

Praxis

de la
Justicia Fiscal y
Administrativa

Revista de Investigación Jurídica

Julio - Diciembre 2019

26

Betty ANDRADE RODRÍGUEZ
Carlos E. WEFER H.
Patricia LÓPEZ LÓPEZ
Miguel Ángel MARMOLEJO-CERVANTES
Carlos A. VILLANUEVA MARTÍNEZ
Virgilio VALLEJO MONTAÑO
Carlos ESPINOSA BERECOCHEA
Noé FLORES TAMAYO
Miguel Ángel GONZÁLEZ GONZÁLEZ
Javier PÉREZ ARRAIZ
Julio Daniel CARBAJAL SMITH



TFJA
TRIBUNAL FEDERAL
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Mag. Carlos Chaurand Arzate

Presidente
Tribunal Federal de Justicia Administrativa

JUNTA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

Mag. Carlos Chaurand Arzate

Mag. Nora Elizabeth Urby Genel

Mag. Guillermo Valls Esponda

Mag. Juan Carlos Roa Jacobo

Mag. Consuelo Arce Rodea

COMITÉ EDITORIAL EXTERNO

Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa

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

CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES

EN MATERIA DE DERECHO FISCAL Y ADMINISTRATIVO

Dr. Carlos Espinosa Berecohea

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 Juan Anzures. Dr. Luis José Béjar Rivera. Dr. Gerardo Pigeon. Dr. Domingo Ruiz López. Dr. Guillermo A. Tenorio Cueto. Dr. Carlos Villanueva Martínez. Dr. Virgilio A. Vallejo Montaña. Dr. Carlos Espinosa Berecohea. Mtro. Raúl Bolaños Vital. Mtro. Miguel Buitrón Pineda. Mtro. Rodrigo González Sandoval. Mtro. Rodrigo Muñoz Salazar. Mtro. Mauricio Estrada Avilés.

PORCENTAJE DE TRABAJOS RECHAZADOS

Para este número fueron rechazados el 12% de los trabajos presentados.

2019

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

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

ISSN: 2007-3755

CONTENIDO

Derecho Fiscal

Los derechos humanos frente a la imposición a la renta de las personas naturales: Un análisis de <i>Moritz v. Commissioner</i>	7
<i>Betty Andrade Rodríguez</i>	
El derecho a ser informado. Paralelismos entre el Derecho Tributario, con especial énfasis en situaciones transfronterizas	35
<i>Carlos E. Weffe H.</i>	
La extinta revisión contenciosa administrativa	103
<i>Patricia López López</i>	

Derecho Administrativo

La concepción integracionista de un Derecho Indígena Energético	131
<i>Miguel Ángel Marmolejo-Cervantes</i>	
El contrato normado como instrumento del Estado Regulador. La contratación como elemento de articulación del sector eléctrico	157
<i>Carlos A. Villanueva Martínez</i>	
Medidas anticorrupción en el nuevo Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (Análisis y comentarios del Capítulo 27 con énfasis en aduanas)	187
<i>Virgilio Vallejo Montaña</i>	

Régimen jurídico de las Resoluciones Anticipadas en Materia de Comercio Exterior	207
<i>Carlos Espinosa Berecochea</i>	
Actos de flagrancia en materia forestal y su regulación	231
<i>Noé Flores Tamayo</i>	

Artículos de Opinión

La prelación de los métodos de interpretación en materia fiscal	257
<i>Miguel Ángel González González</i>	
Aspectos del Derecho Tributario Internacional.....	261
<i>Javier Pérez Arraiz</i>	
<i>¿Legislación civil de la península de Baja California discrimina a la mujer en situación matrimonial?.....</i>	<i>269</i>
<i>Julio Daniel Carbajal Smith</i>	

LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA IMPOSICIÓN A LA RENTA DE LAS PERSONAS NATURALES: UN ANÁLISIS DE MORITZ V. COMMISSIONER

Betty ANDRADE RODRÍGUEZ¹

SUMARIO

I. Introducción. II. El caso *Moritz v. Commissioner*. III. El mínimo vital y la capacidad contributiva. IV. Inmunidades tributarias de los derechos humanos. V. Control constitucional de las normas tributarias a la luz del principio de capacidad contributiva y los derechos fundamentales. VI. La violación de los derechos fundamentales en el caso *Moritz v. Commissioner*. VII. Conclusiones.

RESUMEN

A lo largo de la historia y la geografía se han dado amplias discusiones sobre el diseño de la tributación directa de las personas naturales, atendiendo a intereses contrapuestos: la maximización de la recaudación, por una parte y la protección de los patrimonios personales, por el otro. Cualquier reforma tributaria, sin embargo, deberá considerar el impacto que produciría en la protección y disfrute de los Derechos Humanos. La decisión dictada en el caso *Moritz v. Commissioner* es evidencia de que una norma fiscal indebidamente diseñada puede resultar en la medición inadecuada de la capacidad contributiva del sujeto pasivo de la obligación tributaria, así como incidir negativamente en el disfrute de sus derechos.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos. Impuesto sobre la Renta. Personas naturales. Capacidad contributiva.

ABSTRACT

There have been extensive discussions across history and geography about the design of direct taxation of individuals based on conflicting interests: the maximization of public revenue, on one hand, and the protection of the personal wealth, on the other. Any tax reform, however, must consider the impact that would result in the protection and enjoyment of human rights. The decision handed down in the case of *Commissioner v. Moritz* is evidence that an improper design of tax rules can result in inadequate measurements of the taxpayer's ability to pay, as well as in an adverse impact on his rights.

KEY WORDS

Human Rights, Income Tax, Individuals, Ability to pay.

¹ Abogado *summa cum laude* egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela y Doctor en Ciencias, Mención Derecho de la misma Universidad. Profesora de la Cátedra de Derecho Financiero en la UCAB. *Senior Research Associate of the International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*.

I. INTRODUCCIÓN

En enero de 2019 se estrenó en los cines de los Estados Unidos de América *On the Basis of Sex*², una película que, por sugestivo que fuese su nombre, se basaba en la vida de la magistrada de la Corte Suprema de Justicia americana Ruth Bader Ginsburg, y en la exitosa defensa judicial, durante la década de los setenta, de un caso específico de discriminación de género en el contexto de la determinación del enriquecimiento gravable con el Impuesto sobre la Renta (*Moritz v. Commissioner*)³. El caso giraba en torno al trato discriminatorio sufrido por el contribuyente, un hombre, al negarle las deducciones por el pago de servicios de cuidado de familiares seriamente enfermos a su cargo que eran necesarios para que el contribuyente pudiera desarrollar una actividad económica productora de renta, erogaciones que –por su parte– eran perfectamente deducibles si el contribuyente hubiese sido de sexo femenino. Como podía esperarse desde nuestra área de especialidad, uno de los puntos argumentados tanto por el departamento de justicia como por los jueces en primera instancia fue que el Congreso era libre de diseñar las normas tributarias de acuerdo con su criterio y sin restricciones y que las leyes tributarias no podían ser analizadas bajo criterios de inconstitucionalidad.

Si bien han transcurrido más de 40 años desde los hechos considerados en la citada decisión judicial americana, la discusión está más vigente que nunca y así lo prueban decisiones de reciente data, como la sentencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina del 7 de mayo de 2019⁴, donde se vuelven a considerar hechos similares a los que dieron lugar a aquella situación. La historia, desafortunadamente, tiende a repetirse, como dice la canción. En los últimos años nos hemos encontrado con una creciente y alarmante voracidad fiscal de las administraciones tributarias de la cual no están exentas nuestras latitudes, lo cual hace inevitable revisitar los límites de la tributación frente a los derechos del contribuyente⁵.

² *On the Basis of Sex* 2018, fecha de estreno 11 de enero 2019 en Estados Unidos de América, <https://www.imdb.com/title/tt4669788/>.

³ Sentencia de la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito, 469 F.2d 466 (10th Cir. 1972), 22 de noviembre de 1972, *Moritz v. Commissioner*.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina del 7 de mayo de 2019, caso *Godoy, Ramón Esteban c/ AFIP s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad y otros*, ratificando los argumentos expuestos en el fallo del mismo Tribunal del 29 de marzo de 2019, caso *García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*.

⁵ Cabe señalar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha destacado que la incidencia del Impuesto Sobre la Renta personal en la recaudación de los países latinoamericanos es considerablemente inferior que la presente en la mayor parte de los países miembros de la OCDE (mientras en los países desarrollados este tributo aporta un 25% de la recaudación total, en América Latina aporta un 10% a dicha recaudación), lo cual podría derivar del alto número de deducciones y la amplia base de exención otorgada (Cfr. OCDE/BID/CIAT, *Impuestos sobre los salarios en América Latina y el Caribe* 2016, 2016). Ello podría, para algunos,

Nuestra posición, ya expresada en otras oportunidades⁶ es que en todo Estado Social de Derecho⁷ debe existir una conexión íntima entre la tributación y los derechos humanos⁸ y que aquella nunca puede afectar el ejercicio de estos. La tributación solo es

atentar contra las tasas de recaudación del Estado, haciéndose necesaria una revisión del sistema impositivo latinoamericano, a fin de contrarrestar tasas fiscales bajas, mínimos fiscales elevados, alivios fiscales estándar (desgravámenes, exenciones), alivios fiscales no estándar y la evasión fiscal (Cfr. Barreix, Alberto, Benítez, Juan Carlos y Pecho, Miguel, *Revisando el impuesto a la renta personal en América Latina, Evolución e impacto*, BID/OCDE/CIAT, 2017). Ahora bien, algunos aspectos deben ser revisados antes de concordar o no con esta afirmación. En nuestra consideración, no es posible simplemente hacer una comparación entre la incidencia de la tributación personal en la recaudación estatal entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, sin efectuar consideraciones sobre la calidad de vida de los trabajadores en ambos grupos de países, los gastos necesarios para su subsistencia y la eficiencia estatal. La existencia de una base de exención aparentemente amplia puede no ser un *beneficio* del Estado, sino la medición apropiada de la capacidad contributiva de los ciudadanos. La solución no puede ser el incremento de la presión fiscal para que aumente la recaudación. La tributación, debemos insistir, solo puede exigirse en la medida en que exista capacidad contributiva y ella, en la tributación directa, cuando existan rentas excedentes del contribuyente una vez satisfechos sus gastos de vida y los de su familia. Ello puede conllevar que un correcto diseño del sistema tributario establezca altas bases de exención y diversas deducciones cuando ello sea preciso para evitar una presión fiscal elevada sobre las personas naturales. El incremento de la recaudación, así, puede lograrse a través de una debida tributación *progresiva* y el combate de la evasión y elusión fiscal. Lo que no puede pretenderse en caso alguno es que los trabajadores paguen más únicamente por la necesidad del Estado de obtener mayores ingresos.

⁶ Andrade Rodríguez, Betty, *Inmunidad tributaria de los derechos humanos: capacidad contributiva y mínimo vital*, México, Thomson Reuters, 2018.

⁷ Sobre ello se ha afirmado que “se puede pensar una protección jurídica de los individuos sin Estado de Derecho, pero no al revés, un Estado de Derecho sin protección jurídica. La libertad de opinión se puede imaginar sin democracia, pero no la democracia sin libertad de opinión. Por último, la seguridad social puede realizarse también sin Estado social de Derecho, pero no el Estado social de Derecho sin una red de seguridad social. Los derechos fundamentales poseen, por tanto, además de su peso específico jurídico-individual una significación que difícilmente puede sobrevalorarse para la totalidad jurídico-constitucional de la comunidad política. Son simultáneamente la *condition sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente” (Schneider, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, 1979, p. 22). Así las cosas, el Estado de Derecho “significa en sentido material ante todo seguridad de la libertad del individuo mediante un conjunto de derechos individuales y reservas limitativas del Estado, los derechos fundamentales en sentido subjetivo son, primordialmente, derechos de defensa frente al Estado, así como barreras y directrices para la actuación estatal: están llamados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a los ataques del poder público... Toda injerencia excesiva o innecesaria en los derechos fundamentales se manifiesta, al mismo tiempo, como una descomposición del carácter del Estado de Derecho” (*Ibidem*, p. 34).

⁸ Las nociones de derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales, son comúnmente tratadas en forma análoga. Los derechos humanos preexisten a su recono-

concebible como forma de obtención de los recursos públicos necesarios para la satisfacción de las necesidades colectivas y la protección de los derechos fundamentales. De esta forma, la tributación de las personas naturales debe atender al mínimo vital de la tributación, efectuar una verdadera medición de la capacidad contributiva y evitar cualquier interferencia con el efectivo ejercicio de los derechos humanos, sustentado en los pilares fundamentales de la dignidad y la libertad del hombre. Estos son límites duros de la actividad legislativa en el diseño de las normas tributarias y su vulneración debe ser objeto de control constitucional.

Por ello, si bien la función legislativa comprende la definición de las bases de exención en el impuesto sobre la renta de las personas naturales, de los ingresos gravables, de las tarifas aplicables, de los costos y gastos deducibles –especialmente los gastos de vida–, ésta no puede ser ejercida sin atender a los límites antes mencionados.

En el presente trabajo produciremos algunas consideraciones acerca de cómo estos límites –capacidad contributiva, mínimo vital, protección de los derechos fundamentales– deben ser considerados en el bosquejo de las normas de tributación directa de las personas naturales.

Para ello, partiremos de los argumentos relevantes producidos en *Moritz v. Commissioner*, aportando algunas ideas sobre la práctica y actualidad de la relación entre los derechos humanos y la tributación, haciendo también referencia a decisiones judiciales de más reciente data de distintas jurisdicciones que han hecho énfasis en estos puntos, entendiendo que el análisis aquí presentado deriva del reconocimiento de principios universales por los distintos sistemas legislativos.

II. EL CASO MORITZ V. COMMISSIONER

Charles Moritz era un hombre soltero, nunca casado, que había establecido una oficina en su hogar, cuyo trabajo demandaba viajes y reuniones constantes. Su madre, una mujer anciana, física y mentalmente incapacitada para mantenerse por sí misma, vivía con su hijo. Él proveía los gastos esenciales de mantenimiento de la casa y la mitad de los gastos de su madre (la otra mitad era suplida por el seguro social y por intereses de sus ahorros).

A fin de poder continuar con sus actividades laborales, Charles Moritz contrató a una cuidadora para que proveyese servicios de atención generales permanentes a su madre –no médicos–. En 1968, Charles Moritz dedujo los montos pagados a la cuidadora en el cálculo de su impuesto sobre la renta, por concepto de “ayuda doméstica de madre

cimiento legislativo y se reconocen a la persona en su condición de tal. Los derechos constitucionales, por su parte, son aquéllos recogidos expresamente en un Texto Fundamental. Los derechos fundamentales estarán constituidos por los derechos humanos que ya lograron positivación en las legislaciones de los diferentes Estados, (Cfr. Casal H., Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Caracas, Legis, 2006, pp. 11-16).

inválida”, conforme al Artículo 241 del Código de Rentas Internas. La norma establecía que era permitida la deducción de gastos incurridos por el contribuyente que fuese mujer u hombre viudo, divorciado o cuya mujer estuviese incapacitada, destinados al cuidado de sus dependientes, siempre que tales erogaciones fuesen necesarias para permitir el trabajo del contribuyente.

La administración tributaria consideró que los gastos de cuidado de la madre del contribuyente no eran deducibles ya que él era un hombre soltero nunca casado, por lo cual la norma no le era aplicable. La demanda presentada alegaba que la disposición era arbitraria, caprichosa e irrazonable.

La Corte en primera instancia negó la petición del contribuyente. En la decisión se dejó constancia de que en los debates legislativos sobre la norma se consideró otorgar la deducción a todas las personas solteras y que dicha petición fue finalmente negada, llevando a la redacción del dispositivo en la forma que fue promulgado. Por ello, no podía considerarse que la norma fuera ambigua o que su propósito fuera distinto del indicado en sus términos.

Estimó el tribunal que el argumento de inconstitucionalidad por discriminación era improcedente debido a que era parte del ejercicio de los poderes parlamentarios determinar cuáles gastos eran deducibles y bajo cuáles condiciones y que no existía evidencia de que otros hombres solteros eran tratados en forma diferente.

La Corte de apelación consideró que si bien el otorgamiento de deducciones era parte de las facultades legislativas del Parlamento, no era posible que éstas produjesen resultados discriminatorios. La norma en análisis claramente hacía una discriminación exclusivamente con base al género que no tenía una justificación racional que la sustentara, lo cual la hacía inconstitucional. En consecuencia, la decisión judicial extendió la aplicación de la deducción a todas las personas, sin importar su género, que estuviesen a cargo del mantenimiento de dependientes y que requiriesen asistencia para poder continuar desempeñando su trabajo.

El caso citado deriva en varios temas de interés, más allá de la evidente discriminación por el género planteada. En este caso, podría decirse que la deducción: ¿era una forma de medición de la capacidad contributiva?, ¿estaba relacionada con la protección del mínimo vital?, ¿era necesaria para la protección del derecho a la familia? Estos puntos son los que abordaremos de forma sucinta, dadas las limitaciones de espacio, en las siguientes secciones.

El análisis que presentamos aquí parte de una visión global del contenido de los principios y derechos fundamentales, sin entrar a considerar particularidades del derecho nacional de cada uno de los países. Este análisis se fundamenta en la universalidad de

los derechos humanos, desde la perspectiva del Derecho Natural⁹. En consecuencia, aun cuando se hace referencia a diversos ordenamientos jurídicos, nos apoyamos en la existencia de vasos comunicantes entre los diversos sistemas jurídicos que permiten la aplicación de las teorías aquí recogidas a lo largo de diversas jurisdicciones¹⁰. Las conclusiones aquí presentadas pretenden ser una referencia para el esbozo de la tributación directa de las personas naturales en Latinoamérica, sin entrar a la revisión de las particularidades de cada ordenamiento jurídico.

III. EL MÍNIMO VITAL Y LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

El diseño de cualquier sistema tributario solo puede sustentarse en una adecuada medición de la *capacidad contributiva* del sujeto pasivo, pues solo así podría protegerse el goce efectivo de sus derechos humanos. Existe, en consecuencia, una correspondencia absoluta entre la vigencia del Estado de Derecho, *el cual pone a la actuación estatal al servicio de la persona*, y la exigencia del deber de contribuir¹¹. El cumplimiento de dicho deber jamás debe implicar el sacrificio del goce de los derechos del particular, pues ello constituiría una contradicción con la actividad estatal. El tributo, entonces, solo podrá ser exigido donde exista capacidad contributiva y dentro de la medida de dicha capacidad¹².

⁹ Cfr. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 2011. Bajo esta "nueva doctrina clásica del Derecho Natural" existen un conjunto de principios prácticos básicos del hombre que deben ser perseguidos y realizados, un conjunto de exigencias metodológicas que permiten diferenciar entre los actos razonables y no razonables y un conjunto de criterios morales. Todo ello lleva a un pensamiento de razonabilidad práctica que se ocupa de lo que debe ser, orientando las acciones hacia la realización humana. Los derechos humanos son para Finnis un principio de la razonabilidad práctica o una regla derivada de ella por la cual se le otorga a una persona o grupo la posibilidad de exigir a otro una conducta positiva o negativa o la inmunidad de ser sometido a una conducta concreta.

¹⁰ De esta forma, "la positivación de los derechos fundamentales, adoptados como principios que operan como cláusulas abiertas de sistema y que no dejan de ser efectivos incluso cuando no son cumplidos, es el último 'eslabón de un proceso que arranca precisamente con la aparición de un contenido de moralidad que expresa la moralidad del hombre'. Valor fundamental, la dignidad del hombre expresa la tensión ideal de la conciencia de todos los derechos humanos y es el derecho suprapositivo que vincula al constituyente; es el valor más alto, expresión, por ejemplo para el Bundeversfassungsgericht, de un derecho que precede a la Constitución misma" (Bertolino, Rinaldo, "La cultura moderna de los derechos del hombre y la dignidad del hombre". *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 7, vol. IV, 1999, p. 139).

¹¹ Como afirma Troya Jaramillo, "los individuos gozan de derechos políticos, económicos, sociales y culturales, más al mismo tiempo, deben pagar impuestos. Del otro lado, el Estado tiene el deber de proveer y resguardar los derechos humanos, pero en contrapartida, tiene el derecho a exigir la satisfacción de los tributos" (Troya, Jaramillo, José V., "Tributación y derechos humanos", *Revista de Derecho* Quito, UASB-Ecuador, núm. 2, 2003-2004, p. 7).

¹² Así, Patricio Masbarnat nos recuerda que la *capacidad contributiva absoluta* está relacionada con la ratio que justifica el hecho mismo de contribuir, ya que "se debe porque se tiene capa-

El mínimo existencial o mínimo vital¹³ presupone la posibilidad del hombre de hacerse de los medios para su subsistencia digna, acorde con el esfuerzo de cada persona y permitiendo su desarrollo social, económico y educativo, sin depender para ello del Estado. Es la esfera excluida de tributación al no evidenciar capacidad contributiva, pues en ella no hay elementos excedentarios de la renta de los cuales pueda extraerse una porción para la satisfacción de las necesidades colectivas. La prioridad es dada a la posibilidad de que el hombre pueda *digna y libremente* satisfacer sus necesidades con sus propios recursos, antes de contribuir con los gastos colectivos¹⁴.

El principio de capacidad contributiva y su expresión en el mínimo vital, conforme a lo señalado, implica el reconocimiento de la función asistencial del Estado, desde dos caras contrapuestas. Por una parte, establece la obligación del Estado de contribuir a la satisfacción de las necesidades de las personas, en especial, de aquel sector que, por sus limitaciones, requiere mayor atención. Por la otra, reconociendo la dignidad de la persona, le permite mantener en su patrimonio lo requerido para cubrir sus necesidades en forma digna y acorde con sus esfuerzos e, inclusive, mejorar su nivel de vida. La actuación estatal debe respetar y proteger la libertad del hombre, para lo cual será necesario que éste disponga de un patrimonio que le permita asumir en forma consciente e independiente sus decisiones. El concepto del mínimo vital, entonces, constituye un pilar fundamental en el funcionamiento del Estado Social de Derecho.

idad económica para soportar el gravamen tributario". Por otra parte, la capacidad contributiva relativa es la "*medida, razón o proporción de cada contribución individual de los sujetos obligados al sostenimiento de los gastos públicos*" (Masbernat, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España", *Revista Ius et Praxis*, Madrid, año 16, núm. 1, 2010, pp. 311-312).

¹³ Sobre el mínimo vital o existencial pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: Moschetti, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980; Gorospe Oviedo, Juan Ignacio, "El derecho constitucional al mínimo vital en la imposición sobre la renta", *Anais Das XX Jornadas do ILADT ano 2000- Salvador-Bahía*, Brasil, Asociación Brasileira de Derecho Financiero, diciembre de 2000; Herrera Molina, Pedro. "Fundamento y configuración del mínimo personal familiar", *El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Barcelona, Marcial Pons, Instituto de Estudios Fiscales, 2000.

¹⁴ De esta forma, "se trata pues de una máxima de justicia en materia tributaria que exige anteponer las necesidades económicas básicas del individuo a las del Estado y, que ya fue elaborada por los estudiosos, teólogos y políticos de la Edad Media, mediante el conocido axioma *primum vivere, deinde tributum solvere*" (Marín-Barnuevo Fabo, Diego, "La protección de la familia en el sistema tributario", *Justicia tributaria y derechos humanos*, México, UNAM, 2016, p. 49).

El mínimo vital es, en consecuencia, una limitación al poder tributario¹⁵. De allí que no es un supuesto de exención, esto es, no depende de la voluntad del legislador reconocerlo con base a razones de oportunidad y conveniencia, sino que se trata de un supuesto de no sujeción o inmunidad tributaria, en el cual no puede incidir la tributación.

En todo caso, la medición de la capacidad contributiva y de su expresión en el mínimo vital no puede hacerse de manera única y universal, sino que deberá atender a una multiplicidad de factores económicos, sociales y técnicos que varían dependiendo de elementos tales como las condiciones del individuo al cual se le exige el pago del tributo¹⁶, las condiciones de la sociedad en la cual es exigido el cumplimiento del tributo y la eficiencia de los servicios públicos para la satisfacción de las necesidades¹⁷. De allí que un sector haya afirmado que el principio es vago y vacío de contenido y que, en consecuencia, difícilmente puede ser coercible su protección, lo cual negamos enfáticamente, tal y como indicaremos en la sección V del presente trabajo.

A pesar de ello, la doctrina ha señalado que existen algunos aspectos mínimos que deben ser tomados en cuenta por el legislador para delimitar el mínimo existencial, ya que “éste ha de cubrir al menos las necesidades de alimentación, vestido, vivienda, relaciones sociales y cultura propias de una vida mínimamente digna. El legislador posee

¹⁵ Así, “las disminuciones a la carga tributaria que atienden al principio de capacidad económica contemplan la existencia de un mínimo vital, dicho mínimo (que puede variar de Estado a Estado, pero que se reconoce en sus legislaciones) tendría que ser respetado por los distintos Estados para que resulte realmente efectivo. En el momento en que un Estado grava a un contribuyente, sin reconocer que una parte de su patrimonio o renta se utiliza para procurarse una vida digna y que con ella no demuestra aptitud a contribuir, provoca una disminución de ese mínimo que destruiría los esfuerzos de los demás Estados en reconocerlo. Las disminuciones a la carga tributaria que implican un reconocimiento a la capacidad económica del contribuyente tienen que ser garantizadas por todos los Estados involucrados en la tributación de un individuo; mientras que los beneficios fiscales que no responden a dicho principio podrían ser acotados para no otorgarle a un contribuyente un doble o múltiple ahorro fiscal (double dip) que lo coloquen en ventaja respecto a sus conciudadanos” (Domínguez Crespo, César Augusto, *Incidencia y perspectivas del principio de capacidad económica en el Derecho Tributario de la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2012, p. 58).

¹⁶ Cfr. Cencerrado Millán, Emilio, *El mínimo exento*, Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 41. Igualmente, no debe dejarse de soslayo la influencia que en la cuantificación del mínimo vital tiene el derecho de los ciudadanos de progresar en su nivel de vida, el derecho al ahorro y a ser retribuido por el esfuerzo empleado, de forma tal que el mínimo vital no es un mínimo de subsistencia, sino de elementos necesarios para la vida digna.

¹⁷ En la medida en que los ciudadanos deban erogar importantes cantidades en gastos de educación, hospitalización, seguridad, etc., sin que estos servicios sean adecuadamente provistos por el Estado, la capacidad de éstos de contribuir a las cargas públicas estará importantemente mermada con relación a aquellos otros sujetos que habitan en Estados en los cuales dichas necesidades son satisfechas por el ente público.

un margen para concretar esta cifra en función de la realidad económica y social, pero incurriría en inconstitucionalidad si se demostrara que el importe del mínimo existencial no basta para cubrir las mencionadas atenciones..."¹⁸.

IV. INMUNIDADES TRIBUTARIAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

La existencia de una vinculación directa e irrenunciable entre la tributación y los derechos humanos conlleva a que puedan existir esferas que podrían quedar plena o parcialmente excluidas de cualquier incidencia impositiva, por no estar asociadas con una manifestación de riqueza y por cuanto dicha imposición atentaría contra el goce de los derechos humanos. En ello consiste la *inmunidad tributaria* de los derechos humanos.

La *inmunidad tributaria* debe ser claramente diferenciada de la *exención*, toda vez que en aquélla el legislador tiene una limitación previa al ejercicio de su poder tributario para gravar una esfera determinada¹⁹. Esta limitación puede derivar de la necesaria protección de derechos específicos²⁰, cuyo goce pueda verse conculcado como consecuencia de una tributación desproporcionada o de una medición inapropiada de la capacidad contributiva. La exclusión del gravamen derivaría de la determinación de la ausencia de una verdadera capacidad contributiva y la afectación del goce de determinados derechos por el contribuyente, como es el caso del derecho a la educación, a la libertad de culto, a la salud, etc.

¹⁸ Herrera Molina, Pedro. *op. cit.*, p. 3.

¹⁹ Las exenciones constituyen dispensas del cumplimiento de la obligación tributaria donde existe manifestación de riqueza, derivado de razones de oportunidad y conveniencia. Por su parte, las inmunidades constituyen limitaciones al ejercicio del poder tributario por el legislador. Cuando un hecho o acto jurídico es inmune implica que sobre él no podrá ejercerse tributación o que, en todo caso, su tributación estará reducida para garantizar la tutela de otros principios fundamentales (capacidad contributiva, derechos humanos). Sobre los conceptos de exención e inmunidad tributaria puede consultarse, Araújo Falção, Amílcar de, *El hecho generador de la obligación tributaria*, Buenos Aires, Depalma, 1964, p. 91; Miranda, José, y De Souza, Leonardo, "Entre el adecuado tratamiento fiscal y el tratamiento fiscal privilegiado: Una propuesta de inmunidad tributaria a las sociedades cooperativas en razón de la causa del cooperativismo," *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Universidad de Deusto, núm. 50, 2016, p. 170; Robles Moreno, Carmen del Pilar, "La exención en materia tributaria: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el Decreto Legislativo 977," *Foro Jurídico*, Perú, núm. 12, 2013, p. 203-207.

Las legislaciones latinoamericanas han tendido a calificar a las esferas protegidas de tributación como exenciones, en lugar de declararlas como supuestos de no sujeción. Así ha ocurrido, por ejemplo, con diversas legislaciones que han declarado no gravables a la adquisición de libros, a los templos religiosos y otros supuestos similares, incluso reconociendo dicha limitación en el propio texto constitucional (Cfr. Humberto Bertazza, "Derechos Humanos y Tributación," *Anais Das XX Jornadas do ILADT ano 2000- Salvador-Bahía*, Brasil, Asociación Brasileña de Derecho Financiero, Diciembre de 2000, p. 145).

²⁰ Troya Jaramillo, José V., *op. cit.*, p. 34.

Un ejemplo claro fue recogido en la jurisprudencia venezolana, cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró *exentos* a los servicios médico-asistenciales del impuesto al valor agregado²¹, por considerar que dicha tributación incide negativamente en el goce efectivo del derecho a la salud. La Sala dejó constancia en su decisión de la deficiencia en la prestación del servicio público de salud, en virtud de lo cual, la contratación de servicios médicos privados no constituía una manifestación de capacidad contributiva para el sujeto pasivo, sino, por el contrario, una acción necesaria para la preservación y goce efectivo de su derecho a la salud, por lo cual no podía exigirse tributación al consumo sobre la contratación de estos servicios²².

De esta forma, la adecuada protección de los derechos humanos exige una *ponderación*²³ adecuada entre la potestad del Estado de exigir la contribución de los particulares a la satisfacción de las necesidades públicas y el goce efectivo de los derechos humanos por parte de éstos. Toda forma de ejercicio del poder tributario incide en el goce de derechos de los particulares –tal como es el caso evidente del derecho de propiedad–. De allí que sería un contrasentido afirmar que queda prohibida cualquier forma de tributación que de alguna forma repercuta en el ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, una tributación desproporcionada e inadecuada sobre determinadas áreas podría afectar negativamente el goce de los derechos humanos más allá del límite tolerable aceptable, lo cual derivaría en la inconstitucionalidad de la imposición respectiva.

²¹ Sentencia N° 1.505 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 5 de junio de 2003, caso *Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas*.

²² El cuestionamiento básico sobre la decisión en comentarios se fundamentó en la imposibilidad de la Sala Constitucional de declarar la exención de determinados servicios, por tratarse de una potestad reservada al poder legislativo. En nuestra consideración, el tribunal constitucional sí tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas tributarias y su incidencia en el goce de los derechos humanos. El error, en nuestra consideración, estriba no en la negativa al gravamen de los servicios médicos-asistenciales, sino en su calificación como *exentos*. Por el contrario, tales servicios debieron ser calificados como *no sujetos* o *inmunes* de tributación indirecta, luego del análisis de las consideraciones que evidenciarían la ausencia de capacidad contributiva derivada de su adquisición en el contexto venezolano.

²³ La teoría de la ponderación de Robert Alexy prevé que en el caso de conflicto o colisión entre principios, es necesario hacer una *ponderación* entre ellos, en el entendido de que es posible atenuar la aplicación de un principio para permitir la vigencia del otro, determinado cuál de los principios, abstractamente del mismo rango, tiene mayor peso en el caso concreto (Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86).

V. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde un plano teórico –y dejando de lado las consideraciones sobre las limitaciones procedimentales de los distintos ordenamientos jurídicos– consideramos que nada debe impedir el control constitucional de las normas a la luz del principio de capacidad contributiva²⁴ y de los derechos fundamentales, al contrario de lo que ha sido afirmado por un sector de la doctrina y la jurisprudencia²⁵, tal como pudimos ver en el caso *Moritz v. Commissioner*.

²⁴ Moschetti ha indicado que efectivamente sí es posible el control constitucional del principio de capacidad contributiva y, en consecuencia, del mínimo vital –como expresión mínima y base de la capacidad contributiva–, en los siguientes términos: “*No es del todo exacta la tesis de la Corte Costituzionale, según la cual la cuantía de la cuota constituye una valoración discrecional confiada a la competencia y responsabilidad del legislador y, como tal, no susceptible de revisión. Si la Constitución habla de retribución ‘suficiente’, no se puede negar de modo absoluto al juez constitucional el poder de decidir lo que contradice tal concepto. Le está vedado, por supuesto, fijar por sí mismo la cuantía que se considera suficiente con carácter general y abstracto, pero no le está impedido apreciar la insuficiencia cuando sea evidente para cualquiera, sin sombra de duda. Excluir el juicio incluso en estos casos de patente irracionalidad significa ignorar la norma de la Constitución.*” Moschetti, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980, p. 270.

