora de los pretendidos daños y perjuicios que demanda en el segundo proceso, no acumuló a la nulidad de aquel acto la pretensión por la reparación integral y el restablecimiento del derecho subjetivo

⁷⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Civil y Com., A.I. Nro. 181/2006.

⁷⁷ González-Varas Ibáñez, Santiago, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 91.

⁷⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 16/2008.

de carácter administrativo afectado, tal como lo autorizaba el Artículo 38 de la Ley 7182 y la doctrina judicial a partir del precedente “Moreno...”⁷⁹ ya citado.

En consecuencia, la pretensión de contenido patrimonial que traía mediante esa segunda acción no es *autónoma*, si los hechos en los que se funda son los mismos y es la consecuencia de aquella declaración de nulidad de los actos que se invocaban como causa eficiente y productora del daño posible.

La causa generadora del daño en esta nueva acción se relaciona a una actividad administrativa precedente que fue juzgada ilegítima por el fuero especializado, mediante una decisión judicial firme y, son las proyecciones de los hechos determinantes de esa sentencia definitiva, los que deberán ser nuevamente valorados y juzgados por la jurisdicción especial exclusivamente para dirimir la pretensión resarcitoria y juzgar la atribución de la responsabilidad pública estatal.

Es que, si la Administración denegó el reclamo resarcitorio intentado por el administrado una vez concluido el primer proceso contencioso administrativo que, al declarar la ilegitimidad de los actos allí enjuiciados, se convierte en la *causa petendi* de los daños posibles que integran el objeto de esta nueva acción y, además, la interesada interpuso un reclamo y agotó la vía mediante los recursos necesarios, nada obsta a la admisión de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de una pretensión accesorio que bien pudo ser acumulada a la acción contenciosa administrativa principal.

Por esto, la procedencia de la nueva acción debía ser juzgada sustancialmente mediante la aplicación de los principios y normas de Derecho Público que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado Provincial por los actos administrativos declarados ilegítimos.

Y entonces, el pago de los haberes caídos como consecuencia de una relación jurídica de empleo público se subordina al orden jurídico administrativo, integrado por las normas presupuestarias y las que surja expresa o implícitamente del estatuto del empleado público y las normas del Código Civil vinculadas a la responsabilidad por daño, deben tomarse como principios generales que son aplicables a cualquier rama del derecho, o bien como normas análogas (Art. 16 del c.c.) que se integran a un bloque jurídico administrativo.

⁷⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 11/1994 (Ver nota 66).

Tal como se adelantó en párrafos anteriores, una cuestión no se torna en “civil” cuando por vía supletoria o analógica se aplica el Código Civil a las consecuencias ineludibles de una relación jurídico-administrativa. La cuestión sigue siendo administrativa en el amplio marco del orden jurídico administrativo.

En el caso, la actora invocaba su condición de docente, quien fue dada de baja ilegítimamente en horas cátedras. Esa relación jurídica entre la actora y la Administración es de Derecho Público, no de Derecho Privado. Tan así es, que relaciona el daño posible en función del salario correspondiente.

Resulta claro, que la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda no está determinada por el derecho que la actora invoque. La acción corresponde al fuero contencioso administrativo, pues tanto los hechos en que la demanda se funda, cuanto la condena pretendida, tipifican la acción como de Derecho Administrativo. Y, no obsta a esa conclusión el hecho de que el reclamo se sustente en la responsabilidad extracontractual del Estado, desde que esta tiene sus antecedentes en una relación de derecho público.

De allí que se deba atender de modo principal a la exposición de los hechos que se efectúa en la demanda y después, solo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión⁸⁰.

La identificación de la pretensión que provee de contenido a la acción es un requisito procesal primario e ineludible a los efectos de determinar los preceptos adjetivos y sustantivos aplicables.

Nada obsta que ante la ausencia de normas propias del Derecho Público que regulen la materia, se apliquen subsidiariamente disposiciones del Derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de Derecho Administrativo en el que, *prima facie*, se encuadraba el presente caso⁸¹.

Como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

... El principio del *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional (Art. 19, c.N.) y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y responsabilidades conseqüentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho

⁸⁰ Doctrina de Fallos 319:218; 323:470; 324:4495, entre muchos otros.

⁸¹ Fallos 320:1999, 25/09/1997, “Lew, Benjamín Jorge y otro”; Fallos del 27/02/2007 “Jara, Luis Reynaldo c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”.

privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas...⁸²

Luego —se dijo— la decisión de no habilitar la instancia contenciosa administrativa no puede autosustentarse en las prescripciones del precitado Artículo 2o., inciso c) de la Ley 7182 cuya teleología alcanza, precisamente, aquellos supuestos en los que la resolución del conflicto de intereses está condicionada *exclusiva y excluyentemente* a la aplicación de normas del Derecho Privado. En la medida que concurren el orden jurídico público y privado, pues las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que tiene cobertura constitucional, se rige por principios que son de naturaleza pública, sin perjuicio de su regulación en algunos aspectos en las normas del Código Civil.

En suma, tanto la cuestión principal y accesorio debían dirimirse ante la jurisdicción contenciosa administrativa, toda vez que la demanda se dirigía a obtener una reparación integral por los daños y perjuicios pretendidamente producidos a una típica situación jurídico subjetiva de Derecho Administrativo, derivados de un acto administrativo declarado ilegítimo, para cuya resolución se deben aplicar, de manera sustancial, principios propios del Derecho Público, atento a que debe examinarse la responsabilidad extracontractual del Estado Provincial en el ejercicio de la función administrativa⁸³.

De igual manera, tal como se ha expuesto precedentemente, sobre el fundamento de resoluciones judiciales dado en el principio de enriquecimiento sin causa, el conocimiento de acciones contenciosas administrativas, que encierran en sustancia un litigio de índole administrativa, corresponde a la magistratura especializada organizada por la Ley 7182, a pesar de fundarse la demanda en principios y normas del derecho común.

Tal como se puntualizó en el caso “Moreno”, no puede soslayarse que el derecho subjetivo de carácter administrativo que es lesionado por el actuar ilegítimo de la Administración y en el cual aparecen configurados los elementos esenciales

⁸² Fallos 308:1118, “Gunther, Fernando Raúl”; Fallos 308:1160, “Santa Coloma, Luis Federico y otros”.

⁸³ Fallos 320:1999 y sus citas.

de todo derecho, tiene siempre un contenido patrimonial, constituyendo así una especie del derecho de propiedad, cuya reparación reclama el administrado⁸⁴.

Las más modernas legislaciones, como la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de España, Ley 29/1998, en su Artículo 2.e) expresamente consagra el orden jurisdiccional contencioso administrativo para el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con "*La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*"⁸⁵, procurando de ese modo unificar los criterios referidos al régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin discriminar su actuación en régimen de Derecho Público o Privado y en concordancia con la unidad del fuero.

En el mismo sentido, se orientan las nóveles legislaciones provinciales que con base en preceptos expresos habilitan sin cortapisas la jurisdicción especializada para las cuestiones patrimoniales derivadas de las relaciones jurídico sustanciales de carácter administrativo (*vid. verbigracia* Ley 12.008, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, cuyo Artículo 2o., inciso cuarto que establece que están incluidas en la competencia contenciosa administrativa las controversias que "*versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los municipios y los entes públicos estatales previstos en el art. 1º, regidas por el derecho público, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado...*"⁸⁶; la Ley 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su Artículo 4o. establece: "*Daños y perjuicios. No puede demandarse autónomamente la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por actos administrativos que se reputen ilegítimos sin haberse impugnado, en tiempo y en forma, el acto que se pretende lesivo. Cuando se pretenda hacer efectiva la responsabilidad*

⁸⁴ Abad Hernando, J. L., "Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción", J.A. Secc. Doc. t. 19, p. 712 y ss.; Argañaraz, Manuel, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Tea, 1955, p. 16 y ss.; Fiorini, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 55.

⁸⁵ González-Varas Ibáñez, Santiago, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 81.

⁸⁶ Cassagne, Juan Carlos, y Perrino, Pablo, *El contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Lexis Nexis, 2006, p. 77.

extracontractual de la autoridad administrativa derivada de un hecho ilícito, el/la afectado/a tiene opción para efectuar un reclamo administrativo previo, o acudir directamente ante la justicia contenciosa administrativa de la Ciudad de Buenos Aires”⁸⁷; y Ley 1305, Código Procesal Administrativo de la Provincia de Neuquén, Art. 2o. inciso cuarto).

También lo ha admitido la jurisprudencia que ha debido resolver cuestiones en las que se requería la intervención de la jurisdicción contenciosa administrativa y que admitían considerar los reclamos de daños y perjuicios derivados de la actuación de la administración en ejercicio de la función administrativa⁸⁸.

En particular, se ha juzgado que:

... Es competencia del fuero contencioso administrativo entender y resolver en las controversias suscitadas por la actuación o la omisión en el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos mencionados en el Art. 166 de la Constitución Provincial. En particular, le corresponde decidir las que versen sobre responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el Art. 1o., regidas por el derecho público, cuando actúan en ejercicio de la función administrativa, aún cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas del derecho privado (*Cfr.* Arts. 166 *in fine* de la Constitución Provincial; 1o., inciso 1 y 2 y 2o. inciso 4 de la Ley 12.008 —texto según Ley 13.101—)...⁸⁹

Como corolario de todo lo expuesto, las acciones fundadas en principios y normas del Derecho Civil, en tanto tengan como presupuesto la declaración de ilegitimidad del obrar administrativo, encierran en sustancia un litigio de índole administrativa, razón por la cual no corresponden a los tribunales civiles sino a la magistratura especializada organizada por la Ley 7182, aún cuando la demanda se fundamente en principios y normas del Derecho común.

⁸⁷ Balbín, Carlos F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2003, p. 54.

⁸⁸ SCBA, Causa B 54034 I del 04/08/1992 “Montclar S.A. y otro c/ Municip. de Florencio Varela s/ Daños y perjuicios”.

⁸⁹ SCBA, A 68249 I 8-6-2005, “Guida, María de los Ángeles c/ Godoy Biagini, Ramiro G. y otros s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia Art. 7o. inc. 1o., Ley 12.008”.

XVI. SOLVE ET REPETE

La jurisprudencia de Córdoba y la jurisprudencia nacional admiten que este principio del pago previo no tiene vigencia cuando vamos a cobrar multas, recargos o intereses, pero sí sigue teniendo vida cuando vamos a cobrar un tributo porque hace al sostenimiento y a la continuación del Estado, aunque con la siguiente aclaración: si ese requisito del pago previo puede implicar en la práctica que una empresa se vaya a la quiebra, el mismo debe ceder. Al respecto, las garantías de los tratados internacionales no solamente protegen a los individuos sino también que tiene vigencia cuando se trata de personas jurídicas.

Asimismo, cuando la parte invoque que realmente es gravoso el cumplimiento de la exigencia, que no solamente puede ir a la quiebra, sino que al menos pone en situación difícil a la empresa o al individuo; en este caso, sí puede el juez lograr una aminoración del monto del depósito o bien que no se efectúe. Aquí hay una cuestión que habrá que analizar caso por caso y en función de las probanzas respectivas, pero ello que no significa que se haya eliminado rotundamente el requisito. Ningún precepto del ordenamiento internacional obliga a suprimir la regla de *solve et repete*; sino que se trata de eliminar obstáculos de acceso a la jurisdicción, razón por la cual puede aminorarse o morigerarse, pero no puede dispensarlo totalmente, salvo para casos puntuales en donde así se amerite.

La Constitución de Córdoba garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva en el Artículo 19, inciso 9 y el Artículo 49 dispone que en ningún caso puede resultar limitado el acceso a la justicia por razones económicas. Sin embargo, el Artículo 71, quinto párrafo, relacionado con los tributos, preceptúa que "... la ley determina el modo y la forma para la procedencia de la acción judicial donde se discuta la legalidad del pago de impuestos y tasas".

A su vez, el Artículo 178, segundo párrafo de la Constitución de la Provincia prescribe que la actuación del Estado en ejercicio de su función administrativa queda sometida al control judicial de acuerdo con lo que determine la ley de la materia y sin otro requisito que el interesado haya agotado la vía administrativa.

En esta importante temática sigue vigente el criterio sentado por el entonces Tribunal Superior de Justicia en la causa "Expreso Parmigiani S.A. c/ Provincia de Córdoba"⁹⁰. Allí, se señaló que el Constituyente reservó a la ley de la materia el

⁹⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 04/1994.

establecimiento de las condiciones para demandar al Estado elevando asimismo el rango de exigencia constitucional el agotamiento de la vía administrativa.

Se ha precisado también que el requisito del pago previo ha quedado en definitiva librado a la voluntad del Legislador, quien será el encargado de reglamentar el modo y la forma para la procedencia de la acción judicial donde se discuta la legalidad del pago de impuestos.

La cláusula transitoria duodécima de la actual Constitución Provincial prescribe que hasta tanto se dicten las leyes reglamentarias, subsisten los actuales regímenes legales. Esta norma es la que justifica la vigencia del Artículo 9o. de la Ley 7182 que postula el requisito del pago previo de los tributos, con excepción de las multas, recargos o intereses. Así se declaró inaplicable el *solve et repete* en un caso, señalando que lo sujeto a revisión no era un tributo sino una multa en ejercicio del poder sancionador⁹¹.

En la causa “Lacino S.A. c/ Municipalidad de Unquillo”⁹², admitida la validez constitucional de la regla del *solve et repete*, en función de las directrices que emergen de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.”⁹³, entre muchos otros, se resolvió que para que se admita la demanda propuesta, la actora debía satisfacer la exigencia del Artículo 9o. de la Ley 7182 en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de que adquiriera firmeza el pronunciamiento judicial.

El Tribunal fijó ese plazo en razón que, independientemente de si el cumplimiento de la regla del *solve et repete* constituye un requisito de la acción o de la demanda, resulta posible su subsanación en la etapa de habilitación de instancia en la cual se encuentra el proceso, en tanto su cumplimiento se reduce al abono de una suma de dinero.

Máxime, cuando como ocurría en esta causa, la demanda interpuesta se promovió impugnando un acto administrativo de determinación tributaria, practicado por una Municipalidad de la Provincia, respecto del cual se habían agotado los recursos que prevé el procedimiento para obtener una decisión de la autoridad

⁹¹ C.C.A.C. 1º Nom., A.I. Nro. 33/1999 “Rega c/ Municipalidad de Tanti”

⁹² T.S.J. Córdoba, en Pleno, Sent. Nro. 10/2004.

⁹³ Fallos 312:2490, 21/12/1989.

con facultad para resolver en la última instancia, faltando solamente el cumplimiento del depósito previo.

La solución así propiciada lo fue al efecto de afianzar la justicia y la seguridad jurídica, evitando situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, máxime si se considera que las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último al que estos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho⁹⁴.

Con tal criterio, el Tribunal ha atemperado las exigencias del cumplimiento del requisito cuando en el caso particular existen elementos objetivos que habilitan flexibilizar las condiciones de cumplimiento, sean temporales o mediante la constitución de garantías sustitutivas, o una dispensa total o parcial del monto mandado a pagar, entre otros casos particulares.

Desde la postura más protectoria de la situación del particular, en la causa “Cucco, Ricardo Rubén c/ Provincia de Córdoba y otros...”⁹⁵, se interpretó integralmente la exigencia con lo establecido en la ley tributaria —por entonces vigente, el Artículo 115 de la Ley 9068 C.T.P.—, desde que de acuerdo al dispositivo se habilitaba la constitución de medios de garantías (derecho real de hipoteca sobre un bien del contribuyente o de un tercero, póliza de seguro de caución otorgada por compañía de seguros calificada o aval bancario) a los fines de garantizar el cumplimiento de pago del monto demandado. Allí, se dijo que lo normado importaba “... una morigeración de la exigencia de la acreditación del pago previo del tributo, sus intereses y recargos, al brindar la opción al contribuyente de su sustitución por los medios de afianzamiento que autoriza la ley”.

No obstante, la regla que así quedaba definida, en el caso se concluyó que de acuerdo con los elementos de prueba incorporados existían circunstancias fácticas excepcionalísimas —estado patrimonial de insolvencia o indisponibilidad económica total— que revelan concretas dificultades económicas para afrontar el pago previo del tributo como así también, de obtener un medio de afianzamiento de los legalmente autorizados por la normativa tributaria. Razón por la cual, se eximió al actor del cumplimiento de la regla del *solve* y se declaró la habilitación de la instancia.

⁹⁴ C.S.J.N., Fallos 306:738, 26/06/1984, “Canseco, Humberto y otros c/ E.L.M.A. S.A.”

⁹⁵ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro 50/2004.

En otro precedente, se recurrió a la aplicación de los medios de sustitución —Artículo 9o. de la Ley 7182 modificado por el Artículo 19, Ley 9874, B.O. 30/12/2010— cuando en una normativa municipal no había solución al respecto y se había exigido el cumplimiento de la garantía en efectivo para poder acceder a la jurisdicción revisora⁹⁶.

En el caso especial, un contribuyente municipal solicitó sustituir el pago previo por constitución de una de las garantías autorizadas por la ley. La Cámara consideró que no era procedente la solicitud, al tratarse de un tributo municipal en el marco del régimen jurídico vigente (Art. 120 C.T.P.).

Sin embargo, se tuvo en cuenta que, dado el cambio legislativo, objetivo ocurrido por vía de la modificación del Artículo 19 de la Ley 9874, la posibilidad contenida en la norma era de aplicación inmediata y alcanzaba la situación del contribuyente, razón por la cual, cabía autorizar la sustitución solicitada debiendo emplazar el cumplimiento de tal recaudo en los términos de la nueva norma.

En suma, el Tribunal al momento de juzgar debe arbitrar una solución que concilie los valores jurídicos en juego, a punto tal que, bajo ciertas condiciones, puede habilitar de manera excepcionalísima una dispensa total del cumplimiento de la regla del *solve et repete*, respetando los valores supremos que aseguran las Constituciones Nacional y Provincial de acceso al control judicial de la legalidad de un acto de determinación tributaria —por una parte— y de no menoscabar los fines públicos que subyacen en la necesidad de asegurar la regular percepción de los recursos públicos —por la otra—, nada obsta para que, en otros supuestos, pueda morigerar el *quantum* de las sumas que el contribuyente debe satisfacer como condición de acceso a la jurisdicción, ponderando su concreta capacidad contributiva⁹⁷.

Cabe señalar que la exigencia del pago previo como requisito de admisibilidad de la demanda judicial debe ser reinterpretada a la luz de un adecuado balanceo de los derechos que se hallan en juego y, por ello, no resulta contraria —en sí misma— a los derechos de igualdad, defensa en juicio y acceso a la jurisdicción.

⁹⁶ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 43/2011 “Warbel S.A. c/ Municipalidad de Córdoba...”

⁹⁷ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 34/2008 “Panedile...”; Sent. Nro. 77/2012 “Asesores Industriales S.R.L....”; Sent. Nro. 13/2013 “Servicios Médicos S.R.L....”

En atención a ello es que, en el sistema legal vigente en la Provincia de Córdoba, el Artículo 19 de la Ley 9874 (B.O.P. 30/12/2010), que amplió el texto original del Artículo 9o. del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo (Ley 7182, B.O.P. 27/11/1984), lejos de eliminar la obligación del pago previo, ratificó las sucesivas modificaciones introducidas en los Códigos Tributarios Provinciales (Ley 6006, art. 115, T.O. Dec. 778/2003, posteriormente arts. 120, T.O. Dec. 270/2004; 131, T.O. Dec. 574/2012 y art. 135, T.O. Dec. 400/2015), estableciendo de manera definitiva la posibilidad de que el contribuyente pueda ofrecer un medio de garantía sustitutiva del pago cuando no lo puede afrontar de manera efectiva.

Así ha expresado recientemente el Tribunal Superior que:

... Si bien es dable admitir la posibilidad de atenuar el rigorismo del principio *solve et repete* (Arts. 135, Ley 6006, T.O. Dec. 400/2015 y 9o., Ley 7182 modif. por Art. 19, Ley 9874) en eventuales supuestos de excepción que involucren situaciones patrimoniales concretas de los obligados, a fin de evitar que el pago previo se traduzca en un real menoscabo de las garantías que cuentan con protección constitucional (conf. doctrina de la Sala a partir de la Sent. Nro. 50/2004 "Cucco..."; ratificada en la Sent. Nro. 86/2007 "Canillas..."), ello es a condición de que el interesado, además de alegar la desproporción del monto intimado o la falta inculpable de los medios necesarios para afrontar el pago del tributo y aportar los elementos precisos de juicio que revelen su estado patrimonial particular, acredite haber satisfecho las distintas alternativas de cumplimiento de la obligación que el sistema legal vigente establece, tal como es la posibilidad de una garantía sustitutiva de afianzamiento⁹⁸.

De acuerdo con ello, y de conformidad a la doctrina legal vigente, se asumió que las pruebas existentes en la causa si bien traducían una insuficiencia financiera para cumplir con el pago total del depósito previo, al mismo tiempo revelaban una capacidad de pago o sustitución del cumplimiento parcial de la garantía mediante la posibilidad de que el contribuyente pague o afiance hasta un monto equivalente al valor de las propiedades registradas a nombre del socio gerente. De tal manera el Tribunal puede morigerar las exigencias adecuándolas para la razonable funcionalidad del ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción.

⁹⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 111/2017 "Zube S.R.L. y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba...".

En suma, así como se ha admitido que no existen óbices formales para que los mismos elementos objetivos de prueba ofrecidos para la sustanciación de otros procesos —vgr. incidente para acceder al beneficio de litigar sin gastos, concursos preventivos o quiebra, etc.— puedan resultar en determinados casos conducentes para acreditar una imposibilidad de pago o de afianzamiento de la pretensión tributaria, es requisito indispensable que los mismos acrediten extremos fácticos de fehaciente relevancia y excepción —aun cuando con finalidades claramente diferentes— que justifiquen una atenuación con carácter excepcionalísima del cumplimiento del requisito de admisión de la acción, en aras a evitar un menoscabo a la garantía constitucional de la defensa y de acceso a la jurisdicción, como única posibilidad de promover el control judicial de la juridicidad de la pretensión tributaria que pesa sobre el demandante⁹⁹.

Es que, el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro del cual se inserta el derecho de defensa, constituyen valores superiores que proscriben una interpretación jurídica de las normas adjetivas que conduzcan a la exigencia a ultranza de condicionamientos que denieguen el acceso a la jurisdicción y, con él, a la verdad jurídico-objetiva, por motivos de excesivo ritualismo formal, que pueden ser superados sin quebranto para la estructura y configuración legal del proceso contencioso administrativo reglado en la Ley 7182, como así también de la seguridad y la certeza jurídica en las relaciones procesales nacidas al amparo de ese cuerpo legal¹⁰⁰.

XVII. EJERCICIO DE UN PODER DISCRECIONAL Y LA ADMISIBILIDAD DEL PROCESO

La problemática discrecional no es más una cuestión que se vincule con la admisibilidad del proceso, sino que tiene que ser analizada por el juez, juntamente con el fondo de la cuestión y no puede ser motivo ni siquiera de una excepción de previo especial pronunciamiento. Esta es una cuestión que tiene que resolver el juez, ¿por qué motivo? Porque ha ido mutando el concepto de lo discrecional, en donde no es más aquello que estaba fuera del Derecho, como aquello que lisa

⁹⁹ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sentencias Nro. 79/2005 “Presal...”; Nro. 65/2007 “Servicios Médicos”; Nro. 86/2007 “Canillas...”; Nro. 19/2008 “Pensur...”, entre muchas otras.

¹⁰⁰ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. N° 85/2002.

y llanamente no era motivo de contencioso administrativo. ¿Y por qué? Porque ahora siendo que el aparato público se subordina al orden jurídico, la discrecionalidad vive dentro del propio ordenamiento jurídico que va a establecer expresa o implícitamente cuándo hay discrecionalidad.

Originalmente la discrecionalidad era contemplada desde una perspectiva eminentemente procesal. Siempre fue vinculada con la exclusión del control judicial. Su individualización era de suma trascendencia para detectar que, al estar en presencia de la actividad libre o no regulada, lo resuelto por la Administración era irrevisable. Se consideraba que no había discrecionalidad cuando existía un derecho preestablecido en favor del particular.

La consecuencia práctica inmediata de este devenir histórico fue la identificación entre lo reglado y el derecho subjetivo administrativo, mientras que lo discrecional se asimilaba con la falta de predeterminación legal o vacío legislativo.

Sobre estas premisas se elaboraron los presupuestos liminares de lo contencioso administrativo, cuya materia se individualiza a partir de la vulneración de una situación jurídico-subjetiva vulnerada, tutelada por una norma jurídica establecida con anterioridad en favor del impugnante. Era la actividad reglada, entonces, la que solo podía ser objeto del control jurisdiccional. En sus orígenes bastaba que el acto administrativo tuviera un *minimun* de discrecionalidad para convertirlo en acto discrecional y consecuentemente excluirlo del control judicial. Se rechaza *in limine*, decían los primeros códigos de la materia.

En una segunda etapa, fue el Consejo de Estado Francés el que comenzó a incursionar en los límites de la discrecionalidad y en general, después en nuestro país comienza a rechazarse la excepción de incompetencia de jurisdicción cuando se discutían vicios en la competencia, forma, procedimiento y fin, aún derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

De allí que los Códigos que comenzaron a surgir a partir de los años setenta hasta nuestros días, solo excluyen del control jurisdiccional la parte discrecional del acto. O sea, ya no se habla de acto discrecional o acto reglado, puesto que los tiempos modernos reconocen solo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

En definitiva, los códigos actuales, si bien no hablan de acto discrecional, sin embargo, establecen que no son impugnables los actos dictados en ejercicio de

facultades discrecionales, salvo que se funden en razones de ilegitimidad. Ergo, dicha facultad bien puede ser motivo de inadmisibilidad.

Pero, lo cierto es que ni siquiera esa porción de discrecionalidad puede ser motivo de inadmisibilidad en la primera etapa del proceso, de oficio por el tribunal como al momento de resolver la excepción de previo y especial pronunciamiento. La discrecionalidad no puede ser motivo de exclusión ni comporta un requisito procesal. Es decir, que no puede dar lugar a una excepción de previo y especial pronunciamiento que pudiera justificar la inadmisibilidad.

Efectivamente, la discrecionalidad debe ser tratada como un *posterius* recién al momento de la sentencia con el fondo de la cuestión. Puesto que si ella forma parte del orden jurídico de donde proviene en forma expresa o implícita, es indudable 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.

Tal como se ha dicho, si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si, en efecto, 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”¹⁰¹.

Esta interpretación pretende llegar a una vinculación absoluta de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión, a partir de la cual quede claro que jamás puede haber inadmisibilidad de la discrecionalidad como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad ejercida es producto del orden jurídico. Este es el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en reiterados pronunciamientos¹⁰².

¹⁰¹ Sesin, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª. ed., Bs. As, Lexis Nexis, 2004, p. 277.

¹⁰² T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 19/1996 “Saleme, Gabriel c/ Superior Gobierno de la Provincia”; Sent. Nro. 32/1997 “Miranda, Margarita Esther y otras c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 196/1999 “Perafan, Juan Zenón

Debe postularse en definitiva el control de cualquier clase de acto administrativo en ejercicio de una actividad reglada o discrecional, debiendo el juez solo efectuar un control de juridicidad, en sentido amplio, respetando el núcleo o esencia de lo discrecional: “selección entre dos o más alternativas válidas”, incluso debe extenderse al control pleno de las reglas técnicas o científicas de universal consenso y un control de tolerancia frente a aspectos técnicos o científicos que trasuntan solo una verdad relativa.

En consecuencia, si se advierte que lo discrecional está dentro del ordenamiento jurídico, ¿qué se debe hacer como juez? Bueno, si está dentro del ámbito jurídico no se va a hablar del control de la discrecionalidad —porque eso es subvertir y apoderarse de cuestiones que hacen a la Administración, invadir su *zona de reserva*— sino que se va a hablar de control del ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad. Como juez, cuando se llegue al fondo de la cuestión —por ejemplo, si se trata de un concurso y la norma dispone que se va a elegir a uno de los tres primeros— se va a controlar que se haya realizado el concurso, que se respetaron los principios generales, el material del concurso, las normas y simplemente se controlará que se eligió una de las alternativas igualmente válidas porque se seleccionó uno de los tres y, en consecuencia, la discrecionalidad no fue mal ejercida.

En los autos “Miranda Margarita c/ Provincia de Córdoba”¹⁰³ se discutía la pertinencia del adicional por riesgo que impetraba el personal de un hospital psiquiátrico provincial. Se discutía si su correspondencia era de naturaleza discrecional. El Tribunal Superior afirmó que la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa.

En esta hipótesis, no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse solo una solución como consecuencia de la aplica-

c/ Estado Provincial”; Sent. Nro. 73/2000 “Almada, Miguel Angel c/ Banco Social de Córdoba”; Sent. Nro. 170/2000 “Badra de Canovas, Rosario c/ Provincia de Córdoba”; Sent. Nro. 136/2000 “Ball, Miguel Angel c/ Estado Provincial”; Sent. Nro. 117/2001 “Abrahin, Carlos Eduardo c/ Dirección Provincial de Vialidad”, entre muchas otras.

¹⁰³ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 32/1997; doctrina reiterada en Sent. Nro. 100/2008 “Sammartino...”; Sent. Nro. 106/2008, “Reyna...” y Sent. Nro. 101/2014 “Mancini...” entre muchos otros.

ción de una regla o faceta universal, objetiva y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado.

En cambio, no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del “porcentaje” que deberá establecer el Poder Ejecutivo cuanto al adicional ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el cincuenta por ciento (50%) del sueldo. Ha menester entonces, reconocer un margen de discrecionalidad cuando existen varias soluciones igualmente válidas para el derecho.

Con tal estrategia se cumplimenta con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el juez analiza la pretensión entrando al fondo de la cuestión mediante la aplicación de principios y reglas jurídicas, que es el control que prescribe la Constitución. Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración ultrajando la División de Poderes.

También analizando el fondo de la cuestión, en el caso “Guerberoff, Eduardo c/ Provincia de Córdoba”¹⁰⁴ el Máximo Tribunal local trató la cesantía de un médico porque durante la licencia de dos meses por salud la Administración afirmaba que trabajó en la actividad privada al haber otorgado un certificado médico. Aquí, se discutían las facultades discrecionales de la Administración para apreciar la gravedad de la falta. El Tribunal manifestó que en el ejercicio de la potestad disciplinaria es dable señalar las siguientes etapas: a) la verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) el encuadramiento o calificación jurídica; c) la apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta y, d) la elección de la sanción.

Las etapas a) y b) conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio, en las etapas c) y d) la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración y, la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad. No obstante, aun cuando exista una porción de discrecionalidad cuya valoración y resolución únicamente incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más re-

¹⁰⁴ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 34/1997.

ducido, prudente y razonable, pero control al fin. De todos modos, para declarar la antijuridicidad del acto sancionador, la incongruencia debe ser notoria entre los hechos merecedores de castigo y la sanción elegida entre varias posibles.

En el caso analizado, se consideró que la graduación de la sanción resultó en la especie excesiva, por lo que su irrazonabilidad e incongruencia eran evidentes. Los porcentajes de discrecionalidad no habían sido ejercidos por la Administración dentro de la juridicidad.

Estos son algunos de los primeros precedentes jurisprudenciales que se ajustan a la revisión del acto administrativo con un criterio amplio, analizando si concuerda o no con el orden jurídico, omnicompreensivo de los principios generales del derecho ya sea que se encuentren en la Constitución, otras leyes o códigos y en los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado.

Lo mismo cabe decir respecto de las cuestiones técnicas. Hay autores, como Desdentado Daroca, que afirman que las cuestiones técnicas pertenecen a los técnicos, que no tienen por qué ser objeto de control judicial. Sin embargo, correspondería desdoblar esta problemática en tres supuestos determinados: cuando las reglas técnicas, los estándares de conducta o las normas de experiencia sean aceptadas pacíficamente por el mundo técnico-científico se crea indiscutible que dos más dos es cuatro, eso pasa a formar parte del mundo jurídico y, por lo tanto, es perfectamente controlable por el juez.

Cuando existan varias técnicas posibles y, la Administración eligió una, el juez no puede sustituir una por otra porque se invade la División de Poderes; no se puede decir que gusta más esta técnica que la otra, pues en la elección ha habido varias alternativas igualmente válidas, ha habido porcentajes de discrecionalidad.

Cuando sean cuestiones muy complejas técnicamente, cuando sean de imposible reproducción probatoria como un examen oral de un profesor en un concurso, cuando sean realmente cuestiones muy confusas, en ese supuesto va a haber control, pero un control de tolerancia, un control de plausibilidad.

En suma, ni el juez ni el administrador van a poder llegar a la verdad absoluta, entonces, ¿por qué le vamos a pedir al juez que realmente él sea el dotado para llegar a la verdad absoluta? Si la respuesta de la Administración es medianamente razonable, supónganse que estamos discutiendo por qué le puso un nueve en lugar de un diez en un examen, si era tan opinable un nueve como un diez, esa

discrecionalidad vinculada con lo técnico, dejémoselo a la Administración, porque como jueces vamos a controlar si al menos está motivado razonado o justificado y, si hay pequeños porcentajes, el caso se deja a la Administración.

En Europa, hoy se habla de sustentabilidad, de sostenibilidad en Alemania, entre nosotros de razonabilidad, en Estados Unidos se habla de deferencia. Pero, en definitiva, tales cuestiones no pueden ser una materia que esté excluida totalmente del control judicial.

XVIII. ACTOS POLÍTICOS DE FUENTE DIRECTAMENTE CONSTITUCIONAL

Tal como se ha dicho anteriormente, el Artículo 2o. de la Ley 7182 explicita las causales de exclusión de la revisión contenciosa administrativa. En rigor, estas también son motivos susceptibles de generar la inadmisibilidad del proceso. Se vinculan incluso con la materia contenciosa administrativa, razón por la cual en general deben plantearse y resolverse en la primera etapa del proceso.

Ahora bien, la sujeción plena a la ley y al derecho por parte de los poderes públicos quedaría desvirtuada si los jueces no ejercen el control que inexorablemente les pertenece como guardianes de los preceptos constitucionales y sus principios axiológicos inmanentes.

No hay derecho sin juez, dice elocuentemente García de Enterría¹⁰⁵. Ello comporta una conquista del Estado de Derecho que demandó siglos de complejas dificultades, por lo que ha menester resguardar y fortalecer para salvaguardar la esencia de la División de Poderes y el sistema democrático.

Si la actividad política se enmarca en la juridicidad, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de la función pública condice con el orden jurídico vigente. Precisamente, una de las problemáticas más complejas del Derecho Público contemporáneo es indagar la verdadera intensidad del control.

En posturas avanzadas, la legislación española propicia un control pleno en la moderna Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa. En su exposición de motivos expresa que:

¹⁰⁵ García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª. ed., Navarra, Civitas, 2009, p. 31 y ss.

... la ley no recoge ya, entre otras exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos... Sobre este último aspecto conviene hacer alguna precisión. La ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de gobierno, o de dirección política— excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contenciosa administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de acto político se halla hoy en franca retirada en el Derecho Público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder regido solo por el derecho constitucional, y exento del control... resulta inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera caber al respecto, la ley señala —en términos positivos— una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la acción gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes...”

El Tribunal Supremo español, antes de la citada reforma a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ya se había pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido que:

... tras aprobarse la Constitución y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los Artículos 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos son susceptibles de control jurisdiccional...¹⁰⁶

¹⁰⁶ TS español, Sentencia del 22 de enero 1993, Aranzadi A 57. Ponente: Baena del Alcázar.

Para el Alto Cuerpo español, ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de inadmisibilidad, ya que es obligación para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo, se da ese contenido político no controlable¹⁰⁷.

Como se ha sustentado en otras oportunidades, no se comparte la opinión de quienes propugnan un control total, sustituyendo la discrecionalidad política por la judicial, porque sus principios postulan en esencia, la politización de la justicia en lugar de la juridicidad de la política. El exceso de control es susceptible de paralizar la actividad estatal y sustituir las decisiones del gobierno democráticamente elegido por la voluntad de los jueces. Empero tampoco es posible propiciar un control escaso, pues ello es pernicioso para el Estado de Derecho y las garantías de los ciudadanos.

Es necesario 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.

En definitiva, si el acto institucional o político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si, en efecto, ha sido correctamente ejercido dentro de ese universo de derecho, solo cuando es susceptible de agraviar situaciones jurídicas subjetivas (derechos adquiridos, intereses legítimos y difusos) de fuente directamente constitucional. Ello no implica revisar su esencia o núcleo interno, sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. Consecuentemente, el control se extiende sobre los aspectos reglados, legal o constitucionalmente, la competencia, el procedimiento, la forma, la motivación, la causa, la finalidad, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, entre otros aspectos.

Lo que no puede revisar ni sustituir el juez, es el contenido intrínseco, la libertad de apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia, ni la posibilidad de elección entre varias opciones válidas dentro de la juridicidad, porque ello implicaría violentar la División de Poderes y su zona de reserva.

De allí que, conceptualmente, en lugar de utilizar la expresión control de los actos políticos, resulte más adecuado hablar de control del procedimiento de conformación del acto político dentro de la juridicidad constitucional.

¹⁰⁷ *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 9, julio-septiembre de 1997, p. 437.

En el ámbito de las zonas de reserva que constitucionalmente le corresponde a cada Poder, cada uno obra bajo su propia responsabilidad. Ella puede ser cuestionada desde la perspectiva política, pero no puede ser sustituida o asumida por otro poder del Estado¹⁰⁸.

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. A veces la lucha política sale de lo que debe ser su ámbito funcional, que aún siendo muy amplio en oportunidades se escapa de sus contornos y pretende desplazarse a los tribunales. Sin embargo, las herramientas judiciales tienen sus límites.

Para Marienhoff¹⁰⁹ el acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos, siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional: no son parte en el mismo, careciendo entonces de acción para cuestionarlo.

Puede ser discutible y aún razonable, que no corresponda el control judicial cuando el acto institucional o político no se vincula inmediata o directamente con los particulares, pero es indiscutible que por más acto político o institucional que sea, cuando el mismo es susceptible de agraviar una situación jurídico-subjetiva tutelada por el ordenamiento constitucional en forma personal y directa, el control judicial es insoslayable. Debe ser ejercido y no pueden existir retaceos en honor a la majestad de la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, a veces en una misma problemática se presenta un doble objeto de análisis y resolución por ser una controlable y otra incontrolable: Así, por ejemplo, no es cuestionable judicialmente el cambio del valor de la moneda porque entra dentro de la zona de reserva de la Administración el establecimiento de la política monetaria con arreglo a pautas de mérito, oportunidad y conveniencia, repercutiendo en general sobre la totalidad de la población. Empero, nada impide que, en un caso concreto, puedan repararse las consecuencias patrimoniales

¹⁰⁸ Embid, Irujo, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno", *op. cit.*, p. 2739.

¹⁰⁹ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2003. t. II, p. 755 y ss.

en función del agravio acreditado y la justeza de este; y aun pueda declararse su inaplicabilidad o inconstitucionalidad solo para ese agravio o perjuicio individualizado por la parte debidamente legitimada. La declaración de inconstitucionalidad por razones de fondo no altera la vigencia de la norma pues el juez debe circunscribirse a declararla inaplicable en el caso concreto.

Las otras doctrinas que justificaban la exclusión del control judicial de las cuestiones políticas como una manifestación de las inmunidades del poder, hoy han quedado en desuso frente a los enfáticos preceptos constitucionales de las Leyes Supremas de nuestro país. En efecto, se ha reforzado y ampliado el derecho de defensa en el marco de la tutela judicial efectiva con una mayor accesibilidad, incluso respecto de la legitimación para ser parte en una causa judicial (derechos subjetivos, intereses legítimos, derechos difusos y derechos colectivos, intereses individuales homogéneos). Asimismo, se ha ampliado el principio de juridicidad que exige el pleno sometimiento de los poderes del Estado a la ley y al derecho¹¹⁰.

En concreto, pueden plantearse tres situaciones diversas: a) actos políticos o de gobierno susceptibles de ser controlados judicialmente cuando en un caso concreto afecten situaciones jurídicas subjetivas; b) actos políticos o de gobierno que no pueden ser anulados por trasuntar una medida de alta política relevante para el Gobierno. En caso de producir perjuicios concretos, estos solo pueden ser indemnizados; c) actos políticos o de gobierno que no inciden en situaciones individualizadas, sino que repercuten genéricamente sobre la población, en cuyo caso no son controlables judicialmente.

Ni siquiera el procedimiento de reforma de la Constitución escapa a esta orientación conceptual. Como es sabido, el poder constituyente derivado está sujeto: a las reglas que establece la Constitución vigente para la reforma, a los preceptos y principios de la Constitución Nacional, cuando se trata de una revisión provincial, a lo dispuesto por los tratados internacionales a los que la nación se ha adherido y a los derechos fundamentales del hombre, entre otros aspectos. Espe-

¹¹⁰ Cfr. Artículos 18, 43, 116, 31, 75 inc. 22 y concordantes de la Constitución Nacional; Artículos. 18, 19 inc. 9, 20, 48, 161, 165 y concordantes de la Constitución de la Provincia de Córdoba; Artículos 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica y 8o., 9o. y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Artículo 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

cial cuidado revisten los derechos adquiridos bajo la vigencia del anterior régimen constitucional¹¹¹. Dice al respecto Rubio Llorente¹¹² que:

... El cambio constitucional no es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino solo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la Constitución opera solo *ex nunc* y no deroga en absoluto las normas producidas validamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay mas normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas la que fueran conforme al sistema anterior...

El Derecho extranjero más encumbrado aconseja regular para el futuro respetando los derechos adquiridos preexistentes, y excepcionalmente, en caso contrario se analiza su eventual reparabilidad.

Ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el caso "García"¹¹³ citado supra que:

... Reducir el mandato de los legisladores, mas allá de la decisión final que se adopte, conforme a la postura que en su caso se recepte en función de las características y vicisitudes que predeterminan un momento histórico dado, es susceptible de agravar un interés personal y directo, diferenciado del resto de la sociedad, por lo que ha menester la admisibilidad de la revisión judicial"

Los agravios que sufran quienes efectivamente vean acortados sus mandatos en base a las nuevas disposiciones constitucionales, no se encuentran en el carácter de meros ciudadanos a quienes el orden jurídico no les otorga legitimación alguna..."

¹¹¹ Este criterio amplio de control judicial dentro de los límites de la juridicidad ha sido sustentado por el Tribunal Superior de Córdoba en los casos resueltos en la Sentencia Número 08/2001 "García Eduardo José y otra, s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"; A.I. 52, del 13/09/2001 "Sesma, Laura J. y otros/ acción declarativa de inconstitucionalidad" y A.I. 54 del 17/09/2001 "Sesma Laura J. y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". Ver interesante comentario de Chiacchiera Castro, Paulina, "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en la Provincia de Córdoba. Breve análisis de los casos 'García' y 'Sesma' del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba", La Ley, Suplemento Constitucional, 02/12/2002, p. 63 y ss.

¹¹² Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 47.

¹¹³ T.S.J., en Pleno Sent. Nro. 08 del 17/08/2001, "García Eduardo José y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad". Publicado en LLC, 2001-1111.

Mientras, en el caso “Sesma”¹¹⁴, también citado supra, se sostuvo que:

... toda reforma de la Ley Fundamental de la Provincia puede ser declarada inconstitucional, si contraviene normas de superior jerarquía (Constitución Nacional o Leyes Nacionales, Art. 31 Const. Nacional), si desborda el objeto de la reforma, según la convocatoria dispuesta por la Legislatura Provincial (Art. 196 Const. Pcial.), o si los textos reformados entran en pugna con disposiciones de la propia Constitución de la Provincia, de aplicación prevalente...

... De lo expuesto se concluye que la Constitución de la Provincia está, como todo el ordenamiento legal, sujeta al control de constitucionalidad del Poder Judicial... Una reforma constitucional conforme a la citada orientación conceptual también debe enmarcarse en la juridicidad, debiendo señalarse que aun cuando el control judicial es posible y necesario para salvaguardar los derechos fundamentales y la esencia del sistema democrático, sin embargo, tal control debe ejercerse con la prudencia necesaria...

(Y continúa) ... En el subexamine, el constituyente dispuso la caducidad de los mandatos de los actuales legisladores (Cláusula Transitoria Primera) y admitió una eventual reparación si así correspondiere. Al hilo de los principios y frente a esta cuestión, se ofrecen dos posibilidades: la primera conduce a reglar para el futuro con el consiguiente respeto a los actuales mandatos. Una vez finalizados los mismos, recién entra en vigencia el nuevo orden normativo. La segunda, de carácter excepcional, emerge cuando por razones de interés general, oportunidad, mérito o conveniencia debidamente justificados, se modifica el derecho objetivo con el trazo del nuevo diseño organizacional que se ha resuelto y que debe entrar en vigencia en forma inmediata. En este último supuesto resultan de aplicación los principios relacionados con la revocación de los actos estatales por razones de mérito y aún la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Su fundamento es el principio general con base en la igualdad de las cargas públicas dispuesto por el Artículo 16 de la Constitución Nacional, que lo ha reconocido como un trascendente principio de derecho natural. La responsabilidad del Estado es objetiva, pues deriva de un acto legítimo del mismo. Cabe resaltar también que el fundamento de la reducción de los mandatos presenta analogía con la expropiación, donde el interés público prevalece respecto del privado por razones de interés público,

¹¹⁴ T.S.J. en Pleno, A.I. 54, 17/9/2001 “Sesma Laura J. y otro s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, LLC, 2002-201.

dando origen a la obligación de indemnizar el menoscabo patrimonial pertinente. Este es el camino elegido por el constituyente de la reciente reforma en el marco de la Cláusula Transitoria Primera, que brinda la alternativa de una eventual reparación pecuniaria, si correspondiere...

Sin embargo, en este fallo se puntualizaron adecuadamente los límites del control judicial respetando el núcleo discrecional cuya ponderación solo compete a los órganos políticos pertinentes. Así, se recalcó que:

... Pertenecen a la zona de reserva político-discrecional, que solo compete al Constituyente, las razones de oportunidad y conveniencia que fundamentan el inmediato acortamiento de los mandatos, por lo tanto, el ejercicio de tales potestades queda excluido del control de los jueces quienes no pueden revisar ni sustituir dicha cuestión, más aún, reiteramos, cuando en el mismo texto normativo esta prevista su eventual reparabilidad... La debida justificación de estas razones que atañen a la sociedad y son de interés público y su racionalidad, se encuentra sólidamente acreditada por cuanto la caducidad de los mandatos no responde a un propósito o finalidad arbitrarios de remover a quienes ejercen el cargo en la actualidad, sino que obedece a una reestructuración organizacional que consiste, en esencia, en una disminución del número de integrantes del Poder Legislativo, basada en criterios de austeridad y economía en el gasto público y en procura de una mayor eficiencia funcional...

De igual manera, la evolución jurisprudencial en favor del control judicial también se ha perfilado en el proceso de formación y sanción de las leyes, tradicionalmente considerado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como una cuestión política no justiciable¹¹⁵ a los fines de preservar la División de Poderes del Estado, asegurando a cada uno de ellos el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su actividad específica.

Empero, el cambio de criterio se dio en el caso “Nobleza Piccardo”¹¹⁶, solo para el supuesto excepcional que demuestre la falta de requisitos mínimos e in-

¹¹⁵ C.S.J.N., Fallos 149:271, “Compañía Azucarera CHA c. Pica. de Tucumán”; Fallos 210:855 “Petrus S.A. c. Nación Argentina”; Fallos 256:556 “Soria Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta S.A.”

¹¹⁶ C.S.J.N., Fallos 321:3487, 15/12/1998, “Nobleza Piccardo SAIC y F c. Estado Nacional. DGI”; comentado por Bianchi Alberto, “Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes”, Suplemento Der. Adm, La Ley, 27/05/1999.

dispensables que condicionan la creación de aquellas sustentando que “... no hubo acuerdo entre la Cámara de Diputados y el Senado acerca del momento que fenecería el restablecimiento de la vigencia de las normas a que se refiere el Artículo 37 de la Ley 23.763, es indudable entonces que ha mediado una manifiesta inobservancia de los aludidos requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley, ya que al no haber sido aprobado el proyecto por ambas Cámaras, no pudo haber pasado al Poder Ejecutivo...”

En el caso referido, la actora acreditaba la legitimación pertinente ya que reclamaba la repetición de sumas abonadas por las ventas de cigarrillos ingresadas al denominado Fondo Transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales.

No obstante, es deber de los jueces valorar las consecuencias que puede provocar la declaración de inconstitucionalidad por razones de forma, tal como lo advierte Bianchi¹¹⁷, ya que la decisión tiene efectos expansivos susceptibles de ir más allá del caso concreto. En tales supuestos, ha menester que los jueces actúen con máxima prudencia priorizando el principio de conservación de la ley, salvo que en forma manifiesta y ostensible no se cumplimenten los requisitos mínimos y esenciales para su creación, como lo dijo la Corte Suprema y originariamente, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en el caso comentado). Aún en este último supuesto, los jueces deben ponderar, en función de las circunstancias de cada caso, si existe la posibilidad de evitar los efectos de inconstitucionalidad general o total de la norma, a fin de eliminar solo su parte nula.

En una causa de admisión de la acción, el Tribunal Superior, al resolver el caso “Valles María Laura c/ Provincia de Córdoba...”¹¹⁸, si bien hizo lugar a la excepción de incompetencia opuesta por el Señor Fiscal de Cámaras (Art. 24, inciso 1, segundo supuesto, Ley 7182) —como lo había declarado la Cámara por mayoría—, por considerar que la actora había dejado transcurrir con creces el término para la interposición de la demanda (Art. 8 ib.) analizó la impugnabilidad de los actos emanados por el Consejo de la Magistratura de la Provincia, en virtud de la materia que era objeto de discusión —valoración de los antecedentes de la postulante a un cargo—.

¹¹⁷ Bianchi, Alberto, *op. cit.* ult.; del mismo autor, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 1992, p. 331 y ss.

¹¹⁸ T.S.J. Córdoba, Sala Cont. Adm., Auto Nro. 57/2008.

Se estableció que la actividad del Consejo de la Magistratura se enmarca en la juridicidad, razón por la cual corresponde a la potestad de los jueces controlar si el ejercicio de su función condice o no con el orden jurídico vigente, ratificando una vez más el criterio de revisión de los actos de los órganos constitucionales dentro de ciertos límites.

Es que, incluso el acto político no puede desarrollarse fuera del orden jurídico, sino que debe provenir del mismo, el que expresa o implícitamente autoriza esta modalidad de ejercicio del poder¹¹⁹. De esta manera:

... los diversos aspectos que atañen a la valoración de las calidades de los candidatos, tanto en la faz profesional como personal, como hombres y mujeres formados en el derecho y en los valores de la República, deben quedar reservados, en principio, a la ponderación exclusiva y final del órgano investido con la competencia para la selección e inmunes a la injerencia judicial. Éste constituye el primer, definido y esencial límite que los jueces no pueden superar, so pena de invadir la esfera de atribuciones propia del órgano al que el constituyente encomendó de manera específica tan delicada misión, infringiendo así el mandato constitucional que pesa sobre el Poder Judicial. Sólo cuando se verifique una transgresión nítida y grave del ordenamiento jurídico o, en especial, de las disposiciones que rigen el procedimiento de selección, o en los supuestos excepcionales en los que lo decidido traduzca un ejercicio indisimulablemente irrazonable de aquellas atribuciones al punto de que se observe una parodia del concurso que exigen las normas constitucionales e infraconstitucionales en juego, se tornará viable el examen judicial de los actos impugnados al solo efecto de privarlos de validez y sin avanzar sobre las decisiones finales que en ejercicio de la atribución en examen continúan siendo función insustituible del Consejo de la Magistratura.

Vale decir que, solo cabe hablar de control del procedimiento de conformación de tales actos dentro de la juridicidad constitucional. Téngase presente, que en general los códigos contenciosos administrativos (de nuestro país como del extranjero) excluyen el control de los actos políticos o de gobierno de fuente directamente constitucional. Nada dicen si se refieren a los actos susceptibles de producir un agravio concreto o, simplemente, al modo de los institucionales,

¹¹⁹ Sesin, Domingo, "Un caso concreto de revisión judicial de la actividad política del Poder Legislativo," *E.D.*, año XLV, núm. 11.831, 31-08-2007.

inciden genéricamente sobre el total de la población. No obstante, existen otras vías procesales, como la acción directa de inconstitucionalidad o hipotéticamente el amparo, cuando tales actos lesionen un derecho o garantía constitucional

Los que no pueden ser controlados judicialmente son los actos que la doctrina llama institucionales (relación entre los poderes u órganos constitucionales, intervención federal, relaciones internacionales, estado de sitio, límites interprovinciales, declaración de guerra, entre otros) que no inciden en forma directa o inmediata sobre los administrados, sino en forma genérica sobre la totalidad de la población. En los demás casos, cuando se afecten situaciones jurídicas subjetivas tuteladas diferenciadamente por el ordenamiento, el control podría tener analogía con el que se realiza para los demás actos estatales sujetos al Derecho Público.

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 guió 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.

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, como fueron las propiciadas por la Escuela realista norteamericana y algunos filósofos italianos¹²⁰.

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 juridificar 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

¹²⁰ Chierchia Merola, Pietro, *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, CEDAM, 1978, p. 10 y ss.

discrecionales, que solo competen a los órganos políticos, al campo jurídico, con parámetros objetivos.

Una respuesta positiva implica reflatar 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 sociales¹²¹.

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 legislativas¹²². Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del *New Deal*.

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 jurídico, estándole vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en estas 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

¹²¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 168 y ss.

¹²² Schwartz, Bernard, *Le droit aux Etats - Unis, une création permanente*, París, Economica, 1979, p. 125.

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 administrados¹²³.

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 libertad¹²⁴.

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 tiene una herramienta de la 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.

¹²³ García de Enterría, E., *Democracia... op. cit.*, p. 34.

¹²⁴ Pound, R., *An Introduction to the philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1959, cap. III.

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 objetivas 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.

Recapitulando, la estrategia para el control de los actos políticos guarda cierta analogía con el control del ejercicio de la discrecionalidad. Es intenso con relación a los requisitos de juridicidad y respetuoso del núcleo interno político discrecional. Dicha cuestión, tal como se ha dicho no puede constituir en modo alguno un elemento excluyente del asunto de la jurisdicción contenciosa administrativa. Antes bien, corresponde a un análisis consustancial de la cuestión definitiva que resuelva la pretensión subjetiva del accionante entablada ante los tribunales del fuero.

XIX. ERRÓNEA ELECCIÓN DE LA VÍA PROCESAL RECURSIVA

Como es sabido, en el sistema recursivo del proceso contencioso administrativo (Ley 7182) se ha receptado una distinción de vías procesales según el proceso sea de doble instancia o única instancia, dependiente de que la Provincia sea parte demandada o no.

En el primer supuesto, el *régimen taxativo* (Art. 41 ib.) establece el Recurso de Apelación (Arts. 43 y 44 ib.) señalándose las resoluciones susceptibles de ser

impugnadas por esta vía —autos interlocutorios que declaran la inhabilitación de la instancia o que resuelvan una excepción de incompetencia; o que declaren la perención de instancia y sentencias definitivas—, y en segundo lugar, se prevé el Recurso de Casación (Art. 45 ib.) indicándose los motivos que habilitan la vía extraordinaria y el trámite del recurso —de conformidad a la abrogación del último párrafo del citado dispositivo y de los Artículos 46 y 47 del c.M.C.A., con excepción de la intervención del señor Fiscal General— de acuerdo a lo sentado en la causa “Baldassi...”¹²⁵.

Se explica que el deslinde entre la dualidad de procesos esta dado en una razón de origen histórico y fundamento constitucional, esto es, lo preceptuado en la Constitución Provincial de 1923 —Artículos 123, incs. 3) y 4) y 155—, vigente al momento de sancionarse las Leyes 3897 y 7182, al residenciar las causas contenciosas administrativas directamente ante el Tribunal Superior de Justicia. Sin embargo, la derogación constitucional por las Convenciones Constituyentes provinciales de 1987 y 2001, privan de sustento a la obligación de desdoblar el sistema recursivo en el procedimiento contencioso administrativo, debiendo primar un principio rector, el principio de igualdad (Art. 16, c.N.); el que en materia procesal se traduce en una igualdad de armas procesales.

Con sustento en ese fundamento, el Tribunal Superior de Justicia en la causa “Ferrocaril Córdoba Central S.A. c/ Provincia de Córdoba, Plena Jurisdicción y su acumulado Ferrocarril Córdoba Central s.A. c/ Provincia de Córdoba, Plena Jurisdicción 02/05 Recurso Directo”¹²⁶, se admitió la vía procesal elegida por el accionante —había interpuesto un recurso de casación y según la ley correspondía una apelación— a fin de asegurar el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. A tal fin, se hizo lugar al Recurso Directo y se ordenó dar trámite al recurso extraordinario local en la misma sede, atento al rechazo *in limine* decidido por la Cámara *a quo* y por razones de economía procesal.

En el precedente, se destacó que lo decidido no implica un apartamiento de la doctrina del recurso indiferente, sino que se procura evitar una restricción del derecho de defensa debido a que el criterio de deslinde de vías procesales se fundamentó —a más de las razones constitucionales históricas— exclusivamente

¹²⁵ T.S.J. Sala Cont. Adm. Auto Nro. 423/1996.

¹²⁶ T.S.J. de Cba., Sala Cont. Adm., Auto Nro. 297/2011.

en la calidad subjetiva de uno de los sujetos procesales, según lo establecido en el Artículo 10 de la Ley 7182, al decir: “la provincia parte”. Esto ha sido sostenido en reiterados decisorios del Alto Tribunal Provincial¹²⁷.

XX. COLOFÓN

A la luz de todo lo expuesto, es dable concluir que las características más sobresalientes del régimen contencioso administrativo en la Provincia de Córdoba, de conformidad a la normativa específica de la Ley 7182 —y sus modificaciones legislativas— junto a los avances de la jurisprudencia provincial de estos últimos años, con relación a la materia contenciosa administrativa, son los siguientes:

a) En lugar de un simple control de legalidad del acto o pretensión administrativa se realiza un control judicial mucho más amplio, de juridicidad. Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los preceptos constitucionales, los tratados internacionales pertinentes, los cuales junto a la ley pasan a constituir el orden jurídico aplicable, esto es, el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa y objeto del control judicial.

b) Se ha abandonado el limitado marco de revisión de los actos administrativos que solo pertenecen al Poder Ejecutivo. En la actualidad, cualquier órgano público o privado dotado de potestad pública en ejercicio de la función administrativa puede estar en juicio por sus actos administrativos en nuestro fuero contencioso administrativo.

c) La tutela judicial efectiva también es amplia. Alcanza tanto a los derechos subjetivos, derechos subjetivos debilitados, intereses legítimos e intereses difusos (por parte de la entidad representativa).

d) El momento en el que se analiza y resuelve la admisibilidad de proceso relacionado con la materia contenciosa administrativa es en la primera etapa del proceso, es decir en el momento en que el tribunal establece de oficio si la competencia corresponde a la jurisdicción, con audiencia de su Fiscal, como en la oportunidad de resolverse la excepción que pudiera hacer la parte como de previo y especial pronunciamiento. Anteriormente, el juez en la sentencia podía declarar

¹²⁷ T.S.J. de Cba., Sala Cont. Adm., Sent. Nro. 115/2013 “Salvucci, Nelo Benedito...”; Auto Nro. 216/2013 “González, Carlos Adolfo c/...”

la incompetencia del Tribunal (por ejemplo y entre otras causales por no haberse agotado la vía administrativa, de acuerdo con las normas en vigor). Ello generaba un desgaste inútil a la jurisdicción, como la pérdida de tiempo y cansancio en los administrados, obstáculos que hoy están superados.

e) De un proceso contencioso administrativo objetivo entendido como un proceso al acto, se va pasando a un proceso subjetivo donde se atiende a las pretensiones deducidas contra el acto. Es decir, que se amplía notoriamente el objeto de la pretensión.

f) Ya no es necesario iniciar el contencioso administrativo para impetrar la ilegalidad del acto, y recién después ir a la vía civil para pedir la indemnización de los daños y perjuicios. En la actualidad el proceso contencioso administrativo revisa no solo la juridicidad del acto cuestionado sino el pleno restablecimiento de la situación jurídica vulnerada pudiendo comprender la reparación pecuniaria respectiva.

g) La denegatoria presunta es interpretada solo en favor del administrado. Asimismo, puede el administrado optar entre demandar por denegatoria presunta o bien provocar la resolución expresa mediante el amparo por mora de la Administración.

h) La jurisprudencia ha morigerado la exigencia de nominar el proceso que se deduce, pudiendo admitirse el cambio de acción con anterioridad al momento de la habilitación del proceso contencioso administrativo mediante resolución judicial firme.

i) A veces deslindar en la primera etapa del proceso la acreditación de la pre-existencia de la situación jurídica vulnerada es una cuestión muy compleja cuando se encuentra íntimamente ligada a la cuestión sustancial, por lo que en caso de duda debe dirimirse con el fondo al momento de la sentencia. De tal manera la jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la admisión del control judicial.

j) La exigencia del pago previo como requisito de admisibilidad de la demanda judicial debe ser reinterpretada a la luz de un adecuado balanceo de los derechos que se hallan en juego y, por ello, no resulta contraria —en sí misma— a los derechos de igualdad, defensa en juicio y acceso a la jurisdicción, siempre que su cumplimiento no vulnere la situación concreta del contribuyente. Pues ello habilita al juez a meritar soluciones concretas que permitan atemperar o moderar el cum-

plimiento del requisito de admisión de la demanda cuando existan elementos de justificación de la situación excepcional.

k) Jurisprudencialmente se considera que el control del ejercicio de la discrecionalidad dentro de la juridicidad es una problemática que se vincula con el fondo de la cuestión. Es decir que se ha ampliado el control a cualquier clase de actos, en ejercicio de una actividad reglada o discrecional, debiendo el juez efectuar un control de juridicidad amplio, respetando el núcleo o esencia de lo discrecional: selección entre dos o más alternativas válidas. Incluso debe extenderse el control pleno de las reglas técnicas o científicas de universal consenso y un control de tolerancia frente a aspectos técnicos o científicos que trasuntan solo una verdad relativa.

l) Por vía de la acción de inconstitucionalidad se ha admitido el control de los actos políticos solo cuando afecten en forma personal y directa situaciones jurídicas subjetivas tuteladas, admitiendo exclusivamente la revisión judicial en los aspectos reglados por el orden jurídico, respetándose el núcleo interno de carácter político discrecional.

m) No implica un apartamiento de la doctrina del recurso indiferente la admisión de que el criterio del deslinde de vías recursivas procesales previsto originariamente en la Ley 7182 según que la "Provincia sea parte" o no, ha perdido su razón de ser; y la admisión de la vía de la casación en tales procesos contencioso administrativos se vincula hoy con la necesidad de evitar una restricción del derecho de defensa y asegurar el debido proceso legal de los litigantes a la luz de los textos constitucionales y convencionales hoy vigentes.

XXI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ARGAÑARAZ, Manuel, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Tea, 1955.
- BALBÍN, Carlos F., *Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Comentado y Concordado*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2003.
- BARRA, Rodolfo, "La acción de amparo en la Constitución reformada: legitimación para accionar", *La Ley*, 1994-E.
- BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 1992.
- CASSAGNE, Juan Carlos, y PERRINO, Pablo, *El contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Lexis Nexis, 2006.
- CHIERCHIA MEROLA, Pietro, *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, CEDAM, 1978.
- EMBID IRUJO, A., "La justiciabilidad de los actos de gobierno", en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.
- FIORINI, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª. ed., Navarra, Civitas, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Justicia administrativa", en CLAVERO ARÉVALO, Manuel, F. (coord.), *El Derecho Público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Civitas, 1992.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) adaptados a la nueva concepción subjetiva*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Tecnos, 1999.
- GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Aguilar, 1943, t. I.
- GUNTHER, Gerald, y SULLIVAN, Kathleen M., *Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2007.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo (coord.), *El control judicial de la actividad administrativa en Neuquén*, General Roca Río Negro, PubliFadecs, 2005.
- MARIENHOFF, Miguel, "La acción popular," *La Ley*, t. 1993-D-683.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2003. t. II.
- POUND, R., *An Introduction to the philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1959.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de La Nación Argentina comentada*, Bs. As., Zavalía, 1996.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- SCHWARTZ, Bernard, *Le droit aux Etats - Unis, une création permanente*, París, Economica, 1979.
- SESIN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª. ed., Bs. As, Lexis Nexis, 2004.
- SESIN, Domingo, "Un caso concreto de revisión judicial de la actividad política del Poder Legislativo," *E.D.*, año XLV, núm. 11.831, 31-08-2007.
- VIVANCOS, Eduardo, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo*, Barcelona, Bosch, 1963.

2. Otras

- ABAD HERNANDO, Jesús, *Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción: sentido y alcance en el Código de la Prov. de Córdoba*, con nota al fallo "Porvarchik, c/ Municipalidad de Córdoba", 30/03/1973.

CÁMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA, *Sentencias*,
C.C.A.C.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencias*, CIDH.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Fallos*, C.S.J.N.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Casos*,
SCBA.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA, *Sentencias*, T.S.J. Córdoba.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑA, *Sentencias*, TS.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, "Associaton of Data Processing
Service Organization, Inc. v. Camp", ussc, 397 U.S. 150, 1970.

APROXIMACIÓN AL ORIGEN, NATURALEZA Y DESARROLLO DE LOS ACUERDOS CONCLUSIVOS EN MÉXICO

Carlos ESPINOSA BERECHCOHEA¹

Miguel BUSTAMANTE FUENTES²

SUMARIO

*I. Introducción. II. Medios alternativos de solución de controversias.
III. Derecho comparado. IV. Acuerdos conclusivos. V. Conclusión.
VI. Fuentes de información.*

RESUMEN

Hoy en día, los medios de justicia alternativa adoptados por los países son un importante mecanismo para el despacho de asuntos en materia tributaria. Por ello, resulta de gran relevancia conocer (i) el origen; (ii) la naturaleza; y (iii) el desarrollo, que han tenido dichos mecanismos para así poder tomarlos como base para la posible creación de otros nuevos o, en su defecto, para perfeccionar los mecanismos alternativos ya existentes. La implementación de los instrumentos mencionados anteriormente tendrá como consecuencia beneficios tanto para los contribuyentes como para el Estado recaudador; de manera insólita, ambas partes reciben un provecho.

ABSTRACT

In today's world, the alternative dispute resolution methods adopted by countries are an important mechanism for the clearance of tax cases.

Therefore, it is highly relevant to know (i) the origin; (ii) the nature; and (iii) the development, that these mechanisms have had in order to take them as the basis for the potential creation of new ones, these mechanisms can also improve the already existing alternative dispute resolution methods. The implementation of the instruments mentioned above will lead to benefits for both parties, taxpayers, and the collecting state, and in an unusual scenario, both parties will perceive a benefit.

¹ Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, Maestro en Ciencias Jurídicas por dicha Universidad y catedrático de la misma. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, Nivel I.

² Estudiante del noveno semestre de Derecho en la Universidad Panamericana. Pasante de Derecho en materia fiscal en Ortiz Abogados Tributarios, s.c.

PALABRAS CLAVE

Acuerdos conclusivos. Medios alternativos de solución de controversias (MASC). Mediación. Procuraduría de la Defensa del Contribuyente. BEPS.

KEY WORDS

Conclusive agreements. Alternative dispute resolution (ADR). Mediation. Attorney General for Taxpayer Defense. BEP.

I. INTRODUCCIÓN

En el inicio del siglo **xxi**, incluso desde finales del siglo anterior, en muchos países se han ido desarrollando mecanismos para resolver varios problemas que han surgido en materia tributaria, especialmente en la forma y tiempos de impartir justicia.

Uno de los principales problemas que enfrentan los contribuyentes de la mayoría de los países es la falta de eficiencia para resolver judicialmente los procesos relativos a la determinación del crédito fiscal y su cobro, el cual conlleva a descontentos por parte de aquellos, porque significan gastos que tendrán que realizar, principalmente los referentes a los emolumentos por los servicios prestados por un litigante tendientes a llevar el juicio en cuestión, gastos asociados al juicio como garantía del interés fiscal³, así como el tiempo que el contribuyente tiene

³ “Artículo 141.- Los contribuyentes podrán garantizar el interés fiscal, cuando se actualice alguno de los supuestos previstos en los Artículos 74 y 142 de este Código... La garantía deberá comprender, además de las contribuciones adeudadas actualizadas, los accesorios causados, así como de los que se causen en los doce meses siguientes a su otorgamiento. Al terminar este período y en tanto no se cubra el crédito, deberá actualizarse su importe cada año y ampliarse la garantía para que cubra el crédito actualizado y el importe de los recargos, incluso los correspondientes a los doce meses siguientes. El Reglamento de este Código establecerá los requisitos que deberán reunir las garantías. La autoridad fiscal vigilará que sean suficientes tanto en el momento de su aceptación como con posterioridad y, si no lo fueren, exigirá su ampliación. En los casos en que los contribuyentes, a requerimiento de la autoridad fiscal, no lleven a cabo la ampliación o sustitución de garantía suficiente, ésta procederá al secuestro o embargo de otros bienes para garantizar el interés fiscal. En ningún caso las autoridades fiscales podrán dispensar el otorgamiento de la garantía. La garantía deberá constituirse dentro de los treinta días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación efectuada por la autoridad fiscal correspondiente de la resolución sobre la cual se deba garantizar el interés fiscal, salvo en los casos en que se indique un plazo diferente en otros preceptos de este Código...”

que esperar hasta que se llegue a una resolución definitiva, el cual se traduce en incertidumbre e inseguridad jurídica.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el segundo párrafo de su Artículo 17, señala que todas las personas tienen derecho a que se les administre justicia de manera pronta y expedita por parte de los tribunales⁴. Al ser un precepto constitucional, es un objetivo prioritario para el Estado mexicano, por ello, ha ido implementado varios mecanismos para poder conseguir la eficiencia y eficacia exigida para poder cumplir con dicho mandato constitucional, donde la primera característica atiende a que se tiene que resolver de la manera más rápida con los recursos mínimos indispensables, mientras que la segunda hace alusión a la capacidad de lograr el efecto que se desea.

México no es el único país que se ha preocupado en combatir este malestar, varios países europeos, latinoamericanos, así como Estados Unidos; han tomado medidas para poder acabar con esta problemática que existe tanto en el derecho interno de cada país, como en el derecho internacional.

Así, en líneas siguientes, daremos cuenta de los tratamientos que han dado diferentes países al problema de la eficiencia de la administración de justicia tributaria, principalmente a través de los novedosos mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), así como el proyecto creado por la OCDE⁵ para combatir varias problemáticas tributarias a nivel internacional, nominado BEPS⁶.

En cuanto a México, hablaremos de la figura de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), una institución innovadora en el mundo tributario mexicano; así como de los acuerdos conclusivos, uno de los primeros procedimientos alternativos que se han utilizado en materia fiscal, el cual ha sido utilizado como base para la creación de otros mecanismos adoptados en distintos países, como en Latinoamérica y en Europa.

⁴ "Artículo 17.-... Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales..."

⁵ Acrónimo de "Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos".

⁶ Acrónimo de "Erosión de la base imponible y traslado de beneficios", por sus siglas en inglés.

El principal objetivo del presente estudio es tratar de encontrar el origen de los acuerdos conclusivos partiendo de su naturaleza jurídica y con el apoyo de estudios comparativos de MASC en materia tributaria en otras jurisdicciones; así como el desarrollo que han tenido los primeros a lo largo de su vigencia en la legislación mexicana.

II. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En este apartado abordaremos los diferentes mecanismos que han adoptado los distintos países para mejorar la impartición de justicia en materia tributaria. Naturalmente, todos los países tienen como principal medio de impartición de justicia el juicio ante los tribunales del Estado, el cual no se tomará en consideración, ya que es el medio que todo Estado tiene desde su formación, por lo que consideramos que es el medio básico e indispensable para resolver conflictos en todas las jurisdicciones, ya sea en materia tributaria o en cualquier otra, por lo que no representa una innovación en la regulación fiscal.

Dicho lo anterior, empezaremos el análisis de los mecanismos disímbolos al juicio ordinario ante tribunales del Estado, debido a que aquéllos realmente significan un remedio innovador y eficaz para resolver conflictos en manera de apoyo a los tribunales para descongestionar ligeramente su carga de trabajo, incluso se puede considerar que operan a la par de los juicios ordinarios de referencia.

En materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, el párrafo quinto del Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el fundamento constitucional para la estipulación de estos procedimientos en las normas generales, por lo que pudiera decirse que existe un mandato constitucional de implementarlos sin hacer alguna restricción en cuanto a materia, incluso lo prevé expresamente para la materia penal⁷.

Ahora bien, es pertinente hacer un acercamiento a los MASC más importantes y usados en materia fiscal a nivel mundial. Es necesario hacer el estudio tanto de los medios autocompositivos como de los heterocompositivos, en estos últimos existe la intervención de un tercero en la solución de la controversia, en contraposición de los medios autocompositivos, tales como la autodefensa.

⁷ "Artículo 17.-... Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial..."

1. Mediación

La mediación es uno de los medios de impartición de justicia alternativa más usado en las diferentes jurisdicciones. Según Jorge Álvarez, este MASC se caracteriza por la participación de un tercero en un conflicto con la finalidad de encontrar una fórmula de arreglo⁸, donde siempre se procurará un ambiente amigable entre las partes. El tercero que participa en la mediación es llamado mediador, este buscará convocar espacios de diálogo en las que guiará a las partes para que puedan llegar a un acuerdo que resulte lo más benéfico para ambos, sin que tenga una mayor intervención en la formulación de la solución, es decir, simplemente se limitará a reunir a las partes y a velar por el ambiente pacífico que debe haber en sus sesiones.

La solución a la que lleguen las partes de la mediación, no será vinculatoria para ninguno de ellos, excepto en los casos en los que alguna norma contemple su obligatoriedad cumpliendo ciertos requisitos, tal como en el caso de México y concretamente en materia tributaria con los novedosos acuerdos conclusivos ante la PRODECON, ya que los Artículos 69-E, en su primer párrafo⁹; y 69-H¹⁰ del Código Fiscal de la Federación (CFF), establecen que dichos acuerdos conclusivos deberán ser suscritos por el contribuyente, por la autoridad revisora y por la PRODECON; de igual manera menciona que no procederá medio de defensa alguno en contra de los acuerdos suscritos, por lo que se puede entender que la suscripción de los acuerdos conclusivos causará cosa juzgada y será vinculatoria tanto para el contribu-

⁸ Álvarez Banderas, Jorge, *La mediación fiscal en México. La ausencia de una herramienta efectiva en la solución de conflictos*, Lejona, Universidad del País Vasco, pp. 2 y 3, en <https://www.ehu.eus/documents/3012743/4523834/Alvarez-Banderas-Jorge.pdf>.

⁹ "Artículo 69-E.- La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, una vez que acuse recibo de la respuesta de la autoridad fiscal, contará con un plazo de veinte días para concluir el procedimiento a que se refiere este Capítulo, lo que se notificará a las partes. De concluirse el procedimiento con la suscripción del Acuerdo, éste deberá firmarse por el contribuyente y la autoridad revisora, así como por la referida Procuraduría..."

¹⁰ "Artículo 69-H.- En contra de los acuerdos conclusivos alcanzados y suscritos por el contribuyente y la autoridad no procederá medio de defensa alguno; cuando los hechos u omisiones materia del acuerdo sirvan de fundamento a las resoluciones de la autoridad, los mismos serán incontrovertibles. Los acuerdos de referencia sólo surtirán efectos entre las partes y en ningún caso generarán precedentes. Las autoridades fiscales no podrán desconocer los hechos u omisiones sobre los que versó el acuerdo conclusivo, ni procederá el juicio a que se refiere el artículo 36, primer párrafo de este Código, salvo que se compruebe que se trate de hechos falsos".

yente como para la autoridad revisora, y estos acuerdos deberán ser inscritos en registro institucional de los acuerdos conclusivos en la PRODECON, según el Artículo 107 de los “Lineamientos que regulan el ejercicio de las atribuciones sustantivas de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente”¹¹. Sin embargo, en un capítulo posterior profundizaremos en el tema.

De lo anterior, podemos resaltar que existe la intervención de un tercero en la búsqueda de una solución pacífica para evitar el litigio, sin embargo, esta intervención es bastante limitada. Asimismo, por regla general, la solución a la que lleguen las partes no será vinculatoria, pero sí podrá serlo, como lo mencionamos a manera de excepción, siempre y cuando una norma jurídica le dé el carácter de cosa juzgada al acuerdo que resulte del procedimiento de mediación.

2. Conciliación

Es el procedimiento mediante el cual las dos partes de un conflicto deciden encontrar una solución con la ayuda de un tercero denominado conciliador. Ambas partes voluntariamente optan que un tercero ajeno, normalmente experto en la materia de que se trata, los ayude a encontrar una solución a la discrepancia que hay entre ellas, solo que, a diferencia de la mediación, el conciliador tiene una mayor intervención en la búsqueda de la mejor solución al problema, es decir, que el conciliador actuará activamente en la formulación del arreglo entre las partes, haciendo recomendaciones concretas que considere pertinentes.

Igualmente, como en la mediación, el conciliador tiene por cometido procurar un ambiente sano y amigable entre las partes al momento en que estas se encuentren en las mesas de diálogo para la persecución de una solución, así como la convocatoria de dichas mesas de diálogo en las que guiará a las partes para que no se desvíen del objetivo de la conciliación. De la misma manera, los acuerdos que resulten de la conciliación no son vinculantes para las partes, con la misma excepción prevista para la mediación.

Se puede advertir que la mediación y la conciliación guardan muchas características en común; sin embargo, cabe destacar que la principal diferencia entre

¹¹ “Artículo 107.- El registro institucional de los Acuerdos Conclusivos, así como el resguardo y depósito de los documentos con firma autógrafa en los que consten los mismos, estará a cargo de la Dirección General de Acuerdos Conclusivos debiendo, en todo caso, dejar copia certificada de dichos instrumentos en los archivos de la Delegación Regional o Estatal Correspondiente.”

ambas consistente en la intervención activa del conciliador en la formulación de la solución a través de proposiciones, a diferencia del mediador, quien se limita a guiar a las partes para llegar a un acuerdo y a mantener un ambiente de paz entre éstas.

3. Arbitraje

El arbitraje es una forma heterocompositiva para solucionar controversias, al igual que la mediación y la conciliación. El procedimiento de arbitraje se tiene que pactar por las partes, generalmente a través de una cláusula arbitral. Este mecanismo es más utilizado que los dos anteriores, especialmente porque la resolución a la que llegue el árbitro, o en su defecto, el tribunal arbitral —en caso de ser colegiado—, será vinculativa para las partes. Dicha resolución es denominada laudo arbitral, y su carácter vinculativo no es susceptible de pactarse en contrario.

El arbitraje puede ser de Derecho Privado o de Derecho Público, según lo señala Mauricio Bravo, en donde dicha clasificación atiende a la calidad de los sujetos litigantes¹². En el primer caso, el arbitraje se da en relaciones entre particulares, mientras que en el segundo surge por relaciones entre Estados o entre un Estado y un particular. En este sentido, el segundo tipo de arbitraje es el que cobra relevancia en materia fiscal, ya que en éste los sujetos del arbitraje son: el contribuyente, por un lado, y el Estado por el otro.

Ahora bien, el arbitraje en materia tributaria, al ser de Derecho Público, tendrá que estar estipulado en una norma jurídica para que pueda operar. Sin embargo, muchos países son reacios a adoptar este mecanismo porque piensan que se transgreden principios tributarios como el principio de legalidad en materia fiscal, la indisponibilidad de la percepción de la renta pública, así como la eventual violación al principio de igualdad del contribuyente y la afectación al orden público¹³. No obstante, otros doctrinarios hablan de la importancia del arbitraje tributario por la falta de especialización que tienen los jueces en la materia fiscal¹⁴, lo cual supondría

¹² Bravo, Mauricio, *Arbitraje en materia tributaria*, México, IFA Grupo Mexicano, 2005, p. 3, <https://www.ifamexico.com.mx/wp-content/uploads/2018/07/ArbitrajeMateriaFiscal-1.pdf>.

¹³ Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, *Procedimientos alternativos de solución de diferendos en materia tributaria*, *Memorias del Foro Internacional*, Ciudad de México, PRODECON, 2014, p. 55, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/67829/Memoria_16_Procedimientos_alternativos_de_soluci_n_de_diferendos_en_materia_tributaria.pdf.

¹⁴ *Ibidem*, p. 62.

que la implementación de este tipo de arbitraje traería como consecuencia que las resoluciones pudieran ser dictadas por un tercero con más conocimiento en la materia.

Existe otra discusión en torno a quiénes podrían ser árbitros en materia tributaria, debido a que, a diferencia de los arbitrajes comerciales, se piensa que en un arbitraje fiscal no cabría la posibilidad de pactar al árbitro que llevaría a cabo el procedimiento. En ese sentido, el abogado portugués, Diogo Leite Campos, menciona que Portugal creó un centro de arbitraje institucionalizado que depende del Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales, esto con la finalidad de que los árbitros que desahoguen dichos arbitrajes estén supervisados y cumplan con los requisitos establecidos por el propio Estado para poder ser árbitros; así, se garantiza la capacidad y especialización de los juzgadores en estos procedimientos. Asimismo, Diogo Leite indica que la mitad de los árbitros son jueces jubilados, y la otra mitad son profesores y abogados en materia fiscal, lo cual presupone que éstos tienen experiencia en la impartición de justicia¹⁵.

Lo importante de este MASC, es que al tener el laudo fuerza de cosa juzgada será vinculativo para las partes, y que el arbitraje deberá de estar contemplado en alguna ley para que tenga validez su operación.

III. DERECHO COMPARADO

Antes de empezar al análisis de los mecanismos que ha implementado México para la impartición más rápida y eficaz de justicia en materia tributaria, específicamente de los acuerdos conclusivos, haremos un estudio general de las medidas que han adoptado otros países para solucionar dicho problema, inclinándonos por países ubicados tanto en Europa como en América.

1. Italia

En la página web “Agenzia Entrate”¹⁶ del Ministerio de Economía y Finanzas de Italia¹⁷, se encuentra descrito a grandes rasgos el procedimiento del *accertamento*

¹⁵ *Ibidem*, p. 65.

¹⁶ “Agencia de Ingresos de Italia”, en español, es la agencia gubernamental italiana que hace cumplir el código financiero de Italia y recauda impuestos e ingresos.

¹⁷ Ministerio de Economía y Finanzas, *Accertamento con adesione*, Agenzia Entrate (Italia), <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/schede/accertamenti/contenzioso-e-strumenti-deflativi/accertamento-con-adesione-cont-strum-defl>.

*con adesione*¹⁸ creado en el año 1997. Este permite al contribuyente definir los impuestos adeudados y así evitar el surgimiento de una disputa fiscal. Es un acuerdo entre el contribuyente y la autoridad fiscal que se puede realizar antes de la emisión de un aviso de evaluación o incluso después de dicho aviso, siempre que el contribuyente no presente una apelación ante el juez de impuestos.

El *accertamento con adesione* procede frente a todos los impuestos directos e indirectos más importantes en Italia y puede ser solicitado tanto por el contribuyente como por la autoridad fiscal; pueden solicitarlo todos los contribuyentes, sin restricción alguna.

Este mecanismo le brinda al contribuyente un beneficio consistente en reducción de las sanciones administrativas. Este beneficio ha sido imitado en varias jurisdicciones al adoptar un MASC, porque hace que sea más atractivo para el contribuyente solicitar que se resuelva un conflicto mediante estos MASC cumpliéndose además el objetivo del Estado de evitar que se saturen los tribunales con cargas muy grandes de trabajo.

En cuanto al desarrollo del *accertamento de adesione*, se realiza en forma de conainterrogatorio y con el pago de la suma acordada o de la primera cuota, ya que se puede realizar el pago en una sola exhibición o en varias cuotas. Puede requerir varias reuniones ilimitadas, donde el contribuyente puede ser representado o asesorado por un abogado para buscar llegar a un acuerdo con la autoridad fiscal.

Cuando se llega a un acuerdo, el contenido se refleja en un *atto di adesione*¹⁹ que debe ser firmado por ambas partes, el cual toma el carácter de cosa juzgada. En caso de que no se llegue a un acuerdo, el contribuyente puede apelar ante el juez de impuestos contra el acto ya emitido —o que se emitirá posteriormente— por la autoridad fiscal²⁰.

Por otro lado, en el Foro Internacional sobre los Procedimientos Alternativos de Solución de Diferendos en Materia Tributaria, el abogado italiano Giovanni

¹⁸ Traducción en español: “Evaluación con adhesión”.

¹⁹ “Acto de adhesión”, en español, es el acto que se elabora al finalizar el conainterrogatorio, cuando se llega a un acuerdo, la suscripción del contribuyente se formaliza con ella. El *accertamento con adesione* aún no se ha finalizado, ya que es necesario esperar el momento del pago de la suma global o, si en cuotas, tenemos en cuenta la fecha de pago de la primera cuota.

²⁰ *Idem*.

Moschetti mencionó que este mecanismo ha traído como consecuencia algunos problemas. Primero hay que mencionar que, en el momento en que el contribuyente solicita la instancia para el *accertamento de adesione* se suspenden los términos para imponer el recurso ante los tribunales fiscales y se tienen 90 días para que el contribuyente y la autoridad fiscal lleguen a un acuerdo por virtud de este mecanismo alternativo. En este sentido, Giovanni Moschetti dice que la Administración Fiscal ha manifestado que varios contribuyentes activan la instancia del *accertamento de adesione* solamente para tener 90 días extra para presentar el recurso²¹.

La ley no contempla la participación de un tercero neutral, por ello, Diana Bernal Ladrón de Guevara, Israel Santos y Pastora Melgar señalan que el *accertamento de adesione* es un tipo de medio autocompositivo de solución de controversias, ya que la solución es conseguida por las mismas partes. Por otro lado, Giovanni Moschetti establece que la mayoría de los doctrinarios italianos la consideran como un acto imperativo unilateral al que el contribuyente puede adherirse²². Por nuestra parte, coincidimos en considerarlo como un acto imperativo unilateral del Estado al que se puede adherir el contribuyente, el cual puede entenderse como un medio autocompositivo si se toma en cuenta que requiere el consenso de las partes.

2. España

España contempla tres MASC en su Ley General Tributaria (LGT)²³: la tasación pericial contradictoria, las actas con acuerdo y las actas con conformidad²⁴, de las cuales, para efectos de este estudio, nos enfocaremos en las actas con acuerdo.

²¹ Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, *Procedimientos alternativos de solución de diferendos en materia tributaria*, Memorias del Foro Internacional, Ciudad de México, PRODECON, 2014, p. 41, visible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/67829/Memoria_16_Procedimientos_alternativos_de_soluci_n_de_diferendos_en_mate_ria_tributaria.pdf.

²² *Ibidem*, p. 36.

²³ *Ley General Tributaria* (España), visible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf>.

²⁴ Bernal Ladrón de Guevara, Diana, Santos Flores, Israel, y Melgar Manzanilla, Pastora, "Acuerdos conclusivos: Primer medio alternativo de solución de controversias en materia tributaria", *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, núm. 16, 2014, p. 5, visible en <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/acuerdosconclusivosprimermedioalternativodesoluciondecontroversias.pdf>.

El Artículo 155 de la mencionada LGT regula las actas con acuerdo. Este mecanismo empezó a operar en el 2004, que consiste en estudiar aquellos hechos o la estimación, valoración o medición sobre los que el contribuyente tenga duda que sean correctos, mediante un acuerdo entre este y la autoridad fiscal, siempre y cuando se concrete previo a la liquidación de la obligación fiscal.

El fundamento en mención, estipula que procederá el acta con acuerdo bajo tres supuestos: “Cuando... deba concretarse la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, cuando resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto, o cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta”²⁵.

Ahora bien, para el perfeccionamiento del acuerdo, debe ser suscrito el acta por el contribuyente o su representante y por la autoridad que realizó la inspección, denominada inspección de los tributos; dicha acta será vinculativa para las partes y solo podrá ser impugnada mediante el procedimiento de declaración de nulidad de pleno derecho, regulada en la legislación española. No obstante, la ley exige como requisito indispensable para la suscripción del acta con acuerdo, que el obligado tributario otorgue una garantía por las cantidades que puedan derivarse del acta, de lo contrario no surtirá sus efectos.

Podemos concluir que se trata de un mecanismo alternativo de impartición de justicia tributaria con la característica de ser consensual entre la autoridad fiscal y el contribuyente, el cual lo podremos clasificar como una negociación, ya que no existe la intervención de un tercero.

3. Estados Unidos

En el 2002, Estados Unidos implementó un programa nuevo para impartir justicia alternativa en materia fiscal, denominado *Fast Track Dispute Resolution Pilot Program*²⁶ de la división *Large and Mid-Sized Business* del IRS²⁷; sin embargo, debido

²⁵ *Ley General Tributaria* (España), p. 80, visible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf>.

²⁶ Traducción en español: “Programa Piloto de Procedimientos Acelerados de Resolución de Controversias”.

²⁷ Traducción en español: “Servicio de Recaudación Interna de Rentas”.

al éxito que tuvo dicho programa, decidieron hacerlo permanente. Este programa contemplaba dos procedimientos: (i) el *Fast Track Mediation*²⁸; y (ii) el *Fast Track Settlement*²⁹.

En el primero de ellos, un funcionario del *Appeals Office*³⁰ del IRS funge como mediador para incitar al contribuyente y a la autoridad fiscal a llegar a una solución. Este mediador se enfoca únicamente en facilitar las discusiones y el trabajo entre las dos partes, en caso de que no lleguen a un acuerdo termina el procedimiento. Por otro lado, en el *Fast Track Settlement* el funcionario del *Appeals Office* igualmente busca facilitar las condiciones para que ambas partes lleguen a un acuerdo; sin embargo, a diferencia del *Fast Track Mediation*, en caso de que no lleguen a un acuerdo en un primer momento, el tercero neutral puede hacer las veces de un *appeals officer* de un proceso de apelación ordinario; este hace un estudio del caso conforme a este último proceso y llega a una resolución. Este funcionario le hace saber a las partes la recomendación a la que llegó y estos expresarán si están conformes o no con la solución reflejada en dicha recomendación, si alguna de aquellas no está de acuerdo no será vinculativa³¹.