²⁵ En resumidas cuentas, “*Quienes niegan a la capacidad económica el carácter de principio con contenido y vigencia intrínsecos, lo acusan de vago e impreciso, que no entrega claros criterios para enjuiciar las normas, le otorgan exclusivamente un carácter de “lo razonable” en el juicio de constitucionalidad dentro del principio de igualdad, o con efectos muy restringidos (negativos) en el ámbito jurídico y únicamente como límite al legislador*” (Masbernat, Patricio, *op.cit.*, p. 307). En tal sentido, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha dictado decisiones contradictorias sobre el control de la constitucionalidad del respeto al principio de capacidad contributiva. Si bien decisiones como la aquí comentada afirman el control de la constitucionalidad de las normas tributarias con base al principio señalado, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en varias decisiones ha sostenido un criterio opuesto, afirmando el carácter programático de la disposición en comentarios. En este sentido, la Sala, en sentencia de fecha 25 de junio de 2002, sostuvo que: “*es criterio de esta Sala, que una vez efectuada por el legislador la escogencia del hecho imponible con todos los elementos necesarios para llegar a la determinación de la obligación tributaria, no le corresponde al intérprete escudriñar o deducir más allá de la norma legal a los fines de determinar si en un caso concreto, se analizó o no la capacidad contributiva del contribuyente. Así las cosas, pretender que el juez pueda hacer tal análisis, equivale a afirmar que la consagración legal del hecho imponible, tiene poca trascendencia frente a la facultad del intérprete para determinar el nacimiento de la obligación tributaria sobre el supuesto de que, no obstante ocurrir el hecho imponible, no se exige la obligación por no tener el contribuyente capacidad económica*” (Sentencia N° 00886 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 25 de junio de 2002, caso *Mecánica Venezolana (MECAVENCA)*).

La posición jurisprudencial en referencia también ha sido sustentada por el propio Amílcar de Araújo Falção, el cual ha afirmado que le corresponde al legislador la determinación de los

De esta forma, determinar la suficiencia de una base de cálculo, rebaja, deducción, exención o desgravamen, no se trata simplemente de la revisión de fondo de la norma o de las razones políticas que llevaron a ella, sino que en el caso concreto, estaríamos precisando si dicha norma es cónsona con los principios, libertades y derechos universales que deben ser protegidos por el Estado sea mediante acción o abstención.

Por tales razones, consideramos que el control constitucional de estas normas no implicaría una intervención en el diseño del tributo efectuado por el legislador, potestad que se encuentra reservada al mismo²⁶. No se trata de determinar razones de oportunidad y conveniencia en la delineación del hecho y la base imponible del tributo. Por el contrario, se trata de evidenciar si el tributo, ya concebido por el legislador, invade la esfera patrimonial de los administrados más allá de los límites tolerables derivados de la función social de la propiedad, demarcación que es definida por el reconocimiento constitucional del principio de capacidad contributiva²⁷.

elementos de los cuales se deriva la capacidad contributiva del sujeto pasivo, siendo que una vez delimitada ésta por dicho ente, no será posible su cuestionamiento por aquél llamado a la interpretación o aplicación de la norma. (Amílcar Araújo de Falção, *op. cit.*, p. 41 y ss.).

²⁶ Compartimos plenamente la acertada expresión de Alberto Tarsitano, al sostener que: “*En lo que a mí concierne, siempre he estado a resguardo de aquellas teorías pretendidamente ‘realistas’, que terminan asumiendo, las más de las veces con resignación, la versión positivista de la ley en menoscabo de los principios constitucionales de la imposición. Como tales principios están asociados a la búsqueda de una mayor justicia, percibimos estas posturas como una abdicación del jurista. Y por eso nos parece oportuno citar las siguientes palabras de García Belsunce: ‘No es una utopía o una quimera al buscar la justicia tributaria. Por el contrario, es la misión que nos cabe para que el país no pierda la fe en que el derecho positivo es y debe ser sinónimo del derecho justo’*” (Tarsitano, Alberto. “El principio constitucional de capacidad contributiva”, *Estudios de Derecho Constitucional en Homenaje al Profesor Juan Carlos Luqui*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 313).

²⁷ Esta posición es cónsona con la reciente decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, al indicar que, al decidir sobre la inconstitucionalidad de la norma tributaria, lo que pretende “*ejerciendo competencias que son propias, es analizar –cuando un caso llega a la decisión del poder encargado de resolver– si en la causa el standard genérico utilizado por el legislador cumple razonablemente con los principios constitucionales o si, por el contrario, su aplicación concreta vulnera derechos fundamentales. En tal hipótesis, lo que corresponde hacer a la magistratura es declarar la incompatibilidad de la norma con la Constitución en el caso concreto, sin perjuicio de poner en conocimiento del Congreso la situación, para que éste –ejerciendo sus competencias constitucionales– identifique situaciones y revise, corrija, actualice o complemente razonablemente el criterio genérico originario atendiendo al parámetro establecido por la justicia*” (Sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina del 7 de mayo de 2019, caso *Godoy, Ramón Esteban c/ AFIP s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad y otros*, ratificando los argumentos expuestos en el fallo del mismo Tribunal del 29 de marzo de 2019, caso *García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*).

De allí que existen ciertos elementos que pueden ser analizados por el juez constitucional para determinar el nivel adecuado de tributación que conlleve el respeto a la capacidad contributiva²⁸. Tal es el caso, en la imposición directa, del mínimo exento o del reconocimiento de los gastos incurridos para el mantenimiento de vida –los cuales deberían ser admitidos sin límites cuantitativos o cualitativos, más allá que su relevancia para la protección del sujeto y su núcleo familiar y el mantenimiento y desarrollo de su calidad de vida–²⁹.

Desde esta perspectiva, el control de la constitucionalidad de las normas tributarias es posible, a través de la revisión de la base imponible escogida por el legislador, así como de otros aspectos esenciales, como es el caso del mínimo exento, deducciones, desgravámenes y las cargas familiares aceptadas por el legislador para la determinación del tributo.

VI. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CASO MORITZ V. COMMISSIONER

Si recordamos los hechos del caso *Moritz v. Commissioner*, la madre del recurrente estaba impedida física y mentalmente de cuidar de sí misma y había manifestado no querer ser internada en un aspicio. Sin embargo, le negaron a su hijo la deducción de los salarios pagados a una cuidadora para asistirlo en la atención de su madre.

Ello, en el caso planteado, derivaba en un trato discriminatorio de los contribuyentes, pues la deducción sí habría sido otorgada a una mujer que “naturalmente” hubiese tomado cuidado de sus familiares. Sin embargo, más allá de ello, la disposición implicaba (i) negar la verdadera medición de la capacidad contributiva atendiendo a los gastos de vida del contribuyente y su dependiente, (ii) negar los derechos de la madre a una vejez digna, (iii) negar el derecho al trabajo del contribuyente –pues la negativa de la deducción implicaba una escogencia entre su trabajo y el cuidado de su madre, por razones neta-

²⁸ Tarsitano, Alberto, *op. cit.*, p. 338.

²⁹ De la misma forma lo sostiene la Corte Constitucional de la República de Colombia en la sentencia C-100/14, al señalar que: “La jurisprudencia ha establecido que la progresividad es un principio exigible del sistema. No obstante, esto no implica que dicho principio sea ajeno al control constitucional de determinados impuestos individualmente considerados, o de elementos singulares integrantes del ordenamiento tributario, ni que sea inaplicable a los tributos indirectos, sino que al examinar la constitucionalidad de cada uno de estos componentes, a la luz del principio de progresividad, las preguntas que debe hacerse el juez deben apuntar a definir: (i) si el mencionado tributo o elemento podría aportar al sistema una dosis de manifiesta regresividad, (ii) si desconoce el derecho al mínimo vital y (iii) si como instrumento fiscal incorpora una limitación irrazonable en el principio de progresividad (CP art 363). En caso de que así sea, el tributo o precepto tributario acarrearía consecuencias de regresividad para el sistema, que lo harían inconstitucional”.

mente tributarias– y (iv) negar el derecho a la protección de la familia y al mantenimiento del núcleo familiar.

De esta forma, negar la deducción de los gastos de mantenimiento de la madre del contribuyente podía eventualmente ser concluyente en las decisiones adoptadas en el núcleo familiar y en el disfrute de los referidos derechos por sus miembros. Aun en el caso que llegara a considerarse que la cuantía de la deducción opuesta no era tal que fuese decisivo en las decisiones familiares, el rechazo de su deducción era claramente contrario a la medición de la capacidad económica del contribuyente, por ser un gasto normal y necesario para su sustento y el de su familia, así como para la producción de su riqueza –recordemos que el gasto estaba asociado a la necesidad de contratar la asistencia de un tercero para continuar desempeñando sus actividades laborales propias–.

Sobre el principio de capacidad contributiva ya hemos realizado algunas reflexiones en las secciones anteriores. En el presente aparte haremos unas breves consideraciones sobre la forma como los derechos indicados pueden verse impactados por una tributación inapropiada de las personas naturales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ya ha reconocido claramente las potenciales repercusiones negativas de las obligaciones fiscales sobre el disfrute de derechos humanos, tal y como se reconoce en su Artículo 8³⁰. Si bien, en nuestra consideración, no es necesario este reconocimiento explícito para aceptar la potencial incidencia negativa de la tributación en el goce de los derechos humanos³¹, este instrumento

³⁰ Artículo 8o. (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica): “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 sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

³¹ Nos acogemos a la postura conforme a la cual los Derechos Humanos son universales, lo cual implica su existencia en todo tiempo y lugar, con independencia del reconocimiento expreso en un ordenamiento jurídico. Estos derechos pueden verse afectados por actuaciones estatales de cualquier índole, incluyendo la tributaria y su protección no puede depender racionalmente del reconocimiento expreso de esta afectación en un instrumento internacional. La universalidad de los Derechos Humanos hace referencia a tres planos: “*si nos situamos en el plano lógico, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción*” (Peces-Barba Martínez, Gregorio, “La universalidad de los derechos humanos”, *Doxa*, Alicante, núm. 15-16, Universidad de Alicante, 1994, p. 614). Si bien tesis recientes ponen en duda la universalidad de los derechos humanos bajo la constatación

internacional constituye una clara reafirmación de que la fiscalidad debe ser cónsona con la protección y disfrute de los derechos de la persona, en el marco del Estado Social de Derecho.

1. *La protección de la familia*

La institución familiar³² puede verse vulnerada ante situaciones tales como el establecimiento de la obligación legal de la pareja casada de declarar conjuntamente sus ingresos, la negativa de la deducción de los gastos de vida del contribuyente y sus familiares o la negativa al reconocimiento de créditos por el sostenimiento de familiares. También se viola este derecho cuando la normativa reconocen estos créditos y deducciones, pero de forma claramente insuficiente.

Existen varios casos judiciales que se han pronunciado sobre estos supuestos. En primer lugar, la sentencia 45/1989³³ del Tribunal Constitucional español declaró nulas las normas de la imposición a la renta de las personas físicas que obligaban a la declaración conjunta de los cónyuges. Estas disposiciones fueron consideradas inconstitucionales por atentar contra la familia, el principio de neutralidad y el principio de igualdad, sobre la base de que los sujetos parte de una comunidad familiar no pueden contribuir en mayor grado que si estuviesen fuera de ella. Sobre esta tesis, en la actualidad la normativa española establece la posibilidad *alternativa* de los cónyuges de declarar sus rentas conjunta o separadamente, a su mera elección.

Igualmente, en 1990 el Tribunal Constitucional alemán declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Impuesto sobre la Renta por no proteger debidamente a la familia. El tribunal alemán determinó la existencia de una *autonomía financiera familiar*, como condición fundamental de la libertad y la igualdad³⁴. Tal autonomía implicaba la imposibilidad del Estado de establecer gravámenes sobre los recursos necesarios para la subsistencia de todos los miembros del núcleo familiar, debiendo con-

práctica de que pueden ser tratados en forma diferente en distintos ordenamientos, consideramos que (i) estos derechos tienen núcleos duros que derivan directamente del entender de la dignidad y la libertad y cuyo relajamiento atentaría contra aspectos esenciales de la persona y (ii) la universalidad de estos derechos no deriva de una mera sumatoria de ordenamientos que los consagren, sino de sus fundamentos racionales, nuevamente, sustentados en la dignidad y libertad del hombre.

³² La familia es una institución fundamental reconocida y protegida en diversos textos constitucionales y convenciones internacionales, tal como es el caso del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional español 45/1989 de 20 de febrero de 1989.

³⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional alemán del 29 de mayo y 12 de junio de 1990, BVerfGE 82, 60 y BVerfGE 82, 188. Más sobre estas decisiones puede encontrarse en Marín-Barnuevo Fabo, Diego, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

siderarse para el cálculo del tributo todas las expensas necesarias para el mantenimiento de todos los individuos de la familia, con independencia de si solo algunos de ellos son productores de rentas.

El Tribunal apuntó que era posible garantizar la suficiencia económica para llevar una vida digna bien a través de subvenciones, de beneficios fiscales o de ambos, pues todas ellas conllevarían a la dotación de recursos económicos para los gastos familiares. No obstante, tal apreciación ha sido objeto de duras críticas, las cuales compartimos, por estimar que la correcta aplicación del principio de capacidad contributiva debe implicar la consideración de los gastos *familiares* en la determinación de la base imponible, más allá del eventual otorgamiento de subvenciones que complementen la actividad asistencial del Estado³⁵. Nuevamente, la dignidad del hombre parte de la posibilidad de satisfacer por sí mismo sus necesidades y la de su familia, sin depender para ello de la actuación estatal.

El Tribunal alemán establece también en estas decisiones algunos parámetros jurídicos para la cuantificación del mínimo vital, a saber *(i)* que su cuantía debe ser igual o mayor a las prestaciones legales otorgadas a quienes carecen de recursos, y *(ii)* que la cuantía del mínimo existencial de los hijos puede hacerse sobre la base de valores estadísticos o considerando las cuantías legales de manutención. En 1998 el Tribunal Constitucional alemán dictó una serie de nuevas decisiones³⁶ en las cuales ratificó los fundamentos de las sentencias anteriores e indicó que los sujetos pasivos con hijos tienen menor capacidad económica que los sujetos sin hijos, por la pérdida de capacidades de trabajo y de pago. Por ello, la cuantificación del mínimo existencial debe tomar en cuenta los gastos de custodia y de formación, incluyendo aquéllos relacionados con esparcimiento, formación cultural y otros afines.

Como puede verse, en las decisiones citadas se toma en consideración la necesidad de que la tributación no incida sobre el sustento necesario de todos los miembros de la familia, sean o no estos productivos. Igualmente, en las últimas decisiones referidas se da cuenta de que la legislación tributaria deberá considerar las pérdidas de las capacidades laborales derivadas del cuidado de familiares que no pueden valerse por sus propios medios, debiendo aceptarse, entre otras cosas, la deducción de los gastos de su cuidado. Estos fundamentos son igualmente replicables con relación a los hechos considerados en el caso *Moritz v. Commissioner* y siguen siendo igualmente replicables en la actualidad.

³⁵ *Ibidem*, p. 57.

³⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán del 10 de noviembre de 1998, asuntos 2 BvL 42/93, 2BvR 1953/97, 2 BvR 1852/97 y 2 BvR 1853/97 y asuntos acumulados 2BvR 1057/91, 2 BvR 1226/91 y 2BvR 980/91. Más sobre estas decisiones puede encontrarse en Marín-Barnuevo Fabo, Diego, *op. cit.*, p. 61 y ss.

La protección de la familia, en nuestra consideración, puede lograrse por el establecimiento de mínimos vitales personales y familiares adecuados para cubrir gastos de vida, reconociendo créditos fiscales por el sustento de familiares y/o aceptando la deducibilidad de los gastos de vida del contribuyente y sus familiares considerando las expensas necesarias para su subsistencia en condiciones dignas³⁷.

2. El derecho al trabajo

Por su parte, la protección del derecho al trabajo se encuentra íntimamente vinculada con las afirmaciones anteriores. El hecho de que se niegue la deducción de los gastos de cuidado de los familiares dependientes puede afectar la capacidad laboral de los miembros familiares, exigiendo su renuncia o la reducción de sus jornadas laborales.

El derecho al trabajo no está únicamente vinculado con el otorgamiento de oportunidades de laborar, sino con la percepción de un sueldo digno y adecuado a los esfuerzos

³⁷ El Informe Carter es una reconocida obra por la cual se propone una reforma tributaria para Canadá. En esta obra se recomienda que a los fines de la fijación de las reglas de determinación del tributo, se tome en consideración: (i) las diferencias en las rentas (los gastos necesarios no deben ser solo los estrictamente indispensables para la supervivencia, reconociéndose que estos gastos aumentan en la medida en que se incrementan los ingresos –se trata del mantenimiento del nivel de vida), (ii) las diferencias en las responsabilidades familiares (deben otorgarse diferencias en el tratamiento de una persona sola, que no debe mantener a su familia, que de aquél que tiene sujetos a su cargo) y (iii) las diferencias en ciertos gastos específicos (se propone el establecimiento de una base de exención, así como deducciones por sustento de hijos, gastos médicos, estudios, donaciones benéfico-científicas, etc.) (Informe Carter, *Informe de la Real Comisión de Investigación sobre la Fiscalidad de Canadá*, Madrid, Obras Básicas de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, 1975, vol. II, p. 8). Sobre los gastos educativos, el Informe recomienda que se reconozca un crédito fiscal por cada hijo, pero haciendo mayor la deducción por el primer hijo que la de los restantes, por los cambios familiares derivados del recibimiento del primogénito en la familia (mudanzas, contratación de personal de asistencia, mobiliarios, etc.), en donde se requieren adaptaciones menores para los restantes hijos.

Si bien el análisis hecho en el Informe Carter es de vieja data, en nuestra consideración sus fundamentos no han perdido vigencia. Observamos administraciones tributarias centradas en incrementar la recaudación como uno de los aspectos principales de la actuación estatal, inclusive efectuando reformas legislativas profundas al régimen tributario de las personas naturales (Cfr. Barreix, Alberto, Benítez, Juan Carlos y Pecho, Miguel, *op. cit.* p. 13). Sin embargo, una vez más debemos reiterar que la recaudación es un medio para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas, lo cual únicamente es posible garantizando el respeto de los derechos del contribuyente, protegiendo su dignidad y libertad. Una revisión del régimen tributario con la mera finalidad de incrementar la tributación no cumple con estos objetivos. El establecimiento de bases de exención y la deducción de los gastos de vida del contribuyente son esenciales para la protección de sus derechos. Cualquier reforma en este sentido debe tener en consideración los efectos reales que se producirían sobre la calidad de vida del contribuyente y su entorno familiar. Y en ello, las bases sentadas en el Informe Carter siguen plenamente vigentes.

del trabajador, que permita su mantenimiento y el de su familia y la superación de sus condiciones personales³⁸.

En este sentido, el derecho al trabajo estará protegido en la medida en que la tributación de las rentas provenientes del trabajo no sea excesiva³⁹. Ello implica el establecimiento de bases de exención que permitan la protección del mínimo vital⁴⁰. Asimismo, en nuestra consideración, la tributación directa de las rentas provenientes del trabajo debería permitir la deducción de los gastos asociados a la producción de rentas⁴¹. Sin embargo, esta no es la práctica observada en la mayor parte de los países

³⁸ En este sentido, el Artículo 7o. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" dispone el derecho de los trabajadores a percibir una remuneración que *"asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción"*. Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Artículo 23.3, dispone que *"toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social"*.

³⁹ De esta forma, se ha indicado que las *"tarifas exorbitantes de impuesto a la renta o de otros tributos pueden ser violatorias de esas libertades, en especial de la libertad de trabajo y del derecho al trabajo, pues impiden que los contribuyentes satisfagan sus necesidades básicas. La falta de una base mínima libre de impuestos también puede resultar violatoria de estas libertades y derechos"* (Celi de La Mota, Alejandro, "Tributación y derechos humanos. Los derechos humanos y los principios generales de la tributación aduanera", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, año 1, núm. 1, 2011, p. 170).

⁴⁰ Sobre ello, debemos referirnos al estudio elaborado por el grupo de trabajo designado por la OCDE/BID/CIAT al considerar que los mínimos exentos en América Latina eran excesivos, por cuanto la cuantía de estas bases de exención normalmente eran superiores a los salarios promedios percibidos en nuestros países. Para el grupo de trabajo, ello implicaba que una porción importante de las rentas quedaba excluida de tributación, lo cual afectaba la recaudación fiscal (Cfr. Barreix, Alberto, Benítez, Juan Carlos, y Pecho, Miguel, *op. cit.*, p. 13). No obstante, para llegar a tal afirmación debería considerarse dentro de los datos analizados el costo de vida promedio –o lo que es llamado en algunos países, la cesta básica familiar– y hacer su comparación con el mínimo exento fijado por el legislador. Si el índice de los costos de vida prueba ser igual o inferior al mínimo exento, no será posible establecer tributación alguna sobre dicha base, aun cuando sea igual o superior al salario promedio percibido por los trabajadores. Una situación como la señalada únicamente sería índice de pobreza de la población, lo cual, lejos de evidenciar su capacidad de contribuir, dejaría constancia de la necesidad de asistencia social a un sector importante de la población.

⁴¹ El Informe Carter destaca que a los fines de evitar una presión excesiva sobre los asalariados, debe permitirse la deducción de los gastos necesarios para la percepción de rentas del trabajo dependiente, en la misma forma en que pueden hacerlo quienes ejecutan una actividad en forma independiente. A los fines de optimizar la determinación, deberá permitirse la deducción de una cantidad fija o, alternativamente, los gastos efectivamente realizados. En los casos de las madres de familias trabajadoras, el Informe recomienda reconocer un crédito fiscal para recoger los gastos en los cuales debe incurrirse para el cuidado de los hijos (*op. cit.*, p. 14).

latinoamericanos al gravar las rentas de los asalariados. En todo caso, esta necesidad podría ser igualmente atendida con una mayor base de exención en la cual no se tomen únicamente en cuenta los gastos de vida de los trabajadores y su familia, sino las expensas necesarias para la ejecución de sus actividades laborales (pensemos, por ejemplo, en el caso de trabajos que requieren un determinado código de vestimenta a sus trabajadores, actualización educativa constante y otros gastos similares que no son cubiertos por sus patronos)⁴² o mediante la revisión de los tramos de las tarifas progresivas.

En este punto vale traer a colación la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano⁴³, en la cual se consideró que el diseño doméstico del Impuesto sobre la Renta de los trabajadores bajo relación de dependencia era inconstitucional por no hacer una adecuada medición de la capacidad contributiva de estos sujetos, ya que el tributo, en lugar de evaluar la renta del trabajador, efectivamente medía su ingreso bruto, pues solo permitía la deducción taxativa de algunos gastos de vida o, alternativamente, establecía un monto fijo de deducciones que era claramente insuficiente para las necesidades del trabajador y su familia⁴⁴. Asimismo, la Sala Constitucional consideró que existía una

⁴² Debe destacarse que han habido manifestaciones en contra de la existencia de presunciones que establecerían montos fijos deducibles por los gastos de vida de las personas naturales, por considerar que éstas pueden otorgar un beneficio excesivo que deje porciones de renta sin gravar (Cfr. Barreix, Alberto, Benítez, Juan Carlos, y Pecho, Miguel, *op.cit.*, p. 13). Esta afirmación puede ser cierta para ambas partes de la relación tributaria: el monto fijado puede ser tanto excesivo como insuficiente para hacer una medición apropiada de la capacidad contributiva. Esta es la consecuencia obligada del uso de presunciones para el cálculo de tributos. Si bien el uso de presunciones puede simplificar y maximizar la eficiencia en la recaudación, no necesariamente devendrían en una adecuada medición de riqueza, en perjuicio de cualquiera de las partes de la obligación tributaria (sobre los aspectos constitucionales del uso de presunciones legales absolutas, puede verse: Cubero Truyo, Antonio Manuel, "Las presunciones", *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991, pp. 1486-1489).

⁴³ Sentencia N° 301 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de febrero de 2007, caso *Adriana Vigilanza y otros*, ratificada por la sentencia N° 673 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 2 de agosto de 2016, caso *Reinaldo Jesús Gilarte*.

⁴⁴ Se indica en la decisión en comentarios que: "Frente a la extensa estimación de los enriquecimientos netos de los trabajadores, contrasta la mínima posibilidad a ellos dada para disminuir razonablemente la base sobre la cual habrán de tributar. Ya se vio al transcribir los desgravámenes los escasos conceptos que les resultan aplicables para lograr tal reducción; lo que prácticamente conduce a la utilización de la figura del desgravamen único, no como una opción, sino como la única alternativa legítima". "Bajo la panorámica abordada, la Sala encuentra que la instrumentación del impuesto sobre la renta que pecha a los asalariados, desdibuja los principales rasgos de este instrumento impositivo, gravando tan extensa base imponible que, en vez de consultar la razonable manifestación de riqueza derivada de la renta, pesa en mayor medida sobre sus ingresos".

exagerada presión fiscal sobre el trabajador si se consideraban la totalidad de los tributos a los cuales estaba sujeto⁴⁵.

De esta forma, la Sala concluye que dada la abierta transgresión del principio de capacidad contributiva del trabajador por el Impuesto sobre la Renta en la forma como se encontraba diseñado, procedía declarar la inconstitucionalidad de la norma respectiva y corregir su redacción para subsanar dicha inconstitucionalidad. Así, el Tribunal decidió que, a partir de ese momento, la base de cálculo del impuesto sobre la renta de los trabajadores bajo relación de dependencia no sería la totalidad de las remuneraciones percibidas por los trabajadores, sino únicamente aquéllas que pudiesen calificar como salario normal, es decir, las retribuciones percibidas en forma regular y permanente por los asalariados, excluyendo así de tributación la obtención de bonos, beneficios laborales y otras compensaciones que no fueran percibidas constantemente por el trabajador.

No obstante, la Sala Constitucional no fundamentó su decisión en estudios económicos o fácticos que permitieran soportar dicha afirmación. En nuestra consideración, si bien el juez constitucional tiene facultades para controlar la validez de una norma por violación del principio de capacidad contributiva, dicha declaratoria debe estar sustentada en un análisis claro de las razones de la inconstitucionalidad, a riesgo de ejercer indebidamente facultades legislativas.

En consecuencia, el cuestionamiento que debía plantearse el juzgador era (i) si efectivamente la tributación de los trabajadores era excesiva, (ii) cuáles elementos determinativos son los que atentarían contra el respeto del principio de capacidad contributiva y, a todo evento (iii) cuáles teóricamente podrían ser las soluciones apropiadas para restablecer la preeminencia de los derechos constitucionales afectados.

Compartimos con el sentenciador la necesidad de revisar la tributación de las personas naturales constatada la existencia de una presión fiscal excesiva sobre este grupo, que implica destinar una porción importante de sus remuneraciones a la satisfacción de sus obligaciones tributarias, en desmedro de la protección del salario o de su compensación por su trabajo. Sin embargo, ello no podía hacerse sin el análisis indicado. La Sala

⁴⁵ Sobre ello indica la Sala Constitucional que: "El impuesto sobre la renta a los asalariados, entonces, se aleja en demasía de la progresividad propia de esta clase de tributos, sobre todo si se toma en cuenta que aquella fuente de enriquecimiento se encuentra también incidida por una serie de contribuciones parafiscales (seguro social, política habitacional, INCE). Además, quizás con un impacto mayor, en cuanto consumidor final, el trabajador se ve obligado a soportar el traslado del gravamen al consumo (IVA), que acaso consulta su capacidad contributiva en forma mediata. Estas afirmaciones, ponen en evidencia una elevada presión fiscal claramente regresiva sobre las fuentes de enriquecimiento de los trabajadores asalariados."

pudo sustentar su decisión en un “*hecho notorio comunicacional*”⁴⁶ de que el monto del desgravamen único previsto en la normativa era considerablemente inferior a los valores oficiales de la cesta básica alimentaria. No obstante, la Sala Constitucional se abstiene de hacer un análisis, aún somero, de las condiciones de subsistencia vigentes en el país al momento de adoptar su decisión y que permitieran determinar si el sistema tributario atenta contra el patrimonio del contribuyente y contra la protección de su salario o retribución por su trabajo –aún independiente–, lo cual pudiera conllevar –ante la falta de dicho análisis– a un indebido activismo judicial.

Otro aspecto a considerar sería cuál era la posible solución que podía adoptar el judicial sin intervenir en potestades propias del legislativo. Como hemos visto, en la decisión en comentarios el Tribunal Supremo de Justicia venezolano decidió reescribir la norma tributaria y modificar la base de cálculo del tributo. No obstante, la corrección pudo ser hecha por otros mecanismos: modificación del mínimo exento, de las cargas familiares admisibles, del desgravamen único, de las erogaciones deducibles, etc. De dichas modificaciones podría haberse logrado un sistema más equilibrado y asociado a la verdadera situación patrimonial del contribuyente. La decisión adoptada por la Sala Constitucional sería otra muestra de un indebido activismo judicial⁴⁷.

⁴⁶ Conforme a la doctrina de la Sala Constitucional, el hecho notorio comunicacional constituye una categoría del hecho notorio, comprendido por un hecho conocido por el colectivo, difundido a través de los medios de comunicación social, que no se puede afirmar con certeza si es cierto o no, pero que forma parte de la cultura de un grupo y que es relevante en un momento determinado, aunque después pierda trascendencia. En consecuencia, “el hecho comunicacional, como un tipo de notoriedad, puede ser fijado como cierto por el juez sin necesidad que conste en autos, ya que la publicidad que él ha recibido permite, tanto al juez como a los miembros de la sociedad, conocer su existencia, lo que significa que el sentenciador realmente no está haciendo uso de su saber privado; y pudiendo los miembros del colectivo, tener en un momento determinado, igual conocimiento de la existencia del hecho, por qué negar su uso procesal. El hecho comunicacional puede ser acreditado por el juez o por las partes con los instrumentos contentivos de lo publicado, o por grabaciones o videos, por ejemplo, de las emisiones radiofónicas o de las audiovisuales, que demuestren la difusión del hecho, su uniformidad en los distintos medios y su consolidación; es decir, lo que constituye la noticia”. (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano N° 98 del 15 de marzo del 2000, caso *Oscar Silva Hernández*).

⁴⁷ En este sentido, si bien particularmente nos alejamos de la noción de que el Poder Judicial únicamente puede actuar como un legislador negativo (Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 315 y ss.) y creemos posible que el juez constitucional reescriba algunas partes de la norma cuando ello permita salvar su inconstitucionalidad y sea inequívoco el contenido de la disposición correspondiente, consideramos que el ejercicio de estas potestades debe hacerse con reserva y únicamente cuando sea indubitable la redacción posible que puede salvar la inconstitucionalidad de la norma (María Casal, Jesús, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, Manuales de la Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 101-104). Nuevamente un ejemplo claro lo tenemos

Una referencia que consideramos valiosa aquí es la decisión dictada por el Tribunal Constitucional peruano donde ordenó al Congreso la reducción de la alícuota del impuesto a la explotación de casinos y máquinas tragamonedas por considerarla confiscatoria, hasta un nivel en que no pudiera ser considerada tal⁴⁸. En este caso resulta interesante el dispositivo adoptado por el Tribunal. Luego de declararse la inconstitucionalidad de la alícuota aplicada, se ordenó al Congreso que dictara una nueva disposición corrigiendo dicha tarifa, dentro de un plazo perentorio. Mientras la norma era reformada, los contribuyentes debían seguir liquidando el tributo con la alícuota declarada inconstitucional, pero una vez reformada la provisión legal, se reconocería un crédito fiscal por el exceso del tributo pagado entre la fecha de la sentencia y la entrada en vigencia de la nueva disposición legal. De esta forma, se evitaba que fuera afectada la recaudación del tributo, como consecuencia de una nulidad parcial de sus normas reguladoras.

Una decisión como la comentada permite poner un equilibrio adecuado entre el control de la constitucionalidad de las normas tributarias y el principio de reserva legal, permitiendo al sentenciador declarar la invalidez de la norma por violación del principio de capacidad contributiva, pero dirigiendo al legislador el nuevo diseño del dispositivo concreto anulado, con base en los lineamientos fijados por el propio juez constitucional.

Siguiendo una misma aproximación, la Sala Constitucional podía determinar referencias específicas a la modificación de los montos del mínimo exento y del desgravamen único, desgravámenes aplicables, cargas familiares y otros elementos que permitieran una más adecuada medición de los gastos de vida asociados al sustento del contribuyente y su familia. Sin embargo, en última instancia el diseño del tributo debía ser derivado al legislativo, respetando el sano principio de separación de poderes.

3. *El derecho a una vejez digna*

El otro punto relevante en torno al caso analizado es la evitación de que la tributación incida negativamente sobre la vejez. Evidentemente ello guarda relación directa con la protección del mínimo vital, una tributación reducida y proporcionada de las pensiones recibidas y, nuevamente, el reconocimiento de las cargas en el núcleo familiar.

en el caso *Moritz v. Commissioner* donde los jueces decidieron considerar que la norma analizada debía ser extendida a su aplicación a todas las personas solteras (hombres o mujeres). Si la decisión hubiera sido excluir la norma del ordenamiento jurídico, hubiera resultado en la negativa de la deducción del gasto a todos, incluso a quienes antes estaban dentro de su supuesto. Por ello, la solución más cónsona y justa fue "reescribir" el precepto, ampliando su ámbito de aplicación.

⁴⁸ Danós Ordoñez, Jorge, "El principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano", *Palestra del Tribunal Constitucional: Revista mensual de jurisprudencia*, Lima, año 1, núm. 11, 2010, p. 160.

En cuanto a las pensiones, si bien una parte importante de las legislaciones permite su gravamen⁴⁹, considerando que se tratan de ingresos que evidencian capacidad contributiva, esta tributación solo sería posible después de superada una base mínima necesaria para cubrir los gastos de subsistencia en forma digna y sin que repercuta negativamente en la capacidad de ahorro del pensionado, tal como fue establecido, por ejemplo, por la Suprema Corte Suprema de Justicia de la Nación mexicana⁵⁰.