Una vez que se completó el procedimiento con un acuerdo, ya sea cualquiera de las dos alternativas que se haya optado, las partes firman un acuerdo de tracto abreviado donde se detalla el mismo y después entran a un *Closing Agreement*³². Con todos estos pasos completados, el acuerdo es vinculativo para ambas partes y no puede ser impugnado.

Como podemos observar, el *Fast Track Mediation* se asimila más a una mediación, tal como lo indica su nombre, ya que la intervención del tercero neutral es muy limitada, sin tener la posibilidad de proponer una recomendación. Mientras que el *Fast Track Settlement* se puede catalogar como una conciliación, debido a que el tercero neutral tiene una intervención activa durante el proceso, principalmente si no llegan a un acuerdo en un primer momento, donde él podrá emitir una recomendación concreta que las partes podrán aceptar o rechazar.

²⁸ Traducción en español: "Procedimiento Acelerado de Mediación".

²⁹ Traducción en español: "Procedimiento Acelerado de Acuerdo".

³⁰ Traducción en español: "Oficina de Apelaciones".

³¹ Katz-Pearlman, Sharon, "IRS Fast Track Mediation and Settlement", *The CPA in Mediation and Arbitration*, *The CPA Journal*, New York, 2003, visible en <http://archives.cpajournal.com/2003/0603/dept/d066803.htm>.

³² Traducción en español: "Acuerdo de cierre".

4. Portugal

Portugal es el parámetro fundamental en cuanto a la implementación de un arbitraje fiscal. Es el país que mejor ha implementado este mecanismo y le ha sido bastante efectivo. Este instrumento fue instaurado en el 2011 a través del Decreto Ley N° 10/2011³³, que entró en vigor a partir del 1° de julio del mismo año³⁴; por lo que podemos advertir que no lleva mucho tiempo en operación, como casi todos los MASC en materia tributaria. El abogado portugués citado en el capítulo anterior, Diogo Leite Campos, menciona que, a diferencia de muchos países, Portugal no consideró que el arbitraje en materia fiscal significara una violación a principios constitucionales. En cambio, establece que más bien se hizo un análisis por cuestiones tanto científicas como prácticas³⁵.

En cuanto a las cuestiones científicas, se atendió a resolver los pormenores que existían en el acceso a la justicia por parte de los contribuyentes, principales afectados por la demora en llegar a una resolución de los tribunales. Otra cuestión que se estudió fue el tema de quién sería el facultado para ser árbitro; sin embargo, ya no profundizaremos en ella porque ya la abordamos en el capítulo anterior. Ahora bien, en relación con las cuestiones prácticas, las principales fueron que los tribunales del Estado ya no estarían saturados con trabajo al poder desahogar algunos asuntos ante los árbitros y, fundamentalmente, que el contribuyente gastaría la misma cantidad de dinero en un proceso ante los tribunales que en un procedimiento de arbitraje fiscal; esto fue determinado por un decreto emitido por el Estado portugués³⁶. En este sentido, en los casos en que el contribuyente no designe a uno de los árbitros solamente pagará una parte de la tarifa de arbitraje, en la que están comprendidos los honorarios de este. Por el otro lado, si el con-

³³ Publicado en el Diario de la República (Portugal) el 20 de enero de 2011, visible en <https://dre.pt/pesquisa/-/search/280904/details/normal>.

³⁴ Martinoli, Carolina, "Fórmulas alternativas para la resolución de conflictos tributarios. Análisis del Derecho Comparado", *XXV Concurso de Monografías*, Panamá, CIAT, 2017, p. 57, visible en https://www.ciat.org/Biblioteca/ConcursosdeMonografia/XXV-2017/xxv_I_Premio_Martinoli.pdf.

³⁵ Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, "Procedimientos alternativos de solución de diferendos en materia tributaria", *Memorias del Foro Internacional*, Ciudad de México, PRODECON, 2014, pp. 64 y 65, visible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/67829/Memoria_16_Procedimientos_alternativos_de_soluci_n_de_diferendos_en_materia_tributaria.pdf.

³⁶ *Idem*.

tribuyente decide designar a uno de los árbitros, tendrá que pagar la tarifa arbitral completa.

En conclusión, Portugal buscó implementar un MASC en materia tributaria que estuviera estrechamente ligada con el Estado, ya que este establece los requisitos para poder ser árbitro, no queda a discreción de las partes. Evidentemente, no hace falta estudiar la naturaleza jurídica de este instrumento, ya que a todas luces y, como lo dice su nombre, se trata de un arbitraje. La resolución a la que llega el árbitro es un laudo, el cual tiene carácter de cosa juzgada y, por lo mismo, será vinculativa para las partes.

5. *México*

Naturalmente, el país que toma más relevancia para el presente estudio es México, esto para ver cómo está ubicado en el desarrollo de los MASC en materia fiscal, por lo cual, su análisis será más exhaustivo que el de los anteriores.

El principal instrumento que México ha implementado como medio de justicia alternativa en materia tributaria son los acuerdos conclusivos tramitados ante la PRODECON. No obstante, no entraremos a más detalle sobre dicho procedimiento en el presente capítulo, ya que deliberaremos a profundidad sobre él en el siguiente apartado.

6. *Proyecto BEPS*

En el presente capítulo, ya dimos una semblanza de la regulación e implementación de los MASC en el ámbito nacional en diferentes jurisdicciones, ahora haremos un análisis en el ámbito de organismos internacionales. Para efectos de este tema, es indispensable examinar las políticas que realiza la OCDE, ya que es una de las principales organizaciones internacionales que estudian y regulan en el ámbito fiscal.

En los términos anteriores, resulta pertinente separar uno de los proyectos por parte de la OCDE para proceder a su análisis, siendo este el Proyecto BEPS cuyo reporte final fue publicado en octubre de 2015³⁷. La OCDE define BEPS como “la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios propiciados por la existencia de lagunas o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas impositivos nacionales de los que pueden servirse las empresas multinacionales... con el fin de hacer “desaparecer” beneficios a efectos fiscales, o bien de trasladar beneficios hacia ubicaciones

³⁷ Visible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>.

donde existe escasa o nula actividad real...”³⁸. BEPS es un proyecto compuesto por quince acciones, de las cuales únicamente la acción 14, “Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias”, es relevante para este texto.

La acción 14 de BEPS busca prever un mecanismo de solución pacífica de controversias que se establezca en los convenios bilaterales fiscales. Para ello, se basan en el procedimiento amistoso regulado en el Artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE³⁹, que en re-

³⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *10 Preguntas sobre BEPS*, OCDE, p. 1, visible en <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>.

³⁹ “Artículo 25. Procedimiento Amistoso.

1. Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición que no esté conforme con las disposiciones del presente Convenio podrá, con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados, someter su caso a la autoridad competente del Estado contratante del que sea residente o, si fuera aplicable el apartado 1 del artículo 24, a la del Estado contratante del que sea nacional. El caso deberá ser planteado dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

2. La autoridad competente, si la reclamación le parece fundada y si no puede por sí misma encontrar una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver la cuestión por medio de un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante, a fin de evitar una imposición que no se ajuste a este Convenio. El acuerdo será aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes.

3. Las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver las dificultades o las dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio por medio de un acuerdo amistoso. También podrán ponerse de acuerdo para tratar de eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.

4. A fin de llegar a un acuerdo en el sentido de los apartados anteriores, las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán comunicarse directamente, incluso en el seno de una comisión mixta integrada por ellas mismas o sus representantes.

5. Cuando, a) en virtud del apartado 1 una persona haya sometido su caso a la autoridad competente de un Estado contratante alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican para ella una imposición no conforme con las disposiciones del presente Convenio, y b) las autoridades competentes no puedan ponerse de acuerdo para resolver la cuestión conforme a lo dispuesto en el apartado 2, en el plazo de dos años desde la presentación del caso a la autoridad competente del otro Estado contratante, a instancia del contribuyente, se someterá a arbitraje toda cuestión irresoluta relacionada con ese caso. Sin embargo, este sometimiento no podrá realizarse cuando un tribunal u organismo administrativo

sumidas cuentas consiste, según la OCDE, en que “las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden resolver las diferencias o superar obstáculos en lo concerniente a la interpretación o aplicación del convenio a partir de un enfoque consensuado”⁴⁰.

Es interesante porque es un MASC en materia tributaria por virtud del cual el Estado contratante, de donde es residente el sujeto que causó un impuesto en otro Estado contratante, funge como representante de dicho contribuyente, quien negociará con el otro Estado parte —donde se causó el impuesto— para evitar una doble imposición o alguna violación al convenio del que se trate. Ahora, si se llega a un acuerdo entre los Estados contratantes se elaborará un dictamen de resolución y este será vinculante para ambos Estados. Por el contrario, si no se llega a un acuerdo o queda alguna cuestión irresoluta, el contribuyente podrá solicitar un arbitraje para que resuelvan esas cuestiones pendientes, en el cual se emitirá un laudo que será vinculante para ambos Estados.

Podemos ver que el procedimiento amistoso es un mecanismo internacional, independiente a los que tenga cada Estado en su Derecho interno, que busca resolver los conflictos que surjan de la aplicación e interpretación de los tratados internacionales en materia tributaria, mismos que tienen como objetivo minimizar los riesgos de incertidumbre y doble imposición que conlleva la aplicación de los tratados internacionales de esta naturaleza.

Entonces lo que sugiere la OCDE, es que todos los Estados miembro realicen las modificaciones necesarias en su legislación interna para que, al momento de que celebren tratados internacionales en materia tributaria, no exista un obstáculo en su Derecho interno que impida la implementación del procedimiento amistoso y, en su defecto, que siempre estipulen este mecanismo en dichos convenios bilaterales.

de cualquiera de los Estados contratantes se haya pronunciado previamente sobre dichas cuestiones irresolutas. A menos que una persona a la que concierna directamente el caso rechace el acuerdo amistoso que aplique el dictamen, dicho dictamen será vinculante para ambos Estados y aplicable independientemente de los plazos previstos por el derecho interno de los Estados contratantes. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo el modo de aplicación de este apartado.”

⁴⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Resúmenes. Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015*, OCDE, p. 49, visible en <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf>.

IV. ACUERDOS CONCLUSIVOS

1. Antecedentes

En México, a finales del siglo xx y principios del siglo xxi, empezó una tendencia por parte del gobierno de implementar los MASC en la materia fiscal, derivado de las problemáticas que existían tanto en México como a nivel mundial en el tema.

En los inicios de la década de 1990, se dio el primer paso de esta tendencia sobre la implementación mencionada anteriormente, por virtud del cual México celebró sus primeros Tratados para Evitar la Doble Tributación (TEDT), de los cuales destacaremos los firmados con Francia, Estados Unidos y Singapur en 1991, 1992, y 1994, respectivamente⁴¹. Sin embargo, lo importante para el presente estudio no son estos tratados *per se*, sino la cláusula de acuerdo amistoso que se introdujo en ellos como herramienta para resolver controversias que surjan de los mismos. En este orden de ideas, sí se ha usado el acuerdo amistoso para resolver conflictos derivados de los tratados en cuestión; sin embargo, tuvieron lugar más de diez años después de haberse firmado cada uno de los tratados indicados. El primer acuerdo amistoso firmado con cada uno de los países de los tres tratados mencionados fueron: primero se firmó uno con Francia en el año 2003⁴², posteriormente se firmó uno con Estados Unidos en el 2005⁴³ y, finalmente, se firmó uno en el 2006 con Singapur⁴⁴.

Ahora bien, derivado de la celebración de los TEDT, México llevó a cabo modificaciones en su legislación interna para armonizar su contenido con el de los

⁴¹ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Estado que guardan los Convenios Fiscales celebrados por México*, México, SHCP, 2019, visible en [file:///C:/Users/69400/Downloads/CUADRO+ESTADO+TRATADO+OCTUBRE%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/69400/Downloads/CUADRO+ESTADO+TRATADO+OCTUBRE%20(3).pdf)

⁴² Servicio de Administración Tributaria, *Acuerdo Amistoso entre México y la República Francesa sobre la interpretación y la aplicación de los párrafos 2 y 3 del Artículo 11 del TEDT*, México, SAT, [file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+Amistosos%20\(1\).zip/Francia%20\(Español\).pdf](file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+Amistosos%20(1).zip/Francia%20(Español).pdf).

⁴³ Servicio de Administración Tributaria, *Acuerdo Amistoso entre México y EE. UU. en materia de residencia fiscal*, México, SAT, [file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+AmistOsos%20\(1\).zip/Estados%20Unidos-Residencia%20Fiscal%20\(Español\).pdf](file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+AmistOsos%20(1).zip/Estados%20Unidos-Residencia%20Fiscal%20(Español).pdf).

⁴⁴ Servicio de Administración Tributaria, *Acuerdo Amistoso entre México y la República de Singapur sobre la interpretación y la aplicación del párrafo 5, inciso A), Subinciso III) del Primer Protocolo del TEDT*, México, SAT, [file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+Amistosos%20\(1\).zip/Singapur%202006.pdf](file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+Amistosos%20(1).zip/Singapur%202006.pdf).

TEDT. La reforma más importante respecto de los MASC en materia fiscal fue la que se hizo al CFF que entró en vigor en el año 1997⁴⁵, consistente en adicionar la fracción VIII del Artículo 124⁴⁶, y el tercer párrafo del Artículo 125⁴⁷ del ordenamiento en cuestión. La primera de las adiciones señala la improcedencia del recurso de revocación cuando se haga valer contra resoluciones dictadas por la autoridad administrativa en un MASC previsto en cualquier TEDT firmado por México, siempre que dicho MASC sea haya iniciado después de que se haya emitido una resolución mediante un recurso de revocación o un juicio contencioso administrativo. Por el otro lado, la segunda adición contempló la posibilidad de impugnar un acto administrativo a través de una MASC contenido en un TEDT, solo si el actor es un residente en el extranjero y exista un TEDT con su país de residencia, y podrá interponerlo con anterioridad o posterioridad a la resolución del recurso de revocación o del juicio de nulidad.

⁴⁵ Publicado en el DOF el 30 de diciembre de 1996, visible en http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4907228&fecha=30/12/1996&cod_diario=209875.

⁴⁶ "Artículo 124.- Es improcedente el recurso cuando se haga valer contra actos administrativos:

...

VIII. Que hayan sido dictados por la autoridad administrativa en un procedimiento de resolución de controversias previsto en un tratado para evitar la doble tributación, si dicho procedimiento se inició con posterioridad a la resolución que resuelve un recurso de revocación o después de la conclusión de un juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa".

⁴⁷ "Artículo 125.- El interesado podrá optar por impugnar un acto a través del recurso de revocación o promover, directamente contra dicho acto, juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Deberá intentar la misma vía elegida si pretende impugnar un acto administrativo que sea antecedente o consecuente de otro; en el caso de resoluciones dictadas en cumplimiento de las emitidas en recursos administrativos, el contribuyente podrá impugnar dicho acto, por una sola vez, a través de la misma vía. Si la resolución dictada en el recurso de revocación se combate ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la impugnación del acto conexo deberá hacerse valer ante la sala regional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa que conozca del juicio respectivo.

Los procedimientos de resolución de controversias previstos en los tratados para evitar la doble tributación de los que México es parte son optativos y podrán ser solicitados por el interesado con anterioridad o posterioridad a la resolución de los medios de defensa previstos por este Código. Los procedimientos de resolución de controversias son improcedentes contra las resoluciones que ponen fin al recurso de revocación o al juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa".

Posteriormente, el 5 de enero de 2004 se tomó la segunda medida en esta tendencia tributaria, mediante una gran reforma fiscal que entró en vigor en el mes mencionado, por virtud del cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del CFF, pero teniendo una gran importancia para efectos de este texto, la adición del Artículo 18-B del mencionado Código, en el que se establecieron las atribuciones de la PRODECON como principal defensor y protector de los derechos e intereses de los contribuyentes, tanto en materia fiscal como en materia administrativa, a través de sus facultades de asesoría, representación y defensa de los contribuyentes que soliciten su intervención⁴⁸. Sin embargo, todavía no se había constituido la PRODECON, por lo que no tuvo un impacto inmediato esta adición al CFF, pero fue el antecedente que abrió las puertas a las demás implementaciones en materia de MASC fiscal.

Por último, el tercer paso de los señalados ocurrió en el 2006, año en que se expidió la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (LOPDC), la cual entró en vigor en septiembre de ese mismo año⁴⁹. Ahora sí, ya se contaba con la norma jurídica que diera nacimiento a este organismo protector de los derechos de los contribuyentes y así poder cumplir efectivamente con lo buscado en los dos años anteriores. Sin embargo, el desarrollo de este organismo sufrió un retroceso debido a que el decreto de ley por la cual se expidió la LOPDC fue impugnada por el Procurador General de la República ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la acción de inconstitucionalidad 38/2006, la cual se resolvió hasta el 16 de mayo de 2008, publicándose con sus últimas reformas el 7 de septiembre de 2009⁵⁰.

⁴⁸ "Artículo 18-B.- La protección y defensa de los derechos e intereses de los contribuyentes en materia fiscal y administrativa, estará a cargo de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, correspondiéndole la asesoría, representación y defensa de los contribuyentes que soliciten su intervención, en todo tipo de asuntos emitidos por autoridades administrativas y organismos federales descentralizados, así como, determinaciones de autoridades fiscales y de organismos fiscales autónomos de orden federal".

⁴⁹ Publicado en el DOF el 4 de septiembre de 2006, visible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4930008&fecha=04/09/2006.

⁵⁰ Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, ¿Qué es Prodecon? Historia, México, PRODECON, visible en <https://www.prodecon.gob.mx/index.php/home/que-es-prodecon/historia>.

El 28 de abril del 2011 fue electa la primera Procuradora de la Defensa del Contribuyente, llamado Ombudsman fiscal, y no entró en funciones la PRODECON sino hasta el 1° de septiembre del 2011. Por lo que podemos observar, hubo un periodo de cinco años de inactividad de este organismo desde el momento de su creación hasta que realmente empezó a ejercer sus funciones.

En seguimiento al análisis histórico de lo sucedido desde el 2004 hasta el 2011, vemos cómo México fue avanzando en el desarrollo de protección tributaria.

Ahora bien, en un principio la PRODECON únicamente estaba facultada para llevar dos procedimientos: el procedimiento de queja y de reclamación; siendo las dos un MASC. En ambos procedimientos se tiene como objetivo que, en la conclusión del procedimiento, la PRODECON emita una recomendación pública no vinculatoria o adopte las medidas correctivas necesarias⁵¹.

Pese a la relevancia que cobraron estos procedimientos, se hablaba de que hacía falta otro que fuera más efectivo y en el que hubiera una mayor participación del contribuyente. En consecuencia, en la famosa reforma fiscal para 2014, se incorporó a la regulación fiscal mexicana el mecanismo de los acuerdos conclusivos, mismo que entró en vigor el día 1° de enero de 2014⁵², por virtud del cual se adicionó el Capítulo II del Título III del CFF, denominado “De los Acuerdos Conclusivos”.

2. Desarrollo

Los acuerdos conclusivos han sido el MASC más importante en la legislación mexicana fiscal. Este mecanismo procede frente a hechos y omisiones descritos y

⁵¹ “Art. 5.- LOPDC. Corresponderá a la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente:

...

III.- Conocer e investigar de las quejas de los contribuyentes afectados por los actos de las autoridades fiscales federales por presuntas violaciones a sus derechos, en los términos de la presente Ley y, en su caso, formular recomendaciones públicas no vinculatorias, respecto a la legalidad de los actos de dichas autoridades;

...

IX.- Recabar y analizar la información necesaria sobre las quejas y reclamaciones interpuestas, con el propósito de verificar que la actuación de la autoridad fiscal esté apegada a Derecho a fin de proponer, en su caso, la recomendación o adopción de las medidas correctivas necesarias, así como denunciar ante las autoridades competentes la posible comisión de delitos, así como de actos que puedan dar lugar a responsabilidad civil o administrativa de las autoridades fiscales federales...”

⁵² Publicado en el DOF el 9 de diciembre de 2013, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5324942&fecha=09/12/2013.

asentados en un documento por la autoridad fiscal, mediante una visita domiciliaria, una revisión de gabinete o una revisión electrónica, que puedan entrañar incumplimiento de las disposiciones fiscales. El contribuyente podrá solicitar este procedimiento antes de que se le notifique al contribuyente la resolución que determine el monto de las contribuciones omitidas. Siempre la autoridad ya habrá hecho la calificación de hechos u omisiones y, a su vez, el contribuyente propondrá una calificación que considere que es la correcta⁵³.

Ahora bien, una característica importante de este medio de justicia alternativa es que existe la intervención de un tercero imparcial, este tiene por cometido convocar mesas de diálogo en los que el contribuyente y la autoridad que ejerció las facultades de comprobación, llamada autoridad revisora, buscarán llegar a una solución en la que ambas partes estén de acuerdo, donde dicho tercero neutral tiene como objetivo procurar un ambiente amigable mientras las partes dialogan y el guiarlas para llegar a dicho consenso; igualmente, este tercero interesado funge como testigo.

Como podemos advertir, se trata de un simple mediador; sin embargo, lo interesante y destacable es que, en este proceso, el mediador es el ombudsman fiscal mexicano, es decir, la PRODECON —un organismo institucional que justamente tiene como objeto procurar los derechos del contribuyente—. La figura del ombudsman fiscal es poco frecuente en las legislaciones de la mayoría de los países, y en México sí existe y no solo eso, sino que participa activamente en este MASC en materia tributaria. La gran relevancia surge porque al ser el ombudsman fiscal el mediador, garantiza al contribuyente que será guiado en todo este procedimiento por

⁵³ Código Fiscal de la Federación. “Artículo 69-C.- Cuando los contribuyentes sean objeto del ejercicio de las facultades de comprobación a que se refiere el artículo 42, fracciones II, III o IX de este Código y no estén de acuerdo con los hechos u omisiones asentados en la última acta parcial, en el acta final, en el oficio de observaciones o en la resolución provisional, que puedan entrañar incumplimiento de las disposiciones fiscales, podrán optar por solicitar la adopción de un acuerdo conclusivo. Dicho acuerdo podrá versar sobre uno o varios de los hechos u omisiones consignados y será definitivo en cuanto al hecho u omisión sobre el que verse. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los contribuyentes podrán solicitar la adopción del acuerdo conclusivo en cualquier momento, a partir de que dé inicio el ejercicio de facultades de comprobación y hasta antes de que se les notifique la resolución que determine el monto de las contribuciones omitidas, siempre que la autoridad revisora ya haya hecho una calificación de hechos u omisiones”.

un asesor especializado en la materia tributaria, independientemente del derecho que tiene de acudir con un abogado a dichas reuniones.

Al final del procedimiento, si se llega a un consenso se procederá a la suscripción del acuerdo conclusivo, el cual deberán firmar el contribuyente, la autoridad revisora y la misma PRODECON⁵⁴, y adquirirá el carácter de cosa juzgada. El beneficio fiscal que se determinó en caso de que se usara este instrumento, es el derecho a la condonación del 100% de las multas que deriven de esas contribuciones en la primera ocasión que se adopte⁵⁵, mientras que en las siguientes suscripciones del mismo contribuyente se aplicará lo estipulado en el Artículo 17 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente⁵⁶.

⁵⁴ Código Fiscal de la Federación. "Artículo 69-E.- La Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, una vez que acuse recibo de la respuesta de la autoridad fiscal, contará con un plazo de veinte días para concluir el procedimiento a que se refiere este Capítulo, lo que se notificará a las partes. De concluirse el procedimiento con la suscripción del Acuerdo, éste deberá firmarse por el contribuyente y la autoridad revisora, así como por la referida Procuraduría. Para mejor proveer a la adopción del acuerdo conclusivo, la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente podrá convocar a mesas de trabajo, promoviendo en todo momento la emisión consensuada del acuerdo entre autoridad y contribuyente".

⁵⁵ Código Fiscal de la Federación. "Artículo 69-G.- El contribuyente que haya suscrito un acuerdo conclusivo tendrá derecho, por única ocasión, a la condonación del 100% de las multas; en la segunda y posteriores suscripciones aplicará la condonación de sanciones en los términos y bajo los supuestos que establece el artículo 17 de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente. Las autoridades fiscales deberán tomar en cuenta los alcances del acuerdo conclusivo para, en su caso, emitir la resolución que corresponda. La condonación prevista en este Artículo no dará derecho a devolución o compensación alguna".

⁵⁶ "Artículo 17.- Los contribuyentes que corrijan su situación fiscal, pagarán una multa equivalente al 20% de las contribuciones omitidas, cuando el infractor las pague junto con sus accesorios después de que se inicie el ejercicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales y hasta antes de que se le notifique el acta final de la visita domiciliaria o el oficio de observaciones a que se refiere la fracción VI del artículo 48 del Código Fiscal de la Federación, según sea el caso. Si el infractor paga las contribuciones omitidas junto con sus accesorios, después de que se notifique el acta final de la visita domiciliaria o el oficio de observaciones, según sea el caso, pero antes de la notificación de la resolución que determine el monto de las contribuciones omitidas, pagará una multa equivalente al 30% de las contribuciones omitidas. Así mismo, podrán efectuar el pago en parcialidades de conformidad con lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, siempre que esté garantizado el interés fiscal".

Los acuerdos conclusivos suscritos no serán impugnables, es decir, no procederá medio de defensa alguno contra el acuerdo suscrito por las partes. De igual manera, estos acuerdos solo tendrán efectos *inter partes*, y en ningún caso generarán precedentes, tal como lo señala el CFF⁵⁷. Todos los acuerdos conclusivos deberán inscribirse en el registro institucional de los acuerdos conclusivos de la PRODECON.

3. Estadísticas

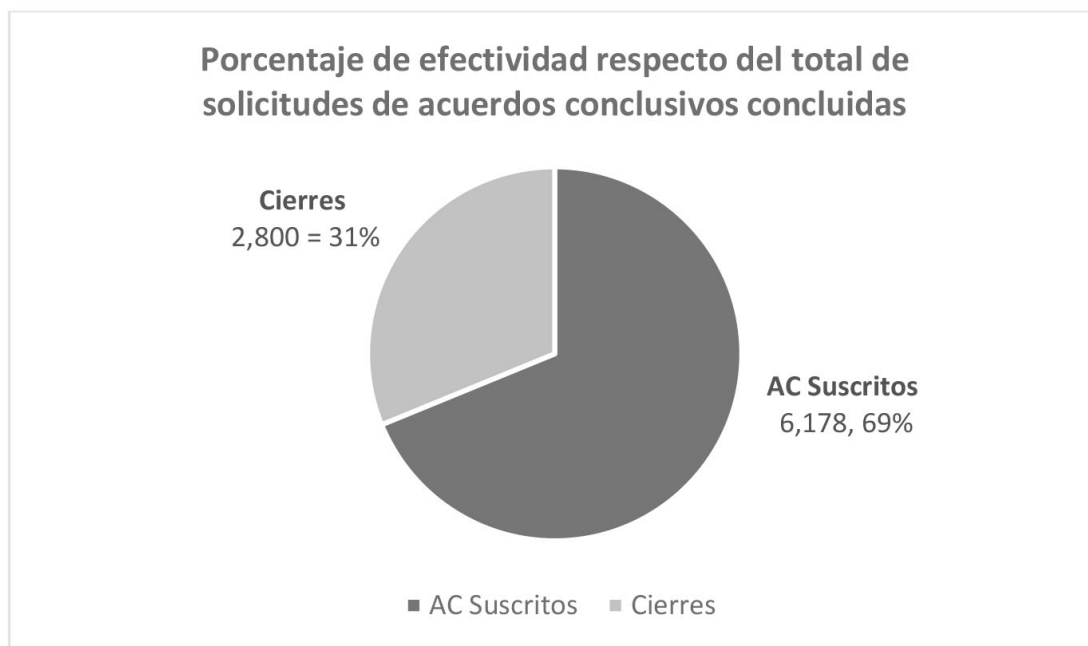
Es cierto que los acuerdos conclusivos son un procedimiento novedoso para la solución de controversias tributarias de manera alterna a la impartición de justicia por los tribunales, por todos los elementos y características mencionados anteriormente. No obstante, es necesario saber si dicho procedimiento ha sido tan exitoso como se esperaba o, por el contrario, debido a algún obstáculo no ha alcanzado la eficiencia especulada.

En ese sentido, la propia PRODECON ha publicado varias estadísticas muy interesantes que reflejan la participación que ha habido de los contribuyentes, su porcentaje de efectividad y otros más. Cabe destacar que la PRODECON ha registrado estos números desde el primer día que empezaron sus operaciones al público respecto de los acuerdos conclusivos, por lo que dichas estadísticas comprenden el periodo del 1° de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2019, por lo que podemos advertir, se va actualizando de manera anual, llegando hasta el año anterior.

La primera estadística refleja el porcentaje de efectividad respecto del total de las solicitudes de acuerdos conclusivos concluidas; se determinó que de un total de 8,978 solicitudes de acuerdos conclusivos que concluyeron, 6,178 de ellas terminaron en la suscripción del mismo, el cual representa el 69% del total; y en los 2,800 restantes se terminó el procedimiento con el acuerdo de cierre, es decir, que del 100% de los procedimientos de acuerdos conclusivos que concluyeron,

⁵⁷ "Artículo 69-H.- En contra de los acuerdos conclusivos alcanzados y suscritos por el contribuyente y la autoridad no procederá medio de defensa alguno; cuando los hechos u omisiones materia del acuerdo sirvan de fundamento a las resoluciones de la autoridad, los mismos serán incontrovertibles. Los acuerdos de referencia sólo surtirán efectos entre las partes y en ningún caso generarán precedentes. Las autoridades fiscales no podrán desconocer los hechos u omisiones sobre los que versó el acuerdo conclusivo, ni procederá el juicio a que se refiere el Artículo 36, primer párrafo de este Código, salvo que se compruebe que se trate de hechos falsos".

en el 31% de ellos no se llegó a un consenso entre el contribuyente y la autoridad revisora⁵⁸.



Asimismo, la PRODECON hizo una relación del total de solicitudes de acuerdo conclusivo activas en contra de las ya concluidas, de las cuales, de un total de 11,640 solicitudes, 10,490 ya se concluyeron y 1,150 siguen activas. Por lo que podemos señalar que, hasta finales del año pasado, ya se habían resuelto un poco más del 90% de las solicitudes de acuerdos conclusivos que se habían presentado desde la entrada en vigor de dicho procedimiento⁵⁹.

Por otro lado, la PRODECON presentó dos estadísticas interesantes, aunque no son de gran relevancia para el estudio que estamos realizando, por lo que simplemente haremos una breve mención de ellas. La primera señala que, del total de 11,640 solicitudes de acuerdos conclusivos, aproximadamente en el 70% de ellos, la autoridad revisora ha sido el Servicio de Administración Tributaria, mejor conocido como SAT⁶⁰. Mientras que la segunda estadística destaca que, del mismo

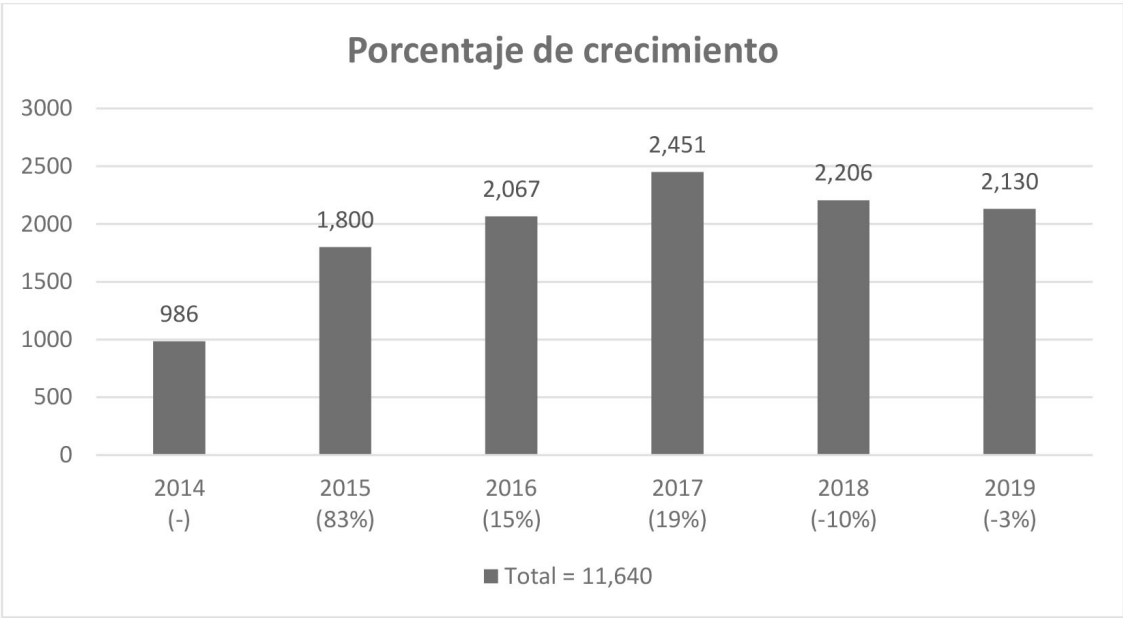
⁵⁸ Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, *Datos Abiertos. Acuerdos conclusivos*, México, PRODECON, visible en http://www.prodecon.gob.mx/datosAbiertos/CSV/acuerdos_conclusivos/porcentaje_de_efectividad_respecto_del_total_de_sac_concluidas.pdf.

⁵⁹ *Ibidem*, http://www.prodecon.gob.mx/datosAbiertos/CSV/acuerdos_conclusivos/total_de_solicitudes_de_acuerdo_conclusivo_activas_vs_concluidas.pdf.

⁶⁰ *Ibidem*, http://www.prodecon.gob.mx/datosAbiertos/CSV/acuerdos_conclusivos/total_de_sac_por_autoridad_revisora.pdf.

número de total de solicitudes, casi el 80% han sido presentadas por personas morales, por lo que podemos observar que las personas físicas ven menos atractivo el uso de este mecanismo⁶¹.

Por último, queremos sobresaltar el porcentaje de crecimiento que han tenido las solicitudes de acuerdos conclusivos durante el periodo mencionado anteriormente. La estadística consiste en reflejar el crecimiento que hubo en el año señalado respecto del año anterior, para efecto didácticos insertamos una tabla a continuación⁶²:



Como se puede advertir, hubo un gran crecimiento en el segundo año y continuó de manera un poco más mesurada en los siguientes dos años. Por el contrario, desafortunadamente, en el quinto y en el sexto año hubo un decrecimiento en las solicitudes presentadas por los contribuyentes⁶³.

4. Colofón

En los términos vistos en el presente capítulo, es pertinente resaltar los aspectos más importantes de los acuerdos conclusivos para efectos del presente estudio.

⁶¹ *Ibidem*, http://www.prodecon.gob.mx/datosAbiertos/CSV/acuerdos_conclusivos/total_de_solicitudes_de_acuerdo_conclusivo_por_tipo_de_persona.pdf.

⁶² *Ibidem*, http://www.prodecon.gob.mx/datosAbiertos/CSV/acuerdos_conclusivos/porcentaje_de_crecimiento.pdf.

⁶³ *Ibidem*, http://www.prodecon.gob.mx/datosAbiertos/CSV/acuerdos_conclusivos/total_de_solicitudes_de_acuerdo_conclusivo_sac.pdf.

Los acuerdos conclusivos, como la mayoría de los MASC, han representado un beneficio económico para los contribuyentes, ya que han abierto las puertas para que éstos formen parte de un procedimiento que dura menos tiempo que un juicio ordinario, lo que pudiera derivar en obtener una resolución favorable y que se paguen menos servicios de asesoría de un abogado, o incluso, que no se contrate a un abogado que asesore al contribuyente durante el procedimiento debido a la figura de la PRODECON, quien velará por los derechos de aquél en todo momento durante el trámite de los acuerdos conclusivos.

Asimismo, se puede advertir que este procedimiento facilita el acceso a todos los contribuyentes; las personas que cuenten con menos recursos económicos podrán formar parte del procedimiento sin tener que invertir cantidad de dinero alguna en asesoría fiscal ya que las asistirá la PRODECON, quien brinda sus servicios de manera totalmente gratuita, tal como lo señala el Artículo 3o. de la Ley Orgánica de dicha institución⁶⁴. Igualmente, los contribuyentes recibirán la condonación total de multas tratándose del primer acuerdo conclusivo suscrito.

En seguimiento a lo dicho en líneas anteriores, la adopción de este instrumento no solamente significa un beneficio para los contribuyentes como ya lo indicamos, sino que también el Estado se puede ver beneficiado. El Estado recaudador tiene por objetivo allegarse de recursos por parte de los ciudadanos, sin embargo, si se demora en percibir dichos recursos cinco o diez años a través de una sentencia emitida por un juez o, en su defecto, no percibir dicho beneficio en su totalidad, entonces ya no se estaría cumpliendo con su objetivo de recaudación. Por ello, la adopción de este mecanismo ha servido para que el Estado mexicano haya podido percibir ingresos mediante el pago de contribuciones que se han acordado a través de los 6,178 acuerdos conclusivos suscritos; es decir, que su proceso de recaudación evita su obstaculización que deriva del retraso en la emisión de sentencias por parte de los tribunales.

⁶⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente “Artículo 3.- Los servicios que regula esta Ley se prestarán gratuitamente bajo los principios de probidad, honradez y profesionalismo. Tratándose de los servicios de representación a que hace referencia la fracción II del artículo 5, únicamente se proporcionarán cuando el monto del asunto no exceda de treinta veces el salario mínimo del Distrito Federal elevado al año...”

Por otro lado, es importante señalar que los acuerdos conclusivos han tenido una buena impresión por parte de los contribuyentes, como vimos hubo un crecimiento paulatino en las solicitudes del mencionado procedimiento; sin embargo, en los últimos años se presencié un decrecimiento de estas, pero no fue tan radical y pudo haber sido por varios factores implicados. No obstante, es importante señalar lo que dijo Miguel Messmacher Linartas al respecto:

La figura [acuerdos conclusivos] es nueva en México y, en ese sentido: estamos viviendo un proceso de aprendizaje tanto desde el punto de vista de las autoridades, como desde el punto de vista de los contribuyentes y de PRODECON. Así, si bien lo que ya se ha hecho implica una mejora muy significativa, ello no quiere decir que el procedimiento no sea perfectible y, por tanto, que no sea posible realizar modificaciones que mejoren aún más su funcionamiento y eficiencia en beneficio de todos los involucrados⁶⁵.

Así, los acuerdos conclusivos apenas se encuentran en su primera etapa de funcionamiento, por ello, tendrán varias fallas a lo largo de la misma, pero se podrá ir perfeccionando mediante el paso del tiempo y así podrá llegar a ser un mecanismo más usado por los contribuyentes, subiendo los números de las solicitudes presentadas para su operación.

Finalmente, a todas luces los acuerdos conclusivos tienen la naturaleza jurídica de una mediación institucional tributaria, ya que solo puede llevarse ante la PRODECON. Posiblemente sería una buena modificación otorgarle a la PRODECON la facultad de poder realizar recomendaciones de proyectos de solución durante el procedimiento de los acuerdos conclusivos, pero esto generaría un cambio sustancial en el procedimiento y en la naturaleza jurídica del mismo, ya que en ese caso se estaría hablando de una conciliación y no de una mediación. No obstante, ese tema no forma parte del presente texto y, por el momento, los acuerdos conclusivos son una mediación institucional tributaria y han tenido mucho éxito en México.

⁶⁵ Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, *Procedimientos alternativos de solución de diferendos en materia tributaria, Memorias del Foro Internacional*, Ciudad de México, PRODECON, 2014, p. 20, visible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/67829/Memoria_16_Procedimientos_alternativos_de_soluci_n_de_diferendos_en_materia_tributaria.pdf.

V. CONCLUSIÓN

1. Los acuerdos conclusivos son un mecanismo novedoso en la materia tributaria, como lo estudiamos en el texto, podemos descartar el hecho de que su principal fuente de influencia haya sido el proyecto BEPS de la OCDE, ya que el informe final de éste se publicó con posterioridad a la creación de los acuerdos conclusivos y, principalmente, porque este proyecto solo busca que se implementen MASC tributarios en el nivel internacional —en los tratados internacionales—, *contrario sensu*, no tiene como finalidad que los implementen los Estados en su regulación interna. Ahora bien, se nota una clara influencia por parte del *accertamento con adesione* de la regulación italiana, ya que guarda muchas similitudes con ella pese a que esta no sea una mediación, pero se considera que ha sido el ejemplo por seguir en el tema de MASC tributarios a nivel mundial. Por otro lado, existe una ligera influencia por parte de los portugueses, en el sentido de que es un mecanismo institucionalizado, solo puede ser llevado ante la PRODECON en el caso de México.

2. No cabe duda de que los acuerdos conclusivos son una mediación. No obstante, tiene una característica innovadora que radica en su institucionalidad. Para muchos países es un gran paso que México tenga la figura del ombudsman fiscal, y no solo eso, también que esta institución sea la única mediadora facultada para llevar este procedimiento alternativo fiscal.

3. Los acuerdos conclusivos son una implementación importante en la legislación fiscal mexicana debido a todos los objetivos que busca alcanzar. Sin embargo, apenas se encuentra su uso en los inicios y se tendrán que ir perfeccionando varios aspectos del procedimiento para que, cada vez más, sean adoptados por los contribuyentes para la solución de conflictos y exista una protección efectiva de sus derechos.

4. Finalmente, los acuerdos conclusivos han tenido mucho éxito. Ahora, eso no significa que no se puedan implementar otros más, tales como una conciliación o un arbitraje fiscal. Se puede sacar provecho del hecho de ya contar con una institución especializada en materia tributaria, la cual pudiera fungir como el tercero neutro en dichos instrumentos, aunque se ha criticado la posibilidad de que realmente sea imparcial porque es financiado por el Estado mismo.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

ÁLVAREZ BANDERAS, Jorge, *La mediación fiscal en México. La ausencia de una herramienta efectiva en la solución de conflictos*, Lejona, Universidad del País Vasco, <https://www.ehu.eus/documents/3012743/4523834/Alvarez-Banderas-Jorge.pdf>.

BERNAL LADRÓN DE GUEVARA, Diana, SANTOS FLORES, Israel, y MELGAR MANZANILLA, Pastora, "Acuerdos conclusivos: Primer medio alternativo de solución de controversias en materia tributaria", *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, México, núm. 16, 2014, p. 5, visible en <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/acuerdosconclusivosprimermedioalternativodesoluciondecontroversias.pdf>.

BRAVO, Mauricio, *Arbitraje en materia tributaria*, México, IFA Grupo Mexicano, 2005, <https://www.ifamexico.com.mx/wp-content/uploads/2018/07/ArbitrajeMateriaFiscal-1.pdf>.

KATZ-PEARLMAN, Sharon, "IRS Fast Track Mediation and Settlement", *The CPA in Mediation and Arbitration, The CPA Journal*, New York, 2003, <http://archives.cpajournal.com/2003/0603/dept/d066803.htm>.

MARTINOLI, Carolina, "Fórmulas alternativas para la resolución de conflictos tributarios. Análisis del Derecho Comparado", *XXV Concurso de Monografías*, Panamá, CIAT, 2017, https://www.ciat.org/Biblioteca/ConcursosdeMonografia/XXV-2017/xxv_I_Premio_Martinoli.pdf.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *10 Preguntas sobre BEPS*, OCDE, <https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE*, 2010, <http://www.gerens.cl/gerens/ModeloConvenioTributario.pdf>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Resúmenes. Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios. Informes Finales 2015*, OCDE, <https://www.oecd.org/ctp/beps-resumes-informes-finales-2015.pdf>.

PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *¿Qué es Prodecon? Historia*, México, PRODECON, <https://www.prodecon.gob.mx/index.php/home/que-es-prodecon/historia>.

PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *Datos Abiertos. Acuerdos conclusivos*, México, PRODECON, <http://www.prodecon.gob.mx/index.php/home/datos-abiertos>.

PROCURADURÍA DE LA DEFENSA DEL CONTRIBUYENTE, *Procedimientos alternativos de solución de diferendos en materia tributaria, Memorias del Foro Internacional*, Ciudad de México, PRODECON, 2014, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/67829/Memoria_16_Procedimientos_alternativos_de_solucion_de_diferendos_en_materia_tributaria.pdf.

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, *Estado que guardan los Convenios Fiscales celebrados por México*, México, SHCP, 2019, [file:///C:/Users/69400/Downloads/CUADRO+ESTADO+TRATADO+OCTUBRE%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/69400/Downloads/CUADRO+ESTADO+TRATADO+OCTUBRE%20(3).pdf)

SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, *Acuerdo Amistoso entre México y EE. UU. en materia de residencia fiscal*, México, SAT, [file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+AmistOsos%20\(1\).zip/Estados%20Unidos-Residencia%20Fiscal%20\(Español\).pdf](file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+AmistOsos%20(1).zip/Estados%20Unidos-Residencia%20Fiscal%20(Español).pdf)

SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, *Acuerdo Amistoso entre México y la República de Singapur sobre la interpretación y la aplicación del párrafo 5, Inciso A), Subinciso III) del Primer Protocolo del TEDT*, México, SAT, [file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+Amistosos%20\(1\).zip/Singapur%202006.pdf](file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+Amistosos%20(1).zip/Singapur%202006.pdf).

SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, *Acuerdo Amistoso entre México y la República Francesa sobre la interpretación y la aplicación de los párrafos 2 y 3 del Artículo 11 del TEDT*, México, SAT, [file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+Amistosos%20\(1\).zip/Francia%20\(Español\).pdf](file:///C:/Users/69400/AppData/Local/Temp/Temp1_Acuerdos+Amistosos%20(1).zip/Francia%20(Español).pdf).

2. Legislación

Código Fiscal de la Federación, México, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_090120.pdf.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf.

Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, México, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFDC.pdf>.

Ley General Tributaria (España), <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf>.

Ley Orgánica de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, México, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPDC.pdf>.

Lineamientos que regulan el ejercicio de las atribuciones sustantivas de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, México, <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/66987/LineamientosAtribucionesSustantivasProdecon.pdf>.

3. Sitios de Internet

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, *Accertamento con adesione*, Roma, Agenzia Entrate (Italia), <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/schede/accertamenti/contenzioso-e-strumenti-deflativi/accertamento-con-adesione-cont-strum-defl>.

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS, *Diário da República Eletrónico* (Portugal), DRE, <https://dre.pt/pesquisa/-/search/280904/details/normal>.

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, *Diario Oficial de la Federación*, SG, <https://www.dof.gob.mx/>.

ANÁLISIS DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DEL PROCEDIMIENTO DE DISCREPANCIA FISCAL¹

Gerardo MEJORADO RUIZ²

SUMARIO

I. Introducción. II. Contenido del Artículo 91 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. III. Límites constitucionales del procedimiento de discrepancia fiscal. IV. Los derechos humanos. V. Conclusiones. VI. Fuentes de información.

RESUMEN

Las personas físicas pueden ser objeto de un procedimiento de discrepancia fiscal cuando se comprueba que sus gastos, adquisiciones de bienes, depósitos en cuentas bancarias, en inversiones financieras o tarjetas de crédito, en un año de calendario es superior a los ingresos declarados por el contribuyente, o bien a los que le hubiere correspondido declarar. En el presente artículo, se analiza dicho mecanismo, a la luz de diversos derechos humanos o principios que, se consideran, pueden ser un límite al ejercicio de esta potestad pública.

ABSTRACT

Natural persons may be subject to a fiscal discrepancy procedure when it is proven that their expenses, procurement of goods, deposits in bank accounts, financial investments or credit cards, during one calendar year, is superior to said taxpayer's declared income, or to the income that should have been declared. In this article, we analyze said mechanism, considering the diverse human rights or principals that are limiters to the exercising of this public authority.

¹ Este trabajo es parte del libro titulado: El procedimiento de discrepancia fiscal, subtítulo: Análisis jurídico, publicado bajo la anuencia de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC) y Academia de Derecho Fiscal del Estado de Baja California, A.C. (ADFEBC), a través de Ediciones ILCSA, S.A. de C.V., con ISBN: 978-607-8514-48-9.

² Licenciado en Derecho, con Especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo; por la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC. Maestro en Impuestos por la Facultad de Contaduría y Administración Tijuana de la UABC. Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC. Miembro fundador de la ADFEBC.

PALABRAS CLAVE

Discrepancia Fiscal. Adquisiciones de bienes. Depósitos. Inversiones extranjeras. Ingresos declarados.

KEY WORDS

Fiscal discrepancy. Acquisitions of goods. Deposit. Foreign investments. Declared revenue.

I. INTRODUCCIÓN

El Servicio de Administración Tributaria (SAT) puede iniciar un procedimiento de discrepancia fiscal, cuando comprueba que el monto de erogaciones de una persona física, en un año de calendario es superior a los ingresos declarados por ella, o bien a los que le hubiere correspondido declarar; para lo cual, también se considerarán erogaciones, los gastos, las adquisiciones de bienes, los depósitos en cuentas bancarias, en inversiones financieras o tarjetas de crédito; además, bajo ciertas circunstancias, estas últimas se presumen ingresos, según el Artículo 91 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (Ley del ISR). En consecuencia, si derivado de dicho procedimiento, la autoridad confirma que el contribuyente tuvo una discrepancia (ingresos mayores a los declarados), la diferencia se presumirá ingreso gravado para efectos del tributo respectivo y se formulará la liquidación que corresponda.

A través de este estudio se analiza el procedimiento de discrepancia fiscal, desde la óptica de los derechos humanos, entendidos estos últimos como un límite a dicha potestad pública. Todo esto, con la finalidad de hacer una aportación que sea útil, tanto a autoridades, a efecto de que sea perfeccionada la norma; como a los contribuyentes, con el fin de proponer algunos argumentos de defensa en caso de ser sujetos de la facultad de comprobación referida.

II. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 91 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Dice la Ley del ISR de 11 de diciembre de 2013:

Artículo 91. Las personas físicas podrán ser objeto del procedimiento de discrepancia fiscal cuando se compruebe que el monto de las erogaciones en un año de calendario sea superior a los ingresos declarados por el contribuyente, o bien a los que le hubiere correspondido declarar. Para tal efecto, también se considerarán erogaciones efectuadas por cualquier persona física, las consistentes en gastos, adquisiciones de

bienes y depósitos en cuentas bancarias, en inversiones financieras o tarjetas de crédito.

Las erogaciones referidas en el párrafo anterior se presumirán ingresos, cuando se trate de personas físicas que no estén inscritas en el Registro Federal de Contribuyentes, o bien, que estándolo, no presenten las declaraciones a las que están obligadas, o que aun presentándolas, declaren ingresos menores a las erogaciones referidas. Tratándose de contribuyentes que tributen en el Capítulo I del Título IV de la presente Ley y que no estén obligados a presentar declaración anual, se considerarán como ingresos declarados los manifestados por los sujetos que efectúen la retención.

No se tomarán en consideración los depósitos que el contribuyente efectúe en cuentas que no sean propias, que califiquen como erogaciones en los términos de este artículo, cuando se demuestre que dicho depósito se hizo como pago por la adquisición de bienes o de servicios, o como contraprestación para el otorgamiento del uso o goce temporal de bienes o para realizar inversiones financieras ni los traspasos entre cuentas del contribuyente o a cuentas de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes, en línea recta en primer grado.

Los ingresos determinados en los términos de este artículo, netos de los declarados, se considerarán omitidos por la actividad preponderante del contribuyente o, en su caso, otros ingresos en los términos del Capítulo IX de este Título tratándose de préstamos y donativos que no se declaren o se informen a las autoridades fiscales, conforme a lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 90 de esta Ley. En el caso de que se trate de un contribuyente que no se encuentre inscrito en el Registro Federal de Contribuyentes, las autoridades fiscales procederán, además, a inscribirlo en el Capítulo II, Sección I de este Título.

Para conocer el monto de las erogaciones a que se refiere el presente artículo, las autoridades fiscales podrán utilizar cualquier información que obre en su poder, ya sea porque conste en sus expedientes, documentos o bases de datos, o porque haya sido proporcionada por un tercero u otra autoridad.

Para los efectos de este artículo las autoridades fiscales procederán como sigue:

I. Notificarán al contribuyente, el monto de las erogaciones detectadas, la información que se utilizó para conocerlas, el medio por el cual se obtuvo y la discrepancia resultante.

II. Notificado el oficio a que se refiere la fracción anterior, el contribuyente contará con un plazo de veinte días para informar por escrito a las autoridades fiscales, contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación, el origen o fuente de procedencia de los recursos con que efectuó las erogaciones detectadas y ofrecerá, en su caso, las pruebas que estime idóneas para acreditar que los recursos no constituyen ingresos gravados en los términos del presente Título. Las autoridades fiscales podrán, por una sola vez, requerir información o documentación adicional al contribuyente, la que deberá proporcionar en el término previsto en el artículo 53, inciso c), del Código Fiscal de la Federación.

III. Acreditada la discrepancia, ésta se presumirá ingreso gravado y se formulará la liquidación respectiva, considerándose como ingresos omitidos el monto de las erogaciones no aclaradas y aplicándose la tarifa prevista en el artículo 152 de esta Ley, al resultado así obtenido.

III. LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL PROCEDIMIENTO DE DISCREPANCIA FISCAL

El Estado mexicano, acertadamente ha creado figuras jurídicas como la de discrepancia fiscal y su procedimiento, que le permiten cerrar cada vez más la puerta a la evasión tributaria; sin embargo, en ninguna circunstancia se justifica la violación de derechos fundamentales en detrimento de la dignidad de la persona humana. Es por ello, que a través de los siguientes apartados se confronta el texto del Artículo 91 de la Ley del ISR con diversos principios o derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), con el fin de entender los límites que puede tener la autoridad fiscal para llevar a cabo este mecanismo perfectible.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS

El Artículo 1o. de la CPEUM, establece que, “en el país, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en ésta y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”. Y su párrafo tercero, “impone a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, la obligación de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos”. Cuestión de la que no escapan las potestades tributarias.

Así pues, cuando la Ley Fundamental habla de derechos reconocidos por ella, incluye a los contemplados en las leyes que de ella emanen, porque su numeral 133, también “las reconoce como Ley Suprema de toda la Unión, junto con los tratados internacionales de los que el país es parte”. En consecuencia, también las leyes y tratados son CPEUM.

Atendiendo a lo expuesto, a continuación, se hace una confrontación entre el texto del precepto 91 de la Ley del ISR y algunos derechos fundamentales y garantías de rango constitucional, que se estima, son principios que acotan al procedimiento de discrepancia fiscal; independientemente de que, se encuentren en el texto de la CPEUM, las leyes que de ésta derivan o los tratados internacionales de los que México es parte.

1. *La garantía de audiencia y el debido proceso legal*

En la CPEUM, la garantía de audiencia y el derecho al debido proceso legal se encuentran establecidos en el segundo párrafo del precepto 14 que dice, “nadie puede ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido... cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes anteriores al hecho”.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) señala que, “las garantías del debido proceso se identifican como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la garantía de audiencia, las cuales permiten que los gobernados ejerzan su defensa antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente”³.

En cuanto a las formalidades esenciales del procedimiento, el Pleno de la SCJN ha dicho que:

³ Tesis 1a./J. 11/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 3, t. I, febrero de 2014, p. 396.

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.

... Éstas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado⁴.

Ahora bien, de la interpretación gramatical del párrafo segundo del numeral 14 de la CPEUM, han surgido criterios restrictivos como el del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del Poder Judicial de la Federación (PJF), que advierte lo siguiente: “la garantía de audiencia está prevista única y exclusivamente para la realización de actos privativos por la autoridad, y no para los actos de molestia”⁵.

Lo anterior puede llevar a pensar que la garantía de audiencia no es dable al gobernado que es sujeto de un procedimiento de discrepancia fiscal, por tratarse de un acto de molestia y no de un acto de privación; pero no es así, pues el procedimiento de discrepancia fiscal es un mecanismo a través del cual, el fisco puede determinar la obligación de pago del Impuesto sobre la Renta (ISR) en México a cargo de un persona física, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de mayo de 1981, de la que México es parte, establece que:

Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de

⁴ Tesis P/J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 133.

⁵ Tesis con número de registro digital: 223471, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VII, marzo de 1991, p. 226.

sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Como se observa, el numeral anterior otorga este derecho en la sustanciación o trámite que habrá de determinar algún derecho u obligación de carácter tributario y no cuando ya lo determinó; es decir, la garantía de audiencia debe darse antes de que el SAT pronuncie su decisión final, sobre si existe o no, un tributo a cargo del contribuyente.

Esta idea se fortalece con lo previsto por la fracción XI del Artículo 2o. de la Ley Federal de los Derechos del Contribuyente (LFDC), que establece como derecho general del causante, “el de ser oído en el trámite administrativo con carácter previo a la emisión de la resolución determinante del crédito fiscal, en los términos de las leyes respectivas”.

Cabe destacar que, el principio pro persona contenido en el párrafo segundo del numeral 1o. de la CPEUM, dice que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con ésta y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Entonces, como el numeral 8.1 de la CADH y el Artículo 2o. de la LFDC, reconocen de manera más amplia la garantía de audiencia y el derecho al debido proceso que el Artículo 14 constitucional, los preceptos aplicables al procedimiento de discrepancia fiscal deben ser, el Artículo del tratado internacional y el de la LFDC.

Se hace notar que, el numeral 91 de la Ley del ISR cumple *aparentemente* con la mayoría de las formalidades esenciales del procedimiento, de la siguiente forma:

1. Respecto a la exigencia de notificar el inicio del procedimiento y sus consecuencias: la fracción I del séptimo párrafo, establece al fisco la obligación de “notificar al contribuyente el monto de las erogaciones detectadas, la información que se utilizó para conocerlas, el medio por el cual se obtuvo (la información) y la discrepancia resultante”.
2. Respecto a la exigencia consistente en la oportunidad que debe tener el gobernado de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa: la fracción II del séptimo párrafo, otorga al contribuyente, “un plazo de veinte días para ofrecer las pruebas que estime idóneas para acreditar que los recursos no constituyen ingresos gravados”.

3. Respecto a la exigencia de dictar una resolución que dirima las cuestiones debatidas: la fracción III del séptimo párrafo prevé que, “acreditada la discrepancia, se formulará la liquidación respectiva”.

Sin embargo, la formalidad que no acata es la de otorgar la oportunidad de alegar, pues en ninguna parte de la Ley del ISR se contempla esta posibilidad. Con esto, restringiendo la garantía de audiencia y el derecho al debido proceso.

El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del PJF, se pronunció a través de una jurisprudencia, en el siguiente sentido:

AUDIENCIA, CÓMO SE INTEGRA ESTA GARANTÍA.

... Todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa tenga oportunidad de demostrarla, y quien estime lo contrario, cuente a su vez con el derecho de acreditar sus excepciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se le dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas⁶.

Como se puede observar, de acuerdo con este último criterio, la oportunidad de alegar, debe darse cuando termine la etapa probatoria; es decir, una vez transcurridos los veinte días que concede a la persona física la fracción II del séptimo párrafo Artículo 91 de la Ley del ISR, mismos que sirven “para informar al SAT el origen o fuente de procedencia de los recursos con que se efectuaron las erogaciones detectadas y hacer el ofrecimiento de las pruebas para acreditar que los recursos no constituyen ingresos gravados”.

Ahora bien, en la práctica puede ser que la autoridad, intentando preservar la constitucionalidad del acto, conceda de hecho la opción de formular alegatos al

⁶ Tesis I.7o.A. J/41, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 799.

contribuyente, aun cuando no se especifique en la Ley del ISR este derecho. Es más, la Segunda Sala de la SCJN admite que, “aun cuando se declare inconstitucional una ley por violar la garantía de audiencia, se pueda reiterar un acto llevando a cabo un procedimiento que cumpla las formalidades esenciales, aun cuando para ello no existan disposiciones directamente aplicables⁷. Pero entonces, se estaría infringiendo el principio de seguridad jurídica. Respecto a este último se encuentra la siguiente tesis:

SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.

... el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución General de la República es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, de manera tal que lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en saber a qué atenerse respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad...⁸

En efecto, si se permite que sea la autoridad la que subsane la deficiencia de la Ley del ISR, otorgando derechos no delimitados en cuanto a su tiempo y forma en el precepto 91 del propio ordenamiento jurídico, se estaría provocando la incertidumbre del causante al no saber a qué exponerse, pues la autoridad administrativa podría tomar decisiones arbitrarias; con esto, generando la indefensión de la persona física.

En conclusión, el Artículo 91 de la Ley del ISR, debe estimarse transgresor de la garantía de audiencia y del debido proceso (formalidades esenciales del procedimiento), previstos en el segundo párrafo del numeral 14 de la CPEUM y en el precepto 8.1 de la CADH, al no reconocer el derecho a formular alegatos; omitiendo además que, tal derecho debe darse al concluir la etapa probatoria.

2. *El principio de presunción de inocencia y el derecho de no autoincriminación*

En la CPEUM, el principio de presunción de inocencia se encuentra establecido en la fracción I del apartado B del Artículo 20, que indica lo siguiente: “toda persona

⁷ Tesis 2a./J. 16/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 497.

⁸ Tesis 1a./J. 139/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVI, t. 1, enero de 2013, p. 437.

imputada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Este principio “se elevó a rango constitucional a partir de la reforma a la CPEUM, publicada en el DOF el 18 de junio de 2008”⁹. Sin embargo, previo a esta modificación del Pacto Constitucional, ya existían criterios del PJF que lo delimitaban. Por ejemplo, el Pleno de la SCJN declaró que:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

... los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado¹⁰.

Efectivamente, la presunción de inocencia se encuentra íntimamente vinculada con el principio de no autoincriminación (no autoinculpación), reconocido por la CPEUM, en la fracción II del apartado B del numeral 20, que establece como “derecho de toda persona imputada, el de declarar o guardar silencio”

Sobre el principio de no autoinculpación, la Primera Sala de la SCJN dice que: DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

... la garantía específica del derecho del inculcado de no declarar en su contra... supone la libertad de aquél para declarar o no, sin que de su pasividad oral o escrita pueda inferirse su culpabilidad, es decir, sin que su derecho a guardar silencio sea utilizado como un indicio de responsabilidad en los hechos ilícitos que se le imputan; de ahí que el derecho de no autoincriminación deba entenderse como la garantía que tiene todo inculcado a no ser obligado

⁹ Tesis 1a. I/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, t. 3, enero de 2012, p. 2917.

¹⁰ Tesis P. XXXV/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14.

a declarar, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan, razón por la cual se prohíben la incomunicación, la intimidación y la tortura, e incluso la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez...¹¹

En relación con el procedimiento de discrepancia fiscal, la fracción II del séptimo párrafo del precepto 91 de la Ley del ISR dispone que, “una vez notificado el oficio a que se refiere la fracción I, el contribuyente cuenta con veinte días para informar por escrito al fisco, el origen o fuente de procedencia de los recursos con que efectuó las erogaciones detectadas.” Es decir, a partir de que la autoridad le da a conocer al causante, el monto de los desembolsos que le imputan, la información que se utilizó para conocerlos, el medio por el cual se obtuvo ésta (la información) y la discrepancia resultante.

Por otra parte, el Código Fiscal de la Federación (CFF) previene lo siguiente:

Artículo 109. Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:

I. ... En la misma forma será sancionada aquella persona física que perciba ingresos acumulables, cuando realice en un ejercicio fiscal erogaciones superiores a los ingresos declarados en el propio ejercicio y no compruebe a la autoridad fiscal el origen de la discrepancia en los plazos y conforme al procedimiento establecido en la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Como se puede advertir, entre el numeral 91 de la Ley del ISR y el precepto 109 de CFF, diseñan una fórmula que restringe la libertad del gobernado de manifestar o no manifestar algo que lo puede incriminar; pues el Capítulo II del Título Vigésimo Tercero del Código Penal Federal (CPF) contiene un catálogo de delitos por realizar “operaciones con recursos de procedencia ilícita.” Este último ordenamiento dice:

Artículo 400 Bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a

¹¹ Tesis 1a. CXXIII/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, enero de 2005, p. 415.

la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. ...

...

En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

En efecto, de la información que rinda el contribuyente en el procedimiento de discrepancia fiscal a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), ésta lo puede llegar a denunciar por la comisión de alguno de los delitos previstos en Capítulo II del Título Vigésimo Tercero del CPF (Artículo 400 Bis), si es que la dependencia gubernamental encuentra elementos que permitan presumir operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Por otra parte, si el contribuyente no informa por escrito al fisco, el origen o fuente de procedencia de los recursos con que efectuó las erogaciones detectadas, su silencio puede ser utilizado como un indicio de responsabilidad en la comisión del delito previsto en la fracción I del numeral 109 del CFF. Es decir, el mecanismo que utiliza el Estado a través de la fracción II del precepto 91 de la Ley del ISR y la fracción I del Artículo 109 del CFF es evidentemente intimidatorio, pues amenaza al gobernado sujeto a un procedimiento de discrepancia fiscal, con la consecuencia de que, si no informa lo que el fisco le solicita, se le va a sancionar con las mismas penas del delito de defraudación fiscal.

En conclusión, la fracción II del párrafo séptimo del numeral 91 de la Ley del ISR y la fracción I del precepto 109 del CFF, deben considerarse violatorias del derecho de no autoincriminación y del principio de presunción de inocencia, previstos en las fracciones I y II del apartado B del Artículo 20 la CPEUM; pues por una parte,

se constriñe al sujeto pasivo del procedimiento de discrepancia fiscal a proporcionar información que puede arrojar indicios de responsabilidad en la comisión de alguno de los delitos previstos en el numeral 400 Bis del CPF; y por otra, si el causante omite tal obligación, conlleva una pena igual a las que se establecen para quienes cometen el delito de defraudación fiscal.

3. *El principio de legalidad tributaria y el principio de tipicidad*

El tercer párrafo del Artículo 14 de la CPEUM indica que, “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Aquí radica el principio de legalidad penal o derecho a la exacta aplicación de la ley penal.

Al respecto, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito del PJF, señala que, “la tipicidad constituye la base fundamental del principio de legalidad”¹².

Sobre el tipo y la tipicidad, Eugenio Raúl Zaffaroni, dice que:

El tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta. La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir, individualizada como prohibida por un tipo penal. Por ejemplo: *tipo* es la fórmula legal que dice *el que matare a otro* (está en el Código Penal); *tipicidad* es la característica... adecuada al tipo que tiene la conducta de un sujeto A que dispara cinco balazos contra B, dándole muerte (está en la realidad). La conducta de A, por presentar la característica de tipicidad, decimos que es una conducta típica. Se habla de *tipo-garantía*, con lo que prácticamente se designa el principio de legalidad en materia penal¹³.

Entonces, el principio de legalidad penal radica en la tipicidad, como garantía de que el gobernado no será imputado por un comportamiento que no se encuentre exactamente previsto en la ley como delito, ni se le aplicarán penas que no estén contempladas para el comportamiento tipificado como ilícito. Es decir, tiene

¹² Tesis II.2o.P.187 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1879.

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1994, p. 393.

que haber una adecuación exacta entre el hecho material (conducta típica) y el hecho descrito en forma abstracta (norma o tipo); esto es la tipicidad.

“El derecho a la exacta aplicación de la ley penal descansa en los principios *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*”¹⁴, que significan que no hay crimen sin ley y no hay pena sin ley. En materia fiscal, “el principio de legalidad se adoptó por analogía del Derecho Penal, incluso enunciándolo mediante el aforismo *nullum tributum sine lege*”¹⁵, que significa: no hay tributo sin ley.

En la CPEUM, el principio de legalidad tributaria se encuentra contenido en la fracción IV del Artículo 31, que establece como “obligaciones de los mexicanos, contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los estados, de la Ciudad de México y del municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.

Se deduce que el principio de tipicidad tiene vigencia en la materia impositiva, derivado de la interpretación conjunta del primer párrafo del numeral 5o. y del primer párrafo del precepto 6o. del CFF, que dicen:

Artículo 5o. Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, *son de aplicación estricta*. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.

Artículo 6o. Las contribuciones se *causan* conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran.

En este último Artículo reposa la teoría de la causación, “que es el momento exacto en que se considera completado, perfeccionado o consumado el hecho generador del tributo; por tanto, el momento exacto en que se produce el nacimiento de la obligación tributaria”¹⁶. Así, el nacimiento de la obligación tributaria (obligación de pago) tiene dos momentos: uno, cuando la norma se encuentra en el abstracto, es decir, el hecho imponible; y dos, cuando la norma se materializa, es decir, el hecho generador.

¹⁴ Tesis 1a./J. 46/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, diciembre de 1997, p. 217.

¹⁵ De la Garza, Francisco, *Derecho Financiero mexicano*, 28ª. ed., México, Porrúa, 2010, p. 265.

¹⁶ *Ibidem*, p. 546.

El hecho imponible, como lo razona el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del PJF, “es la hipótesis jurídica que el legislador elige como generadora del tributo, es decir, el conjunto de presupuestos abstractos contenidos en una ley, de cuya concreta existencia derivan determinadas consecuencias jurídicas, principalmente, la obligación tributaria”¹⁷. Y, “el hecho generador del tributo es el hecho material que se realiza en la vida real, que actualiza la hipótesis normativa, que da nacimiento a la obligación fiscal sustantiva o de pago”¹⁸.

Como se observa, la materia tributaria y la materia penal tienen en común, para que surja el deber del gobernado de soportar una carga (imposición o sanción), es necesario que, de manera indefectible o exacta, el particular ejecute en el mundo real lo que el ordenamiento jurídico prevé hipotéticamente.

El requisito de tipicidad es necesario para determinar el momento en que nace una obligación de pago respecto a una contribución y, además, es extensivo a cada uno de los elementos del tributo; pues hay que recordar que el Artículo 5o. del CFF, dice que, “la aplicación de las normas fiscales debe ser estricta, reconociendo que éstas se componen: del sujeto, del objeto, de la base, y de la tasa o tarifa”.

En 2007, surgió una tesis que decía lo siguiente:

COMPROBANTES FISCALES. EL ERROR EN EL DOMICILIO DEL CONTRIBUYENTE NO ACTUALIZA LA INFRACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 83, FRACCIÓN VII Y SANCIONADA EN EL NUMERAL 84, FRACCIÓN IV, AMBOS DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD APLICABLE A LA MATERIA TRIBUTARIA.

El artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación al prever que son de aplicación estricta las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, consagra el principio de tipicidad, referido normalmente a la materia penal, pero extensivo a la administrativa, ya que si cierta disposición establece una carga, excepción o sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el particular debe ser idéntica a la previamente establecida en la

¹⁷ Tesis I.15o.A. J/9, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, abril de 2010, p. 2675.

¹⁸ Rodríguez Lobato, Raúl, *Derecho Fiscal*, 2ª. ed., México, Oxford University Press, 2001, p. 120.

hipótesis normativa, sin que ésta pueda legalmente ampliarse por analogía o por mayoría de razón...¹⁹

Por otra parte, la segunda Sala de la SCJN, también pronunció que:

INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS FISCALES QUE ESTABLECEN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS TRIBUTOS. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LEGALIDAD TRIBUTARIA Y SEGURIDAD JURÍDICA.

... los principios de legalidad tributaria y de seguridad jurídica, y las disposiciones legales que establecen fórmulas dirigidas a condicionar la aplicación e interpretación de las normas tributarias, deben entenderse únicamente en el sentido de impedir aplicaciones analógicas en relación con los elementos esenciales de los tributos²⁰.

Es evidente que, tanto en la materia penal como en la impositiva, el objeto de que éstas se rijan por el principio de legalidad o de tipicidad, es proscribir la interpretación analógica de las leyes que tipifiquen delitos y establezcan contribuciones. Y la analogía es, “el método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella”²¹.

En la materia penal, el principio de legalidad tiene alcances que constriñen al legislador. Así lo dijo la primera Sala de la SCJN, al resolver lo siguiente:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS.

... Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión

¹⁹ Tesis XXI.1o.P.A.69 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 1674.

²⁰ Tesis 2a./J. 26/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, marzo de 2006, p. 270.

²¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa, 2014, <http://www.rae.es/diccionario-de-la-lengua-espanola/la-23a-edicion-2014> (consulta: 6 de julio de 2018).

de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado...²²

En la materia fiscal pasa igual, pues el Pleno de la SCJN ha dispuesto lo siguiente:

LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DE DICHO PRINCIPIO EN RELACIÓN CON EL GRADO DE DEFINICIÓN QUE DEBEN TENER LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL IMPUESTO.

... ha declarado violatorios del principio de legalidad tributaria aquellos conceptos confusos o indeterminables para definir los elementos de los impuestos; de ahí que el legislador no pueda prever fórmulas que representen, prácticamente, la indefinición absoluta de un concepto relevante para el cálculo del tributo, ya que con ellos se dejaría abierta la posibilidad de que sean las autoridades administrativas las que generen la configuración de los tributos y que se produzca el deber de pagar impuestos imprevisibles, o bien que se origine el cobro de impuestos a título particular o que el contribuyente promedio no tenga la certeza de la forma en que debe contribuir al gasto público²³.

El procedimiento de discrepancia fiscal en la etapa de resolución, de acuerdo con la fracción III del último párrafo del Artículo 91 de la Ley del ISR, prevé una fórmula en la que, “acreditada la discrepancia, ésta se presume ingreso gravado y se debe formular la liquidación, considerándose como ingresos omitidos el monto de las erogaciones no aclaradas, aplicándose la tarifa del numeral 152 de esta Ley, al resultado así obtenido”. Es decir, en este mecanismo solo el monto de los recursos, aquellos por los que el contribuyente no explique el origen o fuente de procedencia, que además sirvieron para efectuar los desembolsos comprobados por la autoridad, sirven como base para determinar el tributo.

Luego, el quinto párrafo de este precepto ordena, *entre otras cosas* que, “los ingresos determinados en los términos de este Artículo, netos de los declarados, se consideren omitidos por la actividad preponderante del contribuyente”. Entonces, a los ingresos que se determinaron en forma presuntiva, cuyo origen se desconoce, se les va a dar un tratamiento fiscal como si fuesen caudales ciertos y de origen conocido.

²² Tesis 1a./J. 54/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 8, t. I, julio de 2014, p. 131.

²³ Tesis P/J. 106/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, octubre de 2006, p. 5.

En consecuencia, al permitir el ordenamiento legal esta fórmula, se está provocando una aplicación analógica en relación con uno y quizá hasta con tres de los elementos del tributo: sea el objeto, la base y/o la tasa o tarifa; porque sin que la autoridad fiscal conozca el acto generador o actividad generadora de la riqueza, las disposiciones de alguno de los nueve regímenes previstos en los primeros nueve capítulos del Título IV (De las personas físicas) de la Ley del ISR²⁴, va a tener efectos sobre un supuesto (el tipo de ingreso) no previsto necesariamente por él; pues hay que recordar que en general, el objeto del tributo en los nueve primeros capítulos del Título IV de la Ley del ISR, es el ingreso; pero con distinciones, atendiendo a los diversos actos o actividades generadores de éste, que puede realizar la persona física. Entonces, el objeto en cada régimen es distinto en su especie.

El hecho de que a un ingreso se le dé un tratamiento en renta, que no necesariamente le corresponde; es decir, del que no forzosamente es objeto; permite una aplicación arbitraria de la base gravable, pues cada uno de los regímenes previstos en los nueve primeros capítulos del Título IV de la Ley del ISR, contienen fórmulas distintas para arribar a ella. Lo mismo pasa con la tarifa, pues hay ingresos que sí se someten a la establecida en el Artículo 152 de la Ley del ISR, pero otros no, como los regulados en el capítulo VII del Título IV (De los ingresos por la obtención de premios). En cuyo caso, el anterior ordenamiento define que:

Artículo 138. El impuesto por los premios de loterías, rifas, sorteos y concursos, organizados en territorio nacional, se calculará aplicando la tasa del 1% sobre el valor del premio correspondiente a cada boleto o billete entero, sin

²⁴ El Capítulo I se refiere a “los ingresos por salarios y en general por la prestación de un servicio personal subordinado”; el Capítulo II a “los ingresos por actividades empresariales y profesionales”; el Capítulo III a “los ingresos por arrendamiento y en general por otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles”; el Capítulo IV a “los ingresos por enajenación de bienes”; el Capítulo V a “los ingresos por adquisición de bienes”; el Capítulo VI a “los ingresos por intereses”; el Capítulo VII a “los ingresos por la obtención de premios”; el Capítulo VIII a “los ingresos por dividendos y en general por las ganancias distribuidas por personas morales”; y el Capítulo IX a “los demás ingresos que obtengan las personas físicas”. Incluso, el Capítulo II se subdivide en dos secciones; la I corresponde a un régimen general “de las personas físicas con actividades empresariales y profesionales” y la II al “régimen de incorporación fiscal”. Igual pasa con el Capítulo IV, en donde la Sección I es un “régimen general” y la Sección II regula “las enajenaciones de acciones en bolsa de valores”.

deducción alguna, siempre que las entidades federativas no graven con un impuesto local los ingresos a que se refiere este párrafo, o el gravamen establecido no exceda del 6%. La tasa del impuesto a que se refiere este artículo será del 21%, en aquellas entidades federativas que apliquen un impuesto local sobre los ingresos a que se refiere este párrafo, a una tasa que exceda del 6%.

El impuesto por los premios de juegos con apuestas, organizados en territorio nacional, se calculará aplicando el 1% sobre el valor total de la cantidad a distribuir entre todos los boletos que resulten premiados.

El impuesto que resulte conforme a este artículo, será retenido por las personas que hagan los pagos y se considerará como pago definitivo, cuando quien perciba el ingreso lo declare estando obligado a ello en los términos del segundo párrafo del artículo 90 de esta Ley. No se efectuará la retención a que se refiere este párrafo cuando los ingresos los reciban los contribuyentes señalados en el Título II de esta Ley o las personas morales a que se refiere el artículo 86 de esta Ley.

Lo siguiente que ordena el párrafo quinto del Artículo 91 de la Ley del ISR es que, “en el caso de que se trate de un contribuyente no inscrito en el Registro Federal de Contribuyentes (RFC), las autoridades procedan, además, a inscribirlo en el Capítulo II, Sección I del Título IV (De las personas físicas con actividades empresariales y profesionales)”.

Cuando se emplea la palabra, *además*, se interpreta que adicionalmente a algo, y como la redacción que precede, es la que instruye que “los ingresos determinados en los términos de este Artículo, netos de los declarados, se consideren omitidos por la actividad preponderante del contribuyente”. Por ende, se deduce que los caudales omitidos se van a estimar de la actividad preponderante del sujeto no inscrito.

El inconveniente que tiene esta hipótesis es que el fisco no conoce cuál es la actividad preponderante de la persona física, justamente por no estar registrada, y si esta última durante el procedimiento de discrepancia fiscal, no aclara el origen o fuente de procedencia de los recursos con que efectuó las erogaciones, no hay forma de que la autoridad conozca la actividad predominante.

Este supuesto, además de que permite una aplicación analógica, al darle un tratamiento a los ingresos cuyo origen se desconoce, como si fuesen caudales

ciertos y de fuente conocida; también infringe el principio de seguridad jurídica; pues el contribuyente no inscrito, *no sabe a qué atenerse*; es decir, no tiene certeza jurídica respecto a qué régimen se va a aplicar para calcular la base gravable de su impuesto.

Hay que recordar que, la Primera Sala de la SCJN, definió lo siguiente:

SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.

... el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución General de la República es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, de manera tal que lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en *saber a qué atenerse* respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad...²⁵

Por último, el párrafo quinto del Artículo 91 de la Ley del ISR estipula que, “se consideren en su caso, otros ingresos en los términos del Capítulo IX del Título IV los préstamos que no se declaren o se informen a las autoridades fiscales, conforme al Artículo 90”.

Respecto a los préstamos, la Sala Regional del Golfo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en 2005 resolvió que:

PRÉSTAMOS. NO CONSTITUYEN EROGACIONES O GASTOS A LOS QUE SE REFIEREN EL ARTÍCULO 75 DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y 72 DE SU REGLAMENTO (VIGENTES EN 2000).- Si bien es cierto que por virtud de un préstamo existe la transferencia de una determinada suma de dinero, también es verdad que simultáneamente se constituye un derecho de crédito a favor del mutuante, pues dicha suma de dinero eventualmente le debe ser devuelta por el mutuuario. Por consiguiente, sigue conformando el patrimonio del mutuante y de ninguna manera puede considerarse erogación o gasto, resultando evidente la inaplicabilidad del artículo 75 de la Ley del Impuesto sobre la Renta y 72 de su Reglamento, vigentes en el año 2000, para determinar una discrepancia fiscal con los ingresos declarados por el contribuyente, que originen una omisión de ingresos gravados²⁶.

²⁵ Tesis 1a./J. 139/2012 (10a.), *op. cit.*

²⁶ Tesis V-TASR-XXVII-1675, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Quinta Época, año V, núm. 55, julio de 2005, p. 240.

Lo que este criterio dice, es que las cantidades prestadas siguen estando en el patrimonio del prestamista (quien presta el dinero), y no en el del prestatario (quien recibe y debe el dinero).

En relación con el ingreso, la Primera Sala de la SCJN dice, que “éste, es cualquier cantidad o situación que modifique positivamente el haber patrimonial de una persona”²⁷. Y en el caso del contrato de préstamo, lo que surge para quien recibe el dinero, es un deber.

Resulta claro que, si se considera ingreso algo que no es tal, como los préstamos, y sobre estos se determina ISR, se está ampliando analógicamente la aplicación de la propia Ley a algo que no es su objeto; pues en general el objeto de este tributo es el ingreso y lo que regula este ordenamiento, es el impuesto sobre el ingreso.

Adicionalmente, se advierte otra situación que ocasiona falta de certeza jurídica. La oposición entre el contenido de la fracción XV del precepto 142 y el contenido del párrafo quinto del Artículo 91, ambos de la Ley del ISR, que dicen:

Artículo 142. Se entiende que, entre otros, son ingresos en los términos de este Capítulo:

...

XV. Los ingresos estimados en los términos de la fracción III del artículo 91 de esta Ley y los determinados, inclusive presuntivamente por las autoridades fiscales, en los casos en que proceda conforme a las leyes fiscales.

Artículo 91...

Los ingresos determinados en los términos de este artículo, netos de los declarados, se considerarán omitidos por la actividad preponderante del contribuyente o, en su caso, otros ingresos en los términos del Capítulo IX de este Título tratándose de préstamos y donativos que no se declaren o se informen a las autoridades fiscales, conforme a lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 90 de esta Ley. En el caso de que se trate de un contribuyente que no se encuentre inscrito en el Registro Federal de Contribuyentes, las autoridades fiscales procederán, además, a inscribirlo en el Capítulo II, Sección I de este Título.

²⁷ Tesis 1a. CLXXXIX/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, enero de 2007, p. 483.

Al prever el párrafo quinto del Artículo 91 y la fracción XV del Artículo 142, cosas adversas entre sí, en relación con el capítulo en el que se deben encuadrar los ingresos determinados mediante el procedimiento de discrepancia fiscal, se deja abierta la posibilidad de que el fisco seleccione entre uno u otro régimen, con esto dejando en manos de la autoridad administrativa la configuración del tributo; particularmente de la base y quizá de la tasa. Lo que resulta violatorio del principio de legalidad.

En conclusión, el Artículo 91 de la Ley del ISR, debe estimarse contrario al principio de tipicidad en materia fiscal, y en consecuencia transgresor del principio de legalidad en materia tributaria, previstos en los Artículos 31 de la CPEUM, y 5o. y 6o. del CFF; pues permite que por analogía se aplique en forma extensiva cualquiera de los nueve regímenes previstos en los primeros nueve capítulos del Título IV de la propia Ley, dependiendo del caso concreto; aun sin existir certeza sobre el tipo de hecho generador del tributo e incluso sobre hechos que no causan la contribución.

4. El principio de equidad tributaria

El principio de equidad tributaria se encuentra establecido en la fracción IV del Artículo 31 de la CPEUM, que define como “obligación de los mexicanos contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los estados, de la Ciudad de México y del municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.

Al respecto, el Pleno de la SCJN ha emitido las dos siguientes tesis:

EQUIDAD TRIBUTARIA. IMPLICA QUE LAS NORMAS NO DEN UN TRATO DIVERSO A SITUACIONES ANÁLOGAS O UNO IGUAL A PERSONAS QUE ESTÁN EN SITUACIONES DISPARES.

... El valor superior que persigue este principio consiste, entonces, en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propiciar efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica²⁸.

²⁸ Tesis P./J. 42/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, junio de 1997, p. 36.

PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCION IV, CONSTITUCIONAL.

... El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pago, etcétera, debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables, de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad...²⁹

En materia de ISR de personas físicas, la equidad se logra a través de la creación de diferentes capítulos que atienden a los distintos tratamientos que deben recibir los causantes por su ingreso, derivado de las diversas fuentes generadoras de riqueza que pueden existir. A esto se le llama régimen cedular. Incluso la Segunda Sala de la SCJN reconoce que, en materia de renta, “las personas físicas contribuyen conforme a un régimen cedular, atendiendo al distinto origen de sus ingresos”³⁰.

Respecto a la condición cedular del ISR de personas físicas, la Primera Sala de la SCJN definió que³¹:

RENTA. CONSTITUYE UN TRIBUTO CEDULAR O ANALÍTICO CARACTERIZADO POR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN ENTRE EL TRATAMIENTO FISCAL Y LA FUENTE DE INGRESO.

... A esta imposición sobre la renta basada en modalidades en función de la fuente de riqueza se le denomina impuesto cedular o analítico, y se caracteriza por la existencia de una relación entre el tratamiento fiscal y la fuente de renta (trabajo, capital o combinación de ambos), existiendo tantas modalidades y tratamientos fiscales respecto de una misma persona como fuentes resulten; sistema que se contrapone al global o sintético que se caracteriza porque el tributo involucra la totalidad de las rentas a nivel del sujeto pasivo o contribuyente, sin importar el origen de la renta o ingreso, logrando con ello un efecto por medio del cual todas las deducciones, sin distinción algu-

²⁹ Tesis con número de registro digital en el Semanario Judicial de la Federación: 232309.

³⁰ Tesis 2a. XXV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 40, t. II, marzo de 2017, p. 1414.

³¹ Es importante destacar que la siguiente tesis hace referencia a la Ley del ISR abrogada el 11 de diciembre de 2013, pero se utiliza por analogía.

na, puedan disminuirse contra cualquier clase de ingreso o renta gravable obtenida por un causante. Esto es, el impuesto sobre la renta a cargo de personas físicas no es un sistema de impuesto global o sintético, sino por el contrario, se trata de un impuesto cedular o analítico...

De acuerdo con esto, la Ley del ISR, acertadamente contiene nueve capítulos en el Título IV (De las personas físicas), justamente para regular los diversos tratamientos que deben recibir estos sujetos en función del origen de sus ingresos, de lo que derivará que sean distintas las hipótesis de causación.

Así pues, el Capítulo I se refiere a “los ingresos por salarios y en general por la prestación de un servicio personal subordinado”, el Capítulo II a “los ingresos por actividades empresariales y profesionales”, el Capítulo III a “los ingresos por arrendamiento y en general por otorgar el uso o goce temporal de bienes inmuebles”, el Capítulo IV a “los ingresos por enajenación de bienes”, el Capítulo V a “los ingresos por adquisición de bienes”, el Capítulo VI a “los ingresos por intereses”, el Capítulo VII a “los ingresos por la obtención de premios”, el Capítulo VIII a “los ingresos por dividendos y en general por las ganancias distribuidas por personas morales”, y el Capítulo IX a “los demás ingresos que obtengan las personas físicas”.

Incluso, el Capítulo II se subdivide en dos secciones; la I corresponde a un régimen general “de las personas físicas con actividades empresariales y profesionales” y la II al “régimen de incorporación fiscal”. Igual pasa con el Capítulo IV, en donde la Sección I es un “régimen general” y la Sección II regula “las enajenaciones de acciones en bolsa de valores”.

Sin embargo, el párrafo quinto del Artículo 91 de la Ley del ISR previene una fórmula que quebranta el principio de equidad tributaria; pues deja la puerta abierta a la posibilidad de que el tratamiento previsto en la sección I del capítulo II del Título IV (De las personas físicas con actividades empresariales y profesionales) sea aplicado a sujetos que no forzosamente obtienen ingresos de esa fuente de riqueza; sino de cualquier otro origen. Dando como resultado, que al causante se le dé un trato igual frente a sus desiguales y no idéntico a sus semejantes. Literalmente dice el precepto:

Artículo 91...

(Párrafo quinto). Los ingresos determinados en los términos de este artículo, netos de los declarados, se considerarán omitidos por la actividad preponde-

rante del contribuyente o, en su caso, otros ingresos en los términos del Capítulo IX de este Título tratándose de préstamos y donativos que no se declaren o se informen a las autoridades fiscales, conforme a lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 90 de esta Ley. En el caso de que se trate de un contribuyente que no se encuentre inscrito en el Registro Federal de Contribuyentes, las autoridades fiscales procederán, además, a inscribirlo en el Capítulo II, Sección I de este Título.

Hay que tener en cuenta que, la parte que se alude inicua es la que dice: “en el caso de que se trate de un contribuyente que no se encuentre inscrito en el RFC, las autoridades fiscales procederán, además, a inscribirlo en el Capítulo II, Sección I de este Título”.

Esta deducción se elabora partiendo de la idea, de que durante el procedimiento de discrepancia fiscal puede ser que la autoridad llegue a conocer en forma real la actividad preponderante del causante y ésta no coincida con la de *actividades empresariales y profesionales* que se le pretende asignar forzosamente.

En cuyo caso, se estaría imponiendo al contribuyente un efecto de la norma que no le corresponde, por no encontrarse en las hipótesis de causación que regula la Sección I, Capítulo II del Título IV de la Ley del ISR, sino en alguna diversa.

Caso contrario, puede ser que el fisco nunca llegue a conocer la actividad predominante del causante, porque éste no informe absolutamente nada respecto al origen de los recursos con que efectuó las erogaciones comprobadas que son objeto del procedimiento de discrepancia fiscal. En cuyo supuesto, de todos modos, se estaría imponiendo el efecto de la norma, sin certeza alguna de que los hechos imponible que materializa el contribuyente corresponden a los previstos en la Sección I, Capítulo II, Título IV de la Ley del ISR.

En estos dos casos la falta de equidad no solo trasciende a la persona vinculada al procedimiento de discrepancia fiscal instruida, sino a las demás personas físicas que son sujetos pasivos del ISR y a la sociedad misma, pues el causante discrepante, en un futuro va a ejercer deducciones que quizá ni le corresponden, con esto obteniendo beneficios no merecidos. Esto en detrimento incluso de la Hacienda Pública.

Respecto a lo que exige el principio de equidad, el Pleno de la SCJN dice lo siguiente:

IMPUESTOS. PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA PREVISTO POR EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL.

... este principio exige que los contribuyentes de un impuesto que se encuentran en una misma hipótesis de causación, deben guardar una idéntica situación frente a la norma jurídica que lo regula, lo que a la vez implica que las disposiciones tributarias deben tratar de manera igual a quienes se encuentren en una misma situación y de manera desigual a los sujetos del gravamen que se ubiquen en una situación diversa, implicando, además, que para poder cumplir con este principio el legislador no sólo está facultado, sino que tiene obligación de crear categorías o clasificaciones de contribuyentes, a condición de que éstas no sean caprichosas o arbitrarias, o creadas para hostilizar a determinadas clases o universalidades de causantes...³²

La Segunda Sala de la SCJN, a través de una jurisprudencia emitió cuatro criterios para determinar si el legislador respeta el principio de equidad tributaria:

EQUIDAD TRIBUTARIA. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA DICHO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.

... consisten en que: 1) exista una diferencia de trato entre individuos o grupos que se encuentren en una situación comparable (no necesariamente idéntica, sino solamente análoga); 2) de existir esa situación comparable, la precisión legislativa obedezca a una finalidad legítima (objetiva y constitucionalmente válida); 3) de reunirse ambos requisitos, la distinción constituya un medio apto y adecuado para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido; y, 4) de actualizarse esas tres condiciones, se requiere, además, que la configuración legal de la norma no dé lugar a una afectación desproporcionada o desmedida de los bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por ende, el examen de constitucionalidad de una ley bajo el principio de equidad tributaria precisa de la valoración de determinadas condiciones, de manera escalonada, generando que el incumplimiento de cualquiera de éstas sea suficiente para estimar que existe una violación al indicado principio constitucional, haciendo innecesario el estudio de las demás³³.

³² Tesis P./J. 24/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, marzo de 2000, p. 35.

³³ Tesis 2a./J. 31/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 334.

En efecto, si se somete en su conjunto el Título IV de la Ley del ISR (De las personas físicas) al escrutinio de este criterio judicial, quizá se puede aceptar que el ordenamiento legal cumple con todos los requisitos necesarios para determinar que la configuración de la norma respeta el principio de equidad, al prever nueve capítulos para regular a los contribuyentes, creando diferencias de trato entre las distintas situaciones análogas. Pero si se revisa en forma particular el párrafo quinto del numeral 91 del propio dispositivo, es evidente que el legislador no respeta lo que él mismo diseñó al crear nueve tratamientos especiales (uno para cada tipo de ingreso), porque finalmente acaba imponiendo los efectos de la Sección I del Capítulo II del Título IV a un contribuyente, sin importarle que éste sea o no causante real del impuesto que dicho régimen prevé. En consecuencia, el precepto se contrapone con el primero de los requisitos de la jurisprudencia anterior, que consiste en que en la ley siempre debe existir una diferencia de trato entre individuos que se encuentren en una situación comparable; pues aquí el precepto mencionado no respeta tal diferencia.

En conclusión, el párrafo quinto del Artículo 91 de la Ley del ISR debe reputarse contrario al principio de equidad tributaria contenido en la fracción IV del numeral 31 de la CPEUM; toda vez que impide un trato igual a quienes se encuentran en condiciones de igualdad frente a sus semejantes o desigual a quien se encuentran en un plano de desigualdad frente a los desiguales, debido al origen o fuente del ingreso de la persona física.

5. El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica, “pese a su importancia histórica, no ha encontrado un albergue claro en la CPEUM. Incluso, no se sabe claramente si se encuentra en un Artículo o en todo [el] ordenamiento”³⁴.

Respecto a la seguridad jurídica, la Primera Sala de la SCJN se ha pronunciado en el sentido de que:

³⁴ Solís Farías, Adolfo Cuauhtémoc, “El principio de seguridad jurídica. El lugar donde converge la certeza ordenadora, certeza jurídica y certidumbre jurídica en la rama tributaria”, *Revista de la Academia de Derecho Fiscal del Estado de Baja California, A.C.*, Tijuana, núm. 1, octubre-diciembre de 2014, p. 103, <http://adfebc.org.mx/12/> (consulta: 14 de junio de 2018).

SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.

... el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución General de la República es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, de manera tal que lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en *saber a qué atenerse* respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad...³⁵

Por otra parte, Solís Farías es más preciso; señalando que:

La seguridad jurídica abarca múltiples aspectos y momentos, ya que un *primer momento* es visible cuando el legislador observa dentro del proceso de la creación de la ley, todos los principios que deben respetar el marco constitucional, es decir, todo lo que se debe observar antes de que esté vigente la norma. Este primer momento no lo comprende la técnica legislativa, sino que ésta es un imperativo para brindar seguridad. Asimismo, existe un *segundo momento* de la seguridad jurídica, que inicia cuando la norma ya está vigente pero antes de ser aplicada. Este momento se identifica con la hipótesis abstracta subjetiva. Cuando se conoce el texto de la ley, se conocen sus hipótesis y *alcance de aplicación*... La seguridad jurídica tiene un *último momento*, que se genera desde el momento en que la autoridad o el particular deciden aplicar la norma dentro de su esfera jurídica en ejercicio de su potestad, pero la autoridad debe cumplir con postulados básicos en su aplicación³⁶.

Además, menciona tres denominaciones; una para cada uno de los momentos anteriores. "Al primero lo llama: certeza ordenadora, al segundo: certeza jurídica y al tercero: certidumbre jurídica"³⁷. Explicando que, "cuando la norma agota todo el proceso legislativo y se encuentra vigente, ya no se le debe llamar certeza ordenadora, sino certeza jurídica, ya que su texto debe ser claro, entendible, evitar expresiones ambiguas, en sí, debe ser inteligible"³⁸.

³⁵ Tesis 1a./J. 139/2012 (10a.), *op. cit.*

³⁶ Solís Farías, Adolfo Cuauhtémoc, *op. cit.*, pp. 105-106.

³⁷ *Ibidem*, pp. 104-107.

³⁸ *Ibidem*, p. 107.

Entonces, de no cumplirse con las condiciones que requiere cada uno de los instantes referidos, se estaría ante la falta de certeza ordenadora, ante la ausencia de certeza jurídica o ante la incertidumbre jurídica, respectivamente; y, en consecuencia, frente a un estado de inseguridad jurídica.

Ahora bien, en relación con el procedimiento de discrepancia fiscal, la fracción III del séptimo párrafo del Artículo 91 de la Ley del ISR define que, “acreditada la discrepancia, ésta se presumirá ingreso gravado y se formulará la liquidación respectiva”; sin embargo, el numeral omite definir de manera certera el plazo específico con que cuenta la autoridad hacendaria para dictar y notificar al contribuyente la resolución correspondiente, así como, a partir de cuándo. Provocando con esto, la ausencia de certeza jurídica y en consecuencia inseguridad jurídica; pues la autoridad podría realizar de manera arbitraria una interpretación en perjuicio del gobernado, por no estar definida dicha circunstancia de manera clara en la norma; de tal forma que el causante sujeto a este mecanismo de comprobación no sabría a qué atenerse, ni el alcance de aplicación de la norma.

Cabe aclarar que, existen jurisprudencias que justifican la omisión del legislador en señalar un plazo específico para emitir una resolución, ya en casos concretos. Argumentando que la autoridad cuenta con un plazo genérico que establece el primer párrafo del precepto 67 del CFF, que dice: “las facultades de las autoridades fiscales para determinar las contribuciones o aprovechamientos omitidos y sus accesorios, así como para imponer sanciones por infracciones a las disposiciones fiscales, se extinguen en el plazo de cinco años”.

Como ejemplo, se transcribe la siguiente, emitida por el Pleno de la SCJN:

CONTADOR PÚBLICO REGISTRADO PARA DICTAMINAR ESTADOS FINANCIEROS. LOS ARTÍCULOS 52, PÁRRAFO ANTEPENÚLTIMO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN Y 58 DE SU REGLAMENTO, VIGENTES HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2011 Y EL 7 DE DICIEMBRE DE 2009, RESPECTIVAMENTE, NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Aun cuando los artículos referidos no prevean un plazo dentro del cual la autoridad deba emitir la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador instituido contra el contador público registrado para dictaminar estados financieros, dichas disposiciones no deben examinarse aisladamente, sino en el contexto normativo en que se insertan, conforme al cual las facultades de las

autoridades para sancionarlo pueden caducar si no se ejercen dentro de los 5 años concedidos al efecto, en términos del artículo 67, párrafo primero, del Código Fiscal de la Federación...³⁹

En efecto, si se analiza el procedimiento de discrepancia fiscal a la luz de lo expuesto, se podría concluir que dicho mecanismo no transgrede el principio de seguridad jurídica, porque el plazo genérico establecido en el Artículo 67 del CFF es aplicable al caso específico. Lo que da claridad interpretativa al gobernado y le permite saber a qué atenerse en caso de ser sujeto de dicha facultad de comprobación.

No obstante, se insiste en una violación al referido principio; pues, por una parte, el numeral anterior da un plazo de cinco años a las autoridades, para determinar las contribuciones o aprovechamientos omitidos y sus accesorios, así como para imponer sanciones por infracciones a las disposiciones fiscales; y por otra, la LFDC define lo siguiente:

Artículo 18. Las autoridades fiscales contarán con un *plazo de seis meses* para determinar las contribuciones omitidas que conozcan con motivo del ejercicio de sus facultades de comprobación, sin perjuicio de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 16 de esta Ley. El cómputo del plazo se realizará a partir de los supuestos a que se refiere el artículo 50 del Código Fiscal de la Federación y le serán aplicables las reglas de suspensión que dicho numeral contempla. Si no lo hacen en dicho lapso, se entenderá de manera definitiva que no existe crédito fiscal alguno a cargo del contribuyente por los hechos, contribuciones y períodos revisados.

Como se puede observar, los Artículos 67 del CFF y 18 de la LFDC, provocan ambigüedad; es decir, una lectura que puede interpretarse de dos o más maneras. Porque el procedimiento de discrepancia fiscal es una facultad de comprobación que sirve para determinar contribuciones y accesorios, e imponer sanciones. Resultando así, aplicables ambos numerales que establecen cosas distintas.

Además, los supuestos a que se refiere el precepto 50 del CFF, citados en el Artículo 18 de la LFDC, hacen referencia únicamente a dos tipos de facultades: *visitas domiciliarias* y *revisión de gabinete*. Entonces, tampoco es claro el contexto

³⁹ Tesis P/J. 10/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, t. 1, marzo de 2013, p. 6.

normativo; pues no permiten que el contribuyente sujeto de un procedimiento de discrepancia fiscal conozca a partir de cuándo se contabilizan los seis meses a que hace referencia este último numeral. Esto, porque el procedimiento de discrepancia fiscal es una facultad de comprobación; pero no es visita domiciliaria ni revisión de gabinete.

En conclusión, el procedimiento de discrepancia fiscal debe reputarse contrario al principio de seguridad jurídica, en su vertiente de certeza jurídica, pues el plazo que tiene la autoridad para resolver esta facultad de comprobación y notificarle al contribuyente, no es claro, no es entendible, es ambiguo, en sí, es ininteligible. Entonces, el gobernado no sabe a qué atenerse respecto a este mecanismo de comprobación.

6. *El principio non bis in idem*

Este se encuentra establecido en el Artículo 23 de la CPEUM, al disponer que, “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”. Al respecto, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del PJF, resolvió que, “el principio mencionado resulta aplicable a todas las ramas jurídicas y que éste ha sido reiterado en los numerales 16, 19 y 20 de la LFDC”⁴⁰. Sobre el tema, los preceptos referidos en la tesis anterior dicen:

Artículo 16 (Párrafo cuarto). No se podrán determinar nuevas omisiones de las contribuciones revisadas durante el periodo objeto del ejercicio de las facultades de comprobación, salvo cuando se comprueben hechos diferentes. La comprobación de hechos diferentes deberá estar sustentada en información, datos o documentos de terceros o en la revisión de conceptos específicos que no se hayan revisado con anterioridad.

Artículo 19. Cuando las autoridades fiscales determinen contribuciones omitidas, no podrán llevar a cabo determinaciones adicionales con base en los mismos hechos conocidos en una revisión, pero podrán hacerlo cuando se comprueben hechos diferentes. La comprobación de hechos diferentes deberá estar sustentada en información, datos o documentos de terceros o en la revisión de conceptos específicos que no se hayan revisado con anteriori-

⁴⁰ Tesis I.3o.A.2 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 16, t. I, marzo de 2015, p. 2500.

dad; en este último supuesto, la orden por la que se ejerzan las facultades de comprobación deberá estar debidamente motivada con la expresión de los nuevos conceptos a revisar.

Artículo 20. Las autoridades fiscales podrán revisar nuevamente los mismos hechos, contribuciones y períodos, por los que se tuvo al contribuyente por corregido de su situación fiscal, o se le determinaron contribuciones omitidas, sin que de dicha revisión pueda derivar crédito fiscal alguno a cargo del contribuyente.

Como se observa, el principio *non bis in idem* es un derecho fundamental que tiene vigencia en la materia tributaria y, en esta rama del Derecho, este apogema tiene diversas implicaciones, según estos numerales; entre ellas:

1. Que la autoridad fiscal no puede determinar nuevas omisiones de contribuciones revisadas por el periodo que fue objeto de comprobación; salvo que sea por hechos diferentes a los verificados.
2. Que si el fisco determina nuevas omisiones de contribuciones revisadas por un periodo que ya fue objeto de verificación, la comprobación de los hechos diferentes debe tener sustento en información, datos o documentos de terceros o en la revisión de conceptos específicos que no se hayan verificado con anterioridad.
3. Que la exactora no puede hacer determinaciones adicionales con base en los mismos hechos conocidos en una revisión, cuando ya determinó contribuciones omitidas; pero, si podrá hacerlo cuando se comprueben hechos diferentes y con base en estos.
4. Que si la autoridad hacendaria hace determinaciones adicionales con base en hechos diferentes a los conocidos en una comprobación, cuando ya determinó antes contribuciones omitidas derivado una revisión; la liquidación debe estar sustentada en información, datos o documentos de terceros o en la revisión de conceptos específicos que no se hayan verificados con anterioridad. Aquí un requisito es que, cuando se practique una revisión de conceptos que no se hayan verificado con anterioridad, el fisco debe motivar debidamente la expresión de nuevos conceptos a revisar, en la orden de comprobación.

5. Que si la autoridad revisa dos veces los mismos hechos, contribuciones y periodos por los que se haya tenido al contribuyente por corregido en su situación fiscal o se le hayan determinado tributos; de dicha comprobación no pueden derivar créditos fiscales.

En el caso del procedimiento de discrepancia fiscal, la fracción III del Artículo 91 de la Ley del ISR, define que “acreditada la discrepancia, ésta se presumirá ingreso gravado y se formulará la liquidación respectiva”; pero también ordena, que lo que se va a “considerar como ingreso omitido, son el monto de las erogaciones no aclaradas, y se va a aplicar la tarifa prevista en el Artículo 152 de esta Ley, al resultado así obtenido”.

Dice esta fracción, “III. Acreditada la discrepancia, ésta se presumirá ingreso gravado y se formulará la liquidación respectiva, considerándose como ingresos omitidos el monto de las erogaciones no aclaradas y aplicándose la tarifa prevista en el Artículo 152 de esta Ley, al resultado así obtenido”.

En cuanto al mecanismo de discrepancia fiscal, el límite que se advierte en detrimento de la potestad fiscalizadora, derivado de la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en la rama tributaria, es que, si la autoridad determina el impuesto tomando como ingresos omitidos, solo aquellos con los que se efectuaron las erogaciones no aclaradas; no va a realizarse una liquidación del tributo sobre los caudales con los que se realizaron erogaciones sí aclaradas, aun cuando sobre ellas no se haya pagado renta.

En efecto, como es aplicable el derecho *non bis in idem* a la materia contributiva, y como el procedimiento de discrepancia fiscal es un mecanismo de comprobación tributaria, posteriormente el fisco no va a poder hacer una determinación adicional; pues así lo prohíbe el Artículo 19 de la LFDC.

En conclusión, si el SAT intenta realizar una determinación adicional a la que hace derivada del procedimiento de discrepancia fiscal, posteriormente sobre los ingresos con que se realizaron erogaciones sí aclaradas, aun cuando sean recursos por los que no se pagó ISR; estaría infringiendo el principio *non bis in idem* contemplado en el Artículo 23 de la CPEUM.

V. CONCLUSIONES

De lo planteado aquí, se deduce que:

1. El Artículo 91 de la Ley del ISR debe estimarse transgresor de la garantía de audiencia y del debido proceso (formalidades esenciales del procedimiento), previstos en el segundo párrafo del numeral 14 de la CPEUM y en el precepto 8.1 de la CADH, al no reconocer el derecho a formular alegatos; omitiendo además que, tal derecho debe darse al concluir la etapa probatoria.
2. La fracción II del numeral 91 de la Ley del ISR y la fracción I del precepto 109 del CFF deben considerarse violatorias del derecho de no autoincriminación y del principio de presunción de inocencia previstos en las fracciones I y II del apartado B del Artículo 20 la CPEUM; pues por una parte, se constriñe al sujeto pasivo del procedimiento de discrepancia fiscal a proporcionar información que puede arrojar indicios de responsabilidad en la comisión de alguno de los delitos previstos en el numeral 400 Bis del CPF (operaciones con recursos de procedencia ilícita); y por otra parte, si el causante omite tal obligación, conlleva una pena igual a las que se establecen para quienes cometen el delito de defraudación fiscal.
3. El Artículo 91 de la Ley del ISR debe estimarse contrario al principio de tipicidad en materia fiscal y en consecuencia transgresor del principio de legalidad en materia tributaria, previstos en los Artículos 31 de la CPEUM, y 5o. y 6o. del CFF; pues permite que por analogía se aplique en forma extensiva cualquiera de los nueve regímenes previstos en los primeros nueve capítulos del Título IV de la propia ley, dependiendo del caso concreto; aun sin existir certeza sobre el tipo de hecho generador (ingreso) del tributo e incluso sobre hechos que no causan la contribución.
4. El párrafo quinto del Artículo 91 de la Ley del ISR previene una fórmula que quebranta el principio de equidad tributaria; pues deja la puerta abierta a la posibilidad de que el tratamiento previsto en la Sección I del Capítulo II del Título IV (De las personas físicas con actividades empresariales y profesionales) sea aplicado a sujetos que no forzosamente obtienen ingresos de esa fuente de riqueza; sino de cualquier otro origen. Dando como

resultado que, al causante se le dé un trato igual frente a sus desiguales y no idéntico a sus semejantes.

5. El Artículo 91 de la Ley del ISR debe considerarse opuesto al principio de seguridad jurídica en su fase de certeza jurídica; pues es una disposición vigente que no permite al gobernado saber a qué atenerse o conocer el alcance de aplicación de la norma, al no prever de manera clara o certera el plazo específico con que cuenta la autoridad hacendaria para dictar y notificar al contribuyente la resolución que pone fin al procedimiento de discrepancia fiscal y a partir de cuándo.
6. Un límite a la potestad fiscalizadora, derivado de la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en la rama tributaria, es que, en el procedimiento de discrepancia fiscal la autoridad debe determinar el impuesto tomando como ingresos omitidos, el monto de las erogaciones no aclaradas; es decir, no va a realizarse una liquidación del tributo sobre los ingresos con los que se realizaron erogaciones sí aclaradas (explicadas), aun cuando sobre estos no se haya pagado renta. Entonces, si el SAT intenta hacer una determinación adicional o posterior a la que hace derivada del procedimiento de discrepancia fiscal, sobre los caudales con que se realizaron las erogaciones si aclaradas, aun cuando sean recursos por los que no se pagó ISR, se infringiría el principio *non bis in idem* contemplado en el Artículo 23 de la CPEUM.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

DE LA GARZA, Francisco, *Derecho Financiero mexicano*, 28ª. ed., México, Porrúa, 2010.

RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, *Derecho Fiscal*, 2ª. ed., México, Oxford University Press, 2001.

SOLÍS FARÍAS, Adolfo Cuauhtémoc, "El principio de seguridad jurídica. El lugar donde converge la certeza ordenadora, certeza jurídica y certidumbre jurídica en la rama tributaria", *Revista de la Academia de Derecho Fiscal del Estado de Baja California*, A.C., Tijuana, núm. 1, octubre-diciembre de 2014, <http://adfebc.org.mx/12/> (consulta: 14 de junio de 2018).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1994.

2. Legislación

Código Fiscal de la Federación, 1981, México.

Código Penal Federal, 1931, México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, México.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1981, México.

Ley del Impuesto sobre la Renta, 2013, México.

Ley Federal de los Derechos del Contribuyente, 2005, México.

3. Sitios de Internet

<http://www.rae.es/diccionario-de-la-lengua-espanola/la-23a-edicion-2014>.

<http://adfebc.org.mx/12/>.

<https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

<http://sctj.tfjfa.gob.mx/SCJI/>.

EL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN

Aida del Carmen SAN VICENTE PARADA¹

*"Hay en cada niño un germen precioso y único,
que debe ser cuidado con precaución exquisita.*

*El alma del niño es semilla que
requiere trato de unción."*

José Vasconcelos

SUMARIO

I. Introducción. II. Cultura y educación. III. La educación como un derecho humano. IV. Contenido y alcance. V. Características. VI. Educación superior. VII. Autonomía universitaria. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes de información.

RESUMEN

La educación es un proceso multifactorial que ha acompañado al ser humano desde sus inicios, porque es una forma de transmitir y perpetuar la cultura. Constituye un fenómeno más de la cultura y tiene como fin primordial desarrollar y dignificar a las personas, en ese tenor la educación básica permite que los seres humanos aprendan a ser y a convivir, lo que lleva a que el Estado incardine a la educación como un derecho humano, es decir, como una prerrogativa que el particular puede oponer ante el Estado, con el fin de asegurar su libre desarrollo de la personalidad. A continuación, un análisis del contenido y carac-

ABSTRACT

Education is a multifactorial process that has accompanied the human being since its inception, because it is a way of transmitting and perpetuating the culture. Constitutes a phenomenon of culture and has as its primary goal to develop and dignify people, in this tenor, basic education allows human beings to learn to be and to live together, which leads the State to incardinate education as a right human, that is, as a prerogative that the individual can oppose before the State, in order to ensure their free development of personality. Below is an analysis of the content and characteristics of the right to basic edu-

¹ Licenciada y Maestra en Derecho por la UNAM, con estudios en Pedagogía por la Facultad de Filosofía y Letras. Recipiendaria de la Medalla Alfonso Caso 2014. Catedrática de Derecho Civil en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente cursando el programa de Doctorado en Derecho de la UNAM.

terísticas del derecho a la educación básica como derecho humano, en contraposición a la educación superior que se constituye en una garantía individual.

PALABRAS CLAVE

Educación básica. Educación superior. Dignidad. Cultura. Desarrollo. Derechos humanos. Garantías individuales. Autonomía universitaria.

cation as a human right, as opposed to higher education that constitutes an individual guarantee.

KEY WORDS

Basic education. Higher education. Dignity. Culture. Development. Human rights. Individual guarantee. University autonomy.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda son muchos los factores que propician, detonan e inciden el desarrollo de un ser humano, ya que es un proceso, que no solo se conforma de una serie de pasos acotados por el devenir del tiempo, que son influidos por factores internos y externos. Se puede decir que el desarrollo es un mosaico de causas y circunstancias que decantan en la maduración de un ser humano. Las teselas de dicho mosaico comprenden los factores biológicos, psicomotrices, nutricionales, psicológicos y factores psicosociales: la cultura y la educación, como procesos externos que dan paso a los procesos de socialización del niño, el futuro cuidado.

La cultura y la educación son fenómenos netamente sociales, ya que la transmisión de conocimientos se da mediante la tradición oral. La cultura es un sistema de normas ideales, es un esbozo del deber ser social y la educación ayuda a perpetuar dicha tradición; de esa forma se socializa a un ser humano, para que sea apto para convivir en sociedad. “La socialización es la forma en cómo el ser humano aprende a interactuar con el medio y con otros sujetos de acuerdo a la administración de la información, de esa forma el individuo se hace adaptable, en razón de su naturaleza flexible”². Esto nos lleva a señalar que cultura es el ethos social de la educación, ya que ella marca los objetivos de esta última.

De esta forma el niño aprende a ser en sociedad, a proyectar su identidad en la comunidad. Ese proceso de individuación, conduce a la introspección, que permite descubrirse a sí mismo y a los otros, y esto es esencial para el libre desarrollo de la personalidad.

² Delval, Juan, *El desarrollo humano*, México, Siglo XXI, 1994, p. 15.

Prosiguiendo con la idea central de este artículo, la educación es menester mencionar que ella es la principal protagonista del desarrollo, pues se encarga de detonar al ser humano, en todos los aspectos. La educación como proceso de socialización, es reproducción de la tradición, de la cultura, no solo como producto del hacer humano que antecede al individuo, sino como una serie de valores y de ideales a los que aspira esa sociedad en un momento determinado. Recordemos que el proceso de socialización, conlleva internalizar y conceptualizar las representaciones de la realidad, lo que acontece por medio del lenguaje, de la palabra, que unifica los conceptos para que el individuo traduzca y pueda leer su entorno para adaptarse e integrarse al mismo.

Debido a la trascendencia del desarrollo humano, y la incidencia que la educación tiene en el mismo, en las siguientes páginas se llevará a cabo un análisis del concepto pedagógico y las características de la educación como derecho humano, así como sus fines en el Estado de Derecho.

No omito señalar que el presente artículo parte de la sentencia del amparo en revisión 750/2015³, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolución que describe el concepto, alcance y contenido del derecho a la educación como un derecho humano.

Antes que nada cabe destacar dos ideas que serán el hilo conductor del presente artículo: el concepto de educación y la educación como un derecho humano. Comenzaré por establecer qué se entiende por derecho humano, para luego conceptualizar a la educación y dotarla de contenido con arreglo al marco legal vigente. Quisiera señalar que el tema solamente se limita al alcance y características de la educación básica, por lo que no llevaré a cabo un análisis profundo de la educación superior; me ceñiré a acotar brevemente los fines y características de la educación superior con el fin de establecer las diferencias entre una y otra, pues la educación básica —debido a sus fines— es un derecho humano y en cambio la educación superior es una garantía instruccional.

³ Derivado de la reforma en los Artículos 138 y 139 de la Constitución de Michoacán, el Estado tiene la obligación de impartir educación gratuita hasta la educación superior, por lo que se firmó un convenio con la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo para subsidiar la inscripción a dicha institución; en 2012 y 2013 el convenio no se renueva y en 2014 regresan los cobros de la cuota de inscripción, ante lo cual una alumna se ampara; ello da pie a la sentencia del amparo que detalla el alcance y contenido de la educación básica como un derecho humano.

II. CULTURA Y EDUCACIÓN

Bajo esa tesitura me daré a la tarea de describir a la educación, con el fin de focalizar su papel y trascendencia en el ámbito individual, social y dentro del Estado como una forma de construir ciudadanía. Sin lugar a duda existe un sinfín de conceptos y disertaciones en torno a la educación, pero en pos de una pureza metodológica, me remitiré a conceptualizar a la educación como un fenómeno más de la cultura, pues es el eslabón que permite socializar y desarrollar a los seres humanos.

La educación es parte del fenómeno de la cultura⁴, hablar de educación implica hablar de cultura y viceversa, porque son interdependientes, son un binomio: no podemos concebirlas por separado. En ese orden de ideas la educación va más allá de formular leyes y orquestar reformas educativas, implica formular un *ethos* y un *pathos* educativo, llevar a cabo planes y programas de estudio, identificar cómo la cultura construye al sujeto pedagógico, conlleva además formular un modelo pedagógico en concordancia con los fines de la educación y las aptitudes del educando, porque el deseo es educar en la virtud.

En la antigua Grecia la *paideia* no solo se enfocaba a la instrucción cultural, intelectual y moral; encerraba algo más complejo: la formación de seres humanos,

⁴De acuerdo con Edward Tylor, la cultura es un conjunto complejo que comprende conocimientos, componentes biológicos, creencias, arte, moral, ley, costumbres y otras capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad, que son consideradas valiosas, por lo que se reproducen de generación en generación. La cultura se traduce en modelos de vida históricamente creados, cuya manifestación es explícita o implícita, racional, irracional o no racional, en cualquier lugar y funge como guía potencial del comportamiento de los individuos. La cultura es un conjunto de maneras, formas de ser, de interrelacionarse en una sociedad determinada, se desarrolla en un seno de patrones de conducta, que son introyectadas al individuo a través de los procesos de educación y socialización. Las leyes, los valores, las costumbres, los hábitos, los conocimientos y creencias son componentes culturales. La cultura es: acumulativa (se transmite de generación en generación); es aprendida y compartida (herencia social); es estructurada (se ordena por patrones e instituciones); es dinámica (cambia desde la misma sociedad o por influencias externas); es variable (diferentes comportamientos en una misma sociedad v.gr. la ideología de clase). Al respecto puede consultarse: Nanda, Serena, *Antropología Cultural*, México, Editorial Iberoamericana, 1987. Monclús Estella, Antonio, *Educación y cruce de culturas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004. Spindler, George, "La transmisión de la cultura," en Velasco, M. H., García Castaño, F. J., *Lecturas de Antropología para educadores*. Madrid, Trotta, 1993.

con identidad y personalidad propias. El propósito de la educación es darle forma a un ser humano, es lograr que la persona se individualice y adquiera conciencia de sí misma y de su entorno. La educación concibe al ser humano como un ser dotado de múltiples capacidades que pueden ser desarrolladas por medio de la formación de mejores ciudadanos; su función consiste en modificar conductas mediante el discurso. La maravillosa y peculiar capacidad de razonar del ser humano le permite a éste modificar sus conductas, es ahí donde el acto educativo interviene.

La educación es un proceso de humanización, de sensibilización, de transformación del ser humano mediante la cultura, el arte, la poesía, el intercambio de ideas y, en suma, de procesos discursivos. En resumidas cuentas, “el discurso y su interiorización es lo que potencia al individuo para construirse a sí mismo dentro del grupo social”⁵.

Es difícil distinguir donde comienza una y donde acaba la otra, ya que la educación y la cultura se desarrollan en una relación de interdependencia, que evidentemente conforma el mosaico de la psique del ser humano en donde se encuentran alojados también los sentimientos, la forma de pensar, actuar, hablar y de valorar, pues nuestra forma de comportarnos.

La cultura permite al ser humano construirse como tal, porque lo capacita al momento de desenvolverse en el ámbito social, le aporta entonces una herencia social. Lo anterior desemboca en la integración cultural, porque seguir los patrones culturales se traduce en adaptabilidad y en sobrevivencia que a la larga culmina en la reproducción y perpetuación, a esto se le conoce como endoculturización. Es así como el ser humano logra permanencia, estabilidad, identidad.

A manera de conclusión temprana podemos señalar que la estratificación social del conocimiento, así como la forma de actuar, pensar, valorar y sentir son producto de las formas culturales que rigen a una sociedad en específico.

Desde luego mediante una educación que conmine a un ejercicio crítico de la cultura, es posible cambiar las formas de hacer, pensar, sentir y producir así discontinuidades culturales, que reafirman una de las características más importantes de la cultura, su aspecto dinámico. El ser humano tiene la opción de ser actor o

⁵ Onfray, Michel, *Manifiesto arquitectónico para la universidad popular: La comunidad filosófica*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 24.

agente de cambio en la cultura, pero conlleva un actuar reflexivo y juicioso. Y aun así estaría inmerso en la cultura, puesto que en nuestra sociedad hay libertad por eso se cuenta con la opción de ser un grupo disidente, porque reafirma la cultura de la sociedad moderna que vive ejerciendo su derecho a la libertad. Es por ello que la educación es piedra de toque para instaurar el orden y detonar el desarrollo de los seres humanos que pertenecen a una comunidad.

En palabras de Jean Piaget: “El derecho a la educación intelectual y moral implica algo más que un derecho a adquirir unos conocimientos o a escuchar, y algo más que la obligación de obedecer: se trata de un derecho a forjar algunos instrumentos espirituales extremadamente valiosos, y cuya construcción reclama un ambiente social específico, no constituido únicamente de sumisión⁶”.

III. LA EDUCACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO

Antes de incardinar a la educación dentro del ámbito de los derechos humanos es menester señalar que los derechos humanos, son facultades universales, innatas, imprescindibles e inalienables, cuya titularidad se atribuye a todos los seres humanos —con o sin el reconocimiento expreso del Estado— porque jurídicamente custodian bienes, valores, principios que son considerados básicos para reafirmar y materializar la inmanencia del ser.

De acuerdo con las declaraciones de derechos humanos se reconoce a la dignidad como raíz de estos, porque ella dota de significado el contenido de los derechos humanos. En virtud de lo anterior los derechos humanos son las condiciones materiales que hacen posible la protección jurídica de la dignidad; la dignidad encarna el potencial del ser humano, pero también encarna la fragilidad de un valor que fácilmente puede ser pisoteado por la violencia y el odio, de ahí que necesite una tutela especial que solo puede darse mediante los derechos humanos, que simbolizan la inmersión y consolidación del discurso humanista en el campo jurídico. Y por otro lado los derechos humanos no tendrían sentido sin la dignidad. En otras palabras, la consideración ética y moral del ser humano se encarna en el plano jurídico mediante el catálogo de derechos humanos.

Este conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. De acuerdo al Artículo 1o. constitucional tienen las siguientes características:

⁶ Piaget, Jean, *A dónde va la educación*, 5ª. ed., Barcelona, Teide, 1981, p. 16.

- Universales: significa que estas prerrogativas, se adjudican a todos los seres humanos, debido a que emanan de la dignidad en sentido ontológico que acompaña a todo ser humano. De ahí que pueden ser considerados como un compromiso ético-moral que aspira a custodiar el núcleo más delicado de las personas, de acuerdo con el contexto y las necesidades de cada uno, sin importar su origen, edad, raza, sexo, color, opinión política o religiosa.
- Progresivos: se refiere a la proyección del grado de concreción y efectividad de los derechos humanos a corto, mediano y largo plazo; este principio atiende a un proceso de cumplimiento y satisfacción gradual del catálogo de derechos humanos, ya que establecen y protegen contenidos mínimos que el Estado debe alcanzar y superar, lo que implica la prohibición de regresiones entorno a la aplicación y promoción de los derechos humanos. Se enfoca de forma preponderante en las políticas públicas, como parámetro que ayuda a establecer en qué medida el Estado propicia la onda expansiva de los derechos humanos.
- Indivisibles: sostiene que los derechos humanos están vinculados entre sí, por lo tanto, no admiten separación ni un orden jerárquico, ya que todos merecen la misma protección y atención.
- Interdependientes: los derechos humanos provienen de una misma fuente, es decir, comparten un origen común, que vincula sus relaciones permanentemente. Esto quiere decir, que el goce o disfrute de un derecho depende de la existencia y realización previa de otros derechos.

El Artículo 1o. constitucional, párrafo tercero establece que las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Los principios de los derechos humanos son los elementos que los caracterizan y distinguen, como postulados esenciales permiten llevar a la práctica la serie de prerrogativas inherentes a la dignidad de las personas, la manera de accionar y desglosar a los derechos humanos.

Como ya se anunció anteriormente la educación es un derecho humano que permite la realización de otros derechos, esto es así porque, el acto educativo en sí va encaminado a enaltecer la condición humana, a la par de propiciar la conti-

nidad de conductas edificantes. En síntesis la educación se encarga de refrendar la dignidad de los seres humanos, de ahí que sea considerada como un derecho humano, como un bien y una facultad de la que todos deben gozar en aras de la superación personal.

El derecho a la educación es uno de los derechos humanos más amplios, en la doctrina jurídica es conocido como un derecho llave, ya que su ejercicio y materialización dan cabida a otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de pensamiento y la autonomía de juicio, además de ayudar a fomentar los valores democráticos como la tolerancia, el respeto, la responsabilidad y la participación activa en la vida pública, la solidaridad y la justicia entre otros. Aquí es posible apreciar como los principios o características de los derechos humanos se reproducen en el acto educativo.

Más aún, la Suprema Corte de Justicia de la Nación acertadamente establece: “La educación es un bien básico indispensable para la formación de autonomía personal y, por ende, para ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de aquí su carácter de derecho humano. Y en tanto bien básico para toda persona, la educación elemental debe ser obligatoria, universal y gratuita”⁷.

La educación como derecho humano está regulada en: el Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 12 del Pacto de San José, Artículo 13 del Protocolo de San Salvador (Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales) y el Artículo 28 de la Convención de los Derechos del Niño.

Me permito transcribir el Artículo 13 del Protocolo de San Salvador, ya que recoge de forma acertada la relación entre la educación, el pleno desarrollo de los seres humanos y el cultivo de su dignidad:

1. Toda persona tiene derecho a la educación.
2. Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas

⁷ Tesis 1a./J. 82/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 178.

las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

3. Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

a. La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

En México por su parte, y de acuerdo con el Artículo 3o., segundo párrafo de la Constitución y los Artículos 2o. y 7o. de la Ley General de Educación, los fines de la educación son: el desarrollo armonioso de todas las facultades del ser humano, fomentar el amor a la patria, la multiculturalidad y el respeto a los derechos humanos, así como cultivar el sentido de la solidaridad internacional y de la justicia.

Además de promover la no discriminación, las actitudes incluyentes y promover la conciencia ambiental.

Los Artículos de trato enfatizan que la educación debe abatir la ignorancia, respetar la cultura, la dignidad y la integridad de todo ser humano. Es decir, que el Estado mexicano cifra sus esperanzas en la educación, pues ella ayudará a esculpir a edificar mejores seres humanos.

Al respecto, el Artículo 3o. constitucional establece:

Toda persona tiene derecho a recibir educación. El Estado —Federación, Estados, Ciudad de México y Municipios— impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

De tal manera que la Suprema Corte establece:

En efecto, el derecho a la educación solo constituye un bien básico capaz de generar las condiciones necesarias para el ejercicio de la autonomía personal si satisface un contenido mínimo, a saber: la provisión de principios de racio-

nalidad y del conocimiento científico disponible socialmente; la exposición a una pluralidad de planes de vida e ideales de excelencia humana (incluido el conocimiento, desde un punto de vista crítico, de distintos modelos de vida y de virtud personal, ideas religiosas, no religiosas y antirreligiosas, etcétera); la discusión crítica de la moral social vigente; el fomento de los valores inherentes a una sociedad democrática como los derechos humanos, la tolerancia, la responsabilidad y la solidaridad; y la construcción de las capacidades requeridas para ser miembro activo de una sociedad democrática⁸.

Concatenado a lo anterior: “El derecho a la educación es un derecho social y colectivo el cual se entiende como una prerrogativa que tiene todo ser humano a recibir la formación, la instrucción, dirección o enseñanza necesarias para el desarrollo armónico de todas sus capacidades cognoscitivas, intelectuales, físicas y humanas; se trata de un elemento principal en la formación de la personalidad de cada individuo, como parte integrante y elemental de la sociedad”⁹.

De lo anterior podemos concluir prematuramente que: la educación es un derecho humano, porque fomenta el libre desarrollo de la personalidad, ya que ayuda al entrenamiento intelectual, para adquirir autonomía de juicio o en otras palabras forjar un criterio propio, además de fomentar valores concomitantes a la democracia como un modo de vida que aspira a la armonía social y no solamente como una entelequia político-jurídica. Esta acción permite edificar seres humanos plenos, a la par de brindarles las herramientas necesarias para acceder a una mejor calidad de vida, así como dignificar su existencia.

Esto es así porque la educación aspira a cultivar un ideal de excelencia humana, a través del desenvolvimiento pleno de las capacidades y potencialidades del individuo, que obran en el individuo y están esperando a que el acto educativo las detone, les permita expresarse a través de conductas edificantes, el potenciamiento de la razón, agudizar el sentido ético, la conciencia ambiental, la aptitud para la discusión y el consenso, el respeto por los derechos humanos, así como la resolución de problemas técnicos y morales que día a día suceden.

⁸ *Idem*.

⁹ Tesis 1a. CLXVIII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, t. I, mayo de 2015, p. 425.

IV. CONTENIDO Y ALCANCE

Prosiguiendo con el análisis, el derecho a la educación se divide en¹⁰:

- a) La educación básica, que en el marco internacional se refiere solamente a la primaria, pero que en México comprende la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior.
- b) La educación superior, que no es necesariamente gratuita ni obligatoria, ya que el Estado está obligado a promoverla —no así a proveerla—, porque su fin es alentar y dotar de recursos la producción científica y tecnología para difundir la cultura. Está sujeta al principio de acceso, esto quiere decir, que toma en consideración las capacidades del individuo (lo anterior de conformidad con el Protocolo de San Salvador¹¹).

... La educación básica comprende cuatro dimensiones importantes de la vida humana: 1) el desarrollo psicológico, entendido como la socialización del comportamiento como —y mediante— el lenguaje; 2) el aprendizaje de competencias relativas a distintos dominios de conocimiento: el científico, el artístico, el religioso y el tecnológico, entre otros; 3) la aceptación y reproducción de los criterios de ajuste estipulados por la cultura, en la forma de costumbres y creencias; y 4) el aprendizaje de competencias de vida, vinculado a distintas esferas del quehacer social cotidiano: la salud, la supervivencia, la comunicación, el ocio y otras más¹².

¹⁰ Artículo 37 de la Ley General de Educación: La educación de tipo básico está compuesta por el nivel preescolar, el de primaria y el de secundaria. El tipo medio-superior comprende el nivel de bachillerato, los demás niveles equivalentes a éste, así como la educación profesional que no requiere bachillerato o sus equivalentes. Se organizará, bajo el principio de respeto a la diversidad, a través de un sistema que establezca un marco curricular común a nivel nacional y la revalidación y reconocimiento de estudios entre las opciones que ofrece este tipo educativo. El tipo superior es el que se imparte después del bachillerato o de sus equivalentes. Está compuesto por la licenciatura, la especialidad, la maestría y el doctorado, así como por opciones terminales previas a la conclusión de la licenciatura. Comprende la educación normal en todos sus niveles y especialidades.

¹¹ Artículo 13... c. la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

¹² Ribes Iñesta, Emilio, "Educación básica, desarrollo psicológico y planeación de competencias", *Revista Mexicana de Psicología Educativa de la Facultad de Psicología de la UNAM*,

Es menester recordar que la educación básica instruye y forma al individuo, pues atiende a la consolidación de autonomía de juicio, en contraposición a la educación superior que se enlaza con un plan de vida, porque va encaminada a la profesionalización del individuo, ya que atiende a la libre elección de las personas, en atención a su plan de vida y parte de un marco cognitivo previo (el bagaje del alumno), ya que el último fin de la educación superior es el progreso y desarrollo del país a través de la producción y difusión de los saberes especializados en humanidades, ciencias y tecnología. Empero, no debemos perder de vista que tanto la educación básica, como la educación superior buscan el bien común y el progreso.

V. CARACTERÍSTICAS

Cabe señalar que, de acuerdo con el marco legal y a la consecución de sus fines, la educación que imparte el Estado debe de contar con ciertas características¹³:

México, vol. 25, núm. 2, diciembre de 2008, pp. 193-207, <http://www.redalyc.org/pdf/2430/243016308001.pdf> (24 de marzo 2019, 13:26 h).

¹³ Establece la Ley General de Educación:

Artículo 3o.- El Estado está obligado a prestar servicios educativos de calidad que garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos, para que toda la población pueda cursar la educación preescolar, la primaria, la secundaria y la media superior. Estos servicios se prestarán en el marco del federalismo y la concurrencia previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y conforme a la distribución de la función social educativa establecida en la presente Ley.

Artículo 4o.- Todos los habitantes del país deben cursar la educación preescolar, la primaria y la secundaria. Es obligación de los mexicanos hacer que sus hijas, hijos o pupilos menores de edad cursen la educación preescolar, la primaria, la secundaria y la media superior.

Artículo 5o.- La educación que el Estado imparta será laica y, por lo tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa.

Artículo 6o.- La educación que el Estado imparta será gratuita. Las donaciones o cuotas voluntarias destinadas a dicha educación en ningún caso se entenderán como contraprestaciones del servicio educativo.

Las autoridades educativas en el ámbito de su competencia, establecerán los mecanismos para la regulación, destino, aplicación, transparencia y vigilancia de las donaciones o cuotas voluntarias. Se prohíbe el pago de cualquier contraprestación que impida o condicione la prestación del servicio educativo a los educandos.