No obstante, la posición sobre el gravamen de las pensiones no es pacífico. Recientemente, la Corte Suprema de Justicia argentina señaló en diversas decisiones consecutivas que el cobro del impuesto a las ganancias a los jubilados era inconstitucional si no tomaba en consideración las circunstancias de vulnerabilidad en que se encontraban sus perceptores. Entiende la Corte que tanto el envejecimiento como la enfermedad son causas de vulnerabilidad que *"obligan a los jubilados a contar con mayores recursos para no ver comprometida su existencia y calidad de vida"*. Por ello, el legislador debe dictar medidas apropiadas para garantizar el disfrute pleno de los derechos de este sector *"sin que el sistema tributario pueda quedar apartado del resto del ordenamiento jurídico"*⁵¹. Para el tribunal, la capacidad contributiva no puede ser tomada como el único índice para el diseño del tributo, sino que es preciso verificar los efectos que la tributación produce en la esfera jurídica del particular⁵². En las decisiones dictadas, el máximo Tribunal puso

⁴⁹ Tal como el caso del Artículo 93 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta mexicana, el Artículo 337 del Estatuto Tributario colombiano, los Artículos 43, 47, 52, 54, 55 ter, 56, 65 y 75, de la Ley sobre Impuesto a la Renta Chilena y Ley 20.630, del 27 de septiembre de 2012.

⁵⁰ Amparo en revisión 32/2011 del 13 de noviembre de 2012, *Guillermo Gregorio Sosa Álvarez*. En esta decisión la Corte estableció que era posible la tributación de las personas, jubilaciones u otras formas de retiro siempre que se respetase el mínimo vital, dejando fuera de tributación un monto acorde para cubrir los gastos de subsistencia del pensionado.

⁵¹ Señala claramente la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina que: "Dicho imperativo constitucional [la protección de la vejez] resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal. Es que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimiento estanco, destinado a ser autosuficiente 'a cualquier precio', pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales" (añadido propio). (Sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina del 7 de mayo de 2019, caso *Godoy, Ramón Esteban c/AFIP s/Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad y otros*, ratificando los argumentos expuestos en el fallo del mismo Tribunal del 29 de marzo de 2019, caso *García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*).

⁵² De esta forma, indica el fallo que: "la sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con

"en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial". Asimismo, se suspendió la recaudación de tributos sobre estos ingresos, hasta tanto fuese revisada la normativa. Igualmente, ordenó el reintegro de los tributos pagados por los demandantes sobre las prestaciones previsionales percibidas. En nuestra consideración, una decisión como la señalada conlleva el reconocimiento de esferas de *inmunidad tributaria* protegidas de tributación, atendiendo a la protección de derechos fundamentales sustentados en la dignidad del individuo.

VII. CONCLUSIONES

Tal y como hemos podido ver, la discusión sobre la adecuada presión fiscal de las personas naturales y la debida medición de su capacidad contributiva ha estado presente en todas las épocas. Ello ha repercutido en el disfrute efectivo de los derechos humanos por los ciudadanos y ello, obviamente, ha derivado en que éstos eleven solicitudes ante los tribunales de justicia para la protección de sus derechos. Este trabajo no pretende servir de recopilación de tales reclamaciones. Solo pretende aportar una muestra de las formas como la tributación pueden derivar en la conculcación de los derechos del hombre bajo el pretendido deber general de contribución a los gastos públicos.

La tributación –y debemos insistir en ello– nunca puede incidir negativamente en el ejercicio de los derechos humanos en el marco del Estado Social de Derecho. El Estado está al servicio de la persona, por lo cual los montos recaudados deben ser enteramente invertidos en bienes y servicios para su beneficio, como parte del colectivo. Sería un contrasentido aceptar que esta recaudación, destinada a la protección del hombre, resulte en una lesión a sus derechos. Y ello justamente es lo que debe proteger el poder judicial en el ejercicio de sus funciones propias.

Concordamos con entes internacionales como la OCDE, el BID y el CIAT en la necesidad de revisión del sistema tributario de las personas naturales, siempre que ello conlleve a una presión fiscal justa sobre los ciudadanos. A través de esta reforma debería introducirse mecanismos que permitan combatir la evasión y la elusión fiscal y garantizar la progresividad en la tributación. Pero, por otro lado, la tributación deberá garantizar la inmunidad del mínimo exento y la adecuada medición de la capacidad contributiva de los sujetos pasivos de la obligación tributaria, evitando afectaciones indebidas del disfrute de sus derechos.

quienes no lo son desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja."

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE RODRÍGUEZ, Betty, *Inmunidad tributaria de los derechos humanos: capacidad contributiva y mínimo vital*, México, Thomson Reuters, 2018.
- ARAÚJO FALÇÃO, Amilcar de, *El hecho generador de la obligación tributaria*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1964.
- BARREIX, Alberto, BENÍTEZ, Juan Carlos y PECHO, Miguel, *Revisando el impuesto a la renta personal en América Latina: Evolución e impacto*. BID/OCDE/CIAT, 2017
- BERTAZZA, Humberto, "Derechos Humanos y Tributación," *Anais Das XX Jornadas do ILADT ano 2000- Salvador-Bahía*, Brasil, Asociación Brasileira de Derecho Financiero, Diciembre de 2000.
- BERTOLINO, Rinaldo, "La cultura moderna de los derechos del hombre y la dignidad del hombre," *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 7, vol. IV, 1999.
- CASAL H., Jesús María, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Caracas, Legis, 2006.
- CASAL, Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas, Manuales de la Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- CELI DE LA MOTA, Alejandro, "Tributación y derechos humanos. Los derechos humanos y los principios generales de la tributación aduanera," *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, año 1, núm. 1, 2011.
- CENCERRADO MILLÁN, Emilio, *El mínimo exento*, Barcelona, Marcial Pons, 1999.
- CUBERO TRUYO, Antonio Manuel, "Las presunciones," *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1991.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, "El principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano," *Palestra del Tribunal Constitucional: Revista mensual de jurisprudencia*, Lima, año 1, núm. 11, 2010.
- DOMÍNGUEZ CRESPO, César Augusto, *Incidencia y perspectivas del principio de capacidad económica en el Derecho Tributario de la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2012.

- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 2011.
- GOROSPE OVIEDO, Juan Ignacio, "El derecho constitucional al mínimo vital en la imposición sobre la renta", *Anais Das XX Jornadas do ILADT ano 2000- Salvador-Bahía*, Brasil, Asociación Brasileira de Derecho Financiero, diciembre de 2000.
- HERRERA MOLINA, Pedro, "Fundamento y configuración del mínimo personal familiar"; *El mínimo personal y familiar en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Barcelona, Marcial Pons, Instituto de Estudios Fiscales, 2000.
- Impuestos sobre los salarios en América Latina y el Caribe 2016*, OCDE/BID/CIAT, 2016.
- Informe Carter, Informe de la Real Comisión de Investigación sobre la Fiscalidad de Canadá*, Madrid, Obras Básicas de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, 1975, vol. II.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- MARÍA CASAL, Jesús, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, Manuales de la Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, Diego, "La protección de la familia en el sistema tributario"; *Justicia tributaria y derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- MASBERNAT, Patricio, "El principio de capacidad económica como principio jurídico material de la tributación: su elaboración doctrinal y jurisprudencial en España"; *Revista Ius et Praxis*, Madrid, año 16, núm. 1, 2010.
- MIRANDA, José, y DE SOUZA, Leonardo, "Entre el adecuado tratamiento fiscal y el tratamiento fiscal privilegiado: Una propuesta de inmunidad tributaria a las sociedades cooperativas en razón de la causa del cooperativismo"; *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, Universidad de Deusto, núm. 50, 2016.
- MORENO, Carmen del Pilar Robles, "La Exención en Materia Tributaria: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el Decreto Legislativo 977"; *Foro Jurídico*, Perú, No. 12, 2013.
- MOSCHETTI, Francesco, *El principio de capacidad contributiva*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1980.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "La universalidad de los derechos humanos"; *Doxa*, Universidad de Alicante, núm. 15-16, 1994.

ROBLES MORENO, Carmen del Pilar, "La exención en materia tributaria: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el Decreto legislativo 977", *Foro Jurídico*, Perú, núm. 12, 2013.

SCHNEIDER, Hans-Peter, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, 1979, p. 22.

TARSITANO, Alberto, "El principio constitucional de capacidad contributiva", *Estudios de Derecho Constitucional en Homenaje al Profesor Juan Carlos Luqui*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

TROYA JARAMILLO, José V., "Tributación y derechos humanos", *Revista de Derecho*, Quito, UASB-Ecuador, núm. 2, 2003-2004.

2. Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", 17 de noviembre de 1988.

3. Otros

Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia C-100/14.

Sentencia de la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito de los Estados Unidos de América, 469 F.2d 466 (10th Cir. 1972), 22 de noviembre de 1972, *Moritz v. Commissioner*.

Sentencia de la Corte Suprema de la Nación argentina del 7 de mayo de 2019, caso *Godoy, Ramón Esteban c/ AFIP s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad y otros*, ratificando los argumentos expuestos en el fallo del mismo Tribunal del 29 de marzo de 2019, caso *García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano N° 98 del 15 de marzo del 2000, caso *Oscar Silva Hernández*.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, Amparo en revisión 32/2011 del 13 de noviembre de 2012, *Guillermo Gregorio Sosa Álvarez*.

Sentencia del Tribunal Constitucional español 45/1989 de 20 de febrero de 1989.

Sentencia N° 1.505 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano del 5 de junio de 2003, caso *Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas*.

Sentencia N° 301 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de fecha 27 de febrero de 2007, caso *Adriana Vigilanza y otros*, ratificada por la sentencia N° 673 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 2 de agosto de 2016, caso *Reinaldo Jesús Gilarte*.

Sentencia N° 00886 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 25 de junio de 2002, caso *Mecánica Venezolana (MECAVENCA)*.

Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán del 10 de noviembre de 1998, asuntos 2 BvL 42/93, 2BvR 1953/97, 2 BvR 1852/97 y 2 BvR 1853/97 y asuntos acumulados 2BvR 1057/91. 2 BvR 1226/91 y 2BvR 980/91.

Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán del 29 de mayo y 12 de junio de 1990, BVerfGE 82, 60 y BVerfGE 82, 188.

**EL DERECHO A SER INFORMADO.
PARALELISMOS ENTRE EL DERECHO PENAL
Y EL DERECHO TRIBUTARIO, CON ESPECIAL ÉNFASIS
EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS¹**

Carlos E. WEFER H.²

SUMARIO

I. Introducción. II. Los standards de protección del ciudadano. III. Standards de protección procesal penal del derecho a ser informado: Un punto de referencia. IV. Determinación tributaria y standards procesales penales de protección: Un análisis comparativo. V. Conclusiones. VI. Fuentes de información.

RESUMEN

Este artículo define al derecho a ser informado de la investigación en materia tributaria como un derecho humano, que forma parte del haz de “posiciones jurídicas fundamentales” (R. Alexy) del ciudadano para su defensa frente a la actividad estatal limitativa de derechos, y condiciona en consecuencia los modos de actuación del Estado para el ejercicio de sus competencias. En este sentido, y sobre la base del estudio de los parámetros de configuración del derecho en el proceso penal, se ensaya una aproximación al derecho a ser informado en el procedimiento de determinación de tributos, y se aplican los estándares comunes a este derecho especialmente en el contexto del intercambio de información entre administraciones tributarias en situaciones transfronterizas.

ABSTRACT

This article defines the right to be informed of any investigations in tax matters as a human right, part of the bundle of the citizen’s “constitutional rights positions” (R. Alexy) for their defence against any attempt of limitation of their rights by the State, and thus determines the ways through which the State exercises its powers. In this regard, this article approaches the right to be informed in tax assessment procedures on the basis of the study of the configuration parameters of said right in Criminal Law, and applies the resulting common standards in the context of the exchange of information between tax administrations in cross-border situations.

¹ © IBFD. La versión original en inglés fue publicada en ese idioma en *World Tax Journal*, volumen 9, número 3, Amsterdam, IBFD, 2017, *World Tax Journal* está disponible en línea: <http://www.ibfd.org>. Traducido y reproducido con permiso.

² Abogado especialista en Derecho Tributario y Doctor en Derecho. *Senior Research Associate*, *International Bureau of Fiscal Documentation*, Países Bajos. Profesor Asociado de Finanzas Públicas, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Problemas Federales y Municipales, Universidad Monteávila. Académico ordinario, Academia Mexicana de Derecho Fiscal.

PALABRAS CLAVE

Derecho a estar informado. *Standard* de protección. Derechos fundamentales. Derechos humanos. Derecho Penal. Derecho Tributario. Contribuyente. Acusado. Determinación tributaria. Situaciones Transfronterizas. Intercambio de información.

KEY WORDS

Right to be informed. Minimum standard of protection. Fundamental rights. Human rights. Criminal Law. Tax Law. Taxpayer. Criminally accused. Tax assessment. Tax procedures. Cross-border situations. Exchange of information.

I. INTRODUCCIÓN

Toda persona que –actual o eventualmente– esté sujeta a alguna clase de medida *ablativa* por parte del Estado, es decir, tiene derecho a ser *informada previamente* de tal pretensión, de sus fundamentos y de las acciones que puede desarrollar en su defensa. En principio, esta afirmación puede tomarse como un *standard mínimo de protección* del ciudadano en su interacción con el Estado, para cualquier campo en el que exista tal acción o influencia mutua entre ellos, como consecuencia necesaria del carácter jurídico del Estado³.

En propiedad, el derecho del ciudadano a estar informado de la actividad estatal potencialmente limitativa de sus derechos es una de las formas que adopta el derecho general a estar informado. Al respecto, son notables las manifestaciones de este derecho en el contexto de relaciones jurídicas privadas, como las que hay entre *proveedores y consumidores*, o entre *médicos y pacientes*.

En el primero de estos casos, las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor califican como “necesidad legítima” del consumidor el “acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual”⁴. Por su parte, la –divulgación y transparencia–, entendida como el deber de facilitar “información completa, exacta y no capciosa sobre los bienes y servicios, términos, condiciones, cargos aplicables y costo final para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas”, así como el deber de los vendedores de facilitar el acceso a dicha información, “especialmente a los términos y condiciones claves, con independencia del medio tecnológico empleado”, constituye uno de los principios para unas buenas prácticas comerciales. En razón de esto, las Directrices exigen de los proveedores de bienes y servicios del mercado el *suministro de información* clara y oportuna como a) sobre los bienes y servicios ofrecidos, los términos y condiciones del contrato respectivo; b) para contactar al proveedor o a los

³ Esto es, al Derecho como fuente y límite de su poder.

⁴ Naciones Unidas, *Resolución N° 70/186 sobre protección del consumidor*, adoptada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2015, p. 5, en <http://bit.ly/293y1M6>, 27 de junio de 2016.

prestadores de servicio técnico, de ser necesario; c) sobre los riesgos derivados del uso del bien o del aprovechamiento del servicio; d) que sea necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes, y que se adopten medidas para garantizar la exactitud de la información suministrada; e) sobre los efectos de los productos, o de su uso, en el medio ambiente; f) sobre la creación de asociaciones de consumidores, en especial en zonas rurales; g) sobre los procedimientos vigentes para obtener compensación y solucionar controversias; y h) para dar cabida a las características especiales del comercio electrónico, garantizar que los consumidores y las empresas estén informados, sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital, entre otros.

De otro lado, en el caso de las relaciones entre médicos y pacientes se ha calificado al derecho a estar informado como un derecho humano fundamental, que exige –en razón de la dignidad propia del paciente como persona humana– que éste reciba información adecuada sobre la propia enfermedad y el tratamiento a seguir⁵.

En este sentido, el Artículo 5o. de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con relación a la aplicación de Biología y Medicina⁶ señala en relación a las intervenciones quirúrgicas, *standard* extensible a cualquier forma de acto médico, que el paciente⁷ tiene derecho a recibir previamente información apropiada sobre el propósito y naturaleza del tratamiento a seguir, así como de sus consecuencias y riesgos. En ese tenor, el Artículo 10 de la Convención garantiza el carácter privado de los datos sobre la propia salud, así como el derecho del paciente a conocer los datos obtenidos por terceros sobre su salud; posteriormente el Artículo 16 protege el derecho de las personas que participan en investigaciones médicas a obtener información sobre sus derechos, riesgos asumidos y las salvaguardas a implementarse contra aquellos.

Asimismo, en el ámbito del ejercicio de potestades públicas potencialmente limitativas de derechos individuales, el derecho a estar informado se sostiene *axiomáticamente* como una de las bases fundamentales de las relaciones entre el Estado, titular del *ius puniendi*⁸, y el ciudadano eventualmente sujeto a su ejercicio en el contexto de una acu-

⁵ Vall Casas, Aurora, "Patients' right to information: A review of the regulatory and ethical framework," *BID textos universitaris de biblioteconomia i documentació*, número 21, diciembre de 2008, <http://bid.ub.edu/21/vall3.htm>.

⁶ Consejo de Europa, *Convención para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con relación a la aplicación de la Biología y Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina*, European Treaty Series, número 164, <http://bit.ly/293Dgv8>.

⁷ Su representante o tutor en caso que éste no tenga conciencia o libertad en sus actos, de acuerdo con el Artículo 6o. de la Convención.

⁸ Instrumentalmente, el *ius puniendi* es la medida de *imperium* estatal que le permite tipificar, perseguir y castigar las conductas que afectan de modo más grave a la convivencia social, a través de la lesión de los bienes jurídicos protegidos por el rdenamiento; o alternativamente, como

sación penal: así lo afirma, entre otros muchos textos normativos⁹, el décimo principio de los *standards* para la protección de las personas bajo cualquier forma de detención o prisión de las Naciones Unidas¹⁰:

Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.

Otro tanto, ocurre con la relación entre el Estado, titular de la *competencia tributaria*¹¹, y el particular eventualmente sujeto a su ejercicio en el contexto de la determinación

lo explica Jakobs, como el poder estatal de garantía de vigencia de las normas irrenunciables para el mantenimiento de la configuración social, como respuesta jurídicamente organizada a la decepción de las expectativas de mantenimiento individual de los círculos de organización esenciales para la convivencia. Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, 2^a. ed., Bogotá, Temis, 1998, volumen 1, p. 13; Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán-Parte General*, 11^a. ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 11-21; Jakobs, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. (Fundamentos. Teoría de la Imputación)*, 2^a. ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 11- 12.

⁹ Como por ejemplo: (i) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo Artículo 14.3. a) establece que "*en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella... toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad... a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*"; (ii) la Convención Europea de Derechos Humanos, cuyo Artículo 6.3.a) dispone que "*Toda persona tiene derecho... sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella... como mínimo... a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él*"; y (iii) la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo Artículo 8.2.b) establece que "*Toda persona tiene derecho... en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter... a las siguientes garantías mínimas: ...comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada*". Jordash y Coughlan apuntan que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no contiene previsión expresa al respecto, pero que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en la Comunicación N° 224/98, adoptada en el 28° período de sesiones (23 de octubre al 6 de noviembre de 2000), caso *Media Rights Agenda (en representación de Niran Malaolu) v. Nigeria*, parágrafo 43, determinó que el derecho al debido proceso incluye la garantía de que las personas detenidas "*deban ser informadas al tiempo de su detención, en un lenguaje comprensible para ellas, de las razones para su arresto, y deben ser informadas detalladamente de todos los cargos contra ellas*". Cfr. Jordash, Wayne, y Coughlan, John, "The Right to be Informed of the Nature and Cause of the Charges: A Potentially Formidable Jurisprudential Legacy", Darcy, Shane, y Joseph Powderly, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 286.

¹⁰ Traducción no oficial del autor. Anexo a la Resolución N° 43/173 de Naciones Unidas, citado en "United Nations Office on Drugs and Crime", *Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006, p. 31, en <http://bit.ly/290xEIT>, 25 de junio de 2016.

¹¹ Entendida aquí como la actividad procedimental a través de la cual las autoridades tributarias, a la luz de sus propios descubrimientos fácticos, fiscalizan los tributos determinados por los

de oficio de obligaciones tributarias. Así se estatuye, por ejemplo, en los Artículos 150 y 154 del Modelo de Código Tributario para América Latina¹²:

Artículo 150. Los interesados o sus representantes y sus abogados tendrán acceso a las actuaciones, inclusive a los sumarios por infracciones, y podrán consultarlas sin más exigencia que la justificación de su identidad.

Artículo 154. La determinación a que se refiere el Artículo 135 se iniciará con el traslado al contribuyente de las observaciones o cargos que se le formulen. En este caso, la autoridad administrativa podrá –si lo estima conveniente– requerir la presentación de nuevas declaraciones o la rectificación de las presentadas¹³.

En este orden de ideas, el derecho del sujeto pasivo a estar informado previamente del objeto, alcance y contenido del potencial ejercicio de la competencia tributaria, con el objeto de limitar jurídicamente la actividad administrativa y permitir al ciudadano –en consecuencia– obtener el conocimiento necesario para su defensa frente a la pretensión estatal, es calificado por el Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) de 2015 como una “garantía fundamental”; reflejo “de lo que las normas constituciones o las cartas de derechos fundamentales o el propio Modelo reconocen a los ciudadanos y constituyen un límite al ejercicio de la potestad tributaria”¹⁴, en los siguientes términos:

Artículo 75. Derechos y garantías de los obligados tributarios.

Constituyen derechos de los obligados tributarios, entre otros que establezcan las leyes, los siguientes:...

j) Derecho a acceder a las actuaciones administrativas y conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que sea parte.

contribuyentes o terceros en su nombre, examinan libros de contabilidad y documentación, así como cualquier punto de interpretación legal que sean relevantes para el propósito de determinar definitivamente tributos. Baker, Phillip, y Pistone, Pasquale, “General Report: Practical Protection of taxpayers’ rights”, *IFA Cahier 2015*, Basilea, 2015, volumen 2, p. 35.

¹² Al contrario de lo que ocurre en materia penal, como se evidenció en el ejemplo previo, es necesario acudir a las regulaciones tributarias *sectoriales* para encontrar las reglas que establecen *standards* mínimos de protección, pues como apuntan Baker y Pistone, no existen *standards mínimos de protección tributaria* que hayan sido formalmente reconocidos a nivel internacional. Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 21.

¹³ *Modelo de Código Tributario. Preparado para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID*, 2ª ed., Washington D.C., Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1968, pp. 107-109.

¹⁴ *Modelo de Código Tributario del CIAT. Un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana. Comentario al Artículo 75*, Ciudad de Panamá, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), Banco Interamericano de Desarrollo, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), GmbH y Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 2015, p. 80, en <http://bit.ly/293qPzu>.

k) Derecho a conocer la identidad del personal de la Administración Tributaria, bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos en que sea parte.

l) Derecho a ser informado al inicio de las actuaciones de comprobación o fiscalización, sobre la naturaleza y alcance de las mismas, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que las mismas se desarrollen en los plazos de ley¹⁵.

Como puede constatarse, la idea de la información respecto de la potencial actividad *ablatoria* estatal como *standard* mínimo de protección de la persona humana resulta naturalmente aplicable a los órdenes en los que la intervención estatal en la esfera subjetiva particular tiene una mayor intensidad, esto es, las medidas estatales de limitación unilateral de la *libertad* y de la *propiedad*, cuya expresión paradigmática son las *penas* y los *tributos*¹⁶. En otras palabras, el derecho a ser informado del objeto, contenido y alcance de la actividad estatal potencialmente limitativa de derechos particulares, como es el caso de la libertad (delitos) o de la propiedad (tributos), tiene naturaleza de *derecho humano fundamental*¹⁷; es, en consecuencia, un *standard* mínimo de protección de la *dignidad* de la persona humana¹⁸.

¹⁵ *Idem*, pp. 79-80.

¹⁶ Parafraseando a Ferrajoli, es posible caracterizar a las ablaciones estatales modernas como "privaciones de derechos", que recaen generalmente contra los derechos para cuya tutela, junto con la vida y la dignidad, se constituye y se justifica el Estado moderno: la *libertad* y la *propiedad*. Como dice Ferrajoli, comentando la *estandarización* y formalización legal de estas privaciones bajo la forma de penas, la regulación jurídica de tales ablaciones "son un fruto de la revolución política burguesa, que marca el nacimiento de la figura del 'ciudadano' y del correspondiente principio de abstracta igualdad ante la ley". Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*. Teoría del Garantismo Penal, 5ª. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Carretero Bandrés, Madrid, Trotta, 2001, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, p. 390.

¹⁷ Así lo han calificado, en el contexto del Derecho Penal Internacional, Jordash y Coughlan, *op. cit.*, p. 286.

¹⁸ De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, la dignidad humana como concepto jurídico "puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo 'dignidad humana', la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo 'dignidad humana', la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo". En este sentido, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucio-

Puesto en estos términos, el derecho ciudadano a ser informado, categoría en la que es encuadrable con facilidad el derecho a ser informado de la actividad estatal tendiente al posible establecimiento de límites ablatorios a la esfera jurídico-subjetiva de un particular, sugiere *a priori*¹⁹ un *standard* mínimo de protección único para todos los ámbitos de posible intervención que, en principio, es susceptible de ponderación²⁰ en función de la naturaleza e intensidad de la intervención estatal de que se trate.

Así las cosas, tomando como premisa *a priori* la existencia del derecho a estar informado, y su reconocimiento como un *standard* mínimo de protección respecto del ejercicio del *imperium* en la imposición de penas y tributos, cabe cuestionarse si el derecho a estar informado constituye un *standard* mínimo y único de protección *de igual intensidad* en ambos órdenes de intervención estatal, dada la identidad sustancial en la naturaleza ablatoria de los poderes estatales bajo análisis y su aplicación a la persona humana, como sujeto dotado de *dignidad* inherente a su condición de tal²¹, o si, por el contrario, el dere-

nal Federal de Alemania, la dignidad supone, como concepto jurídico, que “los seres humanos no pueden ser profanados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto,” directriz que sirve, de acuerdo con el Tribunal, “para determinar los casos en los que se da una violación a la dignidad humana.” Ello ocurre, en términos generales, cuando “la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su cualidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en un caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana.” En otras palabras, las del Voto Salvado de los Magistrados Geller, Dr. von Schlabrendorff y Dr. Rupp, “*Todo poder estatal tiene que considerar y proteger al ser humano en sus valores propios y su autonomía. No puede ser tratado de manera ‘impersonal’, como un objeto, aun cuando esto ocurra sin desconocer los valores personales, sino con ‘buenas intenciones’.*” Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia N° T-881/02, en <http://bit.ly/1svSjzq>; y Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15 de diciembre de 1970, en Schwabe, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung-Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 17-18.

¹⁹ En tanto constituye una proposición independiente de la experiencia que, al ser pensada, es simultáneamente *necesaria*. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. de Pedro Ribas, Madrid, Taurus, 2005, pp. 42, 43. Como recuerda Hohfeld, los conceptos jurídicos son, por su naturaleza, nociones referidas a objetos ideales, solo perceptibles *a priori* y no asociados directamente con los objetos físicos sobre los cuales los conceptos jurídicos ejercen su influencia. Hohfeld, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3ª. ed., trad. de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2015, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 2, pp. 31-37.

²⁰ De acuerdo con la ley de la ponderación, “*la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro.*” Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, revisión por Ruth Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 161.

²¹ A este respecto, es emblemático que el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos toma a la dignidad humana como concepto *a priori*, que califica como la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, en los siguientes términos: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad

cho a ser informado es exigible bajo *standards* ontológicamente diferentes, de intensidad variable en su exigibilidad y cumplimiento, dependiendo del ámbito de interacción Estado-ciudadano de que se trate, en función de los distintos *presupuestos fácticos, contenido e intensidad* de los poderes estatales bajo análisis y considerando que en cada uno de ellos se incide de forma *diferente* en la esfera jurídico-subjetiva particular, en tanto se identifiquen distintos *grados mínimos* de preservación de la libertad y la dignidad humana en su realización. Las siguientes consideraciones pretenden responder a esta pregunta.

II. LOS STANDARDS DE PROTECCIÓN DEL CIUDADANO

Como con acierto indica Hierro, los derechos humanos son una especie del género “derecho subjetivo”; lo que –en consecuencia– determina para su titular una posición jurídica de *exigibilidad*, frente a un tercero, de una determinada “prestación” provechosa para él²². Tales derechos adquieren el calificativo de “humanos”; por cuanto su característica definitoria es “*la exigencia moral de que sean jurídicamente protegidos*”; esto es, “*que son condición necesaria para que una persona, un ser humano, pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado*” y que son, por consiguiente, condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico²³.

De este modo, argumentando *a contrario* es posible definir a los derechos humanos –o siendo deliberadamente reduccionistas, a su “núcleo duro”–, como una posición jurídica *mínima* de garantía de su titular frente a las pretensiones limitativas de terceros; esto es, un *mínimo minimorum* inatacable que, por esa misma circunstancia, forma naturalmente parte de las Cartas de Derechos contenidas en los textos constitucionales.

1. *Los standards de protección, desde una perspectiva constitucional*

Sobre la base previa, cabe definir a los *standards de protección* como parámetros, reglas o patrones de medida de las posiciones jurídicas *fundamentales*²⁴ del ciudadano, inherentes a su dignidad humana, frente al ejercicio de potestades públicas. A estas últimas debe

intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, en <http://bit.ly/1hHDu9u>.

²² Es “derecho” la situación jurídica en la que un particular está en condiciones de formular una “pretensión” (*claim*) a otro sujeto, titular del “deber”; a realizar la prestación que constituye el objeto de este último; de este modo, es posible definir al “deber” como la situación correlativa en la que un determinado sujeto puede ser combinado coercitivamente por otro a dar cumplimiento a su pretensión. Hohfeld, *op. cit.*, pp. 47-50.

²³ Hierro, Liborio, “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho”, en Marzal, Antonio (Editor), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Multiva Baja (Navarra), ESADE-Facultad de Derecho, Universidad de Deusto, J. M. Bosch, pp. 21, 23-24.

²⁴ Fundamentales en las dos acepciones posibles del término, tanto por su consagración expresa en la Constitución como por su naturaleza legitimadora del orden jurídico como *criterio de optimización*. Cfr. Hierro, *op. cit.*, p. 24.

entendérselas, siguiendo a Hohfeld, como la posibilidad de modificación unilateral de la situación jurídica de un particular, en forma positiva o negativa, *sin que participe la voluntad del afectado en la limitación que le es, así, impuesta*²⁵.

En este sentido, y siguiendo para ello a Alexy, es posible caracterizar a los *standards* de protección como derechos fundamentales, subjetivos, a un determinado *status* personal de salvaguarda frente a la acción de terceros, cuya técnica operativa consiste en la imposición a dichos terceros de *modos de actuación determinados*, resumibles bajo el esquema de acuerdo con el cual toda competencia ablatoria –en concreto, la posible determinación de penas y tributos– debe ejercerse en condiciones que permitan al sujeto pasivo *conocer* las condiciones en las que tales competencias deben ejercerse, y en consecuencia garantizarle el ejercicio efectivo de los derechos que le asistan en ese contexto.

A. Son derechos fundamentales

Las posiciones jurídicas derivadas de los *standards* de protección son, como emanación –y, al mismo tiempo, como concreción– de la dignidad humana, calificables como derechos *fundamentales*. No solo por su *tipificación constitucional*, lo que hoy día constituye la acepción más usual del término a partir de los desarrollos del Tribunal Constitucional Federal alemán, sino porque ellos sirven de auténticos *criterios de validez del ordenamiento*, bajo la forma de *imperativos categóricos* de índole axiológica, auténticos *mandatos de optimización*. Hierro, en una síntesis muy clara, lo expone en los siguientes términos:

Un segundo elemento caracterizador de lo que se viene entendiendo por “derechos humanos” es su carácter fundamental lo que suele entenderse como que sirven de fundamento legitimador de los sistemas jurídicos. Es una vieja idea acuñada por el iusnaturalismo racionalista que supo resumir lapidariamente el señor Jefferson en el Preámbulo de la “Declaración de Independencia”: “*que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados*”. Puesto que no pretendo ofrecer una definición nominal o meramente explicativa, sino una definición estipulativa de carácter valorativo he de señalar que, en ella, este segundo carácter que podríamos subordinar a la del carácter anterior. Es decir, sólo asumiendo que el primer valor moral se sitúa en la autonomía del individuo (Mackie 1984, p. 176; Alexy 1995, p. 26), sólo entonces los derechos humanos tienen carácter fundamental (o legitimador) y ofrecen una respuesta concreta a los tres grandes problemas teóricos de la Justicia: por qué es justo ordenar (la justicia como legalidad), quién está justificado para ordenar (la justicia como legitimidad en origen), y qué es lo que está justificado ordenar

²⁵ Hohfeld, *op. cit.*, p. 68. En el mismo sentido, Alexy, *op. cit.*, p. 232.

(la justicia como legitimidad en contenido). Los derechos humanos ofrecen una respuesta completa porque en base a un mismo principio resuelven las tres cuestiones: las normas son legítimas porque son necesarias para el desarrollo de la autonomía individual, la competencia normativa es legítima si y sólo si deriva del ejercicio de la autonomía por los destinatarios de las normas (esto es, del consentimiento) y las normas son justas si y sólo si tienen como contenido la protección y la promoción de esa misma autonomía²⁶.

Normativamente, esto es, desde el punto de vista de la determinación de la decisión correcta a un problema jurídico, de declaración de lo debido en un caso determinado *como lo haría el juez*²⁷, el derecho a ser informado parece no presentar mayores disyuntivas, tanto en materia penal como en materia tributaria. Como fácilmente puede verse, configura un auténtico *derecho subjetivo a algo*, concretamente *a una prestación fáctica positiva*: una posición jurídica que otorga al ciudadano el poder de exigir del Estado una prestación –suministro de información– ocurridas determinadas circunstancias, concretamente la pretensión de ejercer el poder punitivo o el poder tributario, según corresponda.

B. Son derechos subjetivos

En efecto, si partimos de la definición de Kelsen, de acuerdo con la cual el derecho subjetivo es un *status* individual o colectivo a cuya realización se encuentra asociado el deber jurídico de un tercero, a través de la norma jurídica²⁸, y considerando las dos posibilidades lógicas que plantea Alexy²⁹, el contenido regulativo de los ordenamientos jurídicos modernos reconoce expresamente el derecho *subjetivo* a ser informado, tanto del contribuyente como del acusado penal. Ejemplos de lo anterior fueron expuestos previamente³⁰: parece claro que cada sistema jurídico contiene una norma “N” que confiere de forma «universal» el derecho a ser informado, y que su aplicación, relativamente sencilla, tiene lugar cada vez que el Estado busca determinar si a una persona “A” le es exigible o no una pena o un tributo, respectivamente. De este modo, parafraseando a Alexy³¹, es posible predicar como normas “individuales” las siguientes:

“A” tiene frente al Estado el derecho a ser informado previamente de la pretensión estatal de ejercer el *ius puniendi* sobre él.