En ningún caso se podrá condicionar la inscripción, el acceso a la escuela, la aplicación de evaluaciones o exámenes, la entrega de documentación a los educandos o afectar en cualquier sentido la igualdad en el trato a los alumnos, al pago de contraprestación alguna.

- Pública: se traduce en que la educación que es para todos, pues no distingue de clases sociales. Toda persona debe tener acceso a la educación formal que imparte el Estado.
- Laica: los contenidos educativos son independientes y ajenos a cualquier doctrina religiosa.
- Obligatoria: el acceso a la enseñanza no es optativo ni para el niño, ni para el Estado, ni para los padres.
- Gratuita: la educación que se reciba no quedará condicionada a un pago, la asistencia a la escuela no implica erogar una cantidad de dinero y el Estado no deberá cobrar por ella.

En virtud de lo anterior, el derecho a la educación posee dos vertientes o dimensiones: la *dimensión subjetiva*, encaminada a detonar el desenvolvimiento sin restricciones del individuo, o sea, conducirlo a la superación personal; y la *dimensión social o institucional*, es decir, la infraestructura, los recursos materiales y humanos, así como el conjunto de normas jurídicas, cuya unión conforma su organización y hace posible su operatividad armoniosa dentro del funcionamiento de la sociedad, de ahí que uno de los objetivos de la educación sea propiciar la intervención racional en lo público, porque como institución la educación está encaminada a construir ciudadanía, es decir, individuos conscientes de su función social que parten de un marco teórico para emitir un juicio o asumir un criterio.

De acuerdo con el párrafo segundo del Artículo 13 de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la educación en su dimensión social o institucional cuenta con las siguientes características:

- a) Disponibilidad: Se refiere a la infraestructura de las escuelas, así como su distribución de acuerdo con el número de habitantes en una comunidad. También implica dotar de recursos materiales, económicos y de personal calificado a las escuelas.
- b) Accesibilidad: los programas y las instituciones educativas deben estar al alcance de todas las personas, es decir, por consecuencia han de ser sencillos y no implicar discriminación. La accesibilidad consta de tres dimensiones:

1) No discriminación: se refiere a dar un trato igual, no propiciar un trato diferenciado por el género, color de piel, sexo, origen étnico, religión, estatus socioeconómico, orientación sexual, etc. Además de lo anterior, la educación debe ser asequible para los grupos vulnerables como los apátridas, discapacitados, ancianos, niños de la calle, etc.

2) Accesibilidad material: acceder de manera fácil a las instalaciones, geográficamente hablando, esto quiere decir, que las escuelas han de construirse dentro de las comunidades; a la par implica la implementación de la tecnología, es decir, la educación a distancia como herramienta para que los alumnos puedan conectarse desde lugares remotos.

3) Accesibilidad económica: se erige en la obligación de impartir de forma gratuita la educación básica, en cuanto a la educación superior, los Estados deben gradualmente implementar su gratuidad, es decir, que su acceso no se condicione al pago de una colegiatura.

c) Adaptabilidad: los programas de estudio deben adecuarse a las necesidades y cambios sociales, es decir, estar contextualizados.

d) Aceptabilidad: el método pedagógico, la didáctica y los contenidos de los programas de estudio deben ser culturalmente pertinentes, y de buena calidad, para los estudiantes y padres, pues éstos tienen el derecho de decidir sobre la educación que sus hijos reciben.

VI. EDUCACIÓN SUPERIOR

Por último, resta comprender el alcance de la educación superior, así como sus fines, para distinguirla de la educación básica como un derecho humano. La educación superior es aquella que se imparte con posterioridad al bachillerato o su equivalente, cuenta con los siguientes niveles: técnico superior universitario, licenciatura (incluye las ingenierías) y posgrado (especialidad, maestría y doctorado); de acuerdo con el párrafo tercero del Artículo 37 de la Ley General de Educación y Artículo 3o. de la Ley para la Coordinación de la Educación Superior. El principal cometido de la educación superior es generar capital humano altamente capacitado para producción y difusión del conocimiento y la cultura especializada.

En el caso de la educación superior existen instituciones que gozan de autonomía universitaria, porque cuentan con personalidad jurídica propia, por lo que

tienen un patrimonio propio y las facultades para administrarlo, y su personal. Considero esencial hablar de autonomía universitaria, para entender la naturaleza de la educación superior.

VII. AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

La autonomía universitaria hace énfasis en que la educación superior tiene como principal objeto la profesionalización de las personas, para que brinden un servicio especializado a la comunidad. Esta idea implica que la Universidad —principal representante de la educación superior— se constituya como un universo de conocimientos, o sea, que albergue todo tipo de estos: técnico, científico y humanista, razón por la cual, la educación superior no debe construirse desde una determinada ideología o desde un entramado moral determinado.

Con el fin de cumplir con el pensamiento anteriormente esbozado, surgió el concepto de autonomía universitaria, para que los catedráticos gozaran de la libertad de cátedra, para impartir sus conocimientos y que los alumnos tuvieran libre acceso al conocimiento.

Bajo esa tesitura la autonomía universitaria se manifiesta en los siguientes rubros:

- a) Autogobierno: la Universidad tiene la potestad de nombrar y señalar a sus autoridades, por ello puede establecer los procedimientos y requisitos para acceder a los cargos dentro de la misma institución, esto implica que las instituciones de educación superior cuenten con su ley orgánica.
- b) Autolegislación o autonormatividad: como requisito para establecer los procedimientos internos para elegir a sus autoridades, es necesario que establezca sus propias normas o reglas. Es, en síntesis, la capacidad de brindarse su propio marco legal, sin la intervención de otros organismos públicos o privados. Este entramado normativo asegura la independencia, propicia la transparencia en la selección de personal y brinda certeza acerca de la manera en que se llevará a cabo la difusión científica y cultural.
- c) Autonomía patrimonial: se refiere a la autogestión de los recursos económicos y materiales que son asignados a las instituciones de educación superior vía partida presupuestaria. Es decir, cuenta con la absoluta liber-

tad para gastar el presupuesto que se le asigne, pues tiene la facultad de establecer en qué y cómo va a gastar dicho presupuesto.

En el caso de la Universidad Nacional Autónoma de México, la idea de autonomía universitaria parte del pensamiento de Justo Sierra quien la propuso desde 1881, no obstante hasta 1910 en su discurso inaugural de la Universidad Nacional de México, haría énfasis en que la educación superior tenía el objetivo de difundir el conocimiento científico y cultural al pueblo mexicano, estas ideas quedaron parcialmente establecidas en la Ley Constitutiva de la Universidad Nacional de México, que al respecto señala:

Artículo 8o.-:

...

IV. Aprobar, modificar o rechazar las propuestas que, para cubrir las plazas de profesores pagados por la Federación, le presentará el director de la escuela respectiva, quien las formulará previa consulta de las correspondientes juntas de profesores. Una vez aprobadas por el Consejo Universitario, serán presentadas a la Secretaría del ramo por los conductos debidos, exponiendo sus fundamentos. Dicha Secretaría, previo el acuerdo del Presidente de la República, las admitirá ó (sic) no; en este caso, el Consejo Universitario presentará modificada su propuesta, ó (sic), con el fin de que se tome de nuevo en consideración, insistirá en ella por el voto de las dos terceras partes de sus individuos, después de lo cual resolverá definitivamente el Presidente de la República;

Artículo 9o.- La Universidad Nacional de México queda constituida desde la fecha de su inauguración en persona jurídica capacitada para adquirir bienes de cualquier género que sean, con tal de dedicarlos al objeto de la Institución en los términos prescriptos por el Artículo 27 del Pacto Federal. Tendrá, asimismo, todas las demás capacidades no prohibidas terminantemente por las leyes.

El concepto de autonomía universitaria será retomado por el presidente Emilio Portes Gil, al brindar a la legislación universitaria la legitimación que necesitaba para consagrar el concepto de autonomía universitaria. Esto fue posible gracias al decreto del 10 de julio de 1929, por virtud del cual, promulgó la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México, marco legal que hizo posible la materialización de la autonomía universitaria.

Artículo 1o.- La Universidad Nacional Autónoma de México es una corporación pública —organismo descentralizado del Estado— dotada de plena capacidad jurídica y que tiene por fines impartir educación superior para formar profesionistas, investigadores, profesores universitarios y técnicos útiles a la sociedad; organizar y realizar investigaciones, principalmente acerca de las condiciones y problemas nacionales, y extender con la mayor amplitud posible los beneficios de la cultura.

Artículo 2o.- La Universidad Nacional Autónoma de México, tiene derecho para:

- I. Organizarse como lo estime mejor, dentro de los lineamientos generales señalados por la presente Ley;
- II. Impartir sus enseñanzas y desarrollar sus investigaciones, de acuerdo con el principio de libertad de cátedra y de investigación;

...

Artículo 8o.- El Consejo Universitario tendrá las siguientes facultades:

- I. Expedir todas las normas y disposiciones generales encaminadas a la mejor organización y funcionamiento técnico, docente y administrativo de la Universidad;

...

Artículo 10.- El Patronato estará integrado por tres miembros que serán designados por tiempo indefinido y desempeñarán su encargo sin percibir retribución o compensación alguna. Para ser miembro del Patronato, deberán satisfacerse los requisitos que fijan las fracciones I y II del Artículo 5o., y se procurará que las designaciones recaigan en personas que tengan experiencia en asuntos financieros y gocen de estimación general como personas honorables.

Corresponderá al Patronato:

- I. Administrar el patrimonio universitario y sus recursos ordinarios, así como los extraordinarios que por cualquier concepto pudieran allegarse.
- II. Formular el presupuesto general anual de ingresos y egresos, así como las modificaciones que haya que introducir durante cada ejercicio, oyendo para ello a la Comisión de Presupuestos del Consejo y al Rector. El presupuesto deberá ser aprobado por el Consejo Universitario.

III. Presentar al Consejo Universitario, dentro de los tres primeros meses a la fecha en que concluya un ejercicio, la cuenta respectiva, previa revisión de la misma que practique un Contador Público independiente, designado con antelación por el propio Consejo Universitario.

...

Artículo 15.- El patrimonio de la Universidad Nacional Autónoma de México estará constituido por los bienes y recursos que a continuación se enumeran:

I. Los inmuebles y créditos que son actualmente de su propiedad, en virtud de habersele afectado para la constitución de su patrimonio, por las leyes de 10 de julio de 1929 y de 19 de octubre de 1933, y los que con posterioridad haya adquirido;

...

Cabe destacar que en 1980 se reforma el Artículo 3o. constitucional para elevar a rango constitucional a la autonomía universitaria, que como hemos podido apreciar es un concepto esencial para comprender la naturaleza de la educación superior en contraposición a la educación básica. Es una garantía instruccional que ayuda a materializar el acceso a la educación superior.

Recordemos que las garantías individuales son derechos públicos subjetivos consignados en favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del ser humano, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo¹⁴.

Por su parte los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes.

Por tanto, las garantías individuales son operativas de los derechos humanos, o sea, las garantías individuales como instrumentos de defensa de los primeros, tienen el carácter de medio o instrumento para hacer eficaz el ejercicio de los

¹⁴ Cfr. Debate Cámara Revisora de la Reforma constitucional en materia de derechos humanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DO-F_10jun11.pdf (24 de marzo 2019, 14:07 h).

derechos humanos. La autonomía universitaria es una característica esencial que permite a la educación superior la consecución de sus fines, esto es, proveer a los estudiantes de un abundante marco teórico altamente especializado, libre de ideologías para profesionalizar a los ciudadanos, que cuentan con las aptitudes necesarias para acceder a este nivel. En suma la educación superior informa al ser humano previamente desarrollado, informado y socializado por obra de la educación básica.

Es por ello que la educación superior no es obligatoria, ya que no constituye un fin en sí misma, es una manera de concretar un plan de vida; por el contrario la educación básica es un fin en sí mismo, que pretende ensanchar las capacidades de las personas, para que cuenten con marco referencial que los lleve a acuñar criterios y juicios pertinentes e informados para participar armoniosamente en sociedad, a la par de adquirir autonomía de juicio e individualizarse del resto para tomar un camino propio, es decir, trazar un plan de vida, que puede o no contemplar su profesionalización o la obtención de grados académicos. Y es que el libre desarrollo de la personalidad no depende de un título universitario, sino de gozar de un criterio que conduzca al individuo en la toma de decisiones informadas y pertinentes —saber ser— que lo ayuden a edificar y dignificar su existencia.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. CONSTITUYE UNA GARANTÍA INSTRUMENTAL QUE MAXIMIZA EL DERECHO HUMANO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR.

La autonomía universitaria tiene un carácter exclusivamente instrumental y no conforma, per se, un fin en sí misma, por lo que es valiosa sólo si maximiza el derecho humano a la educación superior; se proyecta en la libertad de cátedra, investigación, examen, discusión de las ideas, determinación de sus planes y programas de estudio, forma en la que se administrará el patrimonio universitario, así como la fijación de los términos de ingreso, promoción o permanencia del personal académico; facultad que exige estar sometida a un grado de justiciabilidad, por lo que no constituye un derecho en sí, sino el instrumento para hacer efectivo aquél... En este sentido, los instrumentos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son, la mayoría de las veces, las garantías a que se refiere su Artículo 1o., sin que pue-

dan ni deban confundirse a los derechos humanos con sus garantías, y menos establecer que hay sinonimia entre aquéllos y éstas. Así, las garantías son, por regla general, los mecanismos constitucionales para hacer funcionales y efectivos a los derechos humanos por cuanto que la circunstancia de que unas y otros estén en la Constitución, de ninguna manera significa que ineludiblemente las garantías sean derechos humanos, pues se llegaría al absurdo de que, por ejemplo, el arraigo –por estar igualmente previsto en la Constitución– fuera un derecho humano, cuando no lo es, sino más bien representa una restricción constitucional al ejercicio de la libertad¹⁵.

VIII. CONCLUSIONES

El ser humano no nace siendo, sino que nace como posibilidad, es consciente y está revestido de dignidad, por ello posee una naturaleza llena de potencial, que lo inclina y predispone a la plenitud. Eso es lo que hace la educación, socializa y al socializar se produce la interiorización y conceptualización de las presentaciones de la realidad, es así como se construye la realidad social y se reproduce la cultura, como esa serie de acciones que constituyen no solo la memoria histórica de una sociedad, sino esa serie de valores o aspiraciones ideales. Es lo que se conoce en la doctrina jurídica como la dimensión subjetiva del derecho a la educación. Es tarea de la educación básica llevar a cabo este proceso de formación primigenia.

“... El papel de la educación, como ya se ha dicho, es alentar el desarrollo, guiarlo, mediarlo. La educación es un proceso por el que la cultura amplifica y ensancha las capacidades del individuo y, para ello, es necesario que se le realice una transferencia de elementos que están fuera de él”¹⁶.

El comportamiento del ser humano es parte del proceso de socialización, en donde se transmiten las formas de conducta mediante comportamientos, símbolos, íconos (imágenes) que ayudan a interiorizar la normatividad cuyo resultado culmina en la autorregulación de la conducta; y este sistema de normatividad (socialización) en gran medida se transmite por medio de la educación, de ahí que la

¹⁵ Tesis XI.1o.A.T.42 L (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 56, t. II, julio de 2018, p. 1466.

¹⁶ Bruner, Jerome, *Desarrollo cognitivo y educación*, México, Ediciones Morata, 1988, p. 17.

educación y la cultura sean un binomio. En antropología educativa lo anterior se conoce como endoculturación, que es el proceso mediante el cual se aprenden las normas y los valores, y en consecuencia, los roles y las conductas adecuados en una determinada sociedad

Lo que anteriormente mencionamos es la integración jurídica del derecho a la educación como un derecho humano, pues el acto educativo se aboca a embellecer la condición humana e implica recurrir a la *paidea*, a la formación integral del ser humano, que es obra genuina de la educación que permite adquirir identidad, cultura, significados comunes, valores como la dignidad, el respeto, autorespeto, solidaridad, autonomía de juicio, la tolerancia, el sentido de justicia, libertad, reconocimiento democrático, contenido axiológico esencial para la construcción de ciudadanía y elemento primordial para la convivencia social.

El libre desarrollo de la personalidad y la dignidad son piedra angular para lograr el último fin de la educación: la comunión entre lo racional, lo espiritualidad y lo emocional. Vasconcelos sostenía que la educación no era solo técnica, es decir, un saber hacer, sino también un saber ser, saber conocer, saber convivir. El ser humano debe conocer sus orígenes, estar en contacto con el mundo de las ideas, disertar, crear, imaginar, criticar, construir, destruir, para saber de dónde viene y a dónde va, de ahí la importancia de la transmisión cultural a través del acto educativo, pues ello da identidad —saber ser y saber convivir—.

Como breve conclusión puedo anotar que la educación es para *aprender a vivir*, lo que se traduce en la toma de decisiones; para lograr lo anterior es necesario impartir una educación que entrelace diversas disciplinas y conocimientos, que sea pública, laica, gratuita y obligatoria. Pero, además, esta educación necesita echar mano de otras características como disponibilidad; accesibilidad, lo que implica no discriminación, accesibilidad económica, accesibilidad material; aceptabilidad y adaptabilidad. Es en estas particularidades en las que se proyecta la dimensión social o institucional de la educación, que va desde las instalaciones, la organización, la formulación de modelos pedagógicos, la didáctica, planes y programas de estudio que satisfagan las necesidades y abrevien en la inclusión de las personas.

La acción transformadora del ser humano no puede ser posible sin la puesta en marcha de conocimientos y experiencias previas, que se adaptan también de

acuerdo con el medio y el contexto, porque el ser humano está inmerso en un constante devenir. El desarrollo no es solo una serie sucesiva de etapas de crecimiento exponencial, es también un proceso de autoelaboración constante e implica el esfuerzo psíquico-emocional y físico que lo lleva al progreso, es decir, a la madurez, a la plenitud; pero lo anterior no solamente es cuestión de biología, el ser humano, animal social por excelencia, necesita aprender, adquirir hábitos, conocimientos, destrezas que le permitan modificar y adaptarse, para lograr detonar sus talentos, habilidades y destrezas, lo que arriba en mayores conocimientos para convivir en sociedad, respetando la dignidad y los derechos humanos de sus congéneres. Por consiguiente, la educación es un fenómeno social complejo, que cuenta con un vasto marco legal nacional e internacional.

IX. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- BRUNER, Jerome, *Desarrollo cognitivo y educación*, México, Ediciones Morata, 1988.
- DELVAL, Juan, *El desarrollo humano*, México, Siglo XXI, 1994.
- MENKE, Christoph, y POLLMANN, Arnd, *Filosofía de los derechos humanos*, Barcelona, Herder, 2010.
- MONCLÚS ESTELLA, Antonio, *Educación y cruce de culturas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- NANDA, Serena, *Antropología Cultural*, México, Editorial Iberoamericana, 1987.
- ONFRAY, Michel, *Manifiesto arquitectónico para la universidad popular: La comunidad filosófica*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- PIAGET, Jean, *A dónde va la educación*, 5ª. ed., Barcelona, Teide, 1981.
- PIAGET, Jean, *Estudios de Psicología Genética*, Buenos Aires, Emecé, 1973.
- RIBES IÑESTA, Emilio, "Educación básica, desarrollo psicológico y planeación de competencias", *Revista Mexicana de Psicología Educativa de la Facultad de Psicología de la UNAM*, México, vol. 25, núm. 2, diciembre de 2008, <http://www.redalyc.org/pdf/2430/243016308001.pdf> (24 de marzo 2019, 13:26 h).
- SPINDLER, George, "La transmisión de la cultura", en VELASCO, M. H., GARCÍA CASTAÑO, F. J., *Lecturas de Antropología para educadores*, Madrid, Trotta, 1993.
- VÁZQUEZ, Luis Daniel, y SERRANO, Sandra, *Los derechos en acción (Obligaciones y principios de los derechos humanos)*, México, Flacso, 2013.

2. Legislativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- Ley Constitutiva de la Universidad Nacional de México.*
- Ley General de Educación.*
- Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México.*
- Ley para la Coordinación de las Instituciones de Educación Superior.*
- Pacto de San José.*
- Protocolo de San Salvador.*

3. Sitios de internet

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/117_DOF_10jun11.pdf.

<http://cepmalaga.com/images/blogmaticas/04.pdf>.

<http://www.redalyc.org/pdf/2430/243016308001.pdf>.

https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/AR%20750-2015_0.doc.

4. Otros

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 18, t. I, mayo de 2015, p. 425.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 47, t. I, octubre de 2017, p. 178.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 56, t. II, julio de 2018, p. 1466.

ESTUDIO COMPARATIVO DEL CRÉDITO BANCARIO DE LAS EMPRESAS PYMES DE MÉXICO Y DE ESTADOS UNIDOS COMO FACTOR DE CRECIMIENTO ECONÓMICO

Jorge Enrique LAMADRID BAZÁN¹

SUMARIO

I. Introducción. II. Metodología. III. Resultados. IV. Conclusiones. V. Fuentes de información.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar la participación del crédito bancario para las empresas PYMES de México y Estados Unidos, ya que este sector tiene una aportación considerable tanto en el PIB de nuestro país, como en la generación de empleos, lo cual incide de una forma importante en el crecimiento económico. De igual forma, al realizar el comparativo del mismo caso para Estados Unidos, se estará en posibilidad de evaluar coincidencias y diferencias entre ambos países en relación con este tópico fundamental en la economía, y con ello proponer alternativas de mejora para impulsar el crecimiento de las empresas PYMES.

ABSTRACT

The objective of this research is to analyze the participation of bank credit for small business in Mexico and the United States, since this sector has a considerable contribution both in the GDP of our country and in the generation of jobs, which has an impact on important way in economic development. Similarly, when comparing the same case for the United States, it will be possible to evaluate coincidences and differences between both countries in relation to this fundamental topic in the economy, and propose alternatives for improvement to promote the development of the small business companies.

¹ Licenciado en Relaciones Internacionales por la UNAM con Maestría en Administración de Negocios por la Universidad Tec Milenio. Catedrático en la Universidad Interamericana en las asignaturas de Sistema de Calidad y Sistema de Gestión.

PALABRAS CLAVE

Banca. Crecimiento económico. PYMES. Crédito empresarial.

KEY WORDS

Banking. Economic growth. Small business. Business credit.

CLASIFICACIÓN JEL

G21, G28, G38, L26.

JEL CLASSIFICATION

G21, G28, G38, L26.

I. INTRODUCCIÓN

Existen suficientes estudios dirigidos a investigar la relación que existe entre el crédito empresarial bancario y el crecimiento económico para un país, el caso de México no es la excepción, sin embargo, este tipo de financiamiento para la banca de nuestro país desafortunadamente ha sido canalizado desproporcionadamente a las diferentes clases de empresas de nuestra economía, sobre todo al sector de las PYMES, las cuales no obstante de representar el 98% del total de las empresas en nuestro país, además de generar el 78% de los empleos y aportar el 42% del Producto Interno Bruto (PIB), les cuesta mucho trabajo el ser apoyadas financieramente. Lo antes señalado se ve todavía más expuesto al evaluar y comparar los recursos que recibe este mismo sector empresarial en Estados Unidos, así como los diversos planes gubernamentales existentes para su desarrollo y permanencia.

A partir de lo anterior, resulta imprescindible analizar de qué manera se distribuye el financiamiento al sector industrial por parte de la banca en sus diferentes segmentos y las posibles razones por las cuales se ha venido manejando esta política crediticia, así como los cambios que deberían procurarse tanto por la banca, las empresas PYMES y el gobierno, con la finalidad de impulsar el desarrollo del segmento y con ello contribuir al crecimiento económico de nuestro país.

A partir de lo antes descrito, el presente trabajo tiene como finalidad analizar la participación del crédito bancario para las empresas PYMES de México, ya que tienen una aportación importante tanto en el PIB de nuestro país, como en la generación de empleos, lo cual incide de una forma importante en el crecimiento económico.

De igual forma, se analizará el mismo caso para Estados Unidos, con lo que se estará en posibilidad de establecer un comparativo entre ambos países en relación con este tópico fundamental en la economía de un país y con ello proponer alternativas de mejora para impulsar el desarrollo de las empresas PYMES.

Las empresas en todo país representan el motor del crecimiento económico de un país, no obstante, existen diferentes tamaños de empresas, así como su contribución, que se ve reflejada en el Producto Interno Bruto (PIB). En México las empresas se encuentran clasificadas de la siguiente manera:

Tabla 1²

Clasificación de empresas en México por tamaño			
Tamaño/Sector	Industria	Comercio	Servicios
Micro	1a10	1a10	1a10
Pequeña	11 a 50	11 a 30	11 a 50
Mediana	51 a 250	31 a 100	51 a 100
Grande	251 o más	101 o más	101 o más

Además de su tamaño, las empresas PYMES (micro, pequeñas y medianas), también se clasifican por el monto de sus ventas anuales, el cual para las micro es hasta de \$4'000,000.00 de pesos, para las pequeñas hasta de \$100'000,000.00 y para las medianas hasta de \$250'000,000.00 (Secretaría de Economía, 2019).

Otro ejemplo de clasificación, es el que da el reporte Reporte de Crédito de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas en México (Konfío, 2018), en el que identifica como microempresas a aquellas con menos de cinco empleados y hasta \$500,000.00 pesos de ventas anuales; como pequeña empresa, aquellas con seis a diez empleados y ventas anuales de más de \$500,000.00, pero menos de \$1'500,000.00; y como mediana empresa, aquellas de 11 y hasta 100 empleados y ventas anuales de no más de \$3'000,000.00.

Para el caso Estados Unidos no existe un criterio único en la determinación de una empresa pequeña, puede variar dependiendo del sector económico al que pertenece, a sus ventas, sus activos, etc. No obstante, la *Small Business Administration* considera los siguientes rubros como generales, independientemente de que la *North American Industry Classification System* (NAICS) realiza una clasificación de las pequeñas empresas de acuerdo con su actividad económica (U.S. GOVERNMENT, 2017). Dicha clasificación fue creada en 1994 y desarrollada con los organismos de estadística de Canadá y México, buscando generar un marco para la recopilación, análisis y difusión de estadísticas económicas que permite una evaluación y comparación precisas de las economías de la región.

² Fuente: Elaboración propia con datos de Congreso de la Unión (2018).

De hecho, esta clasificación fue utilizada para llevar a cabo las negociaciones del tratado de libre comercio y posteriormente del T-MEC, con base a una homologación de las empresas por tipos de sector y actividad económica de forma equivalente para los tres países y alineada a la clasificación internacional uniforme de todas las actividades económicas (ISIC por sus siglas en inglés), la cual es la clasificación de actividades económicas de la ONU y que permite a la clasificación de la NAICS ser integrada en cualquier momento al sistema utilizado por la ONU. En la tabla número 2 se pueden apreciar las características que determinan a una empresa PYME en E.U.A. (U.S. GOVERNMENT, 2017).

Tabla 2³

CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS PEQUEÑAS EN U.S.A.
Aplicar y calificar para obtener un impuesto preferencial
Menos de 500 empleados
Ventas entre \$750,000 y \$35'000,000 de dólares
Oficinas principales y operación en E.U.A.
Empresa con fines de lucro
Ser participante minoritario en tu sector

Independientemente de la diferente forma de clasificar a las empresas entre México y Estados Unidos, es menester ahora conocer el número de PYMES en un país y en otro. Para el caso de México, existe un total de 4.2 millones de empresas en México al 2018 (Forbes, 2018). Considerando que el PIB de México a ese año asciende a \$1,230'000,000.00 de dólares, se entiende que las empresas PYMES generan \$516'000,000.00 de dólares.

Para el caso de los Estados Unidos, el reporte más reciente de la Embajada de los Estados Unidos, existen más de 28 millones de empresas PYMES en su país (EMBASSY, 2019). Las cuales independientemente de la actividad a la que se dediquen, contribuyen con el PIB, el cual al 2018 ascendía a los \$20'494,000.00 millones de dólares (Banco Mundial, 2019), de este, aportan alrededor de \$9'223,000.00 millones de dólares, lo que representa el 45% de este indicador (Ibrahim & Goodwin, 1986).

³ Fuente: Elaboración propia con datos de Información de U.S. GOVERNMENT (2017).

En el siguiente cuadro se puede apreciar un comparativo entre las empresas PYMES de México y Estados Unidos con relación a sus principales características:

Tabla 3⁴

Índice Comparativo de Empresas PYMES México-Estados Unidos		
Índice	México	E.U.A.
Número de empresas PYMES	4.2 millones	28 millones
Porcentaje del total de empresas	98%	97%
Porcentaje del total de generación de empleos	78%	57%
Aportación porcentual del PIB	42%	45%
Aportación en millones de dólares al PIB	\$516'	\$9'223,
Número de empleados máximo	Hasta 100	Hasta 500
Monto de Ventas máximo en millones de Dlls.	Hasta \$12'500	Hasta \$35'000,

Al igual que en el primer apartado, en el que se observa una diferencia en la segmentación de las pequeñas empresas entre un país y otro, de igual forma es notoria la diferencia entre el número de pequeñas empresas entre los dos, no así en el porcentaje que aportan al PIB respectivamente, el cual se diferencia en un 3% en términos porcentuales, aunque en monto sea importante la diferencia por lo distantes que son una economía de otra.

Finalmente resulta muy interesante comprender la alta aportación que realizan las empresas PYMES al PIB de cada país respectivamente.

De acuerdo con INADEM, si bien existen diferentes programas que apoyan a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYME), así como a la actividad emprendedora, los efectos de estos programas no permean a toda la comunidad empresarial de forma equitativa. Las empresas PYMES enfrentan retos importantes, tanto para su permanencia en la actividad económica respectiva, como para su aspiración a crecer y consolidarse, ya que para lograrlo existen diversos obstáculos que de acuerdo a la apreciación del sector empresarial, se priorizan la falta de acceso al crédito, la competitividad frente a las grandes empresas nacionales y extranjeras, y la dificultad para aterrizar sus planes de negocio ya sea por falta de conocimientos,

⁴ Fuente: Elaboración propia con datos de Banxico (2019) y S.B.A. (2018).

administración del tiempo u otras razones. De los tres obstáculos antes descritos, el grado de importancia se encuentra de la siguiente manera (Konfío, 2018):

Tabla 4⁵

Obstáculos a los que se enfrenta el sector PYME para su existencia

Micro	Pequeña	Mediana	
Falta de acceso a crédito	70%	68.6%	57.1 %
Competencia	8.94%	9.73%	22.9%
Dificultad para aterrizar planes de negocio	8.54%	8.41%	11.4%
Falta de control administrativo	6.91%	8.41%	5.71%
Gastos excesivos	4.88%	4.87%	2.86%

Como se puede apreciar en la tabla 4, la falta de acceso al crédito refleja el principal obstáculo percibido por los empresarios para lograr su permanencia y desarrollo. Este acceso al crédito debe ser ágil y sencillo de otorgarse, a una tasa de interés conveniente que permita al empresario PYME generar la fuente de repago en base a su actividad, independientemente de tener que mejorar sus capacidades en el desarrollo y aterrizaje de sus planes de negocio, así como tener o mejorar sus controles administrativos y de gastos excesivos.

En relación con la adquisición de crédito por parte de las pequeñas empresas en Estados Unidos es muy similar al de las mexicanas, ya que los bancos se encuentran reacios a realizar préstamos a este sector de la economía en virtud de la poca conveniencia, el arduo trámite que se realiza para su evaluación, el cual es muy similar al que se hace para una empresa grande, solo que en el caso de las pequeñas empresas los montos típicos son menores a \$500,000.00 dólares. Por lo que los bancos prefieren incrementar su ganancia enfocándose a créditos mayores con empresas grandes.

Una encuesta encubierta señala que, de un total de 10,000 solicitudes de crédito para una pequeña empresa, el 82% fueron declinadas por los bancos (Ward, 2019). Considerando que es más factible otorgar un crédito hipotecario, o bien un crédito a una empresa grande. Y es que no obstante que las empresas PYMES tienen que cumplir con requisitos como un buen historial de crédito (650

⁵ Fuente: Elaboración propia con datos de Konfío (2018).

puntos hacia arriba), un plan de negocios viable, más de dos años de estar operando, se les solicita una garantía colateral (aval o bien inmueble), la cual muchas de las pequeñas empresas no poseen (Murray, 2019).

Con respecto al financiamiento hacia aquellas, por parte de la banca de desarrollo, Nafin (2018) señala haber canalizado durante el 2018, a través de sus distintos programas de crédito y garantías, recursos por \$553,742'000,000.00, de los cuales 55.0% correspondió a créditos de la banca de desarrollo; 42.1%, a créditos a través del Programa de Garantías, y 2.9% de operaciones de banca privada.

No obstante, de lo expuesto por Nafin en su reporte del 2018, la pregunta sigue siendo, ¿por qué señalan las empresas PYMES que no tienen acceso al financiamiento? Es por lo anterior que se debe recordar el que Nacional Financiera es una institución de segundo piso y que no obstante de sus diversos programas que se pueden apreciar en la tabla 5, como tal no tiene el trato directo con el empresario PYME, es decir, lo hace a través de la banca de primer piso o también conocida como banca comercial, o también a través de grandes empresas por medio de su programa “cadenas productivas”, en las que una empresa PYME al ser proveedor de una empresa grande, sus ventas son redescontadas por Nafin con la finalidad de recuperar más rápido sus pagos, sin embargo, “una gran cantidad de empresas PYMES no son proveedoras de las grandes empresas, además el ser proveedor de una empresa grande representa contar con una serie de requisitos que muchas empresas PYMES no cubren por falta de cultura empresarial, capacitación, capital, inventario suficiente, retraso tecnológico, entre otros” (Palomo, 2005).

Tabla 5⁶

**Tipos de Créditos de la Banca de Desarrollo NAFIN
para PYMES.**

	Tipo de crédito	Características del Crédito				Requisitos para el Contratante		
		Monto Max.	Destino	Tasa	Plazo	Medio de trámite	Buró de Crédito favorable	Antigüedad del Negocio
1	Financiamiento Empresarial	máx. \$15'	Cap. De trabajo	Conforme al destino	5 años	A través de la banca comercial	Si	2 años mínimo
2	Creceer juntos	max. \$300,	Insumos	30%	3 años-cap. Trab 5 años- Equip.	Banorte Santander	Si	2 años mínimo
3	Financiamiento Csoar	\$15'	Adquirir energía eléctrica solar	14.50%	7 años	A través de la banca comercial	Si	1 años mínimo
4	Ven a Comer	\$15'	Apoyo a restaurantes	Fija- 14.5% Variable TIIE+7Ptos.	3 años-cap. Trab 5 años- Equip. 7 años- Remodel.	A través de la banca comercial	Si	2 años mínimo
5	Estímulo al buen Contribuyente	\$5'	pymes con vtas de \$2' en adelante	TIIE+9	5 años	A través de la banca comercial	Si	2 años mínimo
6	Textil, Vestido y Moda	\$5'	Cap. De trabajo	TIIE+8	5 años	A través de la banca comercial	Si	2 años mínimo
7	Taxi Estrena	hasta 44,000 UDIS	Renov. De taxi para concesionario	14.50%	5 años	G.M FIANANCIAL N.R. FINANCE MEX. ; V.W. LEASING	Si	2 años mínimo
8	Cuero y Calzado	hasta 900,000 UDIS	Cap. De trabajo	TIIE+8	5 años	A través de la banca comercial	Si	2 años mínimo
9	Empresas Gasolineras	Revolv.-\$3'. C.T.-\$5' A.F.-\$10'	Renov. De estación de serv.	de TIIE+6 hasta TIIE+8	3, 4 Y 6 AÑOS, depende del destino	A través de la banca comercial	Si	2 años mínimo

La situación de las PYMES en E.U.A. se aborda desde una perspectiva distinta no obstante de que las pequeñas empresas constituyen el 97% de todos los negocios; emplean un 57% de la fuerza laboral y producen el 45% del producto interno bruto. Además de reportar que las PYMES de Estados Unidos representan un 99,7 % de todos los empleadores en Estados Unidos (Escalera, 2011).

Aunado a lo anterior, es importante considerar que en la cultura norteamericana el espíritu empresarial es un elemento político, económico y aspiracional, es decir, se ha vuelto uno de los valores tradicionales de la sociedad: “Todos sueñan ser sus propios jefes” (Van Wert, 2010). Por lo que en la Ley de Empresas Pequeñas (American Congress, 1958), se asienta que “la esencia del sistema económico estadounidense de la empresa privada es la libre competencia, básica para el bienestar económico y la seguridad nacional, [que] no se lograrán a menos que se fomente la capacidad real y potencial de las empresas pequeñas”.

⁶ Fuente: Elaboración propia con datos de Nafin (2018).

La *Small Business Administration* (SBA por sus siglas en inglés) que podría considerarse la homóloga de Nafin, se crea en 1953 como resultado de la gestión de varias instituciones que le antecedieron desde 1930, las cuales apoyaron diferentes sectores de la economía americana desde la gran crisis hasta poco después de la segunda guerra mundial. Posterior a lo anterior, la SBA inicia sus operaciones en 1958 como dependencia gubernamental para el apoyo de las PYMES en Estados Unidos, llegando a tener para 1997 hasta 4,000 empleados y un presupuesto de \$700,000,000.00 de dólares (Van, 2012), para el 2018 obtuvo la autorización de un presupuesto por \$800,000,000.00 de dólares.

Los pilares de la política de la SBA, desde su creación hasta la fecha, se han orientado a la cobertura de los siguientes puntos:

1. Crear oportunidades para el éxito de las PYMES, sobre todo mediante un mejor acceso al financiamiento, mayores oportunidades de compras gubernamentales y más ayuda para el desarrollo empresarial;
2. Transformar la entidad en una institución financiera de vanguardia para el siglo XXI;
3. Ayudar a empresas y familias a recuperarse de los desastres;
4. Encabezar la participación de las PYMES en programas de empleo para reducir el número de usuarios del seguro de desempleo;
5. Servir como voz de las PYMES en Estados Unidos.

Con relación al primer objetivo, se enfoca básicamente en el otorgamiento de garantías de grandes préstamos el cual equivale a un 80% del monto otorgado por la banca comercial norteamericana, así como buscar conectar a las empresas PYMES como proveedor del gobierno federal el cual realiza compras anuales por el orden de los \$200,000'000,000.00 de dólares anualmente, buscando que por lo menos el 23% de esas compras gubernamentales sean proveídas por ellas.

Aunado a lo anterior, se busca contribuir al desarrollo de las PYMES desde nuevas hasta su tiempo de madurez, acompañándolas con capacitación, orientación y educación comercial, dando seguimiento a su desarrollo hasta que puedan sostenerse sin apoyo federal.

El segundo objetivo comprende el uso más eficaz de la tecnología; la aplicación de técnicas apropiadas para identificar y administrar el riesgo; el otorgamiento

del crédito de manera más rápida y barata; la oferta de productos innovadores para satisfacer diversas necesidades, y el cuidado de los intereses de los contribuyentes.

El tercer objetivo considera ayudar a empresas y familias en casos de desastre, confirma la actividad de la SBA como “banco de urgencia” del gobierno federal y, desde 1953, ha prestado más de \$24,000'000,000.00 de dólares en esas condiciones.

Como cuarto objetivo busca asumir un papel de liderazgo en la creación de empleos de las PYMES para los que gozan del seguro de desempleo. Como fuente de la mayoría de los nuevos puestos de trabajo en la economía, representan la opción ocupacional más probable para quienes reciben asistencia pública.

El último objetivo se orienta a servir de vocera de las PYMES y ampliar las oportunidades sectoriales. El organismo no sólo abogará por esas unidades en las deliberaciones sobre la política económica nacional, sino que identificará los riesgos a que se tienen que enfrentar en la cambiante economía global” (SBA, 2018).

Dentro de sus principales logros se encuentra la simplificación de la solicitud de préstamos menores a \$10,000.00 dólares en una sola hoja, lo cual le permite atender de una manera efectiva una necesidad urgente por parte de las PYMES.

Tabla 6⁷

**Tipos de Créditos de la U.S. Small Business Administration (SBA)
para Small Business.**

(Montos en miles de Dls. Usd)

(Montos en miles de Dhs. Usa)									
		Características del Crédito				Requisitos para el Contratante			
	Tipo de crédito	Monto	Modalidad	Tasa	Plazo	Medio de trámite	Buró de Crédito favorable	Antigüedad del Negocio	Ubicarse y operar en U.S.A.
1	Financiamiento con Garantía (SBA)	de \$500, a máx. \$5'000	Cap. De trabajo y Activo Fijo	9% al 14%	5 años	A través de lenders autorizados	Si	2 años mínimo	Si
2	Capital de Inversión	De \$250, a max. \$10'000	Como préstamo o como socio	9% al 16% 10% al 14%	3 años	A través de Small B. Investment Company, autorizadas por la SBA.	Si	2 años mínimo	Si
3	Crédito por desastre natural	Hasta \$2'000,	Rescatar por un desastre natural	N.A.	N.A.	S.B.A.	NO	N.A.	Si
4	Fianzas para cerrar contratos	NA	Apoyo para lograr cerrar contratos	N.A.	N.A.	A través de Afianzadoras	Si	2 años mínimo	Si

⁷ Fuente: Elaboración propia con datos de la Small Business Administration (2018).

Una tarea permanente y efectiva de la SBA ha sido el fungir como contacto entre las PYMES y el gobierno federal a través de convenciones, con lo cual ha sabido llevar a los foros políticos de primer nivel las necesidades que externan los pequeños empresarios, así como asesorarlos de las nuevas regulaciones fiscales que se llegan a aplicar a nivel nacional y con ello puedan capitalizarlo de la mejor manera.

“Este contacto permanente de la SBA con las PYMES y con el gobierno federal, le ha permitido gestionar beneficios fiscales para las pequeñas empresas como la aplicación gradual del impuesto sobre la renta, así como la autorización del reembolso de gastos en lugar de depreciaciones, disponibilidad de formatos simples y sencillos para la declaración de impuestos, plan de pensiones, el trato especial en caso de pérdidas y las deducciones para quienes tienen su oficina en casa” (Van, 2012).

Tabla 7⁸

Programas de la S.B.A para la Adquisición de Contratos del Gobierno de los Estados Unidos

	Nombre del programa	Objetivo
1	Programa para la contratación federal de pequeñas empresas propiedad de mujeres	La meta del gobierno federal es otorgar por lo menos cinco por ciento de todo el presupuesto para contratación federal a pequeñas empresas propiedad de mujeres cada año.
2	Programa para la contratación federal de pequeñas empresas propiedad de veteranos discapacitados	La meta del gobierno federal es entregar cada año por lo menos tres por ciento de todo el presupuesto para contratación federal a pequeñas empresas propiedad de veteranos discapacitados.
3	Programa de desarrollo empresarial	La meta del gobierno federal es otorgar por lo menos cinco por ciento de todo el presupuesto para contratación federal a pequeñas empresas de entidades de escasos recursos cada año.
4	Programa All Small Mentor-Protéjé	Su pequeña empresa puede aprender de un contratista gubernamental experimentado a través del programa Mentor-Protéjé.
5	Programa HUBZone (Historically Underutilized Business Zones)	La meta del gobierno federal es otorgar por lo menos tres por ciento de todo el presupuesto para contratación federal a pequeñas empresas con certificado HUBZone cada año.
6	Programa de Asistencia para la venta de recursos naturales	El gobierno vende grandes cantidades de recursos naturales y excedentes de propiedades. La SBA trabaja con las agencias federales para canalizar una parte justa hacia las pequeñas empresas.

Finalmente, para el caso de las PYMES recién creadas y que se dedican al desarrollo de tecnología, la SBA consiguió que se autorizara en 1982 la Ley para el Desarrollo de la Innovación en las Pequeñas Empresas mediante la cual

⁸ Fuente: Elaboración propia con datos de la SBA (2018).

obliga a todas las dependencias del gobierno federal que gasten al año más de \$100,000'000,000.00 de dólares en investigación externa, deberán reservar un porcentaje del 2.5% para las que se dedican a la investigación de nuevas tecnologías, de lo cual solo deberán de reportar los avances de sus investigaciones.

Por lo que corresponde a los bancos, como es del conocimiento general, la función principal de la banca privada en la intermediación entre el público ahorrador y el público que solicita recursos para diversos motivos.

Para el caso de la banca comercial, la canalización de sus créditos hacia las empresas PYMES no ha sido proporcional al colocado con las grandes empresas, de acuerdo con el reporte del Banco de México (Banxico, 2019), durante el 2016 se dio tres veces más apoyo financiero a las grandes empresas.

Tabla 8⁹

Cartera total de crédito al sector empresarial por tamaño de establecimiento

Tamaño de empresa	Número de créditos		Número de empresas		Saldo		Tasa promedio ponderado por ciento
	Total	Por ciento	Total	Por ciento	Millones de pesos	Por ciento	
Grande	440,376	35.6	6,951	1.8	1,332,547.0	74.8	6.0
Pyme	797,178	64.4	372,124	98.2	448,649.2	25	10.9
Mediana	53,286	4.3	4,574	1.2	68,944.2	3.9	8.3
Pequeña	239,752	19.4	84,255	22.2	195,637.8	11.0	10.5
Micro	504,140	40.7	283,295	74.7	184,067.2	10.3	12.2
Total	1,237,554	100.0	379,075	100.0	1,781,196.2	100.0	8.5

Lo cierto es que ya sea a través de recursos por parte de Nafin, o con recursos propios de la banca comercial, el otorgamiento de los mismos llegan a ser decisión de los filtros establecidos por la banca comercial para su autorización, por lo que independientemente de la buena fe con que se anuncia una serie de programas de Nacional Financiera para apoyar a las empresas PYMES, la realidad es que un gran porcentaje de ellas no cubre el perfil que la banca comercial les exige para el otorgamiento de financiamiento.

Y es que además de tener que cumplir con los requisitos básicos que solicita Nafin para calificar en alguno de sus programas de crédito, necesariamente

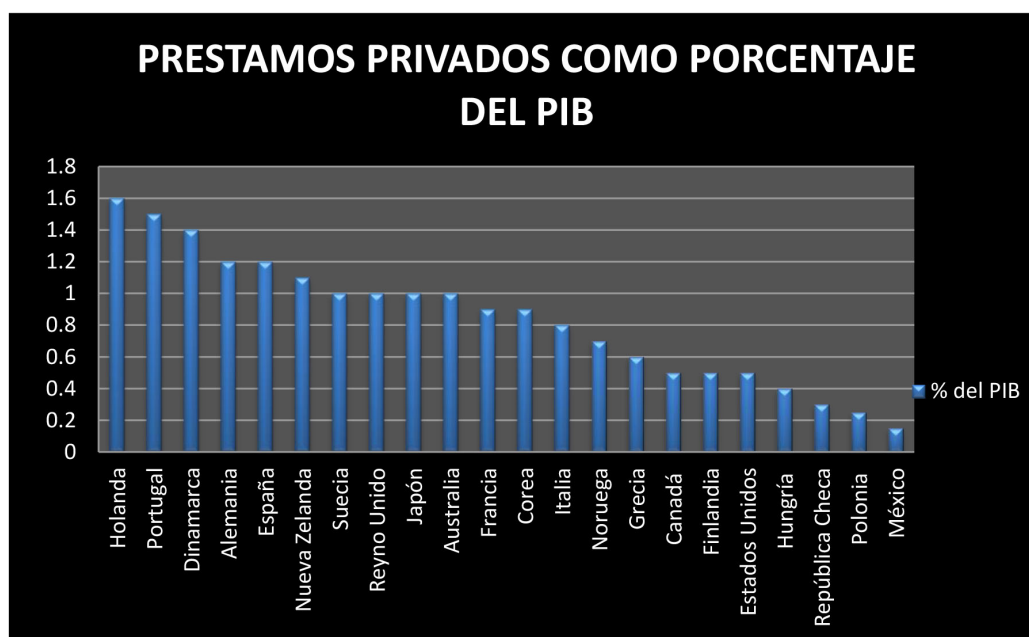
⁹ Fuente: Elaboración propia con datos de Banco de México (2019).

la empresa PYME es dirigida hacia algún banco de primer piso (banca comercial), con el que tiene que cumplir con requisitos adicionales como: balance y estado de resultados de por lo menos los últimos dos años, mostrando utilidad positiva en ambos, contar con un aval que tenga bienes inmuebles con un aforo de 1.1 sobre el valor del crédito a solicitar, obviamente estar dado de alta en Hacienda con dos años de antigüedad por lo menos, de lo cual solo el 26.69% de las empresas PYMES pagan impuestos o cuotas al IMSS (Banco de México, 2015), adicional a tener buen historial de crédito como empresa y como persona física.

Todo lo anterior ha repercutido que como país nos encontremos en los últimos lugares en préstamos privados otorgados como porcentaje del PIB (Stephen, 2006).

Tabla 9¹⁰

PRESTAMOS PRIVADOS COMO PORCENTAJE DEL PIB



Para el caso de la banca comercial norteamericana, a diciembre del 2018 existían 7,836 bancos nacionales, los cuales se encuentran supervisados por la Reserva Federal (FED), además de contar con un seguro federal hasta por \$250,000.00 dólares por depósito (FED, 2019).

¹⁰ Fuente: Elaboración propia con datos de Stephen (2006).

Todas las instituciones financieras cuentan con una calificación de riesgo realizada por *Standard & Poor's*, con lo anterior se busca establecer su solidez financiera y nivel de riesgo para el cliente.

La gran mayoría de los bancos son regionales o locales y cooperativas de crédito muy pequeñas en monto de activos. Debido a lo anterior, se tiene registro que, del total de los bancos existentes, solo 133 cuenta con activos superiores a los \$10,000'000,000.00 de dólares, con lo que se puede entender lo pulverizado que está el sistema financiero americano.

Según la FFIEC (*Federal Financial Institution Examination Council*), la concentración de activos de la banca norteamericana está en 10 bancos (FED, 2019):

Tabla 10

Nombre de la Institución	Ubicación Geográfica	(Septiembre 2018) Activos Totales (millones de dólares)
JPMORGAN CHASE & CO.	NEW YORK, NY.	\$2,590,
BANK OF AMERICACORPORATION	CHARLOTTE, NC.	\$2,291,
CITIGROUP INC.	NEW YORK, NY.	\$1,912,
WELLS FARGO & COMPANY	SAN FRANCISCO, CA.	\$1,879,
GOLDMAN SACHS GROUP, INC.	THE NEW YORK, NY.	\$969,

Del cuadro arriba citado, se entiende que cinco bancos suman \$9,642'559,000.00 de dólares, lo que representa el 61 % del total de activos bancarios del sistema financiero norteamericano, el cual es de \$15,776'000,000.00 de dólares al 2018 (FED, 2019).

No obstante, del gran número de bancos con que cuenta el sistema financiero norteamericano, así como del poderío económico que sustentan, su política de financiamiento hacia el sector de pequeñas empresas o *small business* como le llaman ellos, resulta muy similar al caso de México. Las razones, entre otras tantas, se encuentran las siguientes:

Las nuevas empresas, así como las pequeñas con poco tiempo de haberse creado (menos de dos años), en materia de crédito son considerados como los de más alto riesgo que se puedan encontrar (Murray, 2019). Y es que para en-

tender por qué representan un alto riesgo, la banca considera que las empresas PYMES deben cubrir con lo siguiente como mínimo para aspirar a un crédito:

- Capital. Normalmente un negocio utiliza los activos de su negocio para crear un producto u ofrecer un servicio que le genere recursos suficientes para poder tener una fuente de repago de sus compromisos crediticios. Las nuevas empresas, sobre todo las de servicios, no cuentan con activos suficientes por ser de reciente creación, bajo capital y activos.
- Garantías. El propietario de un nuevo negocio tiene pocas garantías a menos que él o ella pueda usar los activos personales o tenga un aval con activos que pueda comprometerse por ellos en caso de impago.
- Capacidad. Por tratarse —la mayoría— de negocios nuevos, no cuentan con un historial que pueda demostrar su capacidad de generar los suficientes recursos para pagar el crédito solicitado.
- Experiencia crediticia personal. Resulta muy importante el tener un favorable historial crediticio personal, no obstante que por lo anterior se podrá otorgar un crédito a la empresa, sin embargo, si se tiene un historial crediticio negativo, las posibilidades se reducen a cero.

Algunos otros argumentos por los que la banca comercial rechaza las solicitudes de crédito de las PYMES son por la falta de experiencia en su negocio, de igual manera ante la falta de experiencia en la administración de su negocio y, finalmente, por la falta de una cartera suficiente de clientes ya que, según la banca, un negocio PYME no puede obtener un préstamo a menos que tenga clientes, pero no puede comenzar su negocio y obtener clientes sin el préstamo. Si puede demostrar que tiene alineados algunos clientes fuertes, eso podría causar una buena impresión en el prestamista (Murray, 2019).

II. METODOLOGÍA

Para llevar a cabo la realización del presente artículo, se utilizó la metodología comparativa, por medio de la cual se llevó a cabo la búsqueda de similitudes y comparaciones sistemáticas entre los sistemas financieros mexicano y norteamericano en relación con su aplicabilidad hacia las empresas PYMES con la finalidad de lograr su crecimiento económico.

Para lo anterior, se llevaron a cabo las etapas de recolección de información, observación, clasificación y comparación de esta, para llegar a una conclusión del análisis.

III. RESULTADOS

El análisis realizado nos ha permitido conocer las características y necesidades más importantes para la existencia y desarrollo de las empresas PYMES para el caso México, así como el de las pequeñas empresas (*small business*) en Estados Unidos.

Aunado a los diversos programas de apoyo que ofrece la banca de desarrollo para atender este segmento en México (Nafin) y en Estados Unidos (*Small Business Administration*), así como la posición de la banca comercial de ambos países referente a su razonamiento y condiciones para apoyar financieramente a este segmento de la economía.

Todo lo anterior exhibe carencias y falta de visión de una forma más pronunciada por parte de los actores económicos en el lado mexicano, en el que los tres sectores demuestran áreas de oportunidad a fortalecer, mismas que se exponen de una manera más evidente al compararlas con sus homólogos de la economía más grande del mundo.

IV. CONCLUSIONES

El producto interno bruto, la inversión y el empleo como factores del crecimiento económico de un país implican la participación tanto de la iniciativa privada como de una política pública gubernamental eficiente, oportuna y visionaria que dé certidumbre y coadyuve al crecimiento de los factores antes mencionados.

Las empresas PYMES en México tienen una participación importante en el PIB y en la generación de empleos, sin embargo, un mundo globalizado como en el que nos encontramos, obliga a este segmento de la economía empresarial a reinventarse hacia unidades de negocio con un mayor conocimiento empresarial, integrando en este, conocimientos administrativos, contables, de marketing entre otros. Los cuales se han vuelto un aspecto esencial en la creación y permanencia de cualquier empresa formal, significando una mayor oportunidad de crecer de una forma orgánica y, a su vez, saber capitalizar las oportunidades de financiamiento que pudieran recibir por parte de la banca de desarrollo, y con el tiempo

cubrir el perfil que requiere la banca comercial, pero sobre todo, el conocimiento para saber administrar las ofertas de financiamiento que le llegaran a hacer de una manera productiva para la empresa. Por lo que toca a su comparación con las empresas PYMES americanas, su diferencia estriba básicamente en cuanto a las características que definen a una de otra en cuanto a sus ventas, tamaño de empleados, etc.

En relación con la banca comercial, el comparativo entre países nos muestra una similitud en su posición de no otorgar crédito frente a las empresas PYMES o pequeñas empresas, ya que representan un alto riesgo al no contar con experiencia crediticia, ni avales suficientes o garantías prendarias o hipotecarias en la mayoría de los casos, aunado a una mínima ganancia, por lo que prefieren canalizar sus recursos hacia las grandes empresas solicitantes de financiamiento que les permite generar un mayor beneficio y un riesgo más controlado.

Cabe señalar que la banca comercial de ambos países tiene la oportunidad de otorgar financiamientos a las empresas PYMES con garantía de la banca de desarrollo, sin embargo, la comisión que perciben al colocar este tipo de créditos es poco interesante para ellos, por lo que prefieren canalizar sus recursos a tasas más atractivas hacia otros segmentos del mercado.

La conclusión sobre la banca de desarrollo se dejó hasta el final por considerar ser el punto total en este ensayo comparativo. Y es que, no obstante la importante gestión que ha venido realizando Nafin con el sector, a través de sus diversos esquemas de financiamiento, la realidad es que al hacer la comparación con su homóloga de Estados Unidos (SBA), se observa que aún tiene muchas áreas de oportunidad para lograr un impulso oportuno, accesible y permanente para este sector, ya que entre las principales radica el convertirse en un interlocutor entre el sector empresarial y el gobierno federal, que le permita dar a conocer este los requerimientos más apremiantes y que a su vez los empresarios reciban a través de Nafin los alcances y normatividades del gobierno federal al que deben apegarse para poder ser apoyados y no quedarse en el diseño de productos desde el escritorio al que no todas las PYMES tienen acceso.

Otro ejemplo para mencionar es el que, a partir de esta intermediación lograda por la SBA con el gobierno federal de los Estados Unidos, fue el que con-

sintiera destinar una parte de sus compras totales hacia empresas PYMES, lo cual incentiva la actividad económica en este sector de una manera muy importante y que podría replicarse con las empresas PYMES de México.

Es por lo anterior que la posición de la banca de desarrollo debe estar en un punto medio entre el sector PYME y el gobierno federal, con lo que tendrá oportunidad de contribuir a un desarrollo orientado, oportuno y eficiente para estas empresas de México.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

<https://legcounsel.house.gov/Comps/Small Business Act.pdf>.

<https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/reportes-sobre-lascondiciones-de-competencia-en-l/%7B1C74E16B-F3D9-DBA7-6E7E-80C130C76599%7D.pdf>.

<https://datos.bancomundial.org/pais/estados-unidos>.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/247_190517.pdf.

<https://www.senado.gov.ar/upload/12555.pdf>.

<http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2011/meec/Importancia de las PyMES.htm>.

<https://www.ffiec.gov/>.

<https://www.forbes.com.mx/pymes-mexicanas-un-panorama-para-2018/>.

<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/104225878601100204>.

<https://konfio.mx/reporte-credito-pyme>.

<https://www.thebalancesmb.com/why-do-banks-say-no-to-business-startup-loans-398025>.

https://www.nafin.com/portaIn/FILES/secciones/normatividad/pdf/informes_anuales/2018/Informe_anual_2018_ESPAOL_ALTA123.pdf.

<http://www.nacionmulticultural.unam.mx/empresasindigenas/docs/1810.pdf>.

<http://www.2006-2012.economia.gob.mx/mexico-emprende/empresas/peque-na-empresa?lang=es>.

<http://www.eltrimestreeconomico.com.mx/index.php/te/article/view/330/386>.

https://www.census.gov/eos/www/naics/2017NAICS/2017_NAICS_Manual.pdf.

<http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/349/4/RCE4.pdf>.

<http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/349/4/RCE4.pdf>.

<https://www.thebalancesmb.com/small-business-loan-2947070>.

LOS CUATRO ESTADIOS DE LA SOCIOLOGÍA TRIBUTARIA: APLICADOS A NUESTRAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES FISCALES

Juan ALVAREZ VILLAGÓMEZ¹

SUMARIO

I. Definiciones y justificación. II. *¿Es científico el análisis fiscal que hacemos en México?* III. *Sobre la Sociología tributaria cognitiva que proponemos.* IV. *Nuestra teoría tributaria subdesarrollada (Bunge).* V. *Análisis estético de los impuestos.* VI. *Un ejercicio para comenzar: Tasa 0% de IVA en exportaciones.* VII. *Uno más: Enfrentamiento de la proporcionalidad versus progresividad tributaria.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Fuentes de información.*

RESUMEN

En México, nuestro avance en materia fiscal es pobre, esencialmente por el desdén de realizar investigaciones científicas en lo tributario. El uso de las matemáticas y estadística compleja está ausente como sustento en las conclusiones que los especialistas publican en revistas especializadas, en libros o en periódicos, las cuales pudieran más bien ser consideradas como una *opinión-estética*, pues pareciera que su pretensión está más encaminada a tocar sentimientos que exponer una teoría y comprobarla. Bus-

ABSTRACT

In Mexico, the progress on tax research are scope-limited, due to the lack in using scientific method to obtain proven and sustained results. The use of mathematics and complex statistic is absent as sustenance in the conclusions that specialists publish in specialized journals, in publications or in newspapers, which could rather be considered as an aesthetic opinion, because it seems that his claim is more aimed at touching feelings than expose a proven theory. They seek immediacy in their publications rather than the advancement of

¹ Licenciado en Contaduría por la UNAM, abogado, Maestro en Derecho Corporativo, Doctorando en Educación y Posgraduado in Business Administration por la University of Surrey (UK). Autor de seis libros sobre Impuestos al Comercio Exterior, IVA y teoría tributaria. Profesor de impuestos en la Facultad de Contaduría UNAM. Expresidente Comisión Comercio Internacional Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Coordinador técnico Revista Consultorio Fiscal, UNAM.

can la inmediatez en sus publicaciones y persiguen un beneficio concreto, más que el avance de la profesión fiscal necesitada de especialistas tributarios con formación científica. Con ideas de Boudon y Bunge, propondremos una reflexión sobre este fenómeno que intentaremos explicar desde lo que hemos denominado: *Sociología tributaria*, en sus cuatro estadios.

PALABRAS CLAVE

Ensayismo fiscal. Análisis estético de los impuestos. Sociología tributaria cognitiva. Teorías útiles vs verdaderas. Publicaciones de carácter informativo.

the tax profession, needed of professionals with scientific orientation. Based on the theories of Boudon and Bunge, we will propose a reflection on this phenomenon, since the category defined by us as: tax-sociology, in its four stages.

KEY WORDS

Tax essay. Aesthetic tax analysis. Cognitive tax sociology. Useful theories versus true theories. Informative publications.

I. DEFINICIONES Y JUSTIFICACIÓN

Sustentados en el trabajo de Boudon (2004), *La Sociología que realmente importa*, nos permitió proponer las siguientes categorías en propósito de comprender el tipo de análisis fiscal y las características de las publicaciones de tipo tributario que realizamos en México:

1. Sociología tributaria informativa, descriptiva o de consultoría: Entendida como aquella que produce análisis y datos orientados a la toma de decisiones de los interesados, por ejemplo, informar sobre las fechas de presentación de una declaración fiscal, explicar con ejemplos los elementos a considerar para el cálculo de un impuesto, entre otros de naturaleza similar que sólo buscan dar a conocer un suceso;
2. Sociología tributaria comprometida o crítica: La cual identifica defectos en la determinación o aplicación tributaria y propone remedios para los mismos. Generalmente se presentan en los artículos sobre reformas fiscales dentro del cual los analistas resaltan las posibles inconsistencias que pueden tener contra el sistema fiscal en su conjunto, contra lo que se aplica en otros países o que a su parecer violentan la Constitución Federal. A diferencia de la opinión informativa, este tipo de publicaciones

contienen ciertos elementos de verdad, pero, con palabras de Bunge (1980, p. 163), se podría ubicar en la categoría de "*crítica social, fundada en datos parciales o en consignas ideológicas*";

3. Sociología tributaria estética² o expresiva: La entendemos como aquella que intenta despertar emociones por medio de la descripción de fenómenos sociales que fueron experimentados por alguien más o por el propio autor; y
4. Sociología tributaria cognitiva o científica: Tiene como propósito explicar los fenómenos que analiza con elementos verificables, digamos, contiene descripciones precisas, modelos matemáticos y experimentación.

Las limitaciones que presentan nuestras publicaciones pueden ser explicadas desde la forma de organización departamentalizada que tenemos en los institutos y universidades. Por citar un ejemplo, en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) que se encuentra organizada por Facultades, los trabajos de investigación que se realizan en la Facultad de Contaduría y Administración (FCA) en materia fiscal, difícilmente encuentran correlación con investigaciones de mismo corte que realizan en la Facultad de Derecho, aún y cuando busquen elementos concordantes o complementarios. Más bien es común que busquen sus pares fuera de la UNAM y acuerden alianzas entre instituciones o universidades que también enseñan Derecho y no con psicólogos, ingenieros o contadores de la misma casa de estudios. Misma situación de divorcio existe en un abordaje interesante que pudiera realizarse en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales sobre los efectos del Libre Comercio en México, que también son del campo de actuación e interés de la FCA, a fin de compartir experiencias y complementar hallazgos. Esto mismo se traduce en la propia práctica académica, pues teniendo estudios interesantísimos de la Facultad de Filosofía y Letras sobre Educación Universitaria; en la FCA estamos ávidos de conocer la manera en que podríamos mejorar nuestra práctica docente y nos conformamos con pequeños diplomados impartidos por externos, cuando contamos con grandes estudios al respecto dentro de la Universidad.

² Para su mejor comprensión, más adelante lo abordamos de manera particular con apoyo de las publicaciones de Adolfo Sánchez Vázquez en las que ese autor plantea interrogantes como: "¿Qué tipo de saber es la Estética? ¿Qué relación guarda este saber con la filosofía y las ciencias?"

Las comunicaciones existentes entre investigadores de diferentes Facultades se realizan de manera personal entre los profesores que coinciden en otros ámbitos y acuerdan compartir proyectos. Nada institucional. Esto deriva en investigaciones de corte único, en ocasiones con epistemología artificial, con probabilismo exagerado, aludiendo al todo se vale, con imprecisión en sus proposiciones y con un claro desdén hacia otras profesiones como la si propia fuera suficiente para lograr un desarrollo científico en lo tributario. Eso limita nuestros estudios, ¿podríamos permitir que nuestros alumnos de Contaduría conversen con los estudiantes de Psicología, Derecho, Ingeniería, etnógrafos, historiadores y biólogos para disertar ampliamente sobre el sistema fiscal mexicano? O, ¿acaso el aislamiento en las aulas de su propia Facultad es suficiente para comprender los complejos problemas de la humanidad en esta materia?

Así es como llegamos a estas preguntas: ¿qué es la Sociología tributaria y cuál es la razón de incorporar a la sociología en los estudios de carácter fiscal? Baste recordar estudios sociológicos de avanzada (concepto de Bunge³), como el informe Coleman⁴ que permitió proponer la importancia del origen social de los estudiantes como elemento sustancial para el aprendizaje, en lugar de solo concentrarse en los elementos de la organización escolar (p. ej. diseño de contenidos e instalaciones), así como las características de los profesores, que hasta esa fecha eran considerados esenciales, dejando fuera otros elementos que contribución importante. Por su parte Boudon aporta la estructura del sistema de interacción, en el cual sostiene que las acciones de los individuos no pueden ser comprometidas más que con referencia al contexto social en cuyo interior se sitúan o, de forma más técnica, más por referencia a la estructura del sistema de interacción en el cual participan. Merton⁵ sostiene que la disociación entre la estructura cultural y la social, no es producto únicamente de la falta de regulación normativa, pues debe ser explicada además por la falta de cumplimiento de aquello que las normas prometen, lo que genera anomia⁶.

³ *Ibidem*.

⁴ James Samuel Coleman. Propulsor del método cuantitativo basado en los estudios de Lazarsfeld en lo que denominaron Sociología Matemática.

⁵ Robert King Merton. Con grandes aportes a lo que se denominó Sociología de la Ciencia, una de sus obras de 1973.

⁶ Sugerimos consultar otras publicaciones de Alvarez V., Juan, sobre *Anomia Fiscal*.

Un aporte fundamental de Pareto⁷, (quien por cierto, siendo Doctor en Ingeniería es considerado como uno de los grandes sociólogos contemporáneos), fue la aplicación del método de las ciencias naturales a la probabilidad, añadiendo dos variables a sus investigaciones por sí ya complejas por su concepción: los sentimientos y la racionalidad humana.

Así entonces, nuestra propuesta sobre la aplicación científica a un tópico catalogado como “no-científico” (como sería la materia fiscal) no es propiamente nuevo, pues damos cuenta que muchos investigadores anteriores lo han conseguido ya. En este caso, si algo pudiera tal vez ser innovador, es buscar que el método de la ciencia se aplique al análisis fiscal, a los elementos de una contribución, a la adecuación de la conducta a la norma, a la sanción fiscal, a la jurisprudencia que se aplica en los tribunales fiscales, por mencionar algunos, y sobre conceptos que contienen una gran carga valorativa como: justicia fiscal, equidad tributaria, simetría impositiva, la relación derechos humanos e impuestos, entre otros de corte similar, que pretenden ser explicados con ayuda de la filosofía de la ciencia (epistemología-tributaria) y con un enfoque científico-sociológico, que es el principal campo de investigación del autor⁸.

De forma contemporánea, no se podría sostener que un hecho pueda ser analizado, estudiado y explicado sobre una sola línea de actuación, digamos solo

⁷ Vilfredo Pareto. Su inquietud de entender por qué las teorías económicas no coincidían con la realidad observada, se adentró a la Sociología y a la Política.

⁸ Por mencionar algunos de sus ensayos, referimos:

- Alvarez Villagómez, Juan, *Filosofía científica: Una mirada al quehacer sancionador del Estado en materia aduanera*. Publicado por la Defensoría el Contribuyente y Usuario Aduanero, Ministerio de Economía y Finanzas, Lima, Perú, Noviembre 2018. El autor propone que los problemas de carácter fiscal que se pretendan resolver con modificaciones legislativas, se encaren científicamente, para evitar que una acción bien intencionada pero improvisada empeore el estado del problema que se buscaba solución.
- Alvarez Villagómez, Juan, *Ciencia y Filosofía para la profesión contable*, Revista Contaduría Pública, IMCP, Edición 499, marzo de 2014, Ciudad de México. La profesión [de los especialistas fiscales] demanda pensadores de primera categoría: “filósofos-contables”, precisos en la formulación y concepción de los problemas.
- Alvarez Villagómez, Juan, *A Propósito de las reformas aduaneras 2014*, Revista Praxis del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, México. El autor expone “Sobre la importancia de la investigación académica para proponer reformas debidamente contextualizadas”.

sobre la hermenéutica jurídica o tomando la experimentación en el cálculo y determinación de impuestos que realiza la Contaduría Pública. En consecuencia, la aplicación de los elementos sociales (o incluso antropológicos e historiográficos) denominaremos por concreción: sociológico; a la intención de aplicar el método científico para arribar a conclusiones lo denominaremos cognitivo o de la ciencia; y como todo lo anterior está enfocado a la materia fiscal, lo nombraremos tributario.

De la suma de los tres conceptos anteriores nos permitimos proponer una nueva categoría: la Sociología tributaria cognitiva, para lo cual damos el reconocimiento debido a Bouton pues descansamos nuestra categorización en sus estudios y publicaciones.

II. ¿ES CIENTÍFICO EL ANÁLISIS FISCAL QUE HACEMOS EN MÉXICO?

Aunque algunos estudios y análisis que se realizan a las normas fiscales parecen más o menos científicos, digamos bien estructurados y fundamentados, la realidad es que muchos de ellos son más bien producto de un impulso para analizar y concluir sobre un fenómeno o elemento que se le ha pedido emitir su opinión. Para ello, más que basados en datos, se utiliza la percepción como primer elemento, la experiencia personal y en ocasiones hasta el sentido común o el pensamiento político que se tiene sobre un asunto dado. Pudiéramos estar ante una crisis de identidad como la que en tiempos pasados (y al parecer todavía con muchas imprecisiones) se sigue realizando sobre si la contabilidad es un arte o una ciencia. Así entonces conviene preguntarnos: ¿Los estudios sobre los impuestos son científicos? ¿Las clases universitarias que preparan a los profesionales fiscales son científicas o se encuentran sustentadas en la experiencia del profesor y en lo que ellos consideran como válido o deseable en la formación del estudiante?

El análisis tributario sobre un sistema fiscal o sobre algunas disposiciones específicas que se pretenden aplicar a un caso concreto contienen más rasgos estéticos e ideológicos que científicos, es decir, son más de corte intelectual y literario, algo que podemos llamar: “Ensayismo fiscal”, como lo nombraría Boudon (2004). ¿Cómo podríamos calificar lo que publicamos? ¿Estamos enseñando algo

nuevo? ¿Nuestras publicaciones son propositivas o simplemente descriptivas?⁹ ¿Atraemos a nuestros lectores por la propuesta científica contenida en la obra o por nuestras dotes literarios?

Cuando un analista fiscal escribe en periódicos o incluso en revistas especializadas, a menudo está realizando un “análisis estético de los impuestos”, pues se allega de su experiencia personal, magnifica elementos particulares para decir que pueden ocurrir a grandes escalas y además, los redacta de tal manera que afloren los sentimientos de quienes los leen. Permítanme citar un ejemplo: la afirmación de que el terrorismo fiscal ha regresado y por tanto, ante una falta menor en el pago fiscal, cualquier contribuyente podría terminar en la cárcel. Note que no estamos haciendo juicios de valor sobre si esa nota es verídica o no, es probable que tenga muchos o pocos elementos de verdad, pues el propósito de su publicación es despertar emociones a los lectores y no la de presentar una conclusión científica sobre el posible desenlace de una disposición sancionadora. Este tipo de publicaciones también puede ser explicado desde la disciplina en que el analista fiscal se desenvuelve, su bagaje cultural, su capital social y desde luego, su intencionalidad.

III. SOBRE LA SOCIOLOGÍA TRIBUTARIA COGNITIVA QUE PROPONEMOS

Si es posible que el planteamiento se reduzca a una proposición, si puede ser expresada en forma matemática o si es capaz de utilizar técnicas estadísticas sofisticadas, ¿ya lo podríamos enumerar como un trabajo científico? Es posible que no, pues la comprensión sobre si algo es o no científico es mucho más que lo expuesto, pero tal vez, una vasta mayoría de lo que se publica en materia fiscal no reúne ni aún esos elementos señalados y esto podría ser el comienzo. Con ideas de Tocqueville, tal vez podríamos inspirarnos en explicar fenómenos “intrigantes o enigmáticos”, indagando en sus causas, preguntándonos cuál es el significado que un comportamiento tiene para ese individuo, el cual puede variar de acuerdo con el contexto social en que se desenvuelve el individuo. A decir de Pareto, quien sostenía que las personas prefieren las teorías útiles que las verdaderas, es

⁹ Hacemos un simple resumen de las obligaciones, describimos su forma de cálculo, agendamos su época de pago y advertimos lo que dice el precepto analizado sobre las infracciones que se pueden derivar de su incumplimiento.

claro que entre los especialistas fiscales se busca el resultado, el beneficio, lo que representa un estatus en el campo profesional aunque esto no contribuya al avance de la profesión que le reconoce. Finalmente¹⁰, para eso existen los centros de investigación, para investigar y para evaluar alumnos. Después los componemos, después les enseñaremos lo verdaderamente importante en el campo de trabajo, como: estimar tiempos para cuantificar cotizaciones de honorarios, tramitar y gestionar permisos ante la burocracia y sobre cómo hacer *lobbying* con clientes y con autoridades. Por lo pronto, en tanto conoce algo de ciencia tributaria bástele usar un lenguaje técnico-oscuro ante sus pares para parecer profundo o *sabio* en materia fiscal.

¿Análisis científicos o solo de tipo “tributario informativo”? ¿A qué llamamos publicaciones descriptivas, informativas o de consultoría? Como ya señalamos, estamos proponiendo la clasificación que realiza Boudon sobre la Sociología. Este autor consideraba que este tipo de análisis “informa a las personas y dan forma a las decisiones”; se trata de un análisis que busca una respuesta a una situación específica, útil, *no-académica* o teórica, a decir, en lugar de: ¿qué produce que un sistema fiscal sea equitativo?, indagar sobre: ¿debo pagar estos impuestos si pueden ser considerados como inequitativos? Alejarse de lo que pudiera ser interesante pero inútil (como se crítica a la filosofía), para acercarse hacia lo concreto y lo benéfico, hacia una situación particular que debe ser solucionado pragmáticamente. Este tipo de análisis aumenta cuando un Estado crea un nuevo impuesto o modifica la forma de cálculo de una contribución, digamos por una situación externa, y no, como sucede en la “cognitiva” que nace del interior del investigador, de su curiosidad, aunque no exista un caso específico en ese momento a quién aplicarla.

IV. NUESTRA TEORÍA TRIBUTARIA SUBDESARROLLADA (BUNGE)

¿Una revolución científica en México sobre el análisis y la investigación fiscal? ¿Es esto posible? Quizá empezando por enseñar matemáticas a los teóricos tributarios, propugnando por implementar el método científico en el análisis fiscal y buscar comunicación entre profesionales de varias formaciones (investigación

¹⁰ Permítase un poco de ironía.

multidisciplinar) o compartiendo métodos que le son propios a ciertas especialidades (estudios de corte transdisciplinar). Eso podría ser un buen comienzo, pues las revoluciones científicas han pasado desapercibidas aún para los académicos, no porque no las hubiesen leído sino porque no las aplican en su práctica profesional, académica o investigativa. Por ahora solo practicamos un poco de *gimnasia-intelectual*, como aludía Einstein, o lo que es lo mismo: “epistemología artificial”, problemas pequeños, pasajeros, ocasionales, mal abordados, de poco interés y utilidad, que no retan a nadie, más bien alimentan el conformismo. ¿Por qué el *Círculo de Viena* fue tan productivo e influyente aun cuando estuvo en funciones un breve periodo de tiempo? Tal vez porque permitió la conversación de matemáticos con filósofos, científicos naturalistas con sociales, historiadores con expertos en lógica.

Soluciones claras apoyadas en teorías rigurosas a problemas complejos, que se apliquen a una realidad estudiada y no tomada de soluciones que fueron útiles en otras ciudades, con otra población y con otras necesidades. La idea de que lo oscuro es profundo debe ser superada, seamos claros en nuestras proposiciones, buscando la verdad y no solo la conservación de plazas de investigación que eternamente se hallan “en proceso de investigación”. De igual manera la celebración de mesas de trabajo pequeñas que permitan la conversación, (no más abogados-abogados o contadores-contadores; más bien abogados-sociólogos-antropólogos-contadores-ingenieros), alejados de la comodidad de nuestros pares, de nuestros estudiantes que conocemos y de la Facultad o centro de trabajo que nos respeta porque les hemos dirigido tesis o les dimos trabajo.

V. ANÁLISIS ESTÉTICO DE LOS IMPUESTOS

La separación del lenguaje racional de la ciencia contra lo emotivo del arte. La Estética se nutre de la concepción que se tiene de la sociedad en un momento dado, denominada como filosofía de la praxis (Sánchez Vázquez, 1992, p. 60), se ocupa de ciertos objetos que solo son útiles al hombre, porque le son valiosos, son estéticos. Es esto precisamente el divorcio que existe con las ciencias naturales, pues si bien pudieran compartir el mismo objeto de estudio, digamos: la naturaleza; la Estética no parte de lo bello que es en sí la naturaleza, eso que actúa, se desarrolla y crece de forma paralela o independiente con el hombre,

sino la percepción de lo que el hombre tiene por bello, en otras palabras: lo valioso estéticamente. En lo que a este análisis nos compete, es responder: ¿qué es lo valioso en una publicación en revistas o en un periódico que está limitado en alcance de texto? El morbo, la euforia, tocar sentimientos, gritar consignas o alimentar ideologías, con temas de *relevancia social* ávidas de encontrar a un líder de opinión que confirme sus suposiciones. No se busca la verdad, el lector no piensa porque leyó, sino que tiene una ideología e indaga entre la prensa un copensador que le proporcione soporte y lo justifique.

Análisis estético supone ver la forma, se le atribuye un valor a esa publicación que generalmente es pasajera, es importante porque el momento lo requiere pero al poco tiempo deja de ser útil, es fugaz y no permanente, es emotiva pero no pensativa, actúa rápido y produce una sensación que es precisamente eso, su valor; por ejemplo: "*IVA sobre flujo de efectivo*", impreciso pero certero en su propósito; "*impuestos sobre impuestos, su inconstitucionalidad*", para criticar que a la base del IVA en importaciones se le debe agregar el IEPS y el DTA, cuando en realidad lo que propugna es la equidad tributaria entre una compra nacional y una de procedencia extranjera; nuevamente imprecisión, pero se venden revistas; "*EUA impondrá nuevamente aranceles al acero mexicano*", cuando en realidad se trataba de cuotas compensatorias provisionales que se aplicarían solo a productos que se ingresan a un mercado realizando prácticas desleales en el comercio internacional, una confusión digna de enmarcar para quien confunde las contribuciones de los aprovechamientos. Y así del mismo corte es el estetismo fiscal, en el cual los editores sugieren un *disclaimer*, para protegerse cuando el lector mire que lo publicado corresponde poco contra la realidad y no sea tachado de oportunista.

Al interior de las casas editoriales sucede algo parecido, poco oficio editorial, publicaciones financiadas por sus propios autores o que provienen de sus mismos pares y buscan en la publicación cubrir el trillado anhelo de: escribe un libro, planta un árbol, etcétera. Excepciones siempre habrá, pero tal vez podría ser útil que los investigadores sean litigantes, a la par que los litigantes sean investigadores. En otras publicaciones he defendido mi postura que para ser un gran prácticamente-fiscal debe ser primero un gran teórico-tributario.

VI. UN EJERCICIO PARA COMENZAR: TASA 0% DE IVA EN EXPORTACIONES

Sigamos con un poco de gimnasia. Alimentemos nuestra alma, finalmente, a decir de Eduardo Punset, *El alma está en el cerebro*. La tasa 0% de IVA se concede al contribuyente que realice el acto jurídico de exportar o practique la actividad exportadora. Esto hace relevante comprender el alcance del término *exportación*, que apegados al Artículo 29, segundo párrafo, en su fracción I, de la Ley del IVA, nos encontramos con esta definición: “Para los efectos de esta Ley, se considera exportación de bienes o servicios: I.- La que tenga el carácter de definitiva en los términos de la Ley Aduanera”. Algo más o menos así:

$$\varepsilon = t\alpha \mapsto \eta$$

La exportación que otorga la tasa 0% está condicionada al tiempo t (infinito o indeterminado α) en relación $\mapsto$ con el concepto que dispone la Ley Aduanera, la cual hemos señalado como η .

Es decir, el concepto de exportación de la Ley Aduanera se encuentra impactado o influenciado por la temporalidad, si es indefinida o no. Esto es precisamente la base de concesión de la tasa 0%, la cual podemos despejarla de esta manera:

$$0 = [t\alpha \mapsto \eta] - \varepsilon$$

Sólo la exportación con carácter de definitiva otorga la aplicación de la tasa 0%, es decir, no basta con tomar la definición de exportación de la Ley Aduanera η , pues se encuentra interrelacionada $\mapsto$ al tiempo “infinito” de permanencia $t\alpha$.

Si la operación que se analiza consiste en una salida, pero en carácter temporal, la transacción no podría sujetarse a la tasa 0%, la cual se presentaría de esta manera:

$$\varepsilon - t\alpha = [err \eta]$$

Si a la definición de exportación le eliminamos la variable de tiempo, expresada como $-t\alpha$, en este caso “definitiva”, continuará siendo una exportación (para efectos aduaneros) pero sin validez *err* para la procedencia de la tasa 0% de IVA, pues como señala el propio texto legal, solo a la exportación en carácter de definitiva podrá aplicarse 0%.

Ahora bien, decir que la exportación, especificada aquí como η será la que determine la Ley Aduanera, podremos encontrar al menos dos grandes grupos

de exportaciones que a su vez se componen cada uno de dos elementos, como sigue:

- Exportación por su tiempo: temporal y definitiva;
- Exportación por su ejecución: directa o indirecta.

El primer tipo de exportación por su tiempo $\eta.\tau$, es la salida física $\succ$ más su tiempo de estancia + t sea temporal τ ó definitivo α el cual se expresaría así:

$$\eta.\tau = \succ + t [\tau \text{ ó } \alpha]$$

El segundo tipo de exportación por ejecución $\eta.e$, no hace mención a la salida física de los bienes, por eso eliminamos $\succ$ y en su lugar agregamos la variable persona p y trámites aduaneros χ pues es la persona y los trámites ante la Aduana quienes determinan la dirección o indirectación de este tipo de exportación, la cual podríamos representar de esta manera:

$$\eta.e = p \mapsto \chi$$

Repasemos el texto legal para mirar las hipótesis contenidas en la Ley Aduanera:

Artículo 102. El régimen de exportación definitiva consiste en la salida de mercancías del territorio nacional para permanecer en el extranjero por tiempo ilimitado.

Artículo 115. Se entiende por régimen de exportación temporal para retornar al país en el mismo estado, la salida de las mercancías nacionales o nacionalizadas para permanecer en el extranjero por tiempo limitado y con una finalidad específica...

Esto se podría representar así:

$$[\eta.\tau - \eta.e = 0] \mapsto \varepsilon$$

En donde la exportación directa y la indirecta tienen el mismo valor, para efectos de la aplicación de la tasa 0% de IVA, en términos llanos esta sería nuestra conclusión:

Si un contribuyente pretende aplicar la tasa 0% de IVA en la enajenación de bienes, tendrán que ser exportados con propósitos definitivos. El concepto de exportación es amplio y se aplica tanto a las exportaciones directas como indirectas tal y como las define la Ley Aduanera, entre lo que destaca que la salida física del país no es determinante para considerarla exportada. Así,

la dirección o indirección no es relevante, si esta se ha realizado conforme al procedimiento previsto en la misma Ley Aduanera. Lo relevante para la aplicación de la tasa 0% será si la transacción tiene el carácter de permanente o definitiva, pues si el interés en la operación es temporal, no gozaría del 0% en función del tipo de acto o de actividad, debiendo acudir a la tasa aplicable que se asocia a los bienes: 0% si son mercancías descritas en el Artículo 2-A de la Ley del IVA o 16% si no son del tipo señalado.

VII. UNO MÁS: ENFRENTAMIENTO DE LA PROPORCIONALIDAD VERSUS PROGRESIVIDAD TRIBUTARIA

Permítame proponer otro análisis buscando claridad en mis ideas. El Artículo 31 fracción IV de la Constitución Federal establece que "... Son obligaciones de los mexicanos... contribuir para los gastos públicos... de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes..." Sobre este texto, expondría el siguiente silogismo:

La tarifa del Artículo 96 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, sobre la cual se calcula la carga impositiva de sueldos, salarios, honorarios y arrendamientos, entre otros, es de tipo progresivo, pues aumentan los ingresos a la vez que aumentan las tasas, digamos: tenemos dos variables en movimiento. Si la Constitución Federal solo autoriza el mecanismo proporcional en las leyes, entonces: ¿estamos en presencia de un método de cálculo para sueldos y salarios progresivo que es anticonstitucional? ¿El sistema fiscal progresista es constitucional en México?

¿Qué tendría que hacer para analizar esta disposición? Sugerimos lo siguiente:

1. Reduzca sus preguntas de investigación a una proposición y luego fórmulela.
2. Defina conceptos de la manera más detallada y precisa que sea posible, evitando largas explicaciones. ¿Son reducibles también sus definiciones? Inténtelo, fórmulelo nuevamente y ligue estas proposiciones contra el cuestionamiento principal. Cuide que sus variables sean armónicas, a decir, que las variables usadas en la definición de conceptos sean compatibles en ambas preposiciones, de otra manera, no podrían despejarse, sumarse, restarse o dividirse entre ellas.

3. Identifique las palabras o conceptos clave y mire si los definió o requiere definir o redefinir. Propongo algunos: Constitucional, sistema, progresivo, proporcional, impuestos, tipos, aplicación y relación. ¿Tiene definidas y formuladas cada una de ellas?
4. Ahora mire si las definiciones (ya formuladas) sobre la progresividad y proporcionalidad pueden reducirse entre ellas. ¿Qué es lo que obtuvo?
5. Finalmente aplique el resultado del punto cuatro anterior y aplíquelo al silogismo principal en el cual se estableció que los impuestos deben ser proporcionales. ¿Qué valores obtuvo? ¿Su fórmula arrojó un resultado positivo, negativo o *err*?
6. Conclusión: ¿La fórmula en la cual definió la progresividad es compatible con la fórmula constitucional de impuestos proporcionales? ¿Afirmativa, negativa o *err*?
7. Solo hasta entonces, llévela al campo práctico y verifique sus variables. A partir de este primer acercamiento podrá aplicar la Teoría de Sistemas de Luhman o los valores sobre distintos capitales de Bourdieu.

Este tipo de investigaciones se mira como una espiral, un sinfín, que en cualquier momento puede dar un giro para incluir otras variables o ampliar su campo de actuación. Cada avance le solicitará mayor atención, refinar su lenguaje, robustecer su conocimiento y quizá hasta una mejor precisión de sus objetivos. Al verse rebasado, si esto le sucede, converse con otros especialistas de otras ramas del conocimiento o con usted mismo, invitándose a iniciar otros estudios para que tenga los elementos para responder sus propias incógnitas. Espero que su propia curiosidad sea el motor de búsqueda que lo anime a ir más allá, no por méritos académicos o por los honorarios que podría devengar, eso vendrá después o al mismo tiempo de manera automática, lo que interesa por ahora es resolver sus propias conjeturas y rebasar sus propias fronteras.

VIII. CONCLUSIONES

Bajo la premisa en la que hoy nos sumimos la mayoría de los especialistas tributarios, que es la venta de servicios y la obtención de ganancias reportables al interior de nuestros despachos, es dable comprender que surja una pregunta fundamen-

tal: ¿el tipo de análisis científico es rentable? ¿Habrá algún interesado que esté dispuesto a pagar por conocer la verdad o la proximidad a la verdad de una teoría? ¿Por qué tendríamos que desgastarnos en crear teorías y comprobarlas si quien paga por nuestros servicios no está interesado en la ciencia sino en su negocio?

Así podríamos revivir la vieja pregunta: ¿Qué relación existe entre la teoría y la práctica? ¿En qué aprovecha que nuestros litigantes sean científicos? ¿No será que la investigación fiscal es propia de los institutos y de las universidades, por lo que ello escapa de los despachos y de los tribunales? Si fuera cierto, que el avance de la profesión fiscal es pobre, está estancada o vamos en retroceso, si esto fuese cierto, ¿de quién es responsabilidad?