²⁶ Hierro, *op. cit.*, pp. 24-25.

²⁷ Alexy, *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁸ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1959, pp. 72-78.

²⁹ Esto es, tanto en el caso en el que es claro si la norma N confiere un derecho subjetivo a un sujeto A pero se duda si la situación fáctica de A es subsumible en N, como en el supuesto en el que es claro que la norma N es aplicable a la situación de A, más se duda de si aquella confiere un derecho subjetivo. Alexy, *op. cit.*, pp. 174-175.

³⁰ Introducción.

³¹ Alexy, *op. cit.*, p. 177.

"A" tiene frente al Estado el derecho a ser informado previamente de la pretensión estatal de ejercer el poder tributario sobre él.

De los enunciados previos queda clara la titularidad de "A" de una posición jurídica que le permite exigir del Estado *información*: la relativa a la pretensión de ejercicio del *ius puniendi* o de la competencia tributaria, o lo que es lo mismo, "A" *tiene un derecho subjetivo a la información respecto del potencial ejercicio del poder punitivo o de la competencia tributaria que sea susceptible de afectarlo, así como sobre los modos y condiciones en los que dichos poderes han de ser ejercidos*, según corresponda. Naturalmente, estos enunciados también definen, limitativamente, el "derecho subjetivo" del Estado, su competencia: así, *el Estado tiene la capacidad de modificar unilateralmente³² la situación jurídica de "A" a través de su poder punitivo o de su poder tributario, si y solo si –además de otros requisitos– "A" es informado previamente*. Una forma más acabada de formular esta posición jurídica es caracterizándola como "derecho a una acción positiva fáctica"³³, en los siguientes términos:

"A" tiene frente al Estado el derecho a que éste le informe previamente de su pretensión de ejercicio del *ius puniendi* sobre él.

"A" tiene frente al Estado el derecho a que éste le informe previamente de su pretensión de ejercicio de la competencia tributaria sobre él.

Sin embargo, ello no parece suficiente. A pesar de su aparente claridad, los enunciados previos suponen una dificultad empírica considerable. Supongamos que, con base en estas reglas, el Estado se limita a poner en conocimiento de "A" el *inicio* de los procedimientos tendientes a la constatación del acaecimiento de supuestos fácticos legitimadores del ejercicio del poder punitivo o de la competencia tributaria –hecho punible, hecho imposible–, dejando en la *ignorancia* al sujeto pasivo respecto de los fundamentos y modo de potencial ejercicio de tales poderes jurídicos. No hace falta mayor esfuerzo para constatar que una situación tal es *absurda por insuficiente*, en tanto infringe *fraudulentamente³⁴* el «fundamento moral» del derecho a ser informado, que es, como ya se ha sostenido, la dignidad humana ínsita al conocimiento –y consecuentemente, la posibilidad *real* de defensa– frente a las pretensiones de terceros limitativas del *status* jurídico particular³⁵.

³² Esto es, sin que para la validez o la eficacia de tal modificación participe la voluntad de "A".

³³ Alexy, *op. cit.*, pp. 194-196.

³⁴ A través del despliegue de una conducta formalmente "conforme" a las reglas previamente descritas, pero contraria al *principio*, que le sirve de base axiológica como *criterio de validez* de la regla y, con ella, del propio ordenamiento, como es característico de los derechos fundamentales. Cfr. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000, p. 125.

³⁵ En materia tributaria, como indica Öner, la información debe permitir al sujeto pasivo la comprensión del procedimiento determinativo de oficio en marcha y permitirle, en consecuencia, advertir sus posibles instrumentos de defensa. En este contexto, por ejemplo, podría con-

Por ello, en la opinión del autor el derecho a ser informado califica como un derecho a una protección jurídica efectiva, de modo que "el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos"³⁶, o lo que es lo mismo, un proceso aplicativo de dos pasos: (i) la identificación de las situaciones fácticas en las que el contenido, tiempo, modo y condiciones del ejercicio del poder estatal podría suponer una limitación de derechos del ciudadano que justifique racionalmente que se le informe previamente de tal circunstancia; y (ii) la ponderación del derecho del ciudadano a ser informado de estas situaciones con otros derechos que puedan entrar en conflicto con aquél³⁷, como lo es el riesgo de que el ciudadano obstruya ilegítimamente el recto ejercicio de la competencia por el Estado, destruyendo la evidencia de los hechos relevantes, según el caso.

C. Son un status personal

Adicionalmente, como consecuencia de lo expuesto, el derecho fundamental a ser informado de la actividad estatal potencialmente limitativa de sus derechos es igualmente caracterizable como un *status personal positivo*, en tanto relación jurídica que califica al individuo como titular de posiciones jurídicas de derecho subjetivo frente al Estado: en concreto, el derecho a que éste *le informe*³⁸. En las palabras de Alexy:

Si se prescinde del aspecto de la competencia, al igual que de otros refinamientos, se obtiene como núcleo del status positivo el derecho del ciudadano frente al Estado a acciones estatales. A ello se refiere Jellinek cuando declara que el status positivo es 'justamente el reflejo del negativo'. Al derecho de *a* frente al Estado a la acción *h* de este último corresponde la obligación del Estado frente a *a* de realizar la acción *h*. Así como en una discusión acerca del contenido del status negativo de *a* de lo que se trate es de saber si a *a* le está ordenada la realización u omisión de una acción *h'* o si es libre con respecto a *h'*; hay, pues, que 'decidir acerca de la libertad del Estado'. El discurso del reflejo apunta, pues, al hecho de que la extensión del status positivo del ciudadano se corresponde con la extensión de aquello que uno podría llamar el "status pasivo

siderarse lógico que todas las notificaciones dentro de un procedimiento determinativo de oficio deban hacerse en el idioma oficial del Estado, o al menos en un lenguaje comprensible para el contribuyente. Sin embargo, la jurisprudencia alemana –citada por Öner– ha dicho que la notificación al contribuyente del intercambio de información entre Alemania y Noruega, puede darse en un idioma diferente al alemán o al noruego (en el caso concreto, inglés), "sin" que ello afectara –según el tribunal de primera instancia– el *status* de defensa del sujeto pasivo. Öner, Cihat, "Using Exchange of Information in Regard to Assistance in Tax Collection", *European Taxation*, Amsterdam, volumen 51, número 4, Journals IBFD, 2011, p. 134, en nota al pie número 92.

³⁶ Alexy, *op. cit.*, p. 472.

³⁷ Pues si no priman principios opuestos, existe un derecho definitivo a la vigencia de los derechos fundamentales a prestaciones estatales de corte procedimental. *Ibidem*, p. 474.

³⁸ *Ibidem*, p. 462.

del Estado”, como así también a que en la relación Estado/ciudadano todo aquello que no pertenece al status positivo del ciudadano se cuenta entre aquello que podría llamarse “status negativo del Estado”³⁹.

En conclusión, aplicando los criterios antes expuestos, es posible definir al derecho a ser informado como un derecho subjetivo fundamental, que concede al ciudadano un *status* personal como titular de una posición jurídica que lo habilita a exigir frente al Estado la realización de las acciones *informativas* necesarias para una protección jurídica efectiva de sus derechos⁴⁰ frente a la actividad estatal potencialmente limitativa de éstos, y cuyo “núcleo duro” supone un *standard* mínimo de protección para el ciudadano, vigente en cualquier supuesto de pretensión estatal de ejercicio de sus posibilidades jurídicas de modificación unilateral del *status* jurídico del ciudadano⁴¹.

2. Qué protegen los standards de protección

Concebido así el derecho a ser informado como un *standard* mínimo de protección del ciudadano en sus relaciones con el Estado, caben dos posibilidades lógicas respecto de su *objeto de protección*.

A. Diferentes categorías, regidas por standards particulares para cada una

En primer lugar, es posible plantear la existencia de tantos *standards* mínimos de información como relaciones con el Estado puedan configurarse, en función del objeto de cada una y de la cualidad particular que ostente el ciudadano en cada una de esas relaciones. Así, habría un *standard* de información mínima a la que tendría derecho el *contribuyente* en el contexto de la determinación tributaria, sustancial y teleológicamente distinto del *standard* aplicable –en razón de su objeto– para establecer la información mínima a la que tendría derecho el *acusado* en el contexto del proceso penal, con fundamentos racionales y axiológicos diferentes.

A esa *ratio* responde, posiblemente, la “*tradicional reticencia*” a extender la protección de los derechos humanos más allá de sus componentes civiles y penales, particularmente dentro de los confines de la Convención Europea de Derechos Humanos⁴². A este respecto, el Artículo 6o. de la Convención establece que el derecho a un juicio justo, considerado como derecho humano, es (solo) aplicable para la determinación de los derechos

³⁹ *Ibidem*, p. 257.

⁴⁰ Según Öner, su importancia llega al punto de que de ello depende la *confianza* que el ciudadano pueda desarrollar respecto de la efectividad de sus restantes derechos frente al Estado. Öner, *op. cit.*, p. 134.

⁴¹ Lo que es lo mismo, de sus *competencias*, en el sentido que asignan Hohfeld y Alexy al término.

⁴² No es ese el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo Artículo 8o. extiende *expresamente* las garantías del debido proceso a la determinación de las responsabilidades tributarias de los ciudadanos.

y obligaciones de naturaleza *civil* o de los cargos de naturaleza *criminal* contra el ciudadano, sin mención alguna de la *determinación de obligaciones tributarias*. Adicionalmente, el Artículo 1o. del Protocolo N° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos limita la protección de la propiedad como derecho humano por aquellas leyes que los Estados Contratantes estimen necesarias “*para asegurar el pago de tributos u otras contribuciones o penas*”. Como resultado, la Convención Europea de Derechos Humanos ha sido tenida por aplicable a los procedimientos determinativos de *recargos* tributarios, cuando la ofensa es de naturaleza penal, o cuando los siguientes elementos están presentes⁴³: (i) la ley que establece las penas cubre a todos los ciudadanos en su condición de contribuyentes; (ii) el recargo está esencialmente orientado a fines preventivos y represivos; (iii) el recargo fue impuesto bajo una regla general con los fines antes señalados; y (iv) el recargo fue sustancial.

Con base en estas reglas y sus *standards* de interpretación, Cordeiro Guerra y Dourigo señalan la existencia de una “*tradicición*” en Europa⁴⁴, de acuerdo con la cual el Derecho Tributario implica el ejercicio de un poder soberano por las autoridades del Estado, una “*esfera aparte*”, que no está automáticamente limitada por los derechos humanos⁴⁵. Consecuentemente, en este contexto el interés público se entiende como preeminente, de modo que “no solo no hay derechos sustantivos del contribuyente con relación a las autoridades públicas cuando éstas deciden cómo financiar los servicios para la colectividad, sino también durante los procedimientos, cuando estas reglas generales son aplicadas a cada caso particular, no habrá una forma de protección como la provista

⁴³ Traducción no oficial del autor. *Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights*. Estrasburgo, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014, pp. 9-10, en <http://bit.ly/1jJAZr8>.

⁴⁴ Ese *no* es el caso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyo Artículo 8o. *expresamente* extiende las garantías del debido proceso a la determinación de las obligaciones fiscales.

⁴⁵ Esto es, las regulaciones administrativas y tributarias. Schwartz, Bernard, “Administrative Law and the Sixth Amendment: ‘Malaise in the Administrative Scheme’”, *American Bar Association Journal*, volumen 40, número 2, febrero de 1954, pp. 107-110, 166. En este sentido, la Corte Europea de los Derechos Humanos estableció, en *Ferrazzini v. Italia* que, a pesar de que intereses pecuniarios “están claramente en juego en los procedimientos tributarios... demostrando meramente que una disputa es ‘pecuniaria’ en su naturaleza no es en sí mismo suficiente para atraer la aplicabilidad del Artículo 6 § 1 bajo su parte ‘civil’, y en consecuencia considera (§ 29) que las disputas en materia tributaria “todavía forman parte del núcleo duro de las prerrogativas de la autoridad pública, con la naturaleza pública de la relación ente el contribuyente y la comunidad permaneciendo como predominante. Teniendo en cuenta que la Convención y sus Protocolos deben interpretarse como un todo, la Corte también observa que el Artículo 1o. del Protocolo N° 1, que regula la protección de la propiedad, reserva a los Estados el derecho de promulgar las leyes que consideren necesarias para el propósito de asegurar el pago de tributos... A pesar de que la Corte no atribuye una importancia decisiva a ese factor, sí lo toma en cuenta. Considera que las disputas tributarias caen fuera del ámbito de los derechos y obligaciones civiles, a pesar de los efectos pecuniarios que necesariamente producen sobre el contribuyente”. Traducción no oficial del autor. Stedh, *Ferrazzini v. Italy* (2001), §§ 25, 29, en <http://bit.ly/2eXFvB6>.

por el Derecho internacional y usualmente resumida en la fórmula del ‘juicio justo’”. En otras palabras, el ciudadano no sería portador de ningún *derecho fundamental* frente al Estado⁴⁶ desde la perspectiva del debido proceso, *incluyendo* al derecho a ser informado, en tanto *contribuyente*, creando –en las palabras de Perrou– una «brecha» en la armonización de la aplicabilidad del derecho a un juicio justo entre el Europeo y otros sistemas de protección de derechos humanos⁴⁷.

Como puede verse, en el contexto de la Convención Europea de Derechos Humanos, se entiende al Derecho Tributario –de acuerdo con la tradición previamente descrita– como una rama enfocada primigeniamente en el ejercicio de la soberanía en la recaudación impositiva, más que conciliar esta actividad con la protección de los derechos de los contribuyentes⁴⁸ y, por lo tanto, asumiendo su derecho fundamental –como se indica enseguida– a protección a través de *standards* de información equivalentes a los aplicables, por ejemplo, en un contexto de procedimiento penal⁴⁹.

⁴⁶ Cordeiro Guerra, Roberto, y Dourigo, Stefano, “Taxpayer’s Rights as Human Rights during Tax Procedures”, en Kofler, Georg, Poiars Maduro, Miguel, y Pistone, Pasquale (cords.), *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Amsterdam, IBFD, 2011, p. 425.

⁴⁷ En sus palabras, “Luego de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tres grandes sistemas regionales de derechos humanos fueron desarrollados: el sistema Europeo en los 1950s, el sistema Interamericano en los 1970s, y el sistema Africano en los 1980s... El derecho a un juicio justo está presente en los tres instrumentos. Los asuntos tributarios, sin embargo, están expresamente regulados solamente en el texto del artículo relevante del sistema Interamericano. En el sistema Africano, la amplitud del texto de las disposiciones relevantes y el hecho de que su interpretación sigue la interpretación del Artículo 14 del PIDCP resulta en la inclusión de los asuntos tributarios en el ámbito de aplicación de la Carta Africana también. La situación es diferente en Europa, donde la jurisprudencia establecida de la Corte Europea de Derechos Humanos incluye a los asuntos fiscales en la protección de la CEDH solo en tanto ellos puedan ser clasificados como ‘cargos criminales’. Este es un desarrollo extraño dado el hecho de que la protección de los derechos humanos pretende ser armonizada tanto verticalmente (entre los sistemas universales y regionales) y horizontalmente (entre los varios sistemas regionales). El sistema europeo crea una brecha en este sentido”. Traducción no oficial del autor. Perrou, Katerina, “Capítulo 5 Access to an Effective Remedy and International Tax Disputes–The Creation of Positive Obligations for the States in Taxpayer Participation”, *Taxpayer Participation in Tax Treaty Dispute Resolution*, Amsterdam, IBFD, 2014, Online Books.

⁴⁸ Sin embargo, hay un espacio para la aplicación limitada del Artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, de acuerdo con Maisto: las etapas de litigio pre y post-judicial. Del mismo modo, hay situaciones tributarias en las que la protección de la Convención Europea de Derechos Humanos es significativa. Maisto, Guglielmo, “The Impact of the European Convention on Human Rights on Tax Procedures and Sanctions with Special Reference to Tax Treaties and the EU Arbitration Convention”, en Kofler, Georg, Poiars Maduro, Miguel, y Pistone, Pasquale, (Editores), *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Amsterdam, IBFD, 2011, pp. 373-395.

⁴⁹ Lo opuesto, esto es, una evolución hacia la expansión de las garantías del debido proceso desde los casos penales, hacia los casos de Derecho privado, y luego gradualmente hacia los casos administrativos y tribunales, ha sido señalado por Perrou, en una aguda aproximación. Perrou, *op. cit.*, Online Books IBFD, y Kofler, Georg, Poiars Maduro, Miguel, y Pistone, Pasquale (Editores) “Preface”, *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Amsterdam, IBFD, 2011, p. xxi.

B. *Una única categoría: La persona humana, como individuo con derecho a dignidad y a igual consideración y respeto.*

A contrario, como indican Cordeiro Guerra y Dorigo, “los contribuyentes son, primero que todo, seres humanos y como tales titulares de derechos humanos frente al Estado que impone el tributo”⁵⁰. En consecuencia, es posible entender al derecho a ser informado como un *standard* mínimo de protección de carácter único, adscrito a la norma constitucional que consagra el *status* jurídico general del ciudadano de poder exigir del Estado le suministre información *relevante y eficaz* a los fines de la *protección efectiva* de su situación jurídica general a través de las restantes manifestaciones del derecho a la defensa frente al ejercicio estatal de sus competencias, *independientemente de la cualidad que ostente el ciudadano en cada tipo de relación jurídica con el Estado*⁵¹ y que se exterioriza variadamente, en lo que Alexy llama un *haz de posiciones iusfundamentales*:

Pero ¿qué es un derecho fundamental como un todo? La respuesta más simple es que un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales. Queda abierta la cuestión de saber qué es lo que reúne las distintas posiciones individuales iusfundamentales en un derecho fundamental. Una vez más, la respuesta más simple reza: su adscripción a una disposición de derecho fundamental. A las posiciones jurídicas corresponden siempre normas que las confieren. Al ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental corresponde entonces la *adscripción* de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental⁵².

⁵⁰ Cordeiro Guerra y Dorigo, *op. cit.*, p. 425.

⁵¹ Así lo afirman Kofler, Poiaras Maduro y Pistone, para quienes “La protección de los derechos humanos, como derechos fundamentales de la humanidad, es particularmente apto como objeto de este diálogo, dado que los contribuyentes no son ontológicamente diferentes a todos los demás seres humanos y, de hecho, el tiempo ha llegado para que una visión moderna de la tributación reconsidere la naturaleza absoluta de los poderes tributarios y los enmarque dentro de límites que reconozcan la existencia de márgenes técnicos de apreciación, mientras excluyen poderes más amplios”. En el mismo sentido, Lipton sostiene que la protección de las garantías constitucionales de los potenciales evasores fiscales requieren de salvaguardas sustancialmente idénticas a las de cualquier proceso penal, en especial en lo relativo a la vigencia del principio *nemo tenetur*. Igualmente, Castillo Alva considera que el derecho a ser informado encarna “una obligación de todos los poderes públicos de informar oportunamente de los cargos (penales, disciplinarios, administrativos sancionatorios, etc.) que pesan en contra del ciudadano”. Kofler, Poiaras Maduro, y Pistone, *op. cit.*, p. xxii; Lipton, Paul P., “Constitutional Rights in Criminal Tax Investigations”, *American Bar Association Journal*, volumen 53, número 6, pp. 517-521, en <http://bit.ly/2bu2CRg22>; Castillo Alva, José Luis, “El derecho a ser informado de la imputación”, en Hurtado Pozo, José, y García Cavero, Percy (coords.), *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pp. 191-192, en <http://bit.ly/1Uxbesj>.

⁵² Alexy, *op. cit.*, p. 241.

Bajo este supuesto, el derecho a ser informado tendría *un único fundamento ético* en la dignidad de la persona⁵³, y en su derecho a igual consideración y respeto, que según Dworkin es un “postulado mínimo de moralidad” que exige del Estado tratar a sus ciudadanos con igual consideración, “*como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración*” y asimismo con igual respeto, “*como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas*”⁵⁴, noción que, como fácilmente puede verse, está directamente vinculada con la idea del «plan racional de vida» que es objeto de la Libertad como derecho fundamental⁵⁵.

Como consecuencia, el derecho a ser informado supondría por igual, tanto en el contexto de la determinación tributaria como en el ámbito del proceso penal, (i) una única fundamentación ética; y (ii) *criterios únicos de ponderación* para la determinación del *grado de intensidad* de su aplicación *en la mayor medida posible*, en razón de las circunstancias fácticas y en consideración del contexto valorativo en el que el derecho a ser informado esté llamado a aplicarse en un caso concreto, con base en lo que Alexy califica como una “teoría estructural” de los derechos fundamentales⁵⁶. En esos términos, y luego del análisis comparativo respectivo, la cuestión quedaría circunscrita a lo siguiente:

(i) La determinación de las *situaciones comunes* a los dos ámbitos de intervención estatal objeto de análisis, para de allí identificar los posibles supuestos de:

- a. *Identidad aplicativa de corte axiológico*, que permitan estructurar unas pautas de aplicación del derecho a ser informado *con pretensión de universalidad* y, en consecuencia, aplicables por igual al contribuyente y al acusado penal.
- b. *Diversidad aplicativa de corte axiológico*, que permitan identificar los distintos grados de *intensidad* en la aplicación concreta del derecho a ser informado para cada uno de los status jurídicos objeto de análisis, contribuyente y acusado penal.

(ii) La individualización de las *situaciones de aplicación diversas* que, comparativamente, pudieran verificarse respecto de cada una de las cualidades que el ciudadano puede asumir frente al Estado en las relaciones jurídicas objeto de nuestro estudio, de forma que puedan identificarse *criterios justificados racionalmente* para la solución

⁵³ Lo que es lo mismo, “*se trata de un derecho fundamental que es exigible a todos los poderes públicos y que es un principio general de las legislaciones derivado de la esencia misma de un Estado de derecho*”, Castillo Alva, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 388-389.

⁵⁵ Cfr. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, Clarendon Law Series, pp. 103-105; y Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, Sección de Obras de Filosofía, pp. 370-377.

⁵⁶ Alexy, *op. cit.*, pp. 39-46.

eficiente de los distintos problemas interpretativos que pueden generarse en esos casos.

Así las cosas, el autor cree posible asumir como hipótesis de trabajo la afirmación de acuerdo con la cual el derecho a ser informado configura un *standard* único de protección, bajo la forma de un haz de posiciones jurídicas fundamentales que son aplicables por igual al contribuyente y al acusado penal, y cuyas diferencias aplicativas no equivalen a su distinta naturaleza, sino que son resultado de la *textura abierta* que es característica de la ponderación como mecanismo de aplicación de derechos fundamentales.

III. STANDARDS DE PROTECCIÓN PROCESAL PENAL DEL DERECHO A SER INFORMADO: UN PUNTO DE REFERENCIA

1. *Antecedentes históricos*

Puede afirmarse válidamente que el derecho a ser informado ha sido objeto tradicional de regulación por el Derecho Penal⁵⁷, como emanación del *principio acusatorio*⁵⁸ como Briseño Sierra apunta:

⁵⁷ McSweeney, Thomas J., "Magna Carta and the right to trial by jury", Holland, Randy J. (Editor), *Magna Carta: Muse and Mentor*, Washington, Library of Congress y Thomson Reuters, 2014, p. 144; Hurley, Jennifer L., "Has the Supreme Court 'wrench[ed]' the Sixth Amendment from its proper context?"; Hall, Kermit L. (Editor), *The rights of the accused: the justices and criminal justice*, New York-London, Garland Publishing Inc., 2000, p. 138.

⁵⁸ Esto es, un sistema procesal basado en la separación entre las funciones de (i) *acusación*, atribuida a la víctima del delito o a un tercero (p. e., el Ministerio Público), y que permite una individualización preliminar de la persona respecto de la cual se pretende el ejercicio del *ius puniendi*; y (ii) *juzgamiento*, atribuida a un tercero imparcial, que se limitará a declarar la existencia o no del delito, la inocencia o la culpabilidad de la persona a la que aparentemente el hecho le es atribuible, sea como autor o como partícipe, y la medida de la pena a la que –en caso de culpabilidad– se ha hecho acreedor. En razón de ese divorcio entre acusación y juzgamiento, es presupuesto del sistema acusatorio el que se *informe*, tanto al acusado como al Juez, de la pretensión de condena ínsita a la acusación con todos sus fundamentos, para así permitir tanto al acusado *una defensa apropiada* como al Juez fijar equilibradamente el contenido de la *litis*, para garantía de *igualdad de armas* los participantes en el proceso. El sistema acusatorio, como indica Freiberg, "se encuentra en el núcleo del sistema de justicia moderno, filosófica, sustantiva, procesal, cultural y éticamente". Traducción no oficial del autor. Freiberg, Arie, "Non-adversarial approaches to criminal justice", *Journal of Judicial Administration*. MelbourneThomson-Reuters y Australasian Institute of Judicial Administration, 2007, volumen 16/4, pp. 205-222, en <http://bit.ly/2dVHsyV>; Briseño Sierra, Humberto, "El principio acusatorio en el proceso penal", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana México*, Universidad Iberoamericana, número 2, 1970, pp. 47-53, en <http://bit.ly/2cYdgoC>; Castillo Alva, José Luis, *op. cit.*, pp. 191-192; y Ambos, Kai, "El principio acusatorio y el proceso acusatorio: Un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica", *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 155-182, en <http://bit.ly/2cCAbq2>.

El proceso acusatorio que se vislumbra en las legislaciones orientales, florece en Grecia y en Roma y se extingue durante el Bajo Imperio, lo encontramos, aunque en forma harto tosca, en el Derecho de los pueblos germanos, en los Fueros municipales españoles y asimismo en las ciudades italianas durante su época de apogeo medieval, y lo vemos en la actualidad recluido en Inglaterra y en los Estados Unidos, si bien en los últimos se conoce la institución del ministerio público, que no se compagina con el sistema acusatorio puro⁵⁹.

En efecto, por un lado el proceso penal en la antigua Atenas –del siglo VI al IV a. C.– respondía al modelo acusatorio puro⁶⁰, “*pues cualquier ciudadano ateniense (en torno al 399 a. C.), podía formular la acusación ante el oficial competente (arconte), por lo que existía una verdadera acusación popular*”. Por su parte, en Roma el inicio del proceso penal estaba marcado por la *accusatio*, con la que el acusador “*asumía la obligación ética de presentar una acusación justa frente al acusado y a su vez asumía que el proceso podía dirigirse contra el propio acusador*”. Esta situación se mantuvo hasta un estadio avanzado de ambas civilizaciones, aun cuando la investigación respecto de la culpabilidad –*inquisitio*– estaba atribuida a un funcionario, *questorii* o *tresviri capitales*, según la época, y a pesar de la coexistencia de este sistema acusatorio con un proceso fundamentalmente *inquisitivo* para la persecución de determinados delitos⁶¹.

Por su parte, tanto en el Derecho germánico como en el Canónico regía el principio clásico del modelo acusatorio *nemo iudex sine actore*, no hay juez sin acusador. El proceso penal estaba condicionado a la formulación de una acusación, de origen privado, que perseguía la reparación del daño y el castigo del culpable, sea judicial o extrajudicialmente. Solo fue posteriormente que, debido a la creciente influencia del Monarca –Rey o Papa, según el caso– fueron incorporándose crecientes elementos inquisitivos, sin que –emperero– desapareciese del todo la necesaria acusación formal, que debía ponerse siempre en conocimiento del acusado⁶².

En este contexto, el origen formal del derecho a ser informado, como elemento del debido proceso aplicado a asuntos penales, puede ubicarse en las *Constituciones de Clarendon*, dictadas por Enrique II de Inglaterra (1164)⁶³. De acuerdo con su párrafo 6:

⁵⁹ Briseño Serra, *op. cit.*, p. 82, nota al final número 3.

⁶⁰ En este sentido, Ferrajoli, *op. cit.*, p. 564.

⁶¹ Ambos, *op. cit.*, pp. 1-3; y Ferrajoli, *op. cit.*, p. 565.

⁶² Ambos, *op. cit.*, pp. 3-5.

⁶³ Como señala Ferrajoli, “*Tras la caída del imperio romano, el proceso se vuelve acusatorio, confundiendo en las primeras jurisdicciones bárbaras con los ritos de las ordalías y los duelos judiciales, evolucionando después en la forma de la disputatio y del contradictorio, elaborados entre el fin del primer milenio y el siglo XII, y desarrollándose y consolidándose en Inglaterra y en el mundo anglosajón en las formas del adversary system*”. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 565.

Los laicos no deben ser acusados sino a través de acusadores confiables y legales, y testigos en presencia del obispo, de tal modo que el archidiácono no pierda su derecho, ni cualquier otra cosa que él debería obtener de él. Y si aquellos que son inculcados son de tal manera que nadie desea o se atreve a acusarlos, el Comisario (*Sheriff*), a solicitud del obispo, hará jurar a doce hombres de bien del vecindario o pueblo en la presencia del obispo que ellos manifestarán la verdad en la materia, según su conciencia⁶⁴.

Poco después, el parágrafo 2 de las *Assize de Clarendon* (1166) establecieron, si bien arcaicamente, la obligación de hacer conocer al acusado de homicidio, hurto o robo las razones de la acusación de doce de los miembros más acreditados de su comunidad, incorporado como forma de *declaración de inocencia* en la Eucaristía que precedía al juicio por ordalía de agua⁶⁵. Posteriormente, el parágrafo 38 de la *Magna Carta* de Juan I de Inglaterra, “Sin Tierra” (1215), dispuso en concordancia que “*Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino*”⁶⁶. En ese mismo año, el Canon 8 del IV Concilio de Letrán, bajo la égida del Papa Inocencio III, consagró una forma algo más acabada de *formulación de cargos*, que implicaba el derecho a ser informado:

Una acusación penal que implica la pérdida de condición, es decir, degradación, no se permitirá en ningún modo a menos que sea precedida por un cargo bajo la forma legal...

La persona sobre la cual se hace la investigación debe estar presente, a menos que se ausente por rebeldía. Los puntos de la investigación deben serle mostrados para que él esté en capacidad de defenderse. Los nombres de los testigos, así como sus deposiciones han de hacerse saber, de manera que tanto lo que ha sido dicho como quién lo ha dicho será evidente; excepciones y respuestas legítimas serán admitidas, pues la supresión de los nombres lleva a los temerarios a las falsas acusaciones y la exclusión de las excepciones lleva a que se hagan falsas declaraciones⁶⁷.

En este orden, resulta interesante constatar que el presunto origen de estas instituciones –incluido el derecho a ser informado– se halle en la *adaptación* de los procedimientos *romanos* de determinación tributaria, afirmación que refuerza la idea de un único derecho a ser informado, igualmente aplicable tanto al procedimiento penal como al tributario:

⁶⁴ *Constituciones de Clarendon*, en <http://bit.ly/2bSTANc>.

⁶⁵ *Assize de Clarendon*, en <http://bit.ly/2ck8gt3>.

⁶⁶ *Magna Carta*, en <http://bit.ly/2bSTANc>.

⁶⁷ *Cánones del IV Concilio de Letrán*, en <http://bit.ly/2cmzy1F>.

El jurado inglés ha sido tan altamente apreciado por los ingleses, tantas veces copiado por los extranjeros, que su origen ha sido buscado en muchas direcciones diferentes. Al presente, sin embargo, puede haber poca duda sobre el camino al que debemos poner nuestra vista. Debemos mirar a la *inquisitio* Franca, las prerrogativas de los reyes Francos. No al procedimiento ordinario de los tribunales Francos; que, como el procedimiento de nuestras propias y antiguas cortes comunales, solo conoce de medios tan antiguos de prueba como las ordalías y el juramento con auxiliares jurados [*oathhelpers*]. Pero el rey Franco se ha colocado en cierta medida fuera del formalismo de la antigua ley popular; su corte puede administrar equidad que tempera el rigor de la ley y permite acceso directo a la verdad. En particular, imitando, puede ser, el procedimiento del *fiscus* Romano, él asume para sí el privilegio de determinar y mantener sus propios derechos por medio de una investigación. Él ordena que un grupo de hombres, los mejores y más confiables de un distrito, juren declarar qué tierras, qué derechos, él tiene o debería tener en su distrito⁶⁸.

Luego vendría la decadencia del principio acusatorio –y con él, en la práctica, el del derecho a ser informado– por obra del *principio inquisitivo*, que alcanzó su cúspide por la promulgación de la *Constitutio Criminalis Carolina* alemana, del Emperador Carlos V (1532), considerada como la “madre” del proceso penal inquisitivo. Según este principio, la acusación, investigación y juicio de si un delito se ha realizado y la responsabilidad de su autor es atribuido, privada y *secretamente*, solamente a una sola persona: el juez⁶⁹. Paradójicamente, la distinción entre la inquisición general para la determinación de los hechos (*corpus delicti*) y la inquisición especial con la imputación del hecho a un autor concreto (*auctor delicti*), extendida al proceso penal por influencia de la *Carolina*, confería al acusado una protección teóricamente equivalente a la del derecho a ser informado, pues era necesaria la fijación previa del hecho incriminado antes de su imputación efectiva⁷⁰.

⁶⁸ En este contexto, es notable que el *Domesday Book*, el registro fiscal de toda la propiedad británica para 1086, se compiló a través del veredicto de jurados. Pollock, Sir Frederick, y William Maitland, Frederic, *The History of English Law before the time of Edward I*, Indianapolis, Liberty Fund, Inc., 2010, pp. 150, 152. En el mismo sentido, sobre la influencia del procedimiento de *common law* para la recaudación tributaria en Roma en el proceso de los Francos y, por esa vía, fundamentando el derecho a ser informado, Brunner apunta que los recaudadores eran instruidos para realizar una *inquisitio*, en un sentido muy similar al anotado en el texto principal, a través del testimonio de “los más creíbles y respetados hombres del Condado” (*die glaubwürdigsten und angesehenste Männer der Grafschaft*). Brunner, Heinrich, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1871, pp. 87-92, en <http://bit.ly/2cE11uT>.

De acuerdo con Ferrajoli, es inquisitivo “todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa”, Ferrajoli, *op. cit.*, p. 564.

⁷⁰ Ambos, *op. cit.*, pp. 6-7, 10.

Más de 400 años después de la promulgación de las *Assize de Clarendon* y la *Magna Charta*, hubo un par de precedentes importantes en relación con el derecho a ser informados y el derecho a la no autoincriminación, o principio de *nemo tenetur se ipsum accusare*⁷¹. En primer lugar, la *Petition of Rights* de 1628 vinculó directamente al derecho a ser informado con el debido proceso, en la medida en la que la falta de aplicación de aquel fue considerada una violación de éste. En efecto, el párrafo III de la *Petition* invocó el párrafo 39 de la *Magna Charta* como protección de su derecho a ser juzgados conforme con la ley, a pesar de lo cual, según se denuncia en el párrafo 5 de la *Petition*,

Sin embargo, contra el tenor de los dichos estatutos, y además de las buenas leyes y estatutos de su reino a tal fin, varios de sus súbditos han sido últimamente encarcelados sin haberles sido mostrada ninguna causa; y cuando para su liberación fueron traídas ante los jueces de Su Majestad peticiones de hábeas corpus, para allí ser recibidas y tramitadas tal como la corte debe ordenar, y sus cuidadores ser ordenados a certificar las causas de la detención, ninguna causa fue certificada, sino únicamente que ellos fueron arrestados por órdenes especiales de Su Majestad, representado por los señores de su Consejo Privado, y sin embargo fueron devueltos a varias prisiones, sin ser acusados de cualquier cosa frente a lo cual pueda responderse de acuerdo con la ley⁷².

En segundo lugar, en diciembre de 1637, John Lilburne, también conocido como "Freeborn" por sus posiciones radicales respecto de la libertad ciudadana frente al Estado⁷³, se hizo famoso por hacer valer tanto el derecho a ser informado de los cargos por los que estaba siendo acusado como a no declarar contra sí mismo en juicio ante la Corte del *Star Chamber*⁷⁴, donde estaba siendo juzgado por imprimir, contrabandear

⁷¹ Wolfram, Harold W., "John Lilburne: Democracy's Pillar of Fire", *Syracuse Law Review*, Syracuse, N. Y., volumen 3, número 2, Syracuse University College of Law, 1952, p. 218.

⁷² *Petition of Rights*, en <http://bit.ly/1Q8b5sv>.

⁷³ Al punto que Lilburne ha sido considerado como "uno de los primeros auténticos libertarios"; Richards, Peter, *Lilburne: the first English libertarian*, en <http://bit.ly/2cGeL85>.

⁷⁴ El Tribunal del *Star Chamber*, parte importante del Poder Judicial inglés en el siglo XVI y principios del siglo XVII, "renombrado por sus métodos de opresión, injusticia y tiranía, poseía poderes que habían crecido lenta y vagamente, y en el tiempo de los Estuardo ejercía jurisdicción casi ilimitada. Su procedimiento fue creado por ella misma, y no era el del common law. No había jurados; podía actuar por el mero rumor; podía aplicar tortura e infligir cualquier castigo excepto la muerte. Estaba admirablemente diseñado para mantener al despotismo contra la libertad individual o nacional. El Parlamento abolió esta Corte en 1641; y, sobra decirlo, no ha sido nunca revivida". Parry, Leonard A., *Some Famous Medical Trials*, Washington D. C., Beard Books, 2000, p. 277. El *Star Chamber* "ha sufrido más del apelativo 'malo' que lo que lo han sido la mayoría de las demás instituciones legales abolidas. En el caso del *Star Chamber*, 'malo' ha tenido una connotación moral; el *Star Chamber* se califica junto con nombres propios del tipo de 'la Inquisición' y 'Maquiavelo' como una de las pocas palabras realmente sucias de la historia moderna. Miembros del Congreso y Miembros del Parlamento, especialmente abogados-legisladores, y jueces

desde los Países Bajos y distribuir en Inglaterra libros de doctrina puritana no autorizados, escritos por el Dr. John Bastwick⁷⁵.

En efecto, en el procedimiento británico de esa época –según lo dispuesto en la *Magna Charta* y en los *Assize de Clarendon*, antes mencionados– era necesaria una presentación formal de cargos al acusado antes de que éste declarase al respecto, fuese por testigos acusadores o por un acusador privado. Sin embargo, las cortes eclesiásticas británicas del período iniciaron la práctica de la declaración indagatoria *de oficio*, ante la simple sospecha de la posible comisión de delitos contra la religión, en tanto en dichos delitos era prácticamente imposible obtener el *testimonio* que permitiese la acusación de acuerdo con el procedimiento ordinario, dada su naturaleza de actos del *fuero interno* del individuo⁷⁶. En este contexto “El principio de que nadie puede ser constreñido a inculparse a sí mismo de un crimen del que no ha sido formalmente acusado probó ser útil para un hombre de los talentos de Lilburne. Se aferró a él, sosteniendo que éste era parte de la ley del país (*law of the land*) protegida por la *Magna Charta* (par. 39) y presionó por su extensión a las cortes eclesiásticas⁷⁷.

El juicio adquirió tal significación que, luego de su anulación y la consecuente liberación de Lilburne, el Parlamento abolió la Corte del *Star Chamber* y el juramento *ex officio* fue prohibido en los procesos criminales en las cortes eclesiásticas⁷⁸. Posteriormente, poco después de la decapitación del Rey Carlos I de Inglaterra (1649), Lilburne, junto con sus compañeros *Levellers*⁷⁹, William Walwyn, Thomas Prince y Richard Overton, todos prisioneros en la Torre de Londres⁸⁰, consiguieron publicar la tercera –y última– versión

nunca se cansan de endilgar el apelativo ‘Star Chamber’ a cualquier procedimiento o institución que con razón o sin ella parece denegar justicia, o viciar el debido proceso”. Barnes, Thomas G., “Star Chamber Mythology”, *The American Journal of Legal History*, Oxford, volumen 5, número 1, Oxford University Press, 1961, pp. 1-2, en <http://bit.ly/2cUKFNn>.

⁷⁵ Wolfram, *op. cit.*, p. 216. Sobre el proceso del Dr. Bastwick por escribir estos textos, *cf.* Parry, *op. cit.*, pp. 277-279.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 219.

⁷⁷ El texto entre corchetes es de este autor. *Ibidem*, p. 220.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 221.

⁷⁹ Los *Levellers* era un grupo de radicales políticos que defendían ardientemente la propiedad, así como los llamados “derechos naturales”, básicamente equivalentes a los hoy denominados *derechos fundamentales*. Su programa incluía reformas legislativas, tolerancia religiosa, libre comercio, y especialmente un reconocimiento expreso de los derechos individuales, incluyendo el derecho a la no autoinculpación, garantizados bajo una Constitución escrita –redactada por ellos como *acuerdos (agreements)*, o contratos entre el pueblo inglés y sus representantes– en orden a definir la forma y poderes del gobierno, y limitando dichos poderes a través de la reserva de algunos derechos inalienables al pueblo. Lilburne ha sido reconocido como uno de sus líderes, junto con William, Prince y Overton. *Cfr. British Civil Wars Project*, en <http://bit.ly/2c85aZM> y <http://bit.ly/2c84ILf>.

⁸⁰ Sobre el segundo juicio y prisión de Lilburne, *cf.* Wolfram, *op. cit.*, pp. 228-230.

de su *Acuerdo para el pueblo*, dado al pueblo inglés “como una oferta de paz para esta nación atribulada”⁸¹. En este documento, los *Levellers* establecieron, en su punto XVI, “que no estará en el poder de ningún Representante el castigar, o hacer que se castigue, a cualquier persona o personas por rehusarse a contestar preguntas contra sí mismos en casos criminales”; reivindicación profundamente enlazada con el derecho de los acusados a ser informados de los cargos, cuestión que –en su caso– ocurrió *siete meses* luego de su prisión, en su primer día en Corte⁸². Como señala Wolfram:

Originalmente, la única función de la acusación era informar al rey y a sus oficiales de los crímenes cometidos en la jurisdicción donde el Gran Jurado estaba establecido. Al acusado, en consecuencia, no le era dada una copia de la acusación ni se le permitía examinarla, pero obtenía la información que pudiera tomar de escuchar su lectura, normalmente en el día inicial del juicio... La ilustración que obtenía un acusado de escuchar la lectura de la acusación en juicio abierto era generalmente muy ligera, a pesar de que fuese leída en inglés. Hasta 1362, todas las acusaciones en juicio abierto eran preparadas en francés y luego en latín, excepto por un breve interludio durante el tiempo de Cromwell cuando eran redactadas en la “lengua vulgar”. No fue sino hasta 1751 que se requirió que las acusaciones se redactaran en inglés⁸³.

A este respecto, es notable que en su segundo juicio Lilburne exigiera enfáticamente que se le permitiese *copia* de la acusación, junto con el tiempo y medios suficientes para su defensa, lo que comprendía la asistencia de abogados de su confianza, en los siguientes términos: “*fervientemente os ruego, que fueseis tan amables de darme una copia de mi acusación, o gran parte de ella, así como vosotros esperáis una respuesta sobre ella, y me sea asignado abogado, tiempo de debate con él y citaciones de los testigos*”⁸⁴. Ante la insistente negativa de la Corte de proveerle de la asistencia de abogado en cuestiones de hecho, Lilburne hizo una terminante defensa del derecho a ser informado como elemento indispensable para la *efectividad* del derecho a la defensa: “Mis acusadores han tenido el tiempo suficiente para consultar con abogados de toda clase y tipo para destruirme, sí, y con vosotros mismos; y yo no he tenido nada de tiempo, sin saber en lo más mínimo qué es lo que vosotros me imputaréis, y en consecuencia sin poder proveer ninguna defensa por aquello que no sé qué podría ser”⁸⁵.

⁸¹ Lilburne, John, William, Walwyn, Prince, Thomas, y Overton, Richard, *An agreement of the Free People of England. Tendered as a Peace-Offering to this distressed Nation*, en <http://bit.ly/2cUHfdD>.

⁸² Wolfram, *op. cit.*, pp. 232-233.

⁸³ *Ibidem*, pp. 228-229, en nota al pie de página número 58.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 235.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 237.

Y en su *tercer* juicio (1653), habiendo sido acusado de violar el destierro que se le impuso por la emisión de un libelo “falso, malicioso y escandaloso”⁸⁶, finalmente Lilburne obtuvo *copia* de la acusación *al momento de la imputación*, junto con la designación asistencia adecuada y el tiempo y medios para su efectiva defensa *antes de contestar los cargos*. De este modo, Lilburne había “realizado una hazaña que nadie antes había logrado, extraer de la Corte una copia de su acusación en orden a que el pudiera asesorarse y ser instruido sobre las objeciones que pudieran hacersele”⁸⁷. Además, obtuvo su *absolución*.

El pensamiento ilustrado⁸⁸, con base parcial en la influencia grecorromana⁸⁹, retomó la idea de la acusación *informada y pública* como un elemento esencial del proceso penal, tanto por razones de certeza y seguridad jurídica como por considerar al imputado un sujeto *de y con derechos*⁹⁰. La expresión modélica de la información como derecho del acusado en la filosofía de la Ilustración es la de Beccaría:

Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del delito, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga *nosotros no somos esclavos y estamos defendidos*, sentimiento que inspira esfuerzo y que equivale a un tributo para el soberano que entiende sus verdaderos intereses...

Es opinión del señor de *Montesquieu* que las acusaciones públicas son más conformes al gobierno republicano, donde el bien público debe formar el primer cuidado de los ciudadanos, que al monárquico, donde esta máxima es debilísima por su misma naturaleza, y donde es un excelente establecimiento destinar comisarios, que en nombre público acusen los infractores de las leyes. Pero así en el republicano, como en el monárquico, debe darse al calumniador la pena que tocaría al acusado⁹¹.

⁸⁶ Apunta Wolfram que el Parlamento vio en una petición que hizo Lilburne a nombre de un pariente, la oportunidad de deshacerse del que consideraban un peligroso enemigo. La orden parlamentaria implicaba el destierro a perpetuidad, bajo pena de muerte. *Ibidem*, pp. 252-253.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 254.

⁸⁸ Al respecto, Ferrajoli señala que el principio acusatorio, junto con los demás axiomas que definen el modelo garantista de Derecho Penal, “fueron elaborados sobre todo por el pensamiento *iusnaturalista* de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal “absoluto.”Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho”. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 93.

⁸⁹ Cfr. Briseño Sierra, *op. cit.*, p. 48.

⁹⁰ En las palabras de Ferrajoli, “La batalla cultural y política contra la irracionalidad y la arbitrariedad de este proceso es uno de los motivos que animaron a la Ilustración reformadora. De Thomasius a Montesquieu, de Beccaria a Voltaire, de Verri a Filangieri y Pagano, todo el pensamiento ilustrado fue concorde al denunciar la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la inquisición, así como en el redescubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria, recibida en el ordenamiento inglés del antiguo proceso romano”. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 566.

⁹¹ Beccaría, Césare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, Serie Historia del Derecho número 32, pp. 37-39.

Esta evolución, se ha dicho, ha influido grandemente en la consagración de muchos derechos procedimentales en varias –*Declaraciones de Derechos*– por ejemplo, en los Estados Unidos hay Declaraciones tales como la de Virginia, cuyo Artículo 8o. estableció que “*en toda causa capital o criminal un hombre tiene derecho a demandar la causa y naturaleza de su acusación para ser confrontado con los acusadores y testigos... ni puede ser compelido a dar evidencia contra sí mismo*”⁹², o la de Massachusetts, que declara también el derecho a ser informado en los siguientes términos: “*Nadie debe ser constreñido a responder por cualquier crimen u ofensa, hasta que éste le haya sido total y claramente, sustancial y formalmente, descrito: o ser compelido a acusar, o suministrar pruebas contra sí mismo*”⁹³, así como en la Constitución de los Estados Unidos de América⁹⁴, a través de su Sexta Enmienda⁹⁵. En su interpretación, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido algunos *standards* mínimos de protección del derecho a ser informado en el contexto del procedimiento penal que han sido entendidas como *garantías constitucionales*⁹⁶, tales como el de requerir una “*notificación razonable del cargo contra él [acusado], y una oportunidad de ser escuchado en su defensa*”; y de incluir “*como mínimo, el derecho a examinar los testigos de cargo, ofrecer testimonio y ser representado por abogado*”⁹⁷. Dicha notificación, o acusación, debe expresar de manera total, directa y expresamente precisa, sin ninguna incertidumbre o ambigüedad⁹⁸, todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para constituir el tipo del delito que se imputa y que se pretende castigar,

⁹² *The Virginia Declaration of Rights*.

⁹³ *A Constitution or Form of Government for the Commonwealth of Massachusetts*, en <http://bit.ly/2ct9rll>.

⁹⁴ Wolfram, *op. cit.*, p. 258, en nota al pie de página número 161, y también el voto salvado del Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Hugo L. Black en *Adamson v. California*, 332 U.S. 46, 1947, en nota al pie de página número 14, en <http://bit.ly/2cx9kpW>.

⁹⁵ La Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece el derecho a ser informado en los siguientes términos: “*En todos los procesos penales, el acusado debe disfrutar el derecho a un juicio rápido y público, realizado por un jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito se supone ha ocurrido, que deberá ser determinado previamente por la ley, y de ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; a ser confrontado con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de asesoría legal para su defensa*”. Cfr. en <http://bit.ly/KIC6uO>.

⁹⁶ *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 2000, en <http://bit.ly/2cildkQ>.

⁹⁷ El texto entre corchetes es de este autor. Suprema Corte de los Estados Unidos de América *in re Oliver*, 333 U.S. 257, 1948, en <http://bit.ly/2cy7jel>.

⁹⁸ En consecuencia, una condena donde la acusación no cumple con estos requerimientos es equivalente a enviar al acusado a prisión *sin juicio*. Como *Cole v. Arkansas* señaló, “*es tanto una violación del debido proceso enviar a un acusado a prisión por una condena sobre un cargo sobre el que no ha sido juzgado como lo sería el condenarlo sobre un cargo que nunca ha sido hecho*”. *Cole v. Arkansas*, 333 U.S. 196, en http://bit.ly/2cgYJSE_1948; y también *DeJonge v. Oregon*, donde la Corte estableció que la acusación debía analizarse “*tal cual fue hecha. La condena sobre un cargo no hecho sería una negación pura del debido proceso*”. *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, en <http://bit.ly/2cLZ5jD>, 1937.

expresados en un lenguaje directo y comprensible⁹⁹, suficiente para permitir al acusado una defensa adecuada¹⁰⁰; en la medida en la que le permite protegerse del peligro de transgresión de la prohibición de *bis in idem* al ser juzgado nuevamente por los mismos hechos¹⁰¹; y aunque el acusado tenga derecho también a una copia de la acusación por anticipado para preparar adecuadamente su defensa, ésta no debe obtenerse necesariamente a expensas del Estado¹⁰². Adicionalmente, para la admisión en juicio de cualquier declaración hecha en respuesta a un interrogatorio, el acusado tiene derecho a ser informado previamente de su derecho a no autoinculparse, y a contar con asistencia letrada antes y durante el interroga-

⁹⁹ *United States v. Carll*, 105 U.S. 611, en <http://bit.ly/2cQajm1>, 1881; *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 1875, en la que el Chief Justice Waite expresó la opinión de la mayoría señalando que una descripción minuciosa de los cargos imputados "es material a una descripción de la sustancia de la ofensa, y no puede ser suplida por implicación. Cada cosa esencial debe ser imputada positivamente, y no por inferencia"; e igualmente estableció que "el objeto de la imputación es, primero, equipar al acusado con una descripción tal del cargo contra él que lo habilite para hacer su defensa, y lo haga acogerse a su condena o absolución en protección contra una futura persecución por la misma causa; y, segundo, para informar a la corte de los hechos alegados, de manera que ésta pueda decidir si ellos son suficientes en derecho para sustentar una condena, si ha de haber alguna. Por esto, los hechos deben ser declarados, no solamente las conclusiones de derecho. Un delito está compuesto de actos e intención, y éstos deben expresarse en la acusación con la particularidad de tiempo, lugar y circunstancias razonable"; en <http://bit.ly/1vk5kBd>; *United States v. Mills*, 32 U.S. 7 Pet. 138, declaró que "en todos los casos, el delito debe ser descrito con claridad y toda la necesaria certeza para informar al acusado del crimen por el que se le imputa"; en <http://bit.ly/2cA68tx>, 1833; *United States v. Cook*, 84 U.S. 17 Wall. 168, que dijo: "la regla es universal de que cada ingrediente que compone al delito debe ser precisa y claramente alegado en la acusación, o la acusación será mala, y podría ser anulada a petición, o el fallo podría ser revocado, o anulado por error"; en <http://bit.ly/2cLtPkl>, 1872.

¹⁰⁰ En consecuencia, a veces la simple descripción del tipo es suficiente para permitir al acusado el conocimiento del tipo que se le imputa, para que se entienda que la acusación es clara y precisa. *United States v. Gooding*, 25 U. S. 12 Wheat. 460, en <http://bit.ly/1BiEWto>, 1827.

¹⁰¹ *Russell v. United States*, 369 U.S. 749, en la que la Corte declaró que la acusación debía ser precisa en la descripción de los hechos en protección del acusado, de modo que "en caso de que se tome cualquier otro procedimiento contra él por una ofensa similar los registros muestren con precisión hasta qué punto él puede alegar una absolución o condena anterior"; en <http://bit.ly/2cXx63P>, 1962.

¹⁰² *United States v. Van Duzee*, 140 U.S. 169, donde se sostuvo que "No existe ninguna otra disposición legal para llevar a cabo la obligación constitucional del gobierno de informar al preso de la naturaleza y causa de la acusación, o para convocar a testigos o procurar la asistencia de letrado salvo que por el § 878, los acusados indigentes tienen derecho a que sus testigos sean citados a expensas del gobierno. No hay, sin embargo, obligación general por parte del gobierno a proporcionar copias de las denuncias, convocar a testigos o retener a abogados para los acusados o prisioneros. El objeto de la disposición constitucional fue simplemente garantizar los derechos que las antiguas reglas del common law le habían negado a los acusados, pero no se contempla que esto debe hacerse a expensas del gobierno. No dudamos, sin embargo, del poder de la Corte para pedir una copia de la acusación a petición del demandado y a expensas del gobierno, y si se expide tal orden, el empleado tiene derecho al arancel respectivo por la copia"; en <http://bit.ly/2czbzw4>, 1891.

torio¹⁰³; derechos que deben ejercerse o renunciarse en una forma consciente, voluntaria e inteligente¹⁰⁴, dado que el acusado los ha comprendido totalmente¹⁰⁵, sin importar la naturaleza o severidad del delito cuya comisión se le presume imputable¹⁰⁶.

2. Fundamento, contenido, elementos, función

Como se deduce de la exposición anterior, el derecho a ser informado de la acusación comprende, tanto axiológica como teleológicamente, la *igualdad de armas* de las partes de la relación jurídica procesal penal¹⁰⁷: según el viejo aforismo, *sin acusación no hay juicio válido*.

Así, el derecho a ser informado encuentra fundamento, tal como se indicó previamente¹⁰⁸, en el *status personal positivo* de protección jurídica efectiva de las posibilidades de *defensa* del ciudadano frente a la pretensión unilateral de limitación de derechos por el Estado¹⁰⁹, concretamente –en materia penal– la *libertad*, como corolario de la *dignidad hu-*

¹⁰³ De acuerdo con *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, el acusado tiene derecho de “*ser advertido antes de cualquier interrogatorio que tiene el derecho a permanecer callado, que cualquier cosa que él diga puede ser utilizada en su contra en juicio, que tiene el derecho a la presencia de un abogado, y que si no puede sufragar uno el Estado le nombrará defensor antes de cualquier pregunta, si así lo desea*”, en <http://bit.ly/2csYIOj>, 1966.

¹⁰⁴ Según *Berghuis v. Thompkins*, la condición de «inequívoca» debe también agregarse a la renuncia de dichos derechos. Vid. *Berghuis v. Thompson*, 560 U.S., en <http://bit.ly/2cO4hGy>, 2010.

¹⁰⁵ Sin embargo, la Corte sostuvo en *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1986) que, mientras que la condición mental del acusado es un “*factor máximamente significativo*” para determinar el carácter consciente, voluntario e inteligente de la renuncia a los denominados «derechos Miranda», esto “*no justifica concluir que la condición mental de un acusado, por sí misma y aparte de su relación con la coerción oficial, deba alguna vez invalidar el criterio constitucional de ‘voluntariedad’*”; esto es, “*mientras que la condición mental es claramente relevante para la susceptibilidad de un individuo a la coerción policial, el mero examen del estado mental del confesante no puede anular la investigación en el debido proceso*”. El autor concuerda con el voto salvado del Magistrado Brennan, quien citando a *Blackburn v. Alabama* afirma que “*en el estado actual de nuestra civilización, el más básico sentimiento de justicia es ultrajado por el espectáculo de encarcelar a un hombre sobre la base de una declaración hecha mientras se halla mentalmente enfermo*”, de modo que “*el uso de la confesión involuntaria de una persona mentalmente enferma es antitética con la noción de equilibrio fundamental encarnada en la cláusula de debido proceso*”, en <http://bit.ly/2cNSipo>, 2010. También *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199, en <http://bit.ly/2cBCRSA>, 1960, y *Spano v. New York*, 360 U. S. 315, en <http://bit.ly/2csUgiD>, 1959.

¹⁰⁶ *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420, en <http://bit.ly/2cT8X9V>, 1984.

¹⁰⁷ *Stedh Pélissier y Sassi v. Francia*, en <http://bit.ly/2cZvNxP>.

¹⁰⁸ *Standards* de protección del ciudadano como constitutivos de un *status personal de garantía*, desde una perspectiva constitucional, (párrafos 2.1.2 y 2.1.3).

¹⁰⁹ Como indica Binder, una consecuencia “*de fundamental importancia que se deriva del derecho de defensa es el hecho de que, para poder ejercer este derecho plenamente, el imputado debe tener acceso a la imputación que se le formula. En otras palabras, debe tener la posibilidad de conocer cuáles son los hechos que se le imputan y en virtud de qué pruebas se fundamenta dicha imputación. Esto implica que el imputado debe tener la mayor libertad posible para acceder a la*

mana y de su derecho a *igual consideración y respeto*¹¹⁰. Desde el punto de vista axiológico, ello abre el *haz de posiciones iusfundamentales* a las que hacíamos previa referencia¹¹¹: el derecho a ser informado sirve a la aplicación racional del ordenamiento a través de su utilidad *instrumental* para la protección jurídica efectiva de los derechos del ciudadano frente a la actividad *punitiva* estatal, a través del paradigma del debido proceso, y que exige del Estado la realización de las acciones *informativas* necesarias para una protección jurídica efectiva de sus derechos¹¹², expresada en la práctica en la posibilidad real de conocer con el tiempo, oportunidad y medios suficientes, de la información relevante a su defensa¹¹³.

En este orden de ideas, para que el ciudadano cuya conducta –y su calificación jurídica– es *objeto* expreso o tácito del proceso penal¹¹⁴ tenga ocasión de *participar eficientemente* en la potencial modificación unilateral de su *status* jurídico¹¹⁵ por obra de la realización de un hecho castigado por la ley con una pena, se exige lógicamente que éste *conozca* de manera inmediata, clara, total, directa, expresa y detallada, en un lenguaje totalmente comprensible para él:

- (i) El hecho punible cuya realización se le atribuye potencialmente, con todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para constituir el tipo de delito que se pretende castigar¹¹⁶, así como sus elementos calificantes. Además de permitir al

información que se va acumulando a lo largo del procedimiento”. Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2^a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 157.

¹¹⁰ Cfr. Dworkin, *op. cit.*, pp. 388-389; Finnis, *op. cit.*, pp. 103-105; y Rawls, *op. cit.*, pp. 370-377.

¹¹¹ Derecho a ser informado como categoría única, aplicable a la persona humana como individuo con derecho a dignidad y a igual consideración y respeto (párrafo 2.2.2).

¹¹² Por ello, “*todas las características que hemos señalado como básicas en el derecho de defensa, se deben manifestar de un modo privilegiado durante el juicio. Por ejemplo: el necesario conocimiento de la imputación, se transforma en la exigencia de una acusación concreta y precisa que fije con claridad los hechos por los cuales esa persona va a ser sometida a juicio y el significado jurídico que tales hechos tienen. La precisión y la claridad de la acusación son muy importantes, porque es la acusación la que fija el objeto del juicio. El objeto del juicio está fijado fundamentalmente por el relato de los hechos que hace la acusación. Subsidiariamente, está fijado por la calificación jurídica que propone la acusación*”. Binder, *op. cit.*, p. 162.

¹¹³ Como indica Castillo Alva, “*el derecho a ser informado de la acusación permite la realización del principio de igualdad de armas y es un presupuesto de la justicia intrínseca del proceso y de su legalidad democrática*”. Castillo Alva, *op. cit.*, p. 197.

¹¹⁴ A través de un acto de procedimiento que vincule a la persona con el hecho investigado en calidad de autor o de partícipe, como por ejemplo la prisión preventiva.

¹¹⁵ Hohfeld, *op. cit.*, p. 68. En el mismo sentido, Alexy, *op. cit.*, p. 232.

¹¹⁶ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en *Fermín Ramírez v. Guatemala*, que “*La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan*”. *Fermín Ramírez v. Guatemala*, SCIDH, en <http://bit.ly/2cR5AzE>.

imputado instrumentar su *defensa*, ello constituye garantía práctica de la prohibición de doble persecución –principio del *non bis in ídem*– y contribuye, en el contexto de la resolución de una auténtica *controversia* entre partes *iguales*, a la determinación del *thema decidendum* en condiciones de *certeza* para los intervinientes en tal proceso.

(ii) Los elementos de convicción de los que el acusador deriva la probabilidad razonable de que el sujeto ha cometido el hecho del que se le acusa; esto es, los recaudos, pruebas o indicios que permiten llegar a una determinada inferencia fáctica o a la acreditación de un hecho al que se lo vincula como autor o partícipe¹¹⁷

(iii) Los medios y oportunidades formales y materiales para el ejercicio de su defensa, lo que incluye –como mínimo– el derecho a examinar los testigos de cargo y contar con asistencia profesional durante todo el proceso, bien sufragada por el propio acusado o por el Estado, en caso que aquel no pueda costearla¹¹⁸.

(iv) El derecho a decidir consciente, voluntaria e inteligentemente, libre de toda coacción o apremio, a guardar silencio, sin que pueda extraerse consecuencia *autoinculpatoria* alguna de su reserva, o bien si desea ofrecer testimonio en su descargo, debiendo contar antes, durante y después del interrogatorio con la debida asistencia letrada¹¹⁹.

(v) Las eventuales modificaciones que sufra la acusación en el curso del proceso, sea por la extensión y tipo de los hechos imputados, o bien por las pruebas que soportan la fundada convicción de la autoría o de la participación del acusado en el hecho punible, o bien por el cambio de calificación jurídica de tales hechos¹²⁰.

¹¹⁷ Castillo Alva, *op. cit.*, p. 218.

¹¹⁸ Constituyéndose así en un ejemplo concreto de la acción estatal correctiva de las *externalidades negativas* sobre el sistema de justicia y la protección de la dignidad humana que supone la adopción del modelo social y democrático de Derecho: de este modo se traslada al Estado la obligación de proveer a una prestación concreta –defensa pública– que permita al individuo ejercer válidamente su derecho a la defensa, y así preservar la dignidad inherente a su condición humana, a través de la llamada “procura existencial” (*die Daseinvorsorge*). Cfr. Forsthoff, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, Abendroth, Wolfgang, Forsthoff, Ernst, y Doehring, Karl, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, Colección Estudios Constitucionales, pp. 47-53.

¹¹⁹ Pues “*solo es justo que se someta a proceso a una persona y, eventualmente, se condene, siempre que previamente se le haya informado de las razones fácticas y jurídicas de la imputación que pesa en su contra, a fin de que sepa que hacer: resistir la imputación, defendiéndose, o declararse culpable, confesando o reconociendo el hecho. La imputación condiciona la defensa y el proceso. Sin una imputación clara ni siquiera la confesión es posible*”. Castillo Alva, *op. cit.*, p. 193.

¹²⁰ Castillo Alva, *op. cit.*, p. 220.

De tal manera, es posible sintetizar la *ratio* del derecho a ser informado señalando que éste configura “una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar, con la taxatividad de los presupuestos de la pena, la decidibilidad de la verdad de su enunciación”¹²¹, o incluso en sentido negativo, con máxima sencillez, diciendo que “una persona no puede estar sometida a proceso manteniéndose ignorante de qué y por qué se le acusa”¹²². En efecto, la ausencia de garantía de conocimiento respecto del contenido de la imputación “debilita todas las demás, y en particular las garantías procesales de la presunción de inocencia del imputado antes de la condena, de la carga acusatoria de la prueba y del contradictorio con la defensa”¹²³, situación que se evidencia, según el ejemplo de Ferrajoli, “con la exclusión de la defensa y, por tanto, del contradictorio en las fases secretas de las investigaciones preliminares”¹²⁴, en la que la denominada «decisión justa» es más importante “que su controlabilidad; el papel de la defensa resulta irrelevante o, peor todavía, se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho-delito sino la personalidad criminal del reo”¹²⁵.

IV. DETERMINACIÓN TRIBUTARIA Y STANDARDS PROCESALES PENALES DE PROTECCIÓN: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

1. *Principio acusatorio, igualdad de armas e igualdad de las partes de la relación tributaria: tanto el contribuyente como el acusado tienen igual derecho a ser informados de la investigación llevada a cabo por el Estado contra ellos*

De lo dicho, puede deducirse sin dificultad una relación *directa* entre *principio acusatorio* e *igualdad de armas* de las partes en el procedimiento. En la opinión del autor, esa idea

¹²¹ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 97.

¹²² Castillo Alva, *op. cit.*, p. 193. En este sentido, Ferrajoli puntualiza que “la acusación debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin, por contraste con la indeterminación del antiguo proceso inquisitivo”. Adicionalmente, ella debe “ser completa, es decir, integrada por la información de todos los indicios que la justifican, de forma que el imputado tenga la posibilidad de refutarlos y nada le sea escondido de cuanto se prepare para su daño o de cuanto se hace, o se hará, para reforzar el preconcepto de su culpabilidad y destruir la presunción de inocencia, que siempre le asiste”, y además “debe ser oportuna, es decir, debe dejar al imputado el tiempo necesario para organizar su defensa y a la vez proveer a cualquier otro acto instructorio de su interés. Por último, la notificación de la acusación ha de ser, además de expresa y formal, sometida a refutación desde el primer acto del juicio oral que es el interrogatorio del imputado”. Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 606-607. En el mismo sentido, Binder, *op. cit.*, pp. 164-165.

¹²³ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 99.

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 541.

está también relacionada con el *concepto obligacional del tributo* como vínculo entre *iguales*, sujetas del mismo modo frente a la Ley¹²⁶. Por el contrario, el proceso inquisitivo es uno que, si bien se basa en la búsqueda de la *verdad material*, fundamental a la hora de dimensionar el tributo conforme con la real capacidad contributiva, parte de una concepción *desigual* de las partes en el proceso: una es al mismo tiempo acusador, juez y verdugo¹²⁷, reduciendo significativamente las posibilidades de la otra de defenderse.

Es por ello, tal como lo evidencia la evolución histórica, que el proceso penal es *acusatorio*, en tanto se privilegia la garantía de la defensa del imputado como ser humano dotado de conciencia y voluntad, como expresiones de su libertad y dignidad¹²⁸, a causa

¹²⁶ Los tributos, dice Valdés Costa, “son prestaciones de naturaleza obligacional. La ley crea un vínculo, una relación jurídica entre los sujetos, el Estado y el contribuyente... Es decir, el ingreso público se hace efectivo por el cumplimiento –voluntario o forzado– de una obligación que satisface un derecho personal... y no como consecuencia del ejercicio de un derecho real del Estado en la cosa o contra la cosa”. Como necesaria consecuencia, la relación jurídica así trabada se rige “por los principios generales de las obligaciones, asumiendo el Estado, por medio de la administración, la posición del acreedor y el contribuyente la del deudor, ambos en un plano de igualdad jurídica”. Valdés Costa, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, 2ª. ed., Bogotá, Depalma-Temis-Marcial Pons, 1996, p. 73. Ello no debe entenderse como un aval a una supuesta naturaleza *ex contractu* de la relación jurídica tributaria. Ésta es una típica obligación *ex lege*, con fuente inmediata en la ley, la cual reconduce el nacimiento de la obligación a un hecho particular calificado, en nuestro caso el *hecho imponible*. El Derecho Tributario, recuerda Trotabas, regula relaciones jurídicas entre el Estado y el ciudadano, de modo que es Derecho Público. A pesar de que ello permite al Derecho Tributario configurar autónomamente esas relaciones legales, debe también reconocerse la existencia de “un cierto fondo común jurídico, que hace al derecho fiscal necesariamente tributario del derecho privado, porque este derecho común se acerca en gran parte, a lo que hoy llamamos derecho civil” y a su Teoría de las Obligaciones, a la cual se le ha reconocido la capacidad de estructural las categorías esenciales de la Teoría General del Derecho, y en consecuencia a la relación jurídica tributaria como una *obligación*. Trotabas, Louis, “Respecto de la autonomía del Derecho Fiscal”, trad. de León Cortinas-Peláez, *Alegatos*, número 9, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1988, en <http://bit.ly/2bFjG9j>. Además, Sáinz de Bujanda, Fernando, *Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, volumen IV, pp. 15, 166-173; García Novoa, César, *Iniciación, interrupción y cómputo del plazo de prescripción de los tributos*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 16; y García Novoa, César, *El concepto de tributo*, Lima, Tax Editor, 2010, p. 91.

¹²⁷ Reduciendo significativamente la *imparcialidad* del llamado a emitir juicio sobre la calificación jurídica de la conducta. En las gráficas palabras de Beccaría: “El juez se hace enemigo del reo, de un hombre encadenado, presa de la suciedad, de los tormentos y de la expectativa más espantosa; no busca la verdad del hecho, busca solo el delito en el encarcelado, le pone lazos y se cree desairado si no sale con su intento, en perjuicio de aquella infalibilidad que el hombre se atribuye en todos sus pensamientos. Los indicios para la captura están al arbitrio del juez; para que un hombre se halle en la precisión de probar su inocencia debe antes ser declarado reo. Esto se llama hacer un proceso ofensivo, y tales son los procedimientos en casi todos los lugares de la iluminada Europa en el siglo XVIII”. Beccaría, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁸ En palabras de ambos, “Por encima del proyecto encarnado por la ‘pérfida Jagdwissenschaft’ (‘ciencia a la caza’) de elaborar una instrucción que incidiera en lograr la confesión del acusado,

de la vigencia del principio democrático, e instrumentalmente de la separación de las funciones estatales. En otras palabras, el *proceso acusatorio* se adapta mejor a la idea del ejercicio de las potestades públicas en el Estado democrático de Derecho que el paradigma inquisitivo¹²⁹: ello se constata de su amplia adopción en el proceso penal, si bien con algunos elementos inquisitivos que buscan ponderar la necesidad de defensa del sujeto con la búsqueda, como se ha dicho, de la verdad material¹³⁰.

Llevando esas consideraciones al Derecho tributario, la respuesta pareciera ser evidente. Partiendo del tributo como *obligación de derecho*, conformada entre *iguales*, la naturaleza de las relaciones procesales de todo orden –administrativo o judicial– entre ellos debe adaptarse en la mayor medida posible a ese paradigma de igualdad: el proceso que mejor logra ese objetivo es, evidentemente, el *acusatorio*. Solo en la concepción del tributo como una relación de *poder*, donde se privilegia el interés recaudatorio frente al contribuyente y su patrimonio particular sin considerarlo como *ser humano dotado de derechos “humanos”*; y como sujeto autoconsciente con *dignidad*, y con derecho a ser tratado con *igual consideración y respeto*, podría justificarse la adopción del *secreto*, base del procedimiento inquisitivo, como regla general de actuación para la determinación de una verdad pretendidamente «material». Una verdad que, lejos de ser *real*, es al menos *incompleta*, que no toma en consideración los elementos de prueba que el contribuyente o responsable tiene derecho a aportar para la verificación –o la reconstrucción, si se quiere– de los hechos con significación económica potencialmente imponibles, o bien a su calificación jurídica.

Se opondrá, con lógica, que la relación jurídico-penal no es una de iguales: es el Estado con todo su poder quien se impone al individuo transgresor de la norma penal, haciéndole sufrir el *mal* ínsito a la pena como institución jurídica. Pero ello refuerza el argumento, en opinión de este autor. Si para la relación jurídico-penal, prototipo de las relaciones

habría de imponerse la teoría que reconocía al acusado su condición de sujeto del proceso, con la posibilidad de defenderse en un juicio público”. Ambos, op. cit., p. 11.

¹²⁹ Pues como dice Zamora Grant, “un país democrático no puede menos que aspirar a un sistema de corte acusatorio”. Zamora Grant, José, *Derecho victimal: La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 2ª. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, p. 112.

¹³⁰ Aunque sin embargo, como señala Briseño Sierra, la combinación de una etapa “pre-procesal” como el *sumario* de corte inquisitivo con una etapa procesal *stricto sensu* de corte adversarial supone que “para el indiciado y luego acusado, inculpado o procesado, la situación es tan aflicta con un calificativo como con otro, y las posibilidades de defensa son tan reducidas en este ‘sistema’ como en el inquisitivo”. Briseño Sierra, *op. cit.*, p. 53. En el mismo sentido, *pesimista* respecto del carácter garantista de los sistemas acusatorios modernos, específicamente el estadounidense. Nunn, Kenneth B., “The trial as text: allegory, myth and symbol in the adversarial criminal process-A critique of the role of the Public Defender and a proposal for reform”, *American Criminal Law Review*, volumen 32, número 3, 1994-1995, pp. 743-754, en <http://bit.ly/2dgbLRW>.

de *imperium* estatales, la regla es la de la *acusación debidamente informada en pro de la igualdad de las partes procesales*, con mayor razón debe serlo en el proceso de determinación de las obligaciones que tienen entre sí partes *que son ontológicamente iguales*, como resulta del concepto obligacional del tributo en el Estado democrático de Derecho. Así, el principio acusatorio en el proceso penal cumple la función de proteger al individuo frente al potencial ejercicio abusivo del poder punitivo¹³¹; con mayor razón, este principio –y sobre todo el corolario aquí estudiado, el derecho a ser informado– garantiza la efectiva defensa en condiciones de libertad, dignidad y de la *igualdad de partes* que es arquetípica al concepto de tributo en el Estado democrático de Derecho.

En consecuencia, parece fuera de toda discusión que el contribuyente, en tanto asuma un rol equivalente al del acusado en el procedimiento de determinación de tributos, tiene derecho a ser informado *en la misma medida* que lo está el acusado en el procedimiento penal.

2. Investigación preliminar penal y fiscalización tributaria: de los hechos a su autor, ¿y viceversa?

Sin embargo, hay aquí una distinción importante. En el proceso penal que impera actualmente en la mayoría de los países, existe propiamente un sistema *mixto*: elementos y fases de inclinación *inquisitiva* combinados con elementos y fases netamente acusatorios. Así, el proceso penal se divide en (i) una *fase previa de investigación*, que es marcadamente *inquisitiva* y en la que se busca la *verdad material* de lo ocurrido, para determinar si –luego de su calificación jurídica– los hechos son penalmente relevantes; y (ii) una fase *contradictoria de juicio*, en la que la igualdad de armas propia del sistema acusatorio tiene plena vigencia¹³². Al tiempo, es perfectamente posible trazar la *misma distinción* en el procedimiento de determinación de tributos: (i) una fase *preliminar*, de investigación de la *verdad material* respecto de la existencia y significación económica de los hechos potencial-

¹³¹ Al respecto, Binder recuerda que el principio general “*es que el juicio no puede resultar ‘sorpresivo’ para el imputado. El tribunal debe preocuparse porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio porque, en ese caso, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa*”. Binder, *op. cit.*, p. 163.

¹³² Cfr. Ambos, *op. cit.*, pp. 14-15; Zamora Grant; *op. cit.*, p. 113; y Briseño Sierra, *op. cit.*, p. 50. Por su parte, Binder identifica cinco fases procedimentales: “*Una primera fase de investigación, preparación o instrucción, cuyo cometido principal consiste en la preparación de la acusación o del juicio. Una segunda fase donde se critica o analiza el resultado de esa investigación. Una tercera etapa plena, principal, que es el juicio propiamente dicho. Una cuarta fase en la que se controla el resultado de ese juicio, la sentencia, a través de distintos medios de impugnación o recursos y, finalmente, una quinta fase en la que se ejecuta la sentencia que ha quedado firme. Éstas son, a grandes rasgos, las etapas principales en las que se divide cualquier proceso penal*”. Binder, *op. cit.*, p. 235.

mente objeto de la imposición; y (ii) una fase *contradictoria*, de *juicio*, respecto del establecimiento y valoración jurídica de esos hechos entre acreedor y deudor, para determinar su relevancia tributaria, en la que –una vez más– rige la igualdad de armas característica del sistema acusatorio.

Así las cosas, cabe cuestionarse la efectiva vigencia del derecho a ser informado en los actos de *instrucción preliminar* del procedimiento, que como su equivalente en el proceso penal son predominantemente *inquisitivos* –y en consecuencia *secretos*– *en protección de la investigación*. En efecto, se ha dicho que los actos de la fase inicial del proceso penal *stricto sensu* deben participar del secreto que es característico del principio inquisitivo, para evitar que el autor del delito impida o perturbe la investigación alterando, ocultando o destruyendo la evidencia del hecho punible¹³³.

Una asimilación simplista de los procedimientos equivaldría a admitir la viabilidad del *secreto* de las actuaciones administrativas tendientes al establecimiento de los hechos potencialmente imponibles en la fase preliminar de la determinación tributaria; ello, se argumentaría, con el fin de evitar que el contribuyente o responsable dificulte la investigación a través de la alteración, ocultación o destrucción de la evidencia que permita comprobar la realización del hecho generador de la obligación tributaria.

Nada más alejado de la realidad. Hay una diferencia *fundamental* entre la fase preliminar penal y la fiscalización tributaria, que fundamenta una *respuesta diferente* en cada caso. En materia penal, la fase preliminar de la investigación ocurre, en la mayoría de los supuestos¹³⁴, cuando existen fundamentos racionales de la posible comisión de un delito (*corpus delicti*, o cuerpo del delito), *mas todavía no se ha identificado al posible autor y, en consecuencia, no puede hablarse aún en propiedad de proceso*¹³⁵, ni mucho menos de

¹³³ Briseño Sierra, *op. cit.*, p. 53.

¹³⁴ Salvo los supuestos de *flagrancia* o de *denuncia*.

¹³⁵ En las palabras de Briseño Sierra, “el binomio acusación-defensa, entendido en su común expresividad semántica es realmente intrascendente para el derecho. Lo que le convierte en concepto técnico procesal es su inclusión en el contexto de la serie de instancias proyectivas que constituyen el mismo proceso... Fuera de este encadenamiento dinámico, acusación-defensa es una situación que puede darse de hecho y aún en diversos procedimientos no procesales. Propiamente esto vendría a representar en lo penal lo que el litigio, a la manera que lo entiende Carnelutti, representa en lo civil, es decir, una discrepancia y hasta un conflicto, pero no un debate procesal. Sin duda la acusación-defensa es un dato perceptible en la averiguación policíaca, pero la inteligencia del mismo no puede llevar a confundirlo con el contraste de pretensiones que son el objeto del proceso penal... La razón por la que la acusación-defensa en la averiguación, no pasa de ser algo fáctico, es porque las imputaciones del agente, aun en caso de ser contradichas por el indicado, no conducen a resolución alguna. Si acaso, sirven para crear convicción en el investigador; pero esta actitud implicará una manifestación de autotutela, esto es, algo semejante a lo que sucedería si el deudor requerido se sostuviera en su negativa de pago: se reforzaría la intención de llevarlo a juicio”. Briseño Sierra, *op. cit.*, p. 62.

proteger el derecho a ser informado de alguien –el autor del delito– *cuya identidad es, para el momento, desconocida*¹³⁶. Esto es, la investigación penal *va desde los hechos hacia el autor*. Ello impone a la investigación el mayor *sigilo*, pues –como es obvio– el conocimiento público de la investigación permitiría al autor destruir impunemente la evidencia de su responsabilidad en la comisión del hecho, frustrando así el objeto mismo de la investigación penal. Ello no obsta a que, al exteriorizarse la *sospecha razonable* de la posible autoría del delito, *la investigación debe abrirse a la persona cuya conducta es objeto de la eventual acusación*¹³⁷, precisamente, porque tal imputación exige dotar al ciudadano –persona hu-

¹³⁶ Como indica Briseño Sierra, “puesto que la finalidad práctica del principio acusatorio es alcanzar la igualdad de oportunidades para las partes, de nada serviría llevarlo a un procedimiento en el que técnicamente es inadecuado, como sería la averiguación policíaca. Así pues, cabe pugnar porque en esta ocasión, el indiciado esté asistido de abogado, que se respeten ciertas condiciones mínimas de trato humano y legal, como son la espontaneidad en las declaraciones, el destierro de cualquier tipo de violencia, advertir al indiciado sobre sus derechos y obligaciones; pero no es aconsejable que sea entonces que se prevea el ejercicio de la –defensa–, tanto porque realizada ante el investigador sería una declaración más, cuanto porque hacerlo llevaría a implementar el inquisitorio puro”. *Ibidem*, pp. 70-71. En este sentido, la Suprema Corte de los Estados Unidos, en *Morrissey v. Brewer*, sostuvo que el debido proceso requiere al menos “una investigación informal razonablemente pronta y razonable conducida por un oficial de audiencia imparcial” para “determinar si hay motivos razonables para creer que” el acusado ha hecho algo mal. Exige que el acusado “debe recibir notificación previa de la investigación, su propósito y las supuestas violaciones”; y “presentar información pertinente y (aparte de consideraciones de seguridad) repreguntar a los testigos de cargo”; es decir, teniendo en cuenta que hay un autor identificado. *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, en <http://bit.ly/2cZt1so>, 1972.

¹³⁷ En este sentido, Binder señala enfáticamente que el derecho a acceder a la información “es muy amplio; es decir, no puede ser restringido. Una investigación donde el imputado no pueda saber cuál es el hecho que se le imputa y en virtud de qué pruebas, es absolutamente inconstitucional. También en este caso, la práctica de nuestros sistemas procesales tiende a admitir que se sorprenda al imputado –muchas veces premeditadamente– mediante el ocultamiento de la prueba o mediante el retaceo de la información. Tales prácticas van en contra de los principios de un *fair trial*, que deben informar a todo el conjunto del proceso penal, a partir del conjunto de todas las garantías procesales pero, especialmente, a partir de esta garantía del derecho de defensa. Cualquier restricción a este derecho a la información debe ser excepcional, debe ser limitada tanto en cuanto a su duración como a los actos sobre los cuales rige, y debe fundarse en verdaderas razones de urgencia o necesidad imperiosa con relación a la eficacia de un determinado acto del proceso. Por ejemplo: se podría mantener en secreto cierta información en virtud de la cual se van a solicitar algunos allanamientos, para evitar que tales allanamientos se frustren; pero es auténticamente discutible la posibilidad de que nuestra Constitución admita el establecimiento de un secreto total sobre el conjunto de las actuaciones. Lo cierto es que, aun cuando se admitiere la posibilidad constitucional de este secreto general y absoluto, ésta debe ser muy restrictiva en cuanto a sus posibles fundamentos. En mi opinión, solo es admisible constitucionalmente el secreto parcial de las actuaciones en el caso y en la medida en que sirva a la eficacia de un acto particular del proceso”. Binder, *op. cit.*, pp. 157-158. En esta misma orientación, Castillo Alva, *op. cit.*, p. 194.

mana, titular de derechos fundamentales en su condición de tal y merecedor de consideración y respeto por las actuaciones estatales— de la *posibilidad de defenderse*, para que el procedimiento se alinee axiológicamente con los parámetros del Estado democrático de Derecho¹³⁸.

Por el contrario, la naturaleza de la competencia tributaria exige *ab initio* la individualización del sujeto respecto del cual se investiga la posible realización de un hecho imponible. Esto es, *la determinación tributaria va desde el autor hacia los hechos*, a la inversa de la investigación penal. Así, concebido el derecho a ser informado como un *derecho fundamental*, en los términos precedentes¹³⁹, y en consecuencia como un *standard* universal de actuación estatal para la garantía del *haz de posiciones iusfundamentales* de los ciudadanos asociadas a su defensa¹⁴⁰, entonces el contribuyente o responsable debe estar *consciente* de que existe una actividad administrativa potencialmente ablatoria de su patrimonio, a través de la exigencia de pago de tributos, *desde el primer momento de la investigación*. Ello justifica que el contribuyente o responsable tenga inmediatamente el *derecho a ser informado* de las actuaciones fiscales *desde su inicio*, al igual que ocurre en la fase preliminar de la investigación penal desde la imputación, puesto que la fiscalización configura una amenaza directa de una medida limitativa de derechos por parte del Estado, según lo previamente expuesto.

3. Derecho a ser informado y requerimientos de información a terceros

El *requerimiento de información* por la Administración Tributaria es la acción que parece generar los principales problemas aplicativos desde la perspectiva del derecho a ser informado, tanto domésticamente como en situaciones transfronterizas. En este contexto, debe tenerse en cuenta que mientras los Estados tienen derecho a investigar profundamente en la esfera privada del contribuyente en atención a determinar precisa y limpiamente su capacidad contributiva, y así justifica la revelación de información detallada y sensible por la necesidad de distribuir equitativamente la carga fiscal entre los con-

¹³⁸ Pues como afirma Binder, “esa fórmula (el juicio legal y previo) es un modo sintético de referirse a un conjunto de garantías que impiden que el poder penal del Estado se ejerza de un modo arbitrario o lesivo de la dignidad humana”. El texto entre paréntesis es del autor. *Ibidem*, p. 130.

¹³⁹ *Standards* de protección del ciudadano como constitutivos de un *status personal de garantía*, desde una perspectiva constitucional, (párrafos 2.1.2 y 2.1.3).

¹⁴⁰ Asumiendo, tal como lo hace Dourado, que “todo principio y regla tributarios exigidos por el Estado de Derecho y éste en sí mismo son standards internacionales y, en consecuencia, tales standards internacionales existen y pueden proponerse con pretensión de universalidad”. Dourado, Ana Paula, “Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies”, *EUI Working Papers*, número 37, San Doménico di Fiesole, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme, European University Institute, 2011, p. 3, en <http://bit.ly/2cySM0f>.

tribuyentes¹⁴¹, la capacidad de las Administraciones Tributarias de obtener e intercambiar información de los contribuyentes está sujeta, como regla general, al derecho de éstos a la *auto-determinación informacional*. Este derecho significa:

Cualquier persona tiene el derecho de decidir por sí misma cuando y hasta qué extensión la información sobre su vida personal será revelada a otros. La recolección de data por las autoridades públicas, así como el procesamiento o la transferencia de data, constituyen restricciones de este derecho fundamental que deben ser justificadas en orden a cumplir las exigencias constitucionales. Dicha justificación es solo posible si, y solo si, la medida restrictiva: (i) persigue un fin legítimo; (ii) es capaz de alcanzar ese objetivo, (iii) si la medida no va más allá de lo que es necesario para alcanzar el objetivo, y si los fines alcanzados son más importantes que los daños causados por la medida. Data sobre las áreas más sensibles de la esfera privada pueden no ser recolectados en absoluto¹⁴².

A. *En situaciones domésticas*

Desde la perspectiva doméstica, el requerimiento de información por la Administración Tributaria puede presentar eventuales conflictos con el derecho a ser informado en el marco (i) de la *determinación de oficio* del tributo; y (ii) de los *requerimientos extra-procedimentales de información a terceros*, es decir, la demanda de información potencialmente relevante para la determinación de tributos, fuera del procedimiento de determinación, haya o no *vínculo cierto con el contribuyente o con los posibles hechos imposables susceptibles de generar la obligación tributaria*.

a. En el marco de una fiscalización

En el primer escenario, el objeto del procedimiento es el establecimiento, fijación y cuantificación económica de los hechos imposables, hipótesis que exige –lógica y previamente– *la identificación del sujeto pasivo*, cumpliéndose con la regla previamente mencionada de acuerdo con la cual la investigación fiscal tiende a verificarse *del autor a los hechos*, y donde obviamente el derecho a ser informado adquiere plena vigencia. Así, en el marco de la determinación de oficio del tributo, *cualquier* requerimiento de información de la Administración Tributaria a terceros vinculados normalmente con la actividad del sujeto pasivo *debe ser informado al contribuyente o responsable*, bajo el esquema general de garantías y con las formas suficientemente expuestas precedentemente. En consecuencia, el contribuyente o responsable tiene derecho a ser informado de manera inmediata,

¹⁴¹ Rust, Alexander, “Data Protection as a Fundamental Right”, Rust, Alexander, y FORT, Eric, *Exchange of Information and Bank Secrecy*, Alphen an den Rijn, Wolters Kluwer International, 2012, pp. 178-179.

¹⁴² Rust, *op. cit.*, p. 178.

clara, total, directa, expresa, detallada y en un lenguaje totalmente comprensible para él, cuál es la información *específicamente requerida* y su *pertinencia* para el establecimiento o cuantificación de los hechos imponibles objeto de la investigación¹⁴³, así como oponer excepciones y defensas contra dicho requerimiento a través de un procedimiento contradictorio, según el *principio adversarial*¹⁴⁴.

b. En el marco de un requerimiento *extra-procedimental* de información

Las consideraciones precedentes son igualmente aplicables al caso de los requerimientos *extra-procedimentales de información a terceros*, o lo que es lo mismo, la demanda de información potencialmente relevante para la determinación de tributos, fuera de la fiscalización *con o sin vínculo cierto con el contribuyente o con los posibles hechos imponibles susceptibles de generar la obligación tributaria*. Domésticamente, los requeri-

¹⁴³ Con fundamento en el derecho a ser informado, es *inválido* el requerimiento de información a terceros que verse sobre hechos *distintos* a los que constituyen el objeto de la fiscalización según el acto de inicio del procedimiento. Ello hace de dudosa constitucionalidad al requerimiento genérico de información, a causa del discutible valor probatorio de la información así obtenida, que sería *fruto del árbol envenenado*. En este sentido se pronuncia Dourado, *op. cit.*, p. 9. Al contrario, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en el caso *K. S. y M. S. v. Alemania*, sostuvo que no hay violación del Artículo 8o. (derecho a la inviolabilidad del domicilio) de la Convención Europea de Derechos Humanos, en un caso en el que los investigadores del Estado llevaron a cabo una visita domiciliaria a la residencia de los acusados con base en una información (estados financieros de las inversiones de los acusados en Liechtenstein) obtenidas *ilegalmente* (presuntamente robadas por un antiguo empleado del banco de Liechtenstein). En este sentido, el Tedh sostuvo que la interferencia en el derecho a la inviolabilidad del hogar de los acusados estaba justificada pues, de acuerdo con la ley alemana, no hay limitaciones para utilizar evidencia obtenida ilegalmente para llevar a cabo la acusación penal, persiguiendo un fin legítimo (la determinación de responsabilidades penales por fraude fiscal) y por medios "necesarios" en una sociedad democrática. Esto, en tanto el Estado no desarrolló ninguna violación de reglas procedimentales seria, deliberada o arbitraria, que ignorara sistemáticamente las salvaguardias constitucionales para obtener la información. Sobra decirlo, el autor respetuosamente disiente de la opinión del Tribunal en este caso. Stedh, *K.S. and M.S. v. Alemania*, §28, §35, §51, en <http://bit.ly/2eQpnnx>, 2016.

¹⁴⁴ Como señala Rust, el Estado de Derecho "require tres protecciones básicas para el contribuyente: primero, el contribuyente debe ser informado sobre una posible restricción de sus derecho fundamental a la auto-determinación informacional; segundo, él/ella debe ser consultado sobre el contenido de la información a ser intercambiada de modo que él/ella tenga la oportunidad de corregir cualquier error contenido en ella o para argumentar contra la transferencia de dicha data sobre bases apropiadas; y tercero, él/ella debe tener una oportunidad para prevenir la transferencia propuesta de data a través de procedimientos legales apropiados. Por supuesto, como en todos los casos, estas protecciones básicas para los contribuyentes deben ser ponderadas contra los intereses legítimos del gobierno en la adecuada determinación y recaudación de los tributos. Si, por ejemplo, notificar al contribuyente pudiera perjudicar una investigación criminal al darle al contribuyente tiempo para destruir evidencia o fugarse de la jurisdicción para evitar la prisión, no debería ser necesario informar al contribuyente". Traducción no oficial del autor, Rust, *op. cit.*, p. 184.

mientos de este tipo son posibles a través de la competencia que determinados ordenamientos conceden a la Administración Tributaria para obtener de terceros “*toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas, que le sean requeridos por ella*”, obligaciones que “*deberán cumplirse, bien con carácter general, bien a requerimiento individualizado de los órganos competentes de la Administración Tributaria, en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen*”¹⁴⁵, y que tienden, de manera específica o genérica, a la posible exhumación de hechos imponible.

Como fácilmente puede deducirse, los requerimientos extra-procedimentales *específicos* de información se rigen por los mismos criterios establecidos anteriormente. En estos casos, desde el comienzo hay una individualización suficiente del sujeto pasivo de estos procedimientos, a quien se imputa preliminarmente la posible realización del hecho imponible. En consecuencia, el contribuyente en estas circunstancias *tiene derecho a ser informado* del contenido del procedimiento de manera inmediata, clara, total, directa, expresa, detallada y en un lenguaje totalmente comprensible para él, de manera que le permita conocer cuál es la información *específicamente requerida* y su *pertinencia* para el establecimiento o cuantificación de los hechos imponible objeto de la investigación, así como a oponer excepciones y defensas contra dicho requerimiento a través de un procedimiento contradictorio, sin que sea posible identificar excepciones.

Los requerimientos extra-procedimentales *genéricos* de información presentan características especiales, que actualmente se expresan con particular fuerza en las situaciones transfronterizas, bajo la forma del *intercambio automático de información entre Estados*. Dada la sustancial identidad de las premisas, problemas y posibles soluciones que plantean los requerimientos extra-procedimentales genéricos de información tanto en situaciones domésticas como en situaciones transfronterizas, se propone analizar el problema bajo el apartado relativo a estas últimas¹⁴⁶. La pertinencia de un análisis de este tipo sube de punto cuando se tiene presente que, como advierten Baker y Pistone, los procedimientos transfronterizos conforman un área donde parece prestarse mucha menor atención a la protección de los derechos de los contribuyentes que en los asuntos puramente domésticos¹⁴⁷.

¹⁴⁵ CIAT, *op. cit.*, Artículos 114.1 y 114.2, p. 114.

¹⁴⁶ El derecho a ser informado y los requerimientos de información de terceros en situaciones transfronterizas, (párrafo 4.3.2.2.).

¹⁴⁷ Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 58.

B. En situaciones transfronterizas

En las situaciones transfronterizas se reproducen las mismas posibilidades a que hicimos referencia al tratar las situaciones domésticas respecto del eventual conflicto entre el derecho a ser informado y las facultades de investigación de las autoridades tributarias a través de requerimientos de información, a saber: (i) en la *determinación de oficio* del tributo; y (ii) en los *requerimientos extra-procedimentales de información a terceros Estados*, sean genéricos o específicos¹⁴⁸.

a. En el marco de una fiscalización

La primera de estas situaciones se resuelve en el mismo sentido ya largamente indicado en los párrafos precedentes, al analizar las situaciones domésticas¹⁴⁹.

En efecto, en el caso de requerimientos de información en situaciones transfronterizas en el marco de una fiscalización, el sujeto pasivo puede invocar el derecho a ser informado *respecto de ambos Estados* en los mismos parámetros de certeza, especificidad y claridad ya desarrollados previamente¹⁵⁰. De un lado, se exige del *Estado requirente* que

¹⁴⁸ El intercambio de información en situaciones transfronterizas puede ocurrir: (i) por requerimiento, cuando un Estado específico requiere información específica de un Estado requerido específico en un caso específico, esto es, *en el marco de una fiscalización*; o (ii) *automáticamente*, sea cuando un Estado está obligado a intercambiar sistemáticamente y en masa información tributaria predeterminada en cualquier tiempo, o sobre una base no sistemática, con un Estado receptor sin previo requerimiento; o *espontáneamente*, cuando un Estado remitente intercambia información con un Estado receptor cuando la data intercambiada es "previsiblemente relevante" para la determinación tributaria en este último; esto es, un *requerimiento extra-procedimental*. Schaper, Marcel, "Data Protection Rights and Tax Information Exchange in the European Union: an uneasy combination", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, Maastricht University, volumen 23, número 3, 2016, p. 516, en <http://bit.ly/2e8iNr2>.

¹⁴⁹ Derecho a ser informado y requerimientos de información a terceros en situaciones domésticas, el marco de una fiscalización, (pár. 4.3.1.1).

¹⁵⁰ Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 59. Sin embargo, Maisto pone de relieve que la práctica internacional muestra, en general, que "ni la autoridad tributaria requirente ni la requerida tienen obligación de notificar al contribuyente cuando la información es requerida o intercambiada", ni el contribuyente "tiene derecho a oponerse al intercambio de información, ni siquiera en casos como el de la divulgación de secretos comerciales o profesionales, en los que él/ella podría tener argumentos válidos para hacerlo", de modo que éste "no tiene remedio legal para procurar una efectiva protección de sus derechos; él/ella solo puede confiar en la oposición del estado requirente", y otro tanto hace Baker. El autor no puede menos que concordar con Maisto, cuando éste indica que "[l]a posición débil del contribuyente dentro del curso de los procedimientos de intercambio de información es evidente y el exorbitante poder discrecional ejercido por las autoridades tributarias para solicitar/negar información". Maisto, *op. cit.*, pp. 386-387; Baker, Philip, "Taxation and the European Convention on Human Rights", *European Taxation*, Amsterdam, IBFD, volumen 40, número 8, 2000, p. 326, en <http://bit.ly/2dodVet>.

haya iniciado un procedimiento de fiscalización¹⁵¹ que *debe ser informado* al contribuyente o responsable para garantizar su derecho a la defensa conforme al *standard* aplicable en el Estado democrático de Derecho¹⁵². En este marco la Administración Tributaria del requirente, como órgano investigativo –el “acusador” en el proceso penal– realiza las diligencias de investigación necesarias para el adecuado establecimiento y valoración de los hechos imponibles, dentro del cual el requerimiento de información tiene justificación en tanto tenga una «pertinencia previsible» para la determinación del tributo¹⁵³.

Por su parte, el *Estado requerido* tiene un deber de *reserva* respecto de la información tributaria del contribuyente, quien a su vez tiene derecho a la garantía estatal sobre el uso y administración adecuada de la información que sobre él y sobre su situación económica relevante a fines tributarios está en posesión de este Estado; esto es, el derecho al *hábeas data*¹⁵⁴. En este contexto, tal como indican Avi-Yonah y Mazzoni, existen una serie

¹⁵¹ Situación en la que, como señalan Baker y Pistone, típicamente “*el contribuyente ya sabrá que hay una investigación en curso, y que la autoridad tributaria puede ya haber tratado de obtener la información del contribuyente o de otras fuentes en ese Estado. La notificación entonces sirve para advertir al contribuyente de que la autoridad tributaria pretende usar sus poderes para obtener información de otro Estado*”. Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵² Oberson, Xavier, *International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency*, Cheltenham Edward Elgar Publishing, 2015, p. 225.

¹⁵³ Esa exigencia de *concreción* del requerimiento, en los términos de los Artículos 26.1 del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición de la OCDE, 1 del Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria y 4.1 del Acuerdo entre el Consejo de Europa y la OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Tributaria de 1985, brinda certeza al contribuyente respecto de la actuación estatal, y supone la proscripción de los requerimientos genéricos de información, bajo la forma de las llamadas “expediciones de pesca”, que deben ser consideradas inconstitucionales según lo expuesto en el siguiente epígrafe (párrafo 4.3.2.2). Sin embargo, el concepto de “pertinencia previsible” amplía el ámbito del intercambio de información a un punto que, en opinión de Dourado con la que el autor concuerda, podría facilitar los requerimientos indeterminados de información o expediciones de pesca, dificultando así la determinación de los límites precisos del requerimiento. Dourado, *op. cit.*, pp. 9-11. En el mismo sentido, Oberson reconoce al contribuyente el derecho a ser informado en este contexto, considerando el *standard* de *previsible relevancia* discutido en el texto principal. Oberson, *International Exchange...*, pp. 213-214.

¹⁵⁴ En el contexto de la determinación de tributos, el derecho al *hábeas data* engloba el derecho del contribuyente (i) de *acceso* a la información que sobre él posee la Administración Tributaria; (ii) pedir la rectificación o supresión de los datos errados que pueda contener; y (iii) controlar el *uso racional y legítimo* que de esa información haga la Administración Tributaria. A este respecto, conviene recordar con Torres Rodas que: “*los cruces de información tan utilizados por las diferentes administraciones tributarias son a nuestro entender plenamente aplicables, siempre que no se lesionen los derechos de las personas y que no llegue a divulgarse información que afecte a la intimidad personal. El respeto de la información relativa al contribuyente, así como la obligación de no afectar su intimidad o lesionar otros derechos relacionados con ellas, están dentro del marco de los derechos humanos del contribuyente*”. Torres Rodas, Tiberio, *La protección de la intimidad en el Derecho Tributario*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Editorial

de garantías procedimentales que deben protegerse, dentro de las cuales el derecho a ser informado ocupa lugar preeminente. La ausencia de cualquiera de estas garantías, por ejemplo el derecho a ser informado de la obtención, procesamiento y transferencia de los datos requeridos, implica que el contribuyente no estará en la posición de proteger efectivamente su derecho a la protección de datos a través del empleo de su derecho a la defensa¹⁵⁵.

Por ello, el autor disiente respetuosamente de Baker y Pistone, quienes consideran que la notificación al contribuyente en el marco del intercambio de información por reque-

Abya-Yala, Corporación Editora Nacional, 2007, Serie Magister número 73, pp. 65-71, en <http://bit.ly/2di1zlg>. Si bien no existe un derecho *sustantivo* a la protección de la información oponible frente a la Administración Tributaria, el carácter necesariamente reglado de las competencias públicas en el Estado de Derecho, y su interrelación con los derechos fundamentales de los ciudadanos, imponen a las Administraciones Tributarias limitaciones formales al modo, alcance y condiciones de obtención y manejo de la información fiscalmente relevante. Como señalan Avi-Yonah y Mazzoni, el derecho a la privacidad “*no comparte el mismo ámbito de protección entre los contextos tributarios y no tributarios. La noción de privacidad en Derecho tributario no es tan amplia como en el Derecho de daños o en el Derecho Constitucional. Los contribuyentes no pueden reclamar el derecho a ser dejados tranquilos, o a estar libres de intrusiones gubernamentales innecesarias. La razón es que, aquí, está en juego además la protección del bienestar económico del país. Como el Juez Roberts arguyó en Bull v. U. S., los tributos son la ‘savia’ del gobierno. En consecuencia, se requiere un balance apropiado entre el interés social y el individual... Por estas razones, los autores creen que en el contexto de la tributación y, en particular, dentro del proceso de intercambio internacional de información, los individuos solo tienen salvaguardas procedimentales, no un derecho sustantivo a la privacidad*”. Avi-Yonah, Reuben, y Mazzoni, Giuseppe, “Taxation and Human Rights: a Delicate Balance,” Arbor, Ann, *Public Law and Legal Theory*, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, The University of Michigan, 2016, Research Paper Series, número 520, pp. 3-4, en <http://bit.ly/2dq3TOM>. En el mismo sentido, Rust identifica posibilidades para la limitación estatal a los derechos individuales a la protección de datos, siempre que sean previstas por ley, proporcionales a la persecución legítima de objetivos de interés general y estricta necesidad, y además respetando la esencia de dichos derechos. Tal respeto pasaría principalmente, como advierten Avi-Yonah y Mazzoni, por las salvaguardias procedimentales. Rust, *op. cit.*, pp. 189-195, y Ober-son, *International Exchange...*, p. 225.

¹⁵⁵ Avi-Yonah y Mazzoni, *op. cit.*, pp. 4-5. Sin embargo, Dourado señala que el respeto por dichas salvaguardas y limitaciones, en el contexto de los Artículos 26.2, 26.3, 26.4 y 26.5 del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE, así como del Artículo 8o. del Modelo de Convenio sobre Intercambio de Información, es un criterio meramente formal y finalmente nulo, “pues como tal no requiere la existencia de ninguna o de salvaguardas y limitaciones domésticas específicas. Solo se requiere un tratamiento no discriminatorio de las situaciones transfronterizas, teniendo en cuenta las salvaguardas y limitaciones domésticas. Una cuestión relacionada es si la información obtenida ilícitamente puede ser válidamente utilizada en situaciones nacionales o transfronterizas. El Artículo 26 MC OCDE no contiene ninguna prohibición en este sentido... Una norma internacional sobre intercambio de información que no prohíbe el uso de datos obtenidos ilícitamente contribuirá a estimular un mercado global donde esos datos pueden ser vendidos y comprados, y donde no se observarán las normas de confidencialidad”. Dourado, *op. cit.*, p. 9.

rimiento "es únicamente relevante cuando el Estado requerido ya posee la información y desea saber si hay alguna razón por la que no deba suplirla a la autoridad requirente, o, en la situación más común, cuando el Estado requerido necesita ejercer sus poderes para obtener la información de terceros"¹⁵⁶, o que dicha notificación se excluye cuando el Estado requirente tiene razones específicas para considerar que informar al contribuyente podría perjudicar a la investigación¹⁵⁷.

En todas estas situaciones, la investigación tiende a la determinación de las obligaciones tributarias de un contribuyente específico respecto de unos hechos precisos; tomando como base el *standard* penal del derecho a ser informado es necesario, entonces, que se informe al contribuyente para permitirle defenderse en cualquier grado e instancia de los procedimientos respectivos, independientemente de si se trata de (i) información ya en poder del Estado requerido relacionada con el contribuyente; (ii) información que el Estado requerido debe obtener del contribuyente; o (iii) información que el Estado requerido debe obtener de terceros¹⁵⁸. Dado que el derecho a ser informado es un *derecho fundamental*¹⁵⁹, no es posible negar su protección en este contexto, no solo con base en la prevención anticipada de las acciones del contribuyente tendientes a evitar el suministro de la información, sino también al no informar al contribuyente del requerimiento por petición del Estado requirente, aun motivadamente. Tales acciones resultan, además de excesivas y desproporcionadas¹⁶⁰, divergentes con los valores fundamentales del Estado de Derecho¹⁶¹.

Adicionalmente, según el leal saber y entender del autor, no hay situaciones en investigaciones tributarias *stricto sensu* que sean comparables con aquellas circunstancias de los procedimientos penales que *excepcionalmente* justifican las operaciones encubiertas, y que en consecuencia sirvan como base para dejar de lado el derecho del contribuyente a ser informado en cualquier procedimiento relacionado con tributos¹⁶². Por ejem-

¹⁵⁶ Cfr. Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 62. En el mismo sentido, Rust, *op. cit.*, p. 191.

¹⁵⁸ A este respecto, resulta alarmante que, según Baker y Pistone, solo el 22% de los países examinados por ellos (9 de 41) garantiza al contribuyente el derecho a ser informado respecto de un requerimiento de intercambio de información antes de que la información sea procurada de terceras partes en respuesta a un requerimiento específico de intercambio de información. Además, solo el 17% (7 de 41) garantiza al contribuyente el derecho a ser oído por la Administración Tributaria antes de que la información vinculada con él sea intercambiada con otro Estado. Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 60, en texto principal y notas al pie número 220-222.

¹⁵⁹ *Standards* de protección del ciudadano como constitutivos de un *status personal de garantía*, desde una perspectiva constitucional, (párrafo 2.1.2 y 2.1.3).

¹⁶⁰ Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 61. En el mismo sentido, Oberson, *International Exchange...*, pp. 213-214.

¹⁶¹ Dourado, *op. cit.*, pp. 3, 5, 10.

¹⁶² Sin embargo, *Huvig v. Francia* trataba de una intervención telefónica en el contexto de una investigación penal por evasión fiscal. Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena destacar que para el momento en que la intervención telefónica tuvo lugar, los Huvigs estaban ya conscientes

plo, las intervenciones telefónicas legítimas son únicamente posibles cuando no hay otra vía razonable de conocer si un delito se ha cometido o no, como en los casos de crimen organizado o de terrorismo¹⁶³, o cuando existe un riesgo de daño inminente inevitable por otras vías menos intrusivas¹⁶⁴. Como fuerte limitación de derechos humanos, como aquellos vinculados con la privacidad y el secreto de las comunicaciones, las intervenciones telefónicas deben ser controladas judicialmente, y severamente restringidas para conciliarlas en la mayor medida posible con los parámetros mínimos soportables en una sociedad democrática¹⁶⁵.

Del mismo modo, estas razones fundamentan –en opinión del autor– la inadmisibilidad del criterio de acuerdo con el cual el contribuyente no tiene derecho a ser informado o a participar en modo alguno en el procedimiento de intercambio de información, sobre la base de que dicho procedimiento ocurre en la *fase preliminar* de la investigación fiscal. Una aproximación de este tipo pretende traer, al contexto del procedimiento determinativo tributario, el paradigma del Derecho penal de acuerdo con el cual la investigación va *de los hechos a su autor*¹⁶⁶ sobre la base de considerar que el contribuyente no ha sido «imputado» respecto de los hechos imponibles objeto de la investigación, lo que no es en modo alguno aplicable al caso en estudio¹⁶⁷. En opinión del autor es equivocado considerar que en este punto de la investigación fiscal no existe una atribución de los hallazgos de la fiscalización al contribuyente objeto del procedimiento¹⁶⁸. El *standard* de protección que dimana del derecho a ser informado exige, tanto en el procedimiento penal como en el tributario, que el acusado y el contribuyente sean informados en el mismo momento en el que las investigaciones

de que se estaba llevando a cabo una investigación contra ellos por evasión fiscal, ausencia de registros contables y falsa contabilidad, de manera que ellos habían sido informados de la acusación *antes* de la medida. Adicionalmente, considerando que el intercambio de información apunta a la prueba de los hechos relevantes a fines fiscales a través de *documentos*, cualquier apoderamiento o incautación sobre dichos documentos es equivalente a una *acusación*, lo que da lugar a la aplicación del derecho a ser informado en los términos expuestos. Tedh, *Huvig v. France*, en <http://bit.ly/2d9r1hT>, 1990.

¹⁶³ Tedh, *Kennedy v. Reino Unido*, párrafo 72, en <http://bit.ly/2dpWnhX>, 2010.

¹⁶⁴ Tedh, *Klass et al. v. Alemania*, párrafo 45, en <http://bit.ly/2cOHZfe>, 1978.

¹⁶⁵ Tedh, *Kennedy v. Reino Unido*, párrafo 155, en <http://bit.ly/2dpWnhX>, 2010.

¹⁶⁶ Investigación preliminar penal y fiscalización tributaria: de los hechos a su autor, ¿y viceversa?, (párrafo 4.2).

¹⁶⁷ Concordantemente, Baker y Pistone consideran que una aproximación de este tipo es *arcaica*, y antecede al reconocimiento de los derechos de los contribuyentes. Es, en sus palabras, “*como sugerir en el contexto de una investigación policial que, cuando la policía está simplemente realizando su investigación inicial, ellos pueden golpear y abusar del sospechoso porque ellos no le han imputado aun con un delito; y solo después que le han imputado puede él responder al uso de la información obtenida de él bajo presión*”. Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 61, en nota al pie número 226.

¹⁶⁸ En el mismo sentido Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 61.

respectivas apuntan hacia la determinación de responsabilidad penal o tributaria, respectivamente¹⁶⁹, en tanto amenazas de limitación de derechos individuales¹⁷⁰ en el sentido desarrollado previamente¹⁷¹.

b. En el marco de un requerimiento *extra-procedimental* de información

Por su parte, el requerimiento extra-procedimental *genérico* de información plantea la duda razonable respecto de la posibilidad de que la determinación tributaria asuma el orden lógico del procedimiento penal; esto es, que la investigación fiscal *vaya desde los hechos hasta el autor* y, en consecuencia, se plantee la viabilidad de adelantar averiguaciones sobre la realización de hechos imposables *antes de la individualización de su ejecutor*¹⁷². Asumiendo esta premisa como cierta, el derecho a ser informado no podría afirmarse, puesto que –en principio– *su titular no sería conocido*¹⁷³.

¹⁶⁹ En contra, la Corte Europea de Justicia dictaminó que “el respeto del derecho de defensa del contribuyente no exige que éste participe en la solicitud de información dirigida por el Estado miembro requirente al Estado miembro requerido. Tampoco exige que el contribuyente sea oído en el momento en que en el Estado miembro requerido se lleven a cabo actuaciones inspectoras que puedan incluir el examen de testigos ni que sea oído antes de que dicho Estado miembro transmita información al Estado miembro requirente”. ECJ, *Sabou v. República Checa*, en <http://bit.ly/2dmbZD7>. De otro lado, Oberson señala, en una opinión que este autor comparte, que una “*adecuada protección debe ser ofrecida a los contribuyentes comprometidos. En orden a estar en una posición para defender su caso, el contribuyente debe en consecuencia al menos estar al tanto del proceso, esto es, ser notificado del procedimiento de intercambio de información*”. Traducción no oficial del autor. Oberson, *International Exchange...*, pp. 227, 230-234.

¹⁷⁰ Como Oberson correctamente señala, el Estado de Derecho “*requiere que el contribuyente se halle en una posición para defender su derecho y, al menos, tener un medio legal para solicitar una revisión independiente sobre si el requerimiento es legítimo o no. Esto requiere que el contribuyente sea informado del proceso... En nuestra opinión, como cuestión de principio, el contribuyente debe en consecuencia ser informado; más precisamente, recibir notificación del requerimiento de intercambio de información*”. Traducción no oficial del autor. Oberson, *International Exchange...*, p. 240.

¹⁷¹ *Standards* de protección del ciudadano como constitutivos de un *status personal de garantía*, desde una perspectiva constitucional, (pár. 2.1.2 y 2.1.3).

¹⁷² Estos serían procedimientos de recolección de hechos, que “*pertenecen a la cooperación o asistencia usual ente dos estados y no deberían garantizarse derechos procedimentales específicos a este nivel*”. De acuerdo con esta aproximación, “*el requerimiento de información pertenece a la fase de investigación, durante la cual la información es recopilada, la que debe distinguirse de la fase contenciosa, que envuelve tanto al contribuyente como a las autoridades fiscales*”. Sería únicamente en esta última etapa que el contribuyente “*tiene sin embargo garantizados todos sus potenciales derechos en la jurisdicción del Estado requirente*”. Traducción no oficial del autor, Oberson, *International Exchange...*, p. 237.

¹⁷³ Sin embargo, es innegable que los sujetos cuya información es objeto de intercambio tienen derecho a la garantía estatal sobre el uso y administración adecuada de la información que sobre él y sobre su situación económica relevante a fines tributarios está en posesión de este Estado; esto es, al *hábeas data*. Cfr. Torres Rodas, *op. cit.*, pp. 65-71; Avi-Yonah y Mazzoni, *op. cit.*, pp. 3-4.

Este tipo de aproximación es particularmente relevante en el contexto de las demandas por mayor *transparencia* que se observan en buena parte de los ordenamientos jurídicos actuales, como respuesta a lo que se percibe como una creciente tendencia a la planificación fiscal agresiva y a la evasión¹⁷⁴, y bajo el impulso de los organismos multilaterales encargados del diseño de políticas públicas en materia tributaria¹⁷⁵. En este sentido, el principal medio del que se ha servido este paradigma de investigación tributaria es el del *intercambio masivo y automático de información* entre Administraciones Tributarias de información financiera sobre contribuyentes que tienen conexión con uno de los Estados, independientemente de si los hechos eventualmente investigados poseen o no elementos de extranjería relevantes para fines tributarios.

En opinión del autor, la admisibilidad de esta línea argumental es cuestionable tanto en Derecho penal como en Derecho Tributario¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Al respecto, el CIAT ha indicado que “*los relevantes escándalos internacionales por fugas de de datos masivos*”-“*offshore leaks*”- (bancos UBS y HSBC de Suiza – “*lista Herbe Falciani*”-, las *rulings* de Luxemburgo y los recientes “*Panamá Papers*”), ponen en evidencia la magnitud de los bolsones de evasión y planificación fiscal abusiva por activos financieros y sociedades offshore no exteriorizadas fiscalmente ante los respectivos Estados, que podrían capturarse con una efectivo aprovechamiento de la cooperación entre las AATT y en particular con el uso efectivo del AEOI. CEPAL, en un interesante trabajo, realiza estimaciones para los países de AL, respecto de la evasión y en particular la que corresponde a la evasión internacional”. Es este “un contexto que puso en evidencia que la opacidad o secretismo –en conjunción con otros factores tales como la avaricia de rentabilidad desmedida sin considerar los riesgos, la falta de regulación suficiente, etc.– facilitaron la crisis sistémica de fines del año 2008, además de menoscabar el correcto pago de impuestos y facilitar otros delitos económicos (por ejemplo, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo)”; razón por la cual “el intercambio de información con fines fiscales adquirió en los últimos años una relevancia destacada en la agenda de la Tributación Internacional, impulsado por el llamado y el compromiso asumido por los líderes del G-20 y el trabajo de la OCDE y en particular del Foro Global”. Porporato, Pablo, “Estándares de transparencia e intercambio automático de información tributaria en América Latina”, *Documentos de Trabajo*, Dirección de Estudios e Investigaciones Tributarias, CIAT, 2016, número 1, pp. 2, 3, en <http://bit.ly/2dcaM4H>.

¹⁷⁵ Como lo señaló el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Tributarios, “*El standard internacional, que fue desarrollado por la OCDE en colaboración con países no miembros de la OCDE y que fue aprobado por los ministros de finanzas del G20 en su reunión de Berlín en 2004 y por el Comité de las Naciones Unidas de expertos sobre Cooperación internacional en materia tributaria en su reunión de octubre de 2008, exige el requerimiento de intercambio de información en todos los asuntos fiscales para la administración y aplicación de la ley tributaria interna sin consideración del interés fiscal interno o el secreto bancario para fines fiscales. Además se prevén extensas salvaguardias para proteger la confidencialidad de la información intercambiada*”. Jackson, James K., *The OECD Initiative on Tax Havens*, Washington D. C., Congressional Research Service–Diane Publishing, 2010, p. 6. En el mismo sentido, Dourado, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁶ Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 61, en nota al pie número 226, y Oberson, *International Exchange...*, pp. 239-241.

En primer lugar, el requerimiento genérico de información por la Administración, sin garantía de participación para los contribuyentes cuya información es recopilada¹⁷⁷, supone una actividad inquisitiva *vaga e indiscriminada* sobre los comportamientos de los miembros de un sector social acotado más o menos precisamente: una «expedición de pesca» que parte *inquisitivamente* de la sospecha de *no sujeción a la ley* del grupo que es objeto de la pesquisa *sin base en hechos concretos*¹⁷⁸, pues de lo contrario el requerimiento sería *específico* y deberían aplicarse plenamente las garantías de información y defensa largamente estudiadas.

Como es evidente, una actividad estatal de este tipo contradice los fundamentos mismos del Estado de Derecho, tanto en la investigación de hechos punibles como im-ponibles. Respecto de aquellos, la investigación penal siempre debe partir de *un hecho concreto*, respecto del cual se pretende determinar su autoría y la medida de la responsabilidad subsecuente, esto es, *hacia su autor*. Lo contrario configura en Derecho Penal, según Ferrajoli, un sistema de *tipología de autor*¹⁷⁹ y de *mera prevención*¹⁸⁰, propia de un modelo punitivo *autoritario e irracional*. Como dice Castillo Alva:

¹⁷⁷ Pues debe haber, dicen con acierto Dourado, Avi-Yonah y Mazzoni, reglas procedimentales que garanticen una interacción argumentativa genuina antes de que se verifique el intercambio de información. Cfr. Dourado, *op. cit.*, p. 3; y Avi-Yonah y Mazzoni, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁸ O lo que es lo mismo, de una *presunción de culpabilidad*.

¹⁷⁹ Señala Ferrajoli: "*Sustancialismo y subjetivismo, por lo demás, alcanzan las formas más perversas en el esquema penal del llamado tipo de autor, donde la hipótesis normativa de desviación es simultáneamente "sin acción" y "sin hecho ofensivo". La ley, en este caso, no prohíbe ni regula comportamientos, sino que prefigura status subjetivos directamente incriminables: no tiene función regulativa, sino constitutiva de los presupuestos de la pena; no es observable o violable por la omisión o la comisión de hechos contrarias a ella, sino que es constitutivamente observada o violada por condiciones personales conformes o contrarias. Es claro que al faltar, antes incluso que la acción y el hecho, la prohibición, todas las garantías penales y procesales resultan neutralizadas... En nuestro ordenamiento son reconducibles a él, por ejemplo, las normas que disponen medidas punitivas contra los "ociosos," los "vagabundos," los "proclives a delinquir" y similares. No obstante, el esquema puede ser cumplido no sólo por vía legal, sino también por vía judicial: piénsese en el abuso jurisprudencial, en las macro-instrucciones contra la criminalidad organizada, en las figuras del concurso moral y del delito asociativo, consideradas a veces, a falta de cualquier hecho específico, sólo conforme al historial de los imputados o a su colocación o identidad social v política". Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 100-101.*

¹⁸⁰ Sobre esta estructura del sistema punitivo, señala Ferrajoli lo siguiente: "*En él, entre los presupuestos de la sanción penal, resulta suprimido todo el hecho-delito y no sólo, como en S3, S4 y S5, su elemento subjetivo o su elemento objetivo. La punición, consiguientemente, asume en él la naturaleza de medida preventiva de la desviación, en vez de retributiva: no, téngase en cuenta, la función de "prevención general" ejercida por su amenaza legal preventiva como consecuencia de un delito, sino una función de «prevención especial» ligada a su conminación preventiva, como un prius en vez de como un posterius respecto del hecho criminal. Es evidente el carácter desigualitario, además de puramente decisionista, de este esquema de intervención punitiva. Conforme a él, el derecho y el proceso penal se transforman, de sistema de retribución, dirigido a prevenir los hechos-delitos por medio de la comprobación y la punición de los ya ocurridos, en sistema de pura prevención, dirigido a afrontar la mera sospecha de delitos cometidos pero no probados o el mero peligro de delitos futuros". Ferrajoli, *op. cit.*, p. 102.*

El derecho a ser informado de la imputación permite evitar una actividad inquisitiva general e indiscriminada sobre la vida de una persona, o destinada a investigar de manera genérica los comportamientos de miembros de un grupo social. Asimismo, se opone a la intervención policial, fiscal o judicial como pretexto para conocer las facetas íntimas o privadas de una persona, más allá de si se trata de alguien que ha cometido o no un delito. Un Estado Constitucional repudia la *inquisitio generalis* o la búsqueda a toda costa de algún tipo de responsabilidad de una persona, ya que genera persecuciones indeterminadas, pesquisas arbitrarias y no sujetas a control jurídico alguno. Existe la proscripción de investigaciones o práctica de pruebas ajenas a lo que es materia de investigación¹⁸¹.

Respecto de los segundos operan idénticas consideraciones. Las actuaciones estatales de recolección de información tributaria en el Estado de Derecho se legitiman, al igual que las investigaciones penales, sobre la base de la determinación de la responsabilidad tributaria *concreta* a través de la duda razonable respecto de la existencia o no de la obligación tributaria y de su cuantía *referida a un determinado contribuyente*. El intercambio masivo y automático de información opera *en ausencia de este requisito mínimo*, lo que incide directamente en su desproporción¹⁸², a través de la indeterminación del objeto del requerimiento de información y en consecuencia produciendo la absoluta indefensión del contribuyente frente a la pretensión estatal de limitar sus derechos, lo que determina en opinión del autor la inadmisibilidad constitucional de una herramienta de este tipo¹⁸³.

El concepto de «expedición de pesca» se refiere a esta situación. Éste se define como los “*requerimientos especulativos de información que no tienen nexo aparente con una averiguación o investigación abierta*”¹⁸⁴. Habrá una “expedición de pesca” cuando el requerimiento de información no suponga una mínima individualización de los *sujetos* o

¹⁸¹ Castillo Alva, *op. cit.*, p. 196.

¹⁸² En este sentido, Avi-Yonah y Mazzoni consideran como uno de los aspectos más críticos del intercambio automático de información que éste no requiere la existencia de indicios de incumplimientos fiscales o de conducta ilícita por los contribuyentes, lo que en su opinión hace desproporcionada a la medida. *Cfr.* Avi-Yonah y Mazzoni, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸³ Cabe acotar que, según Calderón Carrero y Quintas Seara, existe hoy una tendencia internacional hacia la implementación de los llamados “derechos de participación” del contribuyente en los procedimientos de intercambio de información, dentro de los cuales, por supuesto, se encuentra el derecho a ser informado. *Cfr.* Calderón Carrero, José Manuel, y Quintas Seara, Alberto, “The Taxpayer’s Right of Defence in Cross-Border Exchange-of-Information Procedures”, *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, IBFD, volumen 68, número 9, 2014, pp. 503-505, en <http://bit.ly/2dwL38B>.

¹⁸⁴ Dourado, *op. cit.*, p. 11. Respecto de la *comprensión común* entre Estados sobre el significado del término, los comentarios de Oberson son sumamente ilustrativos. *Cfr.* Oberson, Xavier, “General Report: Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities”, *IFA Cahier 2013*, Basilea, 2015, volumen 2, pp. 31-33.

del *objeto de la investigación*, en términos equivalentes a los de la "*inquisitio generalis*" referida a la investigación penal. En una "expedición de pesca" no hay indicación expresa de los sujetos a quienes se dirige la investigación, ni tampoco indicación de una investigación en curso o de "*los específicos hechos y circunstancias que han llevado a la solicitud y otra explicación detallada como la legislación aplicable, razón por la cual no hay razón para creer que los contribuyentes en el grupo para el cual se solicita la información no han cumplido con esa ley con base en un fundamento fáctico claro y que la información solicitada sería ayudar a determinar el cumplimiento por los contribuyentes en el grupo*"¹⁸⁵. De ello se deriva, en opinión de este autor, el divorcio entre la "expedición de pesca" y el haz de posiciones jurídicas fundamentales que constituye esencia del derecho a la defensa, y particularmente del derecho a ser informado.

A contrario de lo que pudiera inicialmente pensarse, en los requerimientos genéricos de información la Administración Tributaria investiga el hecho en condiciones similares a los de la *flagrancia*¹⁸⁶. En efecto, en el delito flagrante la investigación penal se inicia con un conocimiento indiciario y simultáneo (i) del *cuerpo del delito*, esto es, de los *hechos*; y (ii) *de la persona de su autor*. Estos indicios, incluso si son remotos, acarrear la obligación para el órgano de instrucción de informar a éste, y el derecho correspondiente para la persona investigada de ser informada de los cargos, para una defensa adecuada.

En consecuencia, el *standard* penal de acuerdo con el cual la investigación va *de los hechos al autor* no es aplicable al intercambio genérico y automático de información, ni en situaciones domésticas ni en situaciones transfronterizas.

En este contexto, el autor considera sumamente reprochable que el *Standard* para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras de la OCDE de 2014¹⁸⁷, así como el Acuerdo sobre intercambio de información con fines fiscales de la OCDE¹⁸⁸, permita el intercambio masivo de información *sin un requerimiento previo* que permita la individualización de las condiciones de objeto y sujetos de la investigación llevada a cabo

¹⁸⁵ Dourado, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁶ El delito flagrante es aquel en el que el sujeto activo es descubierto en el momento mismo de su comisión, o bien en un momento inmediato posterior, dado lo incuestionable de la autoría del hecho en razón de las evidencias presentes. Es el caso, por ejemplo, de la persona que es descubierta, por el clamor popular, en posesión de objetos o herramientas particulares, o está marcada por evidencias o pistas específicas que permiten suponer que ha participado en la comisión del delito. Chantal, Joubert, y Bevers, Hans, *Schengen Investigated. A Comparative Interpretation of the Schengen Provisions on International Police Cooperation in the Light of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, p. 111.

¹⁸⁷ *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, OCDE, en <http://bit.ly/2cNgrgA>.

¹⁸⁸ *Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*, OCDE, en <http://bit.ly/2d6ES9t>.

por el Estado requirente de un modo consistente con el derecho a ser informado como *standard* mínimo de protección del ciudadano en el Estado de Derecho, y que –además– se considere tal proceder como un *standard simplificado global* susceptible de universalizarse¹⁸⁹. Una conducta tal no puede justificarse sobre la base de la persecución *a toda costa* de la evasión fiscal, o de la planificación agresiva, pues ello configura un “modelo sectorial de gestión” *autoritario*, no conforme con las exigencias racionales de ejercicio de las potestades públicas en el Estado de Derecho¹⁹⁰. Ella supone la *despersonalización* del contribuyente, privilegiando la expansión irracional de las potestades públicas por sobre la cualidad de ciudadano de aquel, y su dignidad inherente¹⁹¹.

Por estas razones, el autor respetuosamente disiente de la óptica que sobre el tema mantienen la OCDE y el Foro Global. Según ellos, en el intercambio de información es posible poner de lado al derecho a ser informado sobre la base de la *protección de la in-*

¹⁸⁹ En este sentido, la Declaración sobre el Intercambio Automático de Información en Materia Tributaria de la OCDE de 6 de mayo de 2014 es enfática al dar la bienvenida a este nuevo *standard*, felicitar los esfuerzos para su adopción por un número importante de países y en su determinación para su rápida implementación, en tanto dota a las autoridades tributarias a nivel mundial de “una nueva y muy poderosa arma para enfrentar la evasión fiscal transfronteriza y la falta de cumplimiento de obligaciones tributarias”. *Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters*, OCDE, en <http://bit.ly/2dBTmMG>. Por el contrario, para hablar de un *standard* universal debe tenerse presente, como indica Dourado, que éste debe concurrir armónicamente con las demandas propias del Estado de Derecho, lo que no ocurre con el intercambio genérico y automático de información. Cfr. Dourado, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁰ Ferrajoli, *op. cit.*, p. 98-103.

¹⁹¹ En condiciones idénticas a las que, en el Derecho Penal, han sido identificadas bajo el título de “Derecho Penal del enemigo”. El Derecho Penal del “enemigo”, de corte autoritario al negar el carácter de persona del infractor y, con ello, la dignidad inherente a su condición de tal, es un fenómeno netamente *expansivo* de la potestad punitiva estatal, dirigida a maximizar los objetivos de prevención general de determinadas formas delictuales consideradas de especial dañosidad social, sobre la base de (i) el adelantamiento de la represión a las fases previas a la lesión efectiva del bien jurídico tutelado por la norma penal, esto es, no se espera a que el delito se cometa, sino que se castiga desde el acto preparatorio; (ii) *desproporción de las penas* aplicables; y (iii) *abandono de las garantías procesales*, como fórmula para optimizar lo que Silva Sánchez denomina el “modelo sectorial de gestión”. Comparativamente, la inobservancia del derecho a ser informado en el intercambio de información es encuadrable fácilmente en este último, como medio para combatir el fraude fiscal *a cualquier costo* y optimizar la recaudación tributaria. El autor considera que el menoscabo de las garantías formales asociadas al derecho a ser informado para fines fiscales en el sentido anotado, al igual que su equivalente en materia penal, es absolutamente incompatible con los *standards* de protección de la persona humana en el Estado democrático de Derecho. Cfr. Jakobs, Günther, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, *Derecho Penal del enemigo*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003, pp. 25-33; y Silva Sánchez, Jesús M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 126.

*investigación*¹⁹², por la ponderación del derecho a la defensa del contribuyente con el interés público comprometido en la recaudación tributaria. Según el conocimiento del autor, no existen situaciones en los procedimientos tributarios equiparables con aquellas circunstancias de los procedimientos penales que excepcionalmente justifican las operaciones *secretas*, como por ejemplo las intervenciones telefónicas, que sirvan como base para dejar de lado al derecho del contribuyente a ser informado en el contexto del intercambio de información. Como se indicó previamente¹⁹³, el carácter *documental* de las pruebas susceptibles de obtención a través del intercambio de información, su referencia directa a los hechos realizados por el contribuyente y la orientación de la investigación hacia un sujeto determinado son condiciones suficientes, en la opinión del autor, para predicar que en estos casos no existen supuestos que permitan predicar válidamente la necesidad de *secreto* de las actuaciones en el contexto del intercambio de información¹⁹⁴. En opinión del autor, lo contrario contradice *expresamente* el *standard* mínimo de protección del derecho a ser informado¹⁹⁵.

A todo evento, la naturaleza económica de los hechos investigados a través del requerimiento genérico de información supone *per se* un conocimiento aun remoto *de los sujetos* a quienes son atribuibles los resultados económicos de aquellos y, en consecuencia, la posible realización de los hechos imponibles asociados a ellos. Las operaciones comerciales, inmobiliarias, financieras, etc., objeto del requerimiento fueron necesariamente realizadas por *una serie de sujetos*, a quienes –desde ya– debe tenerse como los *potenciales autores* de los hechos imponibles que serían investigados por las autoridades tributarias del Estado requirente.

Ese *nivel mínimo de identificación* de los potenciales contribuyentes *a través de la delimitación de la información requerida les otorga el derecho a ser informados* de la

¹⁹² En las palabras de Calderón Carrero y Quintas Seara, la posición de la OCDE y del Foro Global supone que “*el derecho del contribuyente a ser notificado debe permitir excepciones en casos donde el requerimiento de información es urgente o la notificación al contribuyente puede comprometer seriamente el éxito de la investigación realizada por el Estado requirente*”. Calderón Carrero y Quintas Seara, *op. cit.*, p. 505.

¹⁹³ Derecho a ser informado y requerimientos de información a terceros en situaciones transfronterizas, en el marco de una fiscalización (párrafo 4.3.2.1).

¹⁹⁴ No obstante lo anterior, como Oberson señala adecuadamente, una supuesta excepción al derecho a ser informado en orden a proteger la investigación *debe permanecer como tal excepción*, en favor de garantizar derechos de notificación al principio del procedimiento, y ser tomada luego de la ponderación entre la eficiencia del intercambio y los intereses de los contribuyentes. Oberson, *International Exchange...*, p. 240.

¹⁹⁵ Investigación preliminar penal y fiscalización tributaria: de los hechos a su autor, ¿y viceversa?, párrafo 4.2.

solicitud de intercambio de información *desde su emisión*¹⁹⁶. Como fácilmente puede verse, a pesar de su generalidad el requerimiento en comentarios presupone una dirección *inmediata* del procedimiento hacia el posible establecimiento de responsabilidades tributarias *a cargo de quienes han realizado las operaciones* sobre las que versa la solicitud. En la opinión de este autor, ello justifica sobradamente la aplicación del derecho a ser informado bajo los *standards* de aplicación que derivan del proceso penal, y que son plenamente trasladables a los procedimientos tributarios según lo indicado. Esta posibilidad de identificar a los contribuyentes cuya información es objeto de intercambio masivo se evidencia de las prácticas de ciertos Estados, que para informar han acudido (i) a ordenar a las instituciones financieras notificar a sus clientes que la información sobre las cuentas bancarias del contribuyente estará sujeta a los sistemas de información derivados de la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) y el *Common Reporting Standard* (CRS); o bien (ii) a publicar en el Diario Oficial las notificaciones de los intercambios automáticos de montos sustanciales de información¹⁹⁷.

Conviene aclarar que la certeza requerida sobre el objeto de la solicitud de intercambio de información no debe entenderse cumplido con la mención genérica e indiscriminada de un universo de sujetos cuya información puede ser intercambiada, con base en (i) la simple sospecha de falta de pago de tributos sin referencias concretas, o de (ii) un pretendido "nivel mínimo de identificación". Aplicando los *standards* mínimos de protección del derecho a ser informado propios del proceso penal en materia tributaria, ese "nivel mínimo de identificación" es la base que permite a los Estados intervinientes en el procedimiento cumplir con las exigencias de protección del "núcleo duro" del derecho a ser informado, a saber, la expresión de manera total, directa y expresamente precisa, sin ninguna incertidumbre o ambigüedad de todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para conocer las razones por las que se investiga, suficientes para permitir al contribuyente una defensa adecuada.

En este orden de ideas, el autor considera que no existe un «nivel mínimo de identificación» suficiente para la protección del «núcleo duro» del derecho a ser informado en el caso del intercambio de información acordado entre la Confederación Suiza y los Estados Unidos de América el 19 de agosto de 2009. En dicho acuerdo se consideró que un banco de datos de 100 residentes fiscales estadounidenses, que mantenían cuentas bancarias secretas en una institución financiera ubicada en Suiza como un "*grupo determinable o categoría de personas*" en los términos del Tratado de Doble Imposición suscrito entre los dos países, sobre la base de la *mera sospecha* de comisión de alguna clase de

¹⁹⁶ Oberson, *International Exchange...*, p. 241.

¹⁹⁷ Baker y Pistone, *op. cit.*, p. 64.

incumplimiento tributario *sin ulteriores datos de individualización* de los hechos o de las personas sujetas a la investigación y sin que se les garantizase a estas últimas participación alguna en el procedimiento a través de la notificación hecha bajo los requerimientos mínimos del derecho a ser informado¹⁹⁸. Una aproximación similar fue sostenida por la Suprema Corte Federal Suiza el 16 de septiembre de 2016, respecto de un intercambio *genérico* de información requerido a las autoridades suizas por los Países Bajos en julio de 2015, respecto de cuentas financieras sin identificación alguna de los contribuyentes cuya información iba a ser intercambiada. De acuerdo con la Suprema Corte Federal Suiza, si el requerimiento contenía información suficiente para permitir una identificación del contribuyente afectado por el intercambio de información, entonces no es necesario identificarlo plenamente –y, en consecuencia, *informarlo*– del requerimiento de información¹⁹⁹.

En todo caso, en el supuesto de que se admitiese la posibilidad de la Administración de obtener información a través de requerimientos genéricos, *debe reconocérsele igualmente al sujeto pasivo el derecho a ser informado*, como garantía procedimental del derecho a la privacidad y a la adecuada protección de sus datos²⁰⁰. En este marco, el *sujeto requerido*²⁰¹ tiene un deber de *reserva* respecto de la información tributaria del contribuyente, y éste a su vez tiene derecho a la garantía estatal sobre el uso y administración adecuada de la información que sobre él y sobre su situación económica relevante a fines tributarios está en posesión de ese tercero; esto es, el derecho al *habeas data*, en los términos indicados precedentemente²⁰².

¹⁹⁸ En el mismo sentido, Dourado indica que “*esta tendencia difícilmente puede ser parte de un standard internacionalmente válido, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales de los contribuyentes varían grandemente entre los miembros del Foro Global. No hay garantía de que los derechos de los contribuyentes son debidamente resguardados, es decir que las personas afectadas por una expedición de pesca, que ha sido aceptada como válida por un Estado requerido, se les permitirá inspeccionar sus archivos bajo requerimiento y garantizada la oportunidad de defender su caso*”. Dourado, *op. cit.*, pp. 11-13.

¹⁹⁹ Solo encontramos referencias secundarias de la decisión. Un resumen de la sentencia y de sus implicaciones puede consultarse en Birri, Jürg, *Swiss Federal Supreme Court considers Dutch Group Request as permissible*, en <http://bit.ly/2ePNjoe>.

²⁰⁰ Avi-Yonah y Mazzoni, *op. cit.*, p. 8. Igualmente, la Corte Europea de Justicia declaró que el permitir a una Administración Pública transmitir datos personales a otra Administración Pública y el subsiguiente tratamiento de esos datos, sin que los interesados hayan sido informados de esa transmisión ni de ese tratamiento se opone al derecho a ser informado. ECJ, *Smaranda Bara et al. v. Rumanía*, párrafo 38, en <http://bit.ly/2cCBU8Y>, 2015.

²⁰¹ Este es un *standard* aplicable tanto a personas públicas como privadas que sean requeridas para entregar información relevante a las autoridades tributarias para fines fiscales.

²⁰² Derecho a ser informado y requerimientos de información a terceros en situaciones transfronterizas, en el marco de una fiscalización (párrafo 4.3.2.1).

En resumen, en opinión del autor el derecho a ser informado configura uno de los parámetros mínimos que el Estado requerido debe verificar para determinar la posibilidad de remitir la información solicitada a través del intercambio de información en cualquiera de sus formas, toda vez que constituye una de las categorías fundamentales de las que podría conformarse una regla mundial de intercambio de información consistente con los valores del Estado de Derecho²⁰³.

V. CONCLUSIONES

En resumen, toda persona tiene el *derecho fundamental* a ser informada de las acciones estatales tendientes a la limitación de sus derechos. El derecho a ser informado conforma un *standard mínimo de protección* de la *libertad* y la *dignidad* humanas en el Estado de Derecho, que legitima al ciudadano a reclamar del Estado la realización de las acciones informativas que sean necesarias para permitirle a aquél una protección legal efectiva de sus derechos, en tanto la acción estatal pretenda restringirlos. En este sentido, el derecho a ser informado configura un *haz de derechos fundamentales* del ciudadano frente a las acciones estatales restrictivas de la libertad o de la propiedad, tanto en asuntos penales como tributarios respectivamente.

Históricamente, el derecho a ser informado ha estado íntimamente relacionado al Derecho procesal penal y al principio *adversarial*. Dicho *standard* legal, conocido también como principio acusatorio, manifiesta conjuntamente la *igualdad de armas* y la *igualdad de partes* en el procedimiento criminal a través de la separación de la acusación y del juicio. A causa de ese divorcio, es fundamento del sistema acusatorio el *informar*, tanto al acusado como al juez, la pretensión de condena inherente a la acusación con todos sus fundamentos, en orden a permitir al acusado una defensa apropiada y al juez proteger a ambas partes equilibradamente; esto es, *nullum iudicium sine accusatione*.

En este sentido, el *standard* de aplicación del derecho a ser informado exige del órgano de investigación de que se trate el informar al ciudadano –el acusado o el contribuyente, respectivamente– de la acusación, de manera que el ciudadano *sepa* de manera inmediata, clara, total, directa, expresa y precisa, en un lenguaje totalmente comprensible para él; (i) los hechos relevantes que le son atribuidos, tan detalladamente como sea posible; (ii) la evidencia que presumiblemente sostiene su autoría; (iii) la expresión del tiempo, los medios y las oportunidades para ejercer el derecho a la defensa; y (iv) la advertencia del derecho que tiene el ciudadano a no auto-incriminarse, así como las consecuencias de una renuncia voluntaria a este último derecho.

²⁰³ Dourado, *op. cit.*, p. 3.

Como quiera que las situaciones penales y tributarias suponen una restricción legal de derechos por el Estado, el empleo del *standard* de aplicación del derecho a ser informado antes especificado puede fácilmente afirmarse. Adicionalmente, la comprensión del derecho a ser informado en materia tributaria en la misma forma que éste se entiende en Derecho Penal iguala el terreno para las partes de la relación jurídica tributaria en el Estado democrático de Derecho, dado que el principio acusatorio se adapta mejor a las exigencias de éste. Entonces, tanto el contribuyente como el acusado tienen el mismo derecho a ser informado de la investigación sobre sus respectivas situaciones legales.

En principio, el derecho a ser informado es generalmente aplicable en cada fase de la investigación, tanto de hechos punibles como imponibles. Sin embargo, vale la pena cuestionarse si dicho *standard* es aplicable en la *primera fase* de la investigación, por ejemplo, en la fase de fiscalización. En dicho período, tanto las investigaciones penales como las tributarias son fundamentalmente *inquisitivas*, toda vez que ellas buscan encontrar la *verdad material* de los hechos relevantes según los principios de última ratio en Derecho Penal, y de *capacidad contributiva* en Derecho Tributario. En otras palabras, es propio cuestionarse si es posible o no llevar a cabo una investigación *secreta*, para prevenir la alteración, ocultación o destrucción de la evidencia relevante en cada caso. En este sentido, mientras la investigación penal puede ser *excepcionalmente* escondida al presunto delincuente, en caso de que la prueba no pueda obtenerse por vías menos intrusivas o haya un riesgo de daño inminente no evitable de otra manera, la investigación fiscal no deja posibilidad alguna para la compatibilidad de tal *sigilo* con la legalidad democrática.

Por un lado, para el momento en el que la investigación penal comienza el hecho punible es presuntamente conocido, *pero no su autor*: en consecuencia existe espacio –aunque pequeño– para el *secreto*. En tal situación no es posible hablar de proceso en sentido propio, ni mucho menos proteger el derecho a ser informado de una persona –el delincuente– *cuya identidad es, para ese momento, desconocida*. Solo excepcionalmente, en casos largamente restringidos, cuando *no hay otra vía* de obtener la evidencia necesaria, puede la investigación penal ser secreta, a través de operaciones encubiertas como por ejemplo las intervenciones telefónicas. De cualquier modo, de acuerdo con el derecho fundamental a ser informado, tan pronto como se levanta una sospecha de autoría o de participación en un delito, *el indiciado debe ser totalmente informado*, con independencia del natural sigilo de las operaciones encubiertas legalmente emitidas. En resumen, un paradigma puede inferirse de las afirmaciones previas: *las investigaciones penales encuentran la verdad desde los hechos hacia su autor*.

De otro lado, por naturaleza la investigación fiscal debe iniciarse *a través de la identificación del contribuyente*, en orden a determinar si él ha realizado o no algún hecho imponible en un período dado. En otras palabras, en materia tributaria el presunto con-

tribuyente es conocido, pero no si ha ejecutado hechos imponible, o de haberlo hecho cuáles ha consumado. Consecuentemente, de acuerdo con el derecho fundamental a ser informado, *el contribuyente debe ser informado en detalle desde el inicio de la investigación*, toda vez que un paradigma diferente rige el establecimiento de hechos en las fiscalizaciones tributarias: *las investigaciones tributarias encuentran la verdad desde el autor hacia los hechos*.

Desde una perspectiva tributaria, el intercambio de información entre autoridades tributarias, en una auditoría fiscal o a través de una solicitud extra-procedimental de información, parece ser la acción que levanta la mayor cantidad de problemas aplicativos desde la perspectiva del derecho a ser informado. En este sentido, el *standard* de protección que dimana del derecho a ser informado aplica bajo reglas idénticas, tanto en situaciones domésticas como en situaciones transfronterizas.

De un lado, las solicitudes de información hechos en una fiscalización son identificables con el intercambio de información por requerimiento. De acuerdo con el *standard* del derecho a ser informado, el contribuyente debe ser identificado desde el mismo inicio de la investigación, esto es, el comienzo de la fiscalización, tanto de la pesquisa como de las acciones de investigación desarrolladas en este contexto. En consecuencia, *el Estado requirente debe informar al contribuyente por anticipado*, siendo lo más específico posible respecto de la solicitud de información y su "previsible relevancia" para la investigación, y permitiéndole al contribuyente el formular objeciones contra tal solicitud. En el mismo modo, el Estado requerido está también obligado a informar al contribuyente del requerimiento *antes* de acordar con el Estado requirente el intercambio de información, para así proveer al contribuyente con una protección procedimental suficiente para sus derechos a la privacidad, confidencialidad de los datos y *habeas data*.

El autor considera que no existe vía legítima para que ninguno de los Estados lleve a cabo un intercambio *encubierto* de información. Primeramente, el proceso de establecimiento de los hechos en las fiscalizaciones tributarias exige que *el contribuyente sea conocido* tan pronto empieza la investigación, obligando al Estado *a informarle* del intercambio de información. En segundo lugar, la prueba que será obtenida a través del intercambio de información (esto es, estados de cuenta financieros y otros documentos) no cumplen con los requerimientos exigidos por el Estado constitucional de Derecho para que en la ponderación de intereses el derecho a ser informado decline a favor de la recaudación tributaria. Cualquier peligro de alteración, obstrucción o destrucción de la evidencia por el contribuyente puede evitarse a través de medios menos invasivos, controlables judicialmente, como por ejemplo las requisas domiciliarias, que exigen del órgano investigativo *informar* al ciudadano de la medida que será llevada a cabo. En tercer lugar, como prueba documen-

tal que es, cualquier apropiación de ella presupone *una sospecha* de que la investigación apunta a considerar a un determinado contribuyente como responsable, *de modo que legitima a este último a estar informado de la medida*.

Por otra parte, la solicitud de información hecha a través de un requerimiento extra-procedimental puede ser identificada con el *intercambio automático de información* entre Estados. Existe actualmente una tendencia a ampliar el uso de esta herramienta para incrementar la transparencia, de modo de derrotar a la planificación fiscal agresiva y a la evasión fiscal, bajo el estímulo de los organismos multilaterales responsables por el diseño de políticas públicas en materia tributaria. En este sentido, el intercambio de información pretende ser *general, sin necesidad de requerimiento previo y secreto*, sin permitir al contribuyente afectado el formular objeción alguna a la transferencia de la información, o a la protección de su confidencialidad, o al control apropiado del uso de la data así intercambiada.

En los términos en los que ha sido propuesta por las regulaciones de *soft law*, el autor considera que el intercambio automático de información amenaza el derecho a ser informado de los contribuyentes, entre otros derechos fundamentales. Él encarna una *"inquisitio generalis"* que coloca una *sospecha general* de conducta ilícita sobre categorías generales de contribuyentes, a través del abandono, entre otros derechos humanos como la presunción de inocencia, de las salvaguardias procedimentales mínimas del *"núcleo duro"* de los derechos fundamentales de los contribuyentes, esto es, el derecho a ser informado, a través de *expediciones de pesca*, y tratando a los contribuyentes como *"enemigos"*. La doctrina en Derecho penal ha denominado a una situación equivalente como Derecho penal del *"enemigo"*, en tanto representa un *"modelo sectorial de gestión"* de corte autoritario.

En este orden de ideas, el *standard* de aplicación del derecho a ser informado no es satisfecho por un intercambio de información hecho a través de una mención genérica e indiscriminada de un universo de sujetos cuya información pudiera ser intercambiada, sobre las bases de (i) la simple sospecha del incumplimiento de la obligación tributaria sin una referencia específica; o (ii) un pretendido *"nivel mínimo de identificación"*. Aplicando las reglas mínimas de protección del derecho a ser informado en los procedimientos penales, este *"nivel mínimo de identificación"* es la base que permite a los Estados involucrados en el intercambio de información cumplir con las exigencias de protección del *"núcleo duro"* del derecho a ser informado.

En consecuencia, se sostiene que *el intercambio de información no puede ser automático*, porque ello deja de lado a los derechos humanos del contribuyente, tal como

éstos han sido reconocidos en los Estados constitucionales de Derecho. El intercambio de información, se afirma, debe hacerse de acuerdo con los *standards* del intercambio de información por requerimiento establecidos anteriormente, a saber: la expresión de una manera completa, directa, expresa, precisa y en un lenguaje totalmente comprensible todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para conocer la razón por la que el contribuyente es investigado, de modo que éstos sean suficientes para permitirle una adecuada defensa.

Como reflexión final, el autor considera pertinente traer a colación las consideraciones de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *McNabb v. United States*, dada su notoria y total pertinencia con el objeto de este trabajo: "Una sociedad democrática, en la que el respeto por la dignidad de todos los hombres es central, naturalmente se protege contra el mal uso del proceso de aplicación de la ley... La historia de la libertad ha sido largamente la historia de la observancia de salvaguardas procedimentales. Y la efectiva administración de justicia... difícilmente requiere hacer caso omiso de procedimientos justos impuestos por la ley"²⁰⁴.

²⁰⁴ *McNabb v. United States*, 318 U. S. 332, 347 (1943), en <http://bit.ly/2cHtvGi>.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

A Constitution or Form of Government for the Commonwealth of Massachusetts, en <http://bit.ly/2ct9rll>.

Adamson v. California, 332 U.S. 46, SCOTUS, en <http://bit.ly/2cx9kpW>, 1947.

Agreement on Exchange of Information on Tax Matters, OCDE, en <http://bit.ly/2d6ES9t>.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, revisión por Ruth Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMBOS, Kai, "El principio acusatorio y el proceso acusatorio: Un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica", *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, Palestra Editores, 2010, en <http://bit.ly/2cCAbq2>.

Anexo a la Resolución N° 43/173, "United Nations Office on Drugs and Crime", *Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006, p. 31, en <http://bit.ly/290xEIT>.

Assize de Clarendon, en <http://bit.ly/2ck8gt3>.

ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

AVI-YONAH, Reuben y MAZZONI, Giuseppe, "Taxation and Human Rights: a Delicate Balance", *ARBOR, Ann, Public Law and Legal Theory*, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, The University of Michigan, 2016, Research Paper Series número 520, en <http://bit.ly/2dq3TOM>.

BAKER, Philip y PISTONE, Pasquale, "General Report: Practical Protection of taxpayers' rights", *IFA Cahier 2015*, Basilea, 2015, volumen 2.

BAKER, Philip, "Taxation and the European Convention on Human Rights", *European Taxation*, Amsterdam, IBFD, volumen 40, número 8, 2000, en <http://bit.ly/2dodVet>.

BARNES, Thomas G., "Star Chamber Mythology", *The American Journal of Legal History*, Oxford, volumen 5, número 1, Oxford University Press, 1961, en <http://bit.ly/2cUKFNa>.

BECCARÍA, Césare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, Serie Historia del Derecho número 32.

Berghuis v. Thompson, 560 U.S., SCOTUS, en <http://bit.ly/2cO4hGy>, 2010.

Berkemer v. McCarty, 468 U.S. 420, SCOTUS, en <http://bit.ly/2cT8X9V>, 1984.

- BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
- BIRRI, Jürg, *Swiss Federal Supreme Court considers Dutch Group Request as permissible*, en <http://bit.ly/2ePNjoe>.
- Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199, SCOTUS, en <http://bit.ly/2cBCRSA>, 1960.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, "El principio acusatorio en el proceso penal", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Universidad Iberoamericana, número 2, 1970, en <http://bit.ly/2cYdgoC>.
- British Civil Wars Project*, en <http://bit.ly/2c85aZM> y <http://bit.ly/2c84ILf>.
- BRUNNER, Heinrich, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, Berlín, Weidmannsche Buchhandlung, 1871, en <http://bit.ly/2cE1uT>.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel y QUINTAS SEARA, Alberto, "The Taxpayer's Right of Defence in Cross-Border Exchange-of-Information Procedures", *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, IBFD, volumen 68, número 9, 2014, en <http://bit.ly/2dwL38B>.
- Cánones del IV Concilio de Letrán*, en <http://bit.ly/2cmzy1F>.
- CASTILLO ALVA, José Luis, "El derecho a ser informado de la imputación", en HURTADO Pozo, José y GARCÍA CAVERO, Percy (coords.), *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, en <http://bit.ly/1Uxbesj>.
- CHANTAL, Joubert, y BEVERS, Hans, *Schengen Investigated. A Comparative Interpretation of the Schengen Provisions on International Police Cooperation in the Light of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.
- Cole v. Arkansas*, 333 U.S. 196, SCOTUS, en <http://bit.ly/2cgYJSE>, 1948.
- Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157, SCOTUS, en <http://bit.ly/2cNSipo>, 1986.
- Constitución de los Estados Unidos de América*, en <http://bit.ly/KIC6uO>.
- Constituciones de Clarendon*, en <http://bit.ly/2bSTANc>.
- Convención para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con relación a la aplicación de la Biología y Medicina: Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina*, Consejo de Europa, European Treaty Series, número 164, en <http://bit.ly/293Dgv8>.

CORDEIRO GUERRA, Roberto, y DOURIGO, Stefano, "Taxpayer's Rights as Human Rights during Tax Procedures", en KOFLER, Georg, POIARES MADURO, Miguel, y PISTONE, Pasquale (coords.), *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Amsterdam, IBFD, 2011.

De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353, SCOTUS, en <http://bit.ly/2cLZ5jD>, 1937.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, en <http://bit.ly/291kAsC>.

Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters, OCDE, en <http://bit.ly/2dBTmMG>.

Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, SCOTUS, en <http://bit.ly/2cildkQ>, 2000.

DOURADO, Ana Paula, "Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies", *EUI Working Papers* número 37, San Domenico di Fiesole, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme, European University Institute, 2011, en <http://bit.ly/2cySM0f>.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.

Fermín Ramírez v. Guatemala, SCIDH, en <http://bit.ly/2cR5AzE>.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, 2ª. ed., Bogotá, Temis, 1998, volumen 1.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, 5ª. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Carretero Bandrés, Madrid, Trotta, 2001, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.

Ferrazzini v. Italy, 2001, STEDH, en <http://bit.ly/2eXFvB6>.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2ª. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, Clarendon Law Series.

FORSTHOFF, Ernst, "Problemas constitucionales del Estado social", ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst, y DOEHRING, Karl, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, 1986.

FREIBERG, Arie, "Non-adversarial approaches to criminal justice", *Journal of Judicial Administration*, Melbourne, Thomson-Reuters y Australasian Institute of Judicial Administration, 2007, volumen16/4, en <http://bit.ly/2d5jN1m>.

- GARCÍA NOVOA, César, *El concepto de tributo*, Lima, Tax Editor, 2010.
- GARCÍA NOVOA, César. *Iniciación, interrupción y cómputo del plazo de prescripción de los tributos*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- HIERRO, Liborio, "El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho"; *El núcleo duro de los derechos humanos*, en MARZAL, Antonio (Editor), Multiva Baja (Navarra), ESADE–Facultad de Derecho de Universidad de Deusto, J. M. Bosch.
- HOHFELD, Wesley N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, 3ª. ed., trad. de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2015, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 2.
- HURLEY, Jennifer L., "Has the Supreme Court 'wrench[ed]' the Sixth Amendment from its proper context?"; HALL, Kermit L. (coord.), *The rights of the accused: the justices and criminal justice*, New York-London, Garland Publishing Inc., 2000.
- Huvig v. France*, 1990, STEDH, en <http://bit.ly/2d9r1hT>.
- In re Oliver*, 333 U.S. 257, SCOTUS, en <http://bit.ly/2cy7jel>, 1948.
- JACKSON, James K., *The OECD Initiative on Tax Havens*, Washington D. C., Congressional Research Service–Diane Publishing, 2010.
- JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo"; *Derecho Penal del Enemigo*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 2003.
- JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. (Fundamentos. Teoría de la Imputación)*, 2ª. ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JORDASH, Wayne, y Coughlan, John, "The Right to be Informed of the Nature and Cause of the Charges: A Potentially Formidable Jurisprudential Legacy"; DARCY, Shane, y POWDERLY, Joseph, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- JOUBERT, Chantal y Hans Bevers, *Schengen Investigated. A Comparative Interpretation of the Schengen Provisions on International Police Cooperation in the Light of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International, 1996.
- K.S. and M.S. v. Alemania*, STEDH, 2016, en <http://bit.ly/2eQpnnx>.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. de Pedro Ribas, Madrid, Taurus, 2005.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1959.

Kennedy v. Reino Unido, STEDH, 2010, en <http://bit.ly/2dpWnhX>.

Klass et al. v. Alemania, STEDH, 1978, en <http://bit.ly/2cOHZfe>.

KOFLER, Georg, POIARES MADURO, Miguel, y PISTONE, Pasquale, "Preface" (Editores), *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, Amsterdam, IBFD, 2011.

LILBURNE, John, WILLIAM, Walwyn, PRINCE, Thomas, y OVERTON, Richard, *An agreement of the Free People of England. Tendered as a Peace-Offering to this distressed Nation*, en <http://bit.ly/2cUHfdD>.

LIPTON, Paul P, "Constitutional Rights in Criminal Tax Investigations", *American Bar Association Journal*, volumen 53, número 6, en <http://bit.ly/2bu2CRg>.

Magna Carta, en <http://bit.ly/2bSTANc>.

MAISTO, Guglielmo, "The Impact of the European Convention on Human Rights on Tax Procedures and Sanctions with Special Reference to Tax Treaties and the EU Arbitration Convention", en KOFLER, Georg, POIARES MADURO, Miguel, y PISTONE, Pasquale (Editores), *Human Rights and Taxation in Europe and the World*. Amsterdam, IBFD, 2011.

McNabb v. United States, 318 U. S. 332, 347, SCOTUS, en http://bit.ly/2cHtvGi_1943.

MCSWEENEY, Thomas J., "Magna Carta and the right to trial by jury", en HOLLAND, Randy J. (Editor), *Magna Carta: Muse and Mentor*, Washington D. C., Library of Congress y Thomson Reuters, 2014.

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, SCOTUS, 1966, en <http://bit.ly/2csYIOj>.

Modelo de Código Tributario del CIAT. Un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana. Comentario al Artículo 75, Ciudad de Panamá, Banco Interamericano de Desarrollo, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), GmbH y Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 2015, en <http://bit.ly/293qPzu>.

Modelo de Código Tributario. Preparado para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, 2ª. ed., Washington D. C., Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1968.

Morrissey v. Brewer, 408 U.S. 471, SCOTUS, 1972, en <http://bit.ly/2cZt1so>.

NUNN, Kenneth B., "The trial as text: allegory, myth and symbol in the adversarial criminal process-A critique of the role of the Public Defender and a proposal for reform", *American Criminal Law Review*, volume 32, número 3, 1994-1995, en <http://bit.ly/2dgbLRW>.

- OBERSON, Xavier, "General Report: Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities", *IFA Cahier 2013*, Basilea, 2015, volumen 2.
- OBERSON, Xavier, *International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015.
- ÖNER, Cihat, "Using Exchange of Information in Regard to Assistance in Tax Collection", *European Taxation*, Amsterdam, volumen 51, número 4, Journals IBFD, 2011.
- PARRY, Leonard A., *Some Famous Medical Trials*, Washington D. C., Beard Books, 2000.
- Pélissier y Sassi v. Francia*, 1999, STEDH, en <http://bit.ly/2cZvNxP>.
- PERROU, Katerina, "Capítulo 5 Access to an Effective Remedy and International Tax Disputes—The Creation of Positive Obligations for the States in Taxpayer Participation", *Taxpayer Participation in Tax Treaty Dispute Resolution*, Amsterdam, IBFD, 2014.
- Petition of Rights*, en <http://bit.ly/1Q8b5sv>.
- POLLOCK, Sir Frederick, y WILLIAM MAITLAND, Frederic, *The History of English Law before the time of Edward I*, Indianapolis, Liberty Fund, Inc., 2010.
- PORPORATO, Pablo, "Estándares de Transparencia e Intercambio Automático de Información Tributaria en América Latina", *Documentos de Trabajo*, Dirección de Estudios e Investigaciones Tributarias, CIAT, 2016, número 1, en <http://bit.ly/2dcaM4H>.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, Sección de Obras de Filosofía.
- Resolución N° 70/186 sobre protección del consumidor*, Adoptada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2015, Naciones Unidas, p. 5, en <http://bit.ly/293y1M6>.
- RICHARDS, Peter, *Lilburne: the first English libertarian*, en <http://bit.ly/2cGeL85>.
- Russell v. United States*, 369 U.S. 749, SCOTUS, 1962, en <http://bit.ly/2cXx63P>.
- RUST, Alexander, "Data Protection as a Fundamental Right", RUST, Alexander, y FORT, Eric, *Exchange of Information and Bank Secrecy*, Alphen an den Rijn, Wolters Kluwer International, 2012.
- Sabou v. República Checa*, ECJ, en <http://bit.ly/2dmbZD7>.
- SÁINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, volumen IV.
- SCHAPER, Marcel, "Data Protection Rights and Tax Information Exchange in the European Union: an uneasy combination", *Maastricht Journal of European and Compara-*

tive Law, Maastricht, Maastricht University, volumen 23, número 3, 2016, en <http://bit.ly/2e8iNr2>.

SCHWARTZ, Bernard, "Administrative Law and the Sixth Amendment: 'Malaise in the Administrative Scheme'", *American Bar Association Journal*, volumen 40, número 2, febrero de 1954.

"Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15 de diciembre de 1970", en SCHWABE, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung-Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia N° T-881/02, en <http://bit.ly/1svSjzq>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª. ed., Madrid, Civitas, 2001.

Smaranda Bara et al. v. Rumanía, ECJ, párrafo 38, en <http://bit.ly/2cCBU8Y>, 2015.

Spano v. New York, 360 U. S. 315, SCOTUS, 1959, en <http://bit.ly/2csUgiD>.

Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information, OCDE, en <http://bit.ly/2cNgrgA>.

The Virginia Declaration of Rights, en <http://bit.ly/2cvHbSz>.

TORRES RODAS, Tiberio, *La protección de la intimidación en el Derecho Tributario*, serie Magister números 73, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Editorial Abya-Yala, Corporación Editora Nacional, 2007, Serie Magister número 73, en <http://bit.ly/2di1zlg>.

TROTABAS, Louis, "Respecto de la Autonomía del Derecho Fiscal", trad. de León Cortinas-Peláez, *Alegatos*, número 9, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1988, en <http://bit.ly/2bFjG9j>.

United States v. Carll, 105 U.S. 611, SCOTUS, 1881, en <http://bit.ly/2cQajm1>.

United States v. Cook, 84 U.S. 17 Wall. 168, SCOTUS, 1872, en <http://bit.ly/2cLtPkl>.

United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542, SCOTUS, 1875, en <http://bit.ly/1vk5kBd>.

United States v. Gooding, 25 U. S. 12 Wheat. 460, SCOTUS, 1827, en <http://bit.ly/1BiEWto>.

United States v. Mills, 32 U.S. 7 Pet. 138, SCOTUS, 1833, en <http://bit.ly/2cA68tx>.

United States v. Van Duzee, 140 U.S. 169, SCOTUS, 1891, en <http://bit.ly/2czbzw4>.

VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, 2ª. ed., Bogotá, Depalma-Temis-Marcial Pons, 1996.

- VALL CASAS, Aurora, "Patients' right to information: A review of the regulatory and ethical framework"; *BID textos universitarios de biblioteconomía i documentación*, número 21, diciembre de 2008, en <http://bid.ub.edu/21/vall3.htm>.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán-Parte General*, 11^a. ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- WOLFRAM, Harold W., "John Lilburne: Democracy's Pillar of Fire"; *Syracuse Law Review*, Syracuse, New York, volumen 3, número 2, Syracuse University College of Law, 1952.
- ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal: La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 2^a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

LA EXTINTA REVISIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Patricia LÓPEZ LÓPEZ¹

SUMARIO

I. *Fundamentos constitucionales.* II. *De la procedencia en términos de lo que establezcan las leyes.* III. *Problemática generada por las reformas constitucionales y legales que minaron a la revisión contenciosa administrativa.* IV. *Jurisprudencia del Poder Judicial Federal respecto de la improcedencia de la revisión contenciosa administrativa.* V. *Evolución de la revisión contenciosa administrativa desde la perspectiva de como estuvo establecida en el Artículo 104 de la CPEUM.* VI. *Conclusión.* VII. *Fuentes de información.*

RESUMEN

La complejidad de la normas jurídicas es cada vez es más grande, verbigracia las palabras utilizadas por Don Eduardo García de Enterría a una de sus grandes obras *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, es así, que esa característica de los sistemas jurídicos hoy, se convierte en un entramado de disposiciones jurídicas, a las que como el refiere en primera persona "ni yo siendo estudioso del derecho puedo alcanzar a estudiar".

Siendo el caso de la revisión contenciosa administrativa, la que como se apreciará en estas líneas, hoy se puede afirmar está extinta, y lo ha sido así, en más de una ocasión, pues hoy derivado de la reforma al fundamento constitucional Artículo 104 (29 de enero de 2016) y así interpretado por el Poder Judicial Federal en ju-

ABSTRACT

The complexity of the legal norms is getting bigger, verbigracia the words used by Don Eduardo García de Enterría to one of his great works Justice and Legal Security in a world of unbridled laws, it is like that, that characteristic of the legal systems today, it becomes a framework of legal provisions, to which, as he refers in the first person, "nor can I, being a student of law, be able to study". This being the case of the contentious administrative review, which as will be appreciated in these lines, today it can be said that it is extinct, and it has been so on more than one occasion, since today it is derived from the reform of the constitutional foundation (January 29, 2016) and thus interpreted by the Federal Judicial Power in case law for reiteration, it is, because there is

¹ Doctora en Derecho con mención honorífica por la Universidad Panamericana. Doctoranda en Derecho Tributario, Especialista en Tributario General y Tributario Internacional por la Universidad de Salamanca, España.

jurisprudencia por reiteración, lo es, por no existir disposición constitucional específica que dote de competencia a los Tribunales de la Federación para conocer de ese medio de impugnación, pues refiere categóricamente ésta no puede presumirse ni considerarse implícita con base en disposiciones legales locales para el trámite y sustanciación; y en otras ocasiones, porque contrario al caso mencionado, si bien existía fundamento constitucional, eran las leyes locales, las que no establecían casos de procedencia, pues el legislador local había sido omiso en señalarlos, generándose en su momento diverso conflicto que mereció la interpretación del Poder Judicial Federal en contradicción de tesis. Sirvan estas líneas para referir la muerte anunciada de la revisión contenciosa administrativa.

PALABRAS CLAVE

Recurso de revisión. Procedencia. Casos que establezca la ley. Jurisprudencia.

no specific constitutional provision that gives competition to the courts of the Federation to hear