Reformas fiscales van y vienen, recomposición de objetivos y procedimientos al interior de los tribunales, nuevas formas de comunicar por parte de la autoridad fiscal y aduanera, libros académicos actuales, profesores y alumnos en las universidades defendiendo la libertad de cátedra, todo eso y más, pero es posible que no se hayan tocado las verdaderas causas de nuestro atraso tributario. De ser así, esto no es problema solo de la profesión contable, del Derecho Administrativo o de los abogados fiscalistas. Mientras no se invite a los especialistas a dialogar con otras profesiones, de las cuales hemos propuesto al menos a la Etnografía, Historiografía, Filosofía, Sociología, Psicología y a las Matemáticas Avanzadas, en opinión de quien escribe seguiremos dando vueltas entre nosotros mismos como aquel can que corretea a su cola o le ladra a un espejo. Los aplausos entre nosotros mismos, las felicitaciones de sus alumnos o los reconocimientos entre los integrantes del mismo gremio, han probado no ser suficientes para producir una nueva generación de filósofos contables o sociólogos tributarios. Así, seguiremos mirando publicaciones sensacionalistas con poco contenido de verdad (pero venden), reformas legales sin contexto y un vacío de conocimiento que se ha tapado con lo bello, un *estetismo fiscal* que florece con el tiempo.

IX. FUENTES DE INFORMACIÓN

BOUDON, Raymond (2004), *La Sociología que realmente importa*, París, Universidad de La Sorbona.

BUNGE, Mario (1980), *Epistemología*, México, Siglo XXI.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Alonso (1992), *Invitación a la estética*, México, Grijalbo.

CORRUPCIÓN Y LAVADO DE DINERO

Blanca Estela MONTES DE OCA ROMERO¹

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se habla mucho de la corrupción considerada “el mal del siglo”; y no son pocas las iniciativas y las luchas frontales que se han emprendido para acabar de raíz con este flagelo, motivo por el cual organismos tan importantes como las Naciones Unidas, el Banco Mundial, la Organización de los Estados Americanos, el Instituto Americano de Administración Pública y otros, han implementado programas para prevenirla y orientar a los funcionarios sobre cómo combatirla; destacando en el ámbito internacional la creación del Instituto Latinoamericano contra la Corrupción, la difusión de normas éticas para los contadores públicos por parte de la Federación Internacional de Contadores (IFAC), el apoyo logístico y económico del Instituto Americano de Administración Pública de la OEA, el Banco Mundial y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Se puede decir que la corrupción en México es general, puesto que abarca tanto al sector público como al privado, manifiesta en todos los niveles, especialmente en el ámbito educativo, también es muy cierto que existen diferentes formas de corrupción, y algunos autores sugieren la clasificación de estas, como el funcionario que se enriquece por:

- Recibir dinero por aplicar la ley (o no hacerlo) al servicio específico de un particular que paga;
- Uso de la información privilegiada.

“Según cálculos del Banco Mundial, en los países pobres la corrupción puede significar millones de dólares y, según el catedrático, Mark Pieth, responsable del grupo de trabajo contra la corrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en los países del norte la corrupción puede representar una cantidad similar; es decir, la corrupción supone en el mundo un cuarto de

¹ Doctora en Derecho integrante del Corporativo de Consultores Montes de Oca y Peña, Asociados, Contadores Certificados y Abogados; www.mop.com.mx, correo electrónico corporativo@mop.com.mx.

billón de dólares anual. Según el Fondo Monetario Internacional (FMI), en aquellos países en los que la corrupción es notable, las inversiones descienden hasta un 5% por lo menos. Y según el Banco Mundial, la corrupción reduce hasta en un 5% la tasa de crecimiento económico de un país”².

Este fenómeno trasciende en toda esfera social, por lo que la OCDE ha instrumentado acciones a través de la “Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”.

La Convención Anticohecho de la OCDE es el primer y único instrumento internacional anticorrupción enfocado al cohecho de servidores extranjeros en transacciones comerciales internacionales, lo que constituye el combate al “cohecho activo”, es decir que persigue a la persona o a la entidad que ofrece, promete u otorga una dádiva. La Convención promueve igualdad de oportunidades para las empresas que compiten por las contrataciones gubernamentales.

El procedimiento de supervisión de cumplimiento de la Convención Anticohecho es el principal instrumento internacional para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros.

Resultado de la globalización económica y de la creciente interdependencia mundial, la corrupción ha incurrido en un proceso de progresiva internacionalización. Por ello, se requiere una perspectiva global para afrontar este reto. Al respecto, el ámbito multilateral ha sido propicio para dar batalla en este frente. Muestra de lo anterior son los tres instrumentos jurídicos existentes en la materia:

- La “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005;
- La “Convención Interamericana contra la Corrupción”, en vigor a partir del tres de junio de 1997 y;
- La “Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales” de la OCDE, que entró en vigor el 15 de febrero de 1999.

El Secretario General de las Naciones Unidas en el año 2003, estableció el 9 de diciembre como el “Día Internacional contra la Corrupción”. Tal jornada es oportuna para promover el conocimiento y la difusión de los trabajos multilaterales por abatir este problema.

² <http://www.rebellion.org/hemeroteca/economia/ccs180601.htm>.

México sustenta sus acciones de combate a la corrupción en un marco jurídico sólido cuyos principales elementos son la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas, el Código Penal Federal y el Código Civil Federal.

Asimismo, nuestro país ha realizado un número importante de acciones en el ámbito multilateral. En el marco del Sistema de Naciones Unidas, se emprendió una fuerte labor diplomática para negociar y promover la firma y ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, conocida como la Convención de Mérida, ciudad en donde se abrió a firma en el año de 2003.

México también es parte de otras iniciativas, como la Academia Internacional contra la Corrupción (IACA). De igual forma, destaca su participación en el Grupo de Expertos Anticorrupción del G20.

En el ámbito regional, se sobresale la suscripción por nuestro país de la Convención Interamericana contra la Corrupción en 1996, entendida como el primer instrumento jurídico internacional en este campo que reconoce la trascendencia mundial del fenómeno y la necesidad de promover y facilitar la cooperación entre los Estados para combatirla³.

Es por lo que, la corrupción se entiende como un acto racional ilegal, ilegítimo y no ético por parte de servidores públicos, en perjuicio del interés común de la sociedad y del gobierno, y en beneficio de un interés egoísta o solidario de quien lo promueve o solapa directa e indirectamente.

Así las cosas, es importante resaltar que, en México, en el Diario Oficial de la Federación⁴, el 18 de julio de 2016, el Poder Ejecutivo, a través de la Secretaría de Gobernación, decretó que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal en Materia de Combate a la Corrupción: Enrique Peña Nieto Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, señala que el Honorable Congreso de la Unión, le ha dirigido el siguiente Decreto:

³ Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE), 21 de abril 2020, <https://embamex.sre.gob.mx/francia/index.php/es/comunicados/588-convencion-para-combatir-el-cohecho-de-servidores-publicos-extranjeros-en-transacciones-comerciales-internacionales-de-la-organizacion-para-la-cooperacion-y-el-desarrollo-economicos-ocde>.

⁴ Diario Oficial de la Federación del 18 de julio de 2016.

SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL EN MATERIA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Artículo Único.- Se reforman el párrafo primero y el inciso e) del artículo 201; la denominación al Título Décimo; el párrafo primero del artículo 212; el artículo 213; el artículo 213 Bis; la denominación del Capítulo II del Título Décimo; el párrafo primero y su fracción III, los párrafos segundo y tercero del artículo 214; las fracciones VI, IX, XI, XIII y los párrafos segundo y tercero del artículo 215; los párrafos primero y segundo del artículo 216; la denominación del Capítulo V del Título Décimo; el párrafo primero, la fracción I y los incisos B), C), D), la fracción III y el párrafo segundo del artículo 217; los párrafos tercero y cuarto del artículo 218; la fracción I y el párrafo segundo del artículo 219; la fracción I y los párrafos tercero y cuarto del artículo 220; el párrafo segundo del artículo 221; las fracciones I, II y los actuales párrafos tercero y cuarto del artículo 222; las fracciones I, II, III y los párrafos tercero y cuarto del artículo 223; los actuales párrafos primero, segundo, cuarto, quinto y sexto del artículo 224; las fracciones VI, X, XIII, XVII, XX, XXIV, XXVIII y XXXII del artículo 225; se adicionan un párrafo tercero con las fracciones I, II, un párrafo cuarto, un quinto párrafo con las fracciones I, II, III y IV, un sexto y un séptimo párrafos al artículo 212; un inciso E) a la fracción I, una fracción I Bis con los incisos A) y B) y un párrafo segundo al artículo 217; un artículo 217 Bis; una fracción IV al artículo 221; una fracción III con los incisos a, b y un párrafo segundo recorriéndose los subsecuentes al artículo 222; un párrafo tercero recorriéndose los subsecuentes al artículo 224, y se deroga el cuarto párrafo del artículo 225 del Código Penal Federal.

TÍTULO DÉCIMO, Delitos por hechos de corrupción, CAPÍTULO I

Artículo 212.- Para los efectos de este Título y el subsecuente, es servidor público toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales

de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal.

...

De manera adicional a dichas sanciones, se impondrá a los responsables de su comisión, la pena de destitución y la inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación por un plazo de uno a veinte años, atendiendo a los siguientes criterios:

- I. Será por un plazo de uno hasta diez años cuando no exista daño o perjuicio o cuando el monto de la afectación o beneficio obtenido por la comisión del delito no exceda de doscientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, y
- II. Será por un plazo de diez a veinte años si dicho monto excede el límite señalado en la fracción anterior.

Para efectos de lo anterior, el juez deberá considerar, en caso de que el responsable tenga el carácter de servidor público, además de lo previsto en el artículo 213 de este Código, los elementos del empleo, cargo o comisión que desempeñaba cuando incurrió en el delito.

Cuando el responsable tenga el carácter de particular, el juez deberá imponer la sanción de inhabilitación para desempeñar un cargo público, así como para participar en adquisiciones, arrendamientos, concesiones, servicios u obras públicas, considerando, en su caso, lo siguiente:

- I. Los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones;
- II. Las circunstancias socioeconómicas del responsable;
- III. Las condiciones exteriores y los medios de ejecución, y
- IV. El monto del beneficio que haya obtenido el responsable.

Sin perjuicio de lo anterior, la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena. Cuando los delitos a que se refieren los artículos 214, 217, 221, 222, 223 y 224, del presente Código sean cometidos por servidores públicos electos popularmente o cuyo nombramiento este sujeto a ratificación de alguna de

las Cámaras del Congreso de la Unión, las penas previstas serán aumentadas hasta en un tercio.

Cabe señalar que estos delitos por hechos de corrupción se establecen en un catálogo imponderable en la reforma al Código Penal Federal (CPF) del 18 de julio de 2016, destacando particularmente el cohecho y peculado, quedando como se lee:

Artículo 222.- Cometén el delito de cohecho:

- I. El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba ilícitamente para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio, o acepte una promesa, para hacer o dejar de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión;
- II. El que dé, prometa o entregue cualquier beneficio a alguna de las personas que se mencionan en el artículo 212 de este Código, para que haga u omita un acto relacionado con sus funciones, a su empleo, cargo o comisión, y
- III. El legislador federal que, en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, y en el marco del proceso de aprobación del presupuesto de egresos respectivo, gestione o solicite:
 - a) La asignación de recursos a favor de un ente público, exigiendo u obteniendo, para sí o para un tercero, una comisión, dádiva o contraprestación, en dinero o en especie, distinta a la que le corresponde por el ejercicio de su encargo;
 - b) El otorgamiento de contratos de obra pública o de servicios a favor de determinadas personas físicas o morales.

Se aplicará la misma pena a cualquier persona que gestione, solicite a nombre o en representación del legislador federal las asignaciones de recursos u otorgamiento de contratos a que se refieren los incisos a) y b) de este artículo.

...

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, de los bienes o la promesa no excedan del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea evaluable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, los bienes, promesa o prestación exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa.

...

Artículo 223.- Comete el delito de peculado:

- I. Todo servidor público que para su beneficio o el de una tercera persona física o moral, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, en posesión o por otra causa;
- II. El servidor público que ilícitamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona;
- III. Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades, y
- IV. ...

...

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa.

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa.

Es así como la corrupción puede beneficiar a familiares, amigos o incluso a una organización, a una causa o movimiento social, político o cultural. Debido a lo anterior, algunos autores han diferenciado la corrupción egoísta de la solidaria,

tomando en consideración los siguientes puntos: i. Ésta favorece la consolidación de élites y burocracias políticas y económicas; ii. Erosiona la credibilidad y legitimidad de los gobiernos; iii. Reproduce una concepción patrimonialista del poder; iv. Reduce los ingresos fiscales e impide que los escasos ingresos sean aplicados a los sectores más necesitados, entre otros.

Por otra parte, la Sociología Jurídica como control social y desde el punto de vista de Derecho Penal, señala que “la corrupción a altos niveles del Estado representa una amenaza para la estabilidad política y social de México, ya que atenta contra la legitimidad y legalidad del mismo Estado. Cuando la corrupción se junta con la delincuencia organizada, se vuelve una amenaza y perjudica a la seguridad de nuestro país”.

El control social, término tomado de la Sociología y por el Derecho Penal y colocado como parte de alguna de sus instituciones, indica que una persona en su acción está de hecho condicionada y limitada por los grupos, por las instituciones y por la sociedad entera de la que es miembro, razones que permiten fundamentar el hallazgo de mecanismos de control tanto en las sociedades primitivas como en las complejas ciudades cosmopolitas en pleno apogeo postmoderno, materializándose en la primera de estas mediante los controles informales, mientras que en las siguientes se produce una combinación entre estos y aquellos que tienen en sus manos la tarea de concretar la disciplina social (mecanismos formales)⁵.

Particularmente se dice que la corrupción se ha convertido, para los mexicanos, en un acto común e incluso, en algunos casos, como una manera aceptable de solucionar las cosas.

La corrupción es un término difícil de simplificar en una definición. Siendo tan simple un acto de corrupción; el que puede ir desde un niño que copia una tarea, sin citar de quien fue el mérito, o copia para pasar en un examen; hasta un gran empresario que paga a un funcionario para agilizar un trámite o ganar un contrato importante.

Sin embargo, José Ma. Morelos y Pavón la define como: “El funcionario público, Siervo de la Nación está obligado a transparentar sus ingresos, su origen, su monto frente a los mexicanos. Escamotear esa información mediante el cobijo de la ley que ampara el secreto implica necesariamente un agravio”.

⁵ <http://www.eumed.net/rev/cccss/08/daa4.htm>.

Stephen D. Morris, quien realizó un interesante estudio de la corrupción en México, sostenía que: “Se la ha definido como el uso ilegítimo del poder público para el beneficio privado”; “todo uso ilegal o no ético de la actividad gubernamental como consecuencia de consideraciones de beneficio personal o político”; o simplemente como “el uso arbitrario del poder”.

Otra definición con un énfasis más jurídico la proporciona Guillermo Brizio: “Se designa a la corrupción como un fenómeno social, a través del cual un servidor público es impulsado a actuar en contra de las leyes, normatividad y prácticas implementados, a fin de favorecer intereses particulares”.

II. CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN

Una explicación de las causas de la corrupción desde un enfoque de la sociología política que me parece válida, la da el propio Morris, quien considera que: “Primero, la corrupción se produce debido a un desequilibrio presupuestal esencial entre la habilidad y la capacidad de las organizaciones estatales y sociales para influir sobre el comportamiento político; segundo, cuando la fuerza de las organizaciones sociales domina a la del Estado, se presenta una tendencia hacia el soborno generalizado; por último, en el caso opuesto, en el que las organizaciones estatales son más poderosas que las sociales y, por lo tanto, más capaces de controlar las oportunidades de movilidad, existe la tendencia hacia la corrupción generalizada”.

Las causas u orígenes de la corrupción en la administración pública no solo de nuestro país, sino de cualquier nación en el mundo, son tan complejas como lo es la propia naturaleza humana. Algunas de ellas son las siguientes:

- Falta de valores humanistas;
- Carencia de una conciencia social;
- Falta de educación;
- Desconocimiento legal;
- Baja autoestima;
- Paradigmas distorsionados y negativos (consumistas, materialistas);
- La impunidad de los actos de corrupción;
- Los modelos sociales que transmiten anti- valores;
- Un excesivo poder discrecional del funcionario público;

- La concentración de poderes y de decisión en ciertas actividades del gobierno;
- Salarios demasiado bajos;
- Falta de transparencia en la información concerniente a la utilización de los fondos públicos y de los procesos de decisión;
- La poca eficiencia de la administración pública y una extrema complejidad del sistema. Cuando se alcanza un punto de equilibrio entre ambas tendencias es cuando no se produce corrupción, es el punto deseable de alcanzar por una institución pública;
- Exceso de trámites y requisitos para solicitar una licencia, permiso o un servicio por parte de una oficina pública;
- Exceso de regulaciones para desarrollar actividades productivas;
- Discrecionalidad en la aplicación de las normas, procedimientos o requisitos;
- Falta de un servicio profesional que contemple estabilidad laboral en el servicio público;
- Programas insuficientes de estímulos y recompensas para el personal público;
- Legislación de responsabilidades de los servidores públicos débil y poco aplicada y difundida;
- Falta de arraigo de valores éticos entre algunos servidores públicos y ciudadanos;
- Ausencia de un registro nacional de servidores públicos inhabilitados por incurrir en actos de corrupción;
- Insuficiente participación ciudadana en actividades de control y evaluación de la gestión pública;
- Falta de incentivos de capacitación, así como de promoción como resultado de programas de formación.

Por otra parte, entre las consecuencias que produce el fenómeno de la corrupción cabe señalar:

- Favorece la consolidación de élites y burocracias políticas y económicas;
- Erosiona la credibilidad y legitimidad de los gobiernos;

- Reproduce una concepción patrimonialista del poder;
- Reduce los ingresos fiscales e impide que los escasos recursos públicos coadyuven al desarrollo y bienestar social;
- Permite la aprobación y operación de leyes, programas y políticas, sin sustento o legitimidad popular;
- Revitaliza una cultura de la corrupción y contribuye a su proliferación”⁶.

III. TIPOS DE CORRUPCIÓN

Existen diversas tipologías de la corrupción, desde la que hace solo referencia a la extorsión, el cohecho y/o soborno, hasta las que se refieren a tipos específicos y especiales, como lo señala la reforma del 18 de julio de 2016, en el Código Penal Federal. Sin embargo, aquí únicamente describiremos, de manera general, las siguientes:

- **Cohecho.** Cuando un servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba ilícitamente para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio, o acepte una promesa, así como el que dé, prometa o entregue cualquier beneficio, esto para hacer o dejar de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión o distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, en posesión o por otra causa; así también, que ilícitamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.
Por otra parte, cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere lo anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades.
- **Concusión.** La asociación delictiva que realizan servidores públicos con contratistas, proveedores y arrendadores, con el propósito de obtener

⁶ Como se cita en periodismo publicado en la web, nacional e internacional del 2000 a la fecha.

recursos y beneficios ilícitos, a través de concursos amañados o, sin realizar estos (adjudicaciones directas), a pesar de que así lo indique la ley o normatividad correspondiente.

- Extorsión. Cuando un servidor público, aprovechándose de su cargo y bajo la amenaza, sutil o directa, obliga al usuario de un servicio público a entregarle también, directa o indirectamente, una recompensa.
- Fraude. Cuando servidores públicos venden o hacen uso ilegal de bienes del gobierno que les han confiado para su administración.
- La falta de ética. Corrupción que, si bien no tiene que ver directamente con la apropiación ilegal de recursos del gobierno y de ciudadanos usuarios, sí entraña entre algunos servidores públicos, una conducta negativa que va en contra de los propósitos y metas de las instituciones públicas. Esta ausencia se puede observar cuando determinado servidor público no cumple con los valores de su institución, es decir, cuando no conduce sus actos con honestidad, responsabilidad, profesionalismo, espíritu de servicio, por citar algunos.
- Peculado. La apropiación ilegal de los bienes por parte del servidor público que los administra.
- Soborno. Cuando un ciudadano o una organización, entrega directa o indirectamente a un servidor público, determinada cantidad de dinero, con el propósito de que obtenga una respuesta favorable a un trámite o solicitud, independientemente si cumplió o no con los requisitos legales establecidos.
- Tráfico de influencia. Cuando un servidor público utiliza su cargo actual o sus nexos con funcionarios o integrantes de los poderes ejecutivo, legislativo o judicial, para obtener un beneficio personal o familiar, o para favorecer determinada causa u organización.
- Otros tipos de corrupción que afectan los ingresos o bienes del gobierno son: el contrabando (fayuca), el mercado informal (ambulante), la falsificación de pagos oficiales, trabajadores fantasmas (aviadores), venta de plazas, entre otras manifestaciones⁷.

⁷ Código Penal Federal, reforma publicada el 16 de julio de 2016.

IV. LAVADO DE DINERO, LEGITIMACIÓN O BLANQUEO DE CAPITALES Y DE ACTIVOS

De manera congruente en torno de la corrupción y, en adminiculación, el lavado de dinero, legitimación o blanqueo de capitales y de activos se entiende como: El mecanismo a través del cual se oculta el verdadero origen de dineros provenientes de actividades ilegales, tanto en moneda nacional como extranjera, y cuyo fin es vincularlos como dineros legítimos dentro del sistema económico de un país.

Fenómenos antisociales tanto la corrupción como el lavado de dinero de carácter delictivo, generalmente con implicaciones internacionales, donde regularmente participan funcionarios corruptos y/o la delincuencia organizada, y cuyo proceso consiste en ocultar, disfrazar o encubrir el origen ilícito de las ganancias por actividades contrarias a la ley aparentando ser legítimas.

Esto es, nos podemos referir a dineros provenientes de actividades ilegales, como incluso de la corrupción, entre otros:

El cohecho, extorsión, evasión fiscal o de recursos provenientes de funcionarios corruptos tanto del sector público como privado, así como terrorismo, tráfico de drogas, secuestro etc.; los cuales pueden ser depositados o pasados por las diferentes entidades para el respectivo “lavado”, tipificando conductas delictuosas contempladas por las leyes penales de los diferentes países de América y el Caribe.

Se refieren al ilícito del lavado de activos, en terminología que encierra ciertos conceptos, a saber: lavado de dinero, lavado de activos y legitimación o blanqueo de capitales; lo que nos puede llevar a las siguientes definiciones, por cierto muy cuestionadas y que desatan polémicas jurídicas como las ya enunciadas:

- Cohecho-corrupción: servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba ilícitamente para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio, dando apariencia legal a un servicio o producto, de un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, o a fin de denigrar a cualquier persona.
- Lavado de dinero: dar apariencia legal a un servicio o producto procedente del narcotráfico (drogas sicotrópicas), entre otros.
- Legitimación o blanqueo de capitales: dar apariencia legal a un producto o servicio procedente del narcotráfico (drogas psicotrópicas) y los delitos

graves que considere la legislación del país que corresponda y/o la de nuestro país (en algunos países se exceptúa la corrupción administrativa, la evasión fiscal y el fraude corporativo).

- Lavado de activos: dar apariencia legal a un producto o servicio procedente del narcotráfico (drogas psicotrópicas) y todos los delitos tipificados en el Código Penal de cada país, el que deberá incluir la corrupción administrativa, la evasión fiscal y el fraude corporativo, entre otros.

Considerada en muchos países como conducta sancionada por las leyes penales, quizá, la actividad criminal más compleja, especializada, de difícil detección y comprobación, y una de las que mayor rentabilidad genera para las organizaciones criminales, sin embargo, y a pesar de que en el mundo se ha lavado dinero durante mucho tiempo, es solo a partir de la década de 1920 cuando el problema es atendido por algunas autoridades, inicialmente con timidez.

Es por ello que, tanto por la delincuencia, como un agente de cualquier delito de corrupción, es que han diseñado estructuras financieras y económicas a través de las cuales es posible canalizar los recursos obtenidos como consecuencia de sus actividades ilícitas, con el fin de introducirlos en el torrente monetario y/o a través de algunos de los sectores económicos, generando mediante el desarrollo de actividades y operaciones comerciales, financieras, bursátiles y societarias, entre otras, una apariencia de legalidad y/o de legitimidad sobre bienes que, siendo considerados producto, instrumento o efecto de un delito, como consecuencia de su transformación, logran incorporarse formalmente al patrimonio del delincuente y/o corrupto, de la organización criminal o de sus auxiliadores facilitando con ello el incremento de su capacidad económica, el acceso a las esferas de poder y, en todo caso, el incremento de la actividad criminal; esto se conoce que se realiza a través de cuatro etapas como son:

- a) Obtención: de dinero en efectivo o medios de pago, en desarrollo y consecuencia de actividades ilícitas (venta de productos o prestación de servicios ilícitos);
- b) Colocación: incorporar el producto ilícito en el torrente financiero o no financiero de la economía local o internacional;

- c) Estratificación, diversificación o transformación: es cuando el dinero o los bienes introducidos en una entidad financiera o no financiera, se instrumentan en sucesivas operaciones para ocultar, invertir, transformar, asegurar o dar en custodia bienes provenientes del delito o mezclar con dineros de origen legal, con el propósito de disimular su origen ilícito y alejarlos de su verdadera fuente.
- d) Integración, inversión o goce de los capitales ilícitos: el dinero ilícito regresa al sistema financiero o no financiero, disfrazado como dinero legítimo.

Siendo que los adelantos tecnológicos y la globalización, entre otros factores han facilitado la utilización de mecanismos o tipologías de lavado, en los cuales se hace más compleja la identificación estructural de la operación o de sus etapas, dificultando el proceso de detección y comprobación de la operación de lavado.

Por otra parte, se debe observar que, en las características y objetivos de este delito será común que, casi cualquier persona o empresa, puede lavar dinero, sobre todo si tiene operaciones en efectivo.

Considerado como un delito económico y financiero, perpetrado generalmente por delincuentes de cuello blanco que manejan cuantiosas sumas de dinero que le dan una posición económica y social privilegiada, como la corrupción, sus características integran un conjunto de operaciones complejas, con cierta frecuencia o volúmenes que se salen de los parámetros habituales o se realizan sin un sentido económico. Trasciende a dimensiones internacionales, ya que cuenta con un avanzado desarrollo tecnológico de canales financieros a nivel mundial, como incluso el cohecho internacional.

Su objetivo es preservar y dar seguridad a una fortuna; efectuar grandes transferencias; estricta confidencialidad, legitimar dinero y así formar rastros de papeles y transacciones complicadas que confundan el origen de los recursos y su destino.

Se realizan, generalmente, por personas naturales, funcionarios corruptos o representantes de organizaciones criminales que asumen apariencia de clientes normales, muy educados e inteligentes, sociables, de ser hombres de negocios y formados psicológicamente para vivir bajo grandes presiones, también se caracterizan por crear empresas fantasmas y ocultar su verdadera identidad mediante el

uso de personas que prestan su nombre para manejar sus negocios de tal manera que actualmente, quien lava dinero, puede ser en cualquier giro de una empresa, real o fantasma; partido político; hospital; banco; refresquera; universidad; granja; aseguradora; negocios de apuestas, también a través de prestanombres o testaferros.

Lo anterior con la finalidad de ocultar o pretender encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes y para alentar alguna actividad ilícita.

Estos delitos, como fenómeno social, representan el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Es instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos; permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Se dice que el delito solo puede ser realizado por acción o por omisión, (principio de acto), y de resultado material; será atribuible el resultado típico producido a quien omite impedirlo (omisión impropia o comisión por omisión).

Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente (dolo y culpa). Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización. Y actúa culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Los delitos culposos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley (Principio de números clausus para la punibilidad de los delitos culposos).

La noción del delito ocupa el centro de gravedad de todo el quehacer de la actividad investigativa y luego de la prueba: el delito como hipótesis es el objeto de la investigación probatoria. El hecho punible y los conflictos que él genera, son la materia central de la justicia penal y quien se ocupa de definir esos hechos como delitos, es el Derecho Penal Material.

En el marco de la Teoría General del Derecho existe una Teoría del Delito, que contiene el concepto de este, que aspira a reunir todas las características y dimensiones que debería poseer un hecho para que adquiriera esa condición y, por lo mismo, de comprobarse que se ha producido, para ser objeto de una sanción penal. Como recuerda Zaffaroni, “se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar qué es el delito en general, es decir, cuáles son las características que debe tener cualquier delito”⁸.

Cabe señalar que los elementos del delito en el Derecho Penal mexicano, debido a la pluralidad de ordenamientos penales tanto sustantivos como adjetivos que existen en nuestro país, hay diversas formas de estructurar el delito; de ahí que se puede analizar en primer lugar la estructura del delito que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y luego la que se señala en el Derecho Penal Federal⁹.

V. EL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD

Estos términos derivan de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el punto de partida es el segundo párrafo del Artículo 16 Constitucional, que a la letra dice:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Por su parte, el Artículo 19 del mismo ordenamiento señala:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988, p. 333.

⁹ Jiménez, Martínez, Javier, *La estructura del delito en el Derecho Penal mexicano*, México, Ángel Editor, 2004, p. 53.

De aquí se desprende que, desde el punto de vista constitucional, el delito que se impute al acusado debe hacer referencia al lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como tal.

En consecuencia, tenemos los elementos positivos del delito: conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad.

Se colige que, desde el punto de vista procesal, el delito se estructura con los mismos elementos que señalan los artículos 16 y 19 constitucionales (legislación penal adjetiva).

Como lo señala Enrique Gimbernat Ordeig, “si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, una cuestión de lotería”; por ello, “cuando menos desarrollada esté una dogmática, más imposible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y factores incontrolables, la condena o absolución”¹⁰.

VI. DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

Como lo estatuye el Código Penal Federal en su Capítulo II, Artículo 400 Bis, comete el delito denominado “Operaciones con recursos de procedencia ilícita”, al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

Lo anterior se entiende como: recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen, directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

¹⁰ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1976, p. 78.

El delito en cuestión es sancionado como delito grave, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad.

Por su importancia se transcribe el numeral 400 Bis, que estatuye el delito de trato y el siguiente precepto, que contiene las penas aplicables:

Artículo 400 Bis.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

Artículo 400 Bis 1.- Las penas previstas en este Capítulo se aumentarán desde un tercio hasta en una mitad, cuando el que realice cualquiera de las

conductas previstas en el artículo 400 Bis de este Código tiene el carácter de consejero, administrador, funcionario, empleado, apoderado o prestador de servicios de cualquier persona sujeta al régimen de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, o las realice dentro de los dos años siguientes de haberse separado de alguno de dichos cargos.

Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión en personas morales sujetas al régimen de prevención hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Las penas previstas en este Capítulo se duplicarán, si la conducta es cometida por servidores públicos encargados de prevenir, detectar, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos o ejecutar las sanciones penales, así como a los ex-servidores públicos encargados de tales funciones que cometan dicha conducta en los dos años posteriores a su terminación. Además, se les impondrá inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. La inhabilitación comenzará a correr a partir de que se haya cumplido la pena de prisión.

Asimismo, las penas previstas en este Capítulo se aumentarán hasta en una mitad si quien realice cualquiera de las conductas previstas en el artículo 400 Bis, fracciones I y II, utiliza a personas menores de dieciocho años de edad o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o que no tiene capacidad para resistirlo”.

VII. CONCLUSIÓN

La corrupción puede beneficiar a familiares, amigos o incluso a una organización, a una causa o movimiento social, político o cultural; que favorece la consolidación de élites y burocracias políticas y económicas; que erosiona la credibilidad y legitimidad de los gobiernos; reproduce una concepción patrimonialista del poder; reduce los ingresos fiscales e impide que los escasos ingresos sean aplicados a los sectores más necesitados, entre otros.

Así mismo, las operaciones con recursos de procedencia ilícita conllevan la realización, por sí o por interpósita persona, de cualquiera de las siguientes conductas: adquisición, enajenación, administración, custodia, cambio, depósito, dar en garantía, invertir, transportar o transferir, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier

naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

A partir de 1996, la regulación de este ilícito en nuestro país cambia del Código Fiscal Federal al Código Penal Federal

El lavado de dinero es una de las formas con que los delincuentes tratan de asegurarse que, al final de cuentas, les reditúe en riqueza. Este instrumento ilegal es un método que emplean los delincuentes: narcotraficantes, secuestradores, terroristas, traficantes de armas, chantajistas o estafadores con tarjetas de crédito, mecanismos para que todos ellos disfracen el origen de “su” dinero, lo que les permite evitar que sea detectado y que se les enjuicie cuando lo utilizan¹¹.

Este delito y la corrupción son sancionados por nuestras leyes penales, esta última por decreto publicado en el DOF el 18 de julio de 2016, dentro del nacimiento de las siete leyes anticorrupción, ambos objetos del combate frontal que México realiza contra ellos.

¹¹ Iniciativa que reforma el artículo 400 Bis del Código Penal Federal. Roberto Alejandro Cañedo Jiménez, diputado a la LXIII Legislatura de la honorable Cámara de Diputados, integrante del Grupo Parlamentario de Morena, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 71, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los artículos 6, numeral 1, fracción I, 77 y 78, numeral 3, del Reglamento de la Cámara de Diputados, somete a consideración del pleno de esta soberanía la siguiente iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 400 Bis del Código Penal Federal.

LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS EN EL SISTEMA ANTICORRUPCIÓN MEXICANO¹

Alfredo DELGADILLO LÓPEZ²

Daniela Estefanía AGUILLÓN SAUCEDO³

Con cariño para el insigne jurista

Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez

Ante la escasez de textos jurídicos que expliquen las reformas constitucionales del año 2017 en materia de responsabilidades de los servidores públicos y, en especial, de la naciente institución jurídica denominada: Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), surge una obra en la que de forma clara y concisa están expuestas las causas por las que se hacen los mencionados cambios, el contexto en el que se realizaron, las leyes generales que recientemente se expidieron, el actual procedimiento de responsabilidades de los servidores públicos, así como las nuevas atribuciones de los tribunales de justicia administrativa.

De aquí la importancia de este novedoso libro, resultado de un profundo estudio efectuado por la Magistrada adscrita a la Sala Regional del Pacífico del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Graciela Buenrostro Peña. El cual puede ser una herramienta para esclarecer las dudas que naturalmente surgen ante este cambio tan radical en el derecho administrativo mexicano.

Esta obra se divide en siete capítulos y, para complementar la información, se acompaña de cuatro gráficas que de forma didáctica explican procedimientos administrativos y la integración del SNA, además, su bibliografía se compone de 38 autores nacionales e internacionales, que escribieron sobre diversas disciplinas del Derecho, como: Derecho Penal, Derecho Procesal, Teoría del Derecho, De-

¹ Buenrostro Peña, Graciela, Prólogo de Carlos Chaurand Arzate, México, Porrúa, 2019, p. 147.

² Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit. Miembro de la Notaría Pública Seis de la Primera Demarcación Notarial del Estado de Nayarit.

³ Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit. Se integró al Poder Judicial de la Federación desde 2017.

recho Administrativo y Derecho Disciplinario; así como de dieciséis sentencias relevantes, de las cuales, diez fueron emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuatro por el entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y las dos restantes por algunos Tribunales Colegiados en Materia Administrativa.

En la parte inicial nos ilustra sobre el “sistema de responsabilidades de los servidores públicos”; donde examina sus antecedentes, así como sus aciertos y deficiencias; en el ulterior capítulo expone el particular contexto y el proceso de “la reforma constitucional anticorrupción”; el tercero está dedicado a describir la “Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción” (LGSNA), misma que nace como resultado de la aludida reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM); enseguida analiza otra naciente legislación: la “Ley General de Responsabilidades Administrativas” (LGRA); en el quinto capítulo hace referencia al “procedimiento de responsabilidad administrativa”, el cual tiene considerables diferencias respecto de su antecesor; en el siguiente define “la jurisdiccionalización de las sanciones disciplinarias”, tema que presenta un comparativo entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario y, por último, estudia “los recursos en contra de las resoluciones”, donde destaca la importancia del Derecho Procesal en materia administrativa.

Con el fin de introducir al lector en el tema, estudia cronológicamente las responsabilidades de los servidores públicos desde el México independiente hasta el 2015. En esta exposición se evidencia que el Derecho Disciplinario en nuestro país ha tenido una lenta transformación, ya que los legisladores se han equivocado al tratar de regular las responsabilidades de los funcionarios, especialmente las administrativas, pues las han confundido con las penales, políticas y laborales, por lo que se ha generado una constante ambigüedad en la imposición de sanciones, lo cual condujo a un rotundo fracaso que sigue provocando malestar en los administrados. No obstante, estas deficiencias técnicas han sido de utilidad para que actualmente el Congreso de la Unión haya corregido algunos de sus errores respecto a la regulación de las responsabilidades de los servidores públicos, tal y como lo expone la autora en los posteriores capítulos.

Asimismo, menciona el contexto previo a la reforma constitucional anticorrupción, el cual sobresalía por el creciente clamor de la ciudadanía contra el au-

mento de la corrupción y la impunidad de los servidores públicos, mismos que se sintieron constreñidos a reformar la CPEUM con el objetivo de corregir dichos males y disminuir ese ferviente malestar. Bajo esta tesitura, se otorgaron facultades al Congreso de la Unión para crear las leyes necesarias, dentro de las cuales, lo trascendental es la clasificación de las faltas administrativas en graves y no graves, la precisión de los órganos competentes para la investigación e imposición de estas, así como sus respectivas atribuciones, en virtud de que, a diferencia de la ley anterior, la autoridad investigadora es diferente a la sancionadora; también se subraya la inclusión de los particulares como sujetos de la LGRA.

Por otra parte, explica quiénes son los integrantes del SNA, sus facultades y su composición actual. Es importante mencionar que no se compone únicamente por autoridades de los poderes del Estado mexicano, sino también por representantes de entidades autónomas y de la sociedad civil, por lo que se presume que este sistema evidentemente es autónomo, ya que pretende desligarse de intereses políticos. Asimismo, comenta que a pesar de la buena voluntad de algunos integrantes de este sistema, los avances han sido lentos; por ejemplo: la reproble situación en la que se encontraban los Sistemas Locales Anticorrupción en julio de 2016, a un año con ocho meses de haberse publicado la LGSNA, pues solamente habían concluido con la instalación de la estructura operativa once estados. Hoy, tres años con siete meses después de la publicación de la ley precitada, únicamente faltarían Chiapas y la Ciudad de México, según el portal del SNA⁴.

Otro punto destacable es el apartado de la LGRA, donde hay novedosos cambios. Por mencionar algunos: la delimitación del término “infracción”; mayor amplitud en las facultades que se le han dado a los tribunales de justicia administrativa para imponer sanciones; la creación de la Plataforma Digital Nacional con el fin de informar a los gobernados sobre el historial patrimonial de todos los servidores públicos y sus declaraciones fiscales; y, como en repetidas ocasiones destaca la Magistrada como el más importante: que los particulares que participan en la comisión de faltas graves de los servidores públicos no sean únicamente sujetos de la imposición de sanciones de naturaleza penal, sino también de índole disciplinaria.

⁴ Sistema Nacional Anticorrupción, <https://sna.org.mx/sistemaslocales/> (Fecha de consulta: 21 de febrero de 2020).

Por lo que se refiere al procedimiento disciplinario, la autora, en primer lugar subraya que se realizará con las disposiciones de la LGRA y no bajo la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. Además, a través de una gráfica hace una clara explicación del mismo, señalando plazos y características esenciales con el fin de facilitar la comprensión del lector. Asimismo, reitera que todo el procedimiento sancionador por faltas no graves se substanciará en sede administrativa, dada su naturaleza. Otro de los puntos novedosos de la ley en mención es el referente a la extensión de los plazos para la prescripción, pues, como deduce Buenrostro Peña, la autoridad administrativa ha sido ineficiente al resolver los asuntos en los plazos preestablecidos o, por otra parte, las infracciones han ido en aumento o, en el peor de los escenarios, han sucedido ambas.

Merece especial mención el apartado que habla de la *jurisdiccionalización* de las sanciones disciplinarias, pulcra exposición que orienta al lector con el fin de no confundir las sanciones administrativas con las penales, explicando sus diferencias e individualizando las primeras con sus elementos particulares que las convierten en una sub rama independiente de estudio. Bajo ese tenor, señala que una de las novedades más importantes es que los causantes de faltas graves no serán castigados por los órganos administrativos sino por los jurisdiccionales. Continúa Buenrostro Peña criticando al proceso lento para ejecutar las reformas, debido a que algunos magistrados en materia anticorrupción aún no han entrado en funciones.

Para complementar este nuevo procedimiento en el sistema jurídico mexicano, añade un capítulo que primeramente señala las diferencias entre el recurso civil y administrativo y, posteriormente, define a este último. Asimismo, menciona que los recursos que regula la LGRA son los siguientes: a) De inconformidad; b) De revocación; c) De reclamación; d) De apelación, y e) De revisión y, de forma sucinta describe a cada uno.

Ante la fehaciente evidencia que demostraba que la corrupción había rebasado al estado de derecho, era inevitable que se reformara la CPEUM con el fin de obtener un resultado diferente al combatir a este maligno fenómeno; sin embargo, al crearse nuevas leyes, nacieron con diversas deficiencias. Como consecuencia, hay un constante debate entre los políticos y académicos respecto al SNA, celebrado por los primeros por ser una figura jurídica ejemplar para erradicar

la corrupción, cuestionado por los segundos ante la apariencia de ser únicamente un instrumento burocrático diseñado para que jurídicamente no funcione ante los tribunales —si es que pasa los obstáculos y llega hasta esta instancia— y se diluya el clamor de la sociedad.

Por su parte, la Magistrada Graciela Buenrostro nos menciona que lo aplaudible del SNA, es que nace gracias a la presión que ejerció la sociedad civil, lo cual produjo que se lograran cambios en el derecho objetivo para disminuir la corrupción, por lo que deja de manifiesto que corresponde a la ciudadanía vigilar a funcionarios y particulares. Además, señala que es favorable la participación en el sistema de los representantes de la sociedad civil, pues estos también son un vínculo con instituciones académicas; no obstante, es difícil tener opiniones similares de los otros integrantes, ya que algunos de los que vigilan la corrupción dependen en sus nombramientos de los funcionarios vigilados, por lo que se cuestiona la autonomía del sistema.

Únicamente sugerimos que, debido a que se estudia una figura novedosa, las fuentes sean más actualizadas, ya que solo se consultaron tres libros correspondientes a esta década. Es verdad que es casi inexistente en México la doctrina que hable de estos temas; sin embargo, en algunas revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y en otros países (la República de Colombia, por ejemplo, específicamente en la prestigiosa Universidad de Externado) sí hay textos más recientes. Estos últimos serían de ayuda para generar doctrina y debate con el fin de tener una perspectiva más amplia, conociendo los aciertos y errores en otros sistemas jurídicos al combatir la corrupción. Siendo, por tanto, fundamental el Derecho Comparado, particularmente cuando la figura jurídica objeto de estudio es más reciente en México que en otros países.

En resumen, nos parece que los puntos más destacables de esta obra son:

- a) La pulcritud en las explicaciones, pues consideramos que gracias a estas se hace más entendible la reforma anticorrupción y sus derivados;
- b) La objetividad, debido a que la descripción de los temas y la capacidad para sintetizarlos permite que este libro sea punto de partida con el fin de profundizar en posteriores investigaciones a favor y en contra del SNA;

- c) El ejercicio que realiza la jurista al exponer el contexto previo a la reforma constitucional anticorrupción, ya que, para solucionar un problema, lo principal es conocer las causas;
- d) Las fuentes internacionales que utilizó la autora, pues nos permite comparar los antecedentes y la actualidad tanto del Derecho Disciplinario como del Derecho Administrativo en otras partes del mundo; por último,
- e) Subrayamos el gran mérito de generar doctrina respecto a una figura nueva en el Derecho mexicano y el atreverse a estudiarla y exponerla con tanta claridad a pesar de la escasa bibliografía dedicada al SNA.

En conclusión, el libro *“Las sanciones disciplinarias en el Sistema Anticorrupción mexicano”*, es útil para los estudiosos de la ciencia jurídica porque debemos de analizar las nuevas leyes y proponer soluciones que ayuden a que el sistema corrija sus numerosas deficiencias. Asimismo, debido a que en México son pocos los juristas que se han ocupado del SNA, este libro será de gran orientación para poder hacer más estudios y crear una amplia bibliografía con la finalidad de subsanar ese vacío existente. También lo será para la sociedad en general, pues fue esta quien exigió un cambio y, en consecuencia, la Constitución se reformó e hizo que la maquinaria (leyes y SNA) se encuentre lista, para que ahora, esté no solo encendida sino funcionando (presión y vigilancia ciudadana).

Tal y como la indica la autora en el apartado de Introducción: “Estamos ante una nueva posibilidad a partir de una regulación diferente; ahora falta lo más difícil: hacer que el sistema funcione, porque no solo es necesaria la existencia de leyes adecuadas; también se requiere la voluntad política para que la transformación se lleve a cabo, y ese es el reto principal”⁵.

Celebramos esta obra y la recibimos con beneplácito. Esperamos que la Magistrada Graciela Buenrostro Peña la mantenga actualizada y siga aportando a la academia, para la complacencia de los estudiosos del Derecho en aras de tener una eficiente Administración Pública y contar con más herramientas para combatir la corrupción.

⁵ Buenrostro Peña, Graciela, *Las sanciones disciplinarias en el Sistema Nacional Anticorrupción mexicano*, México, Porrúa, 2019, p. XVI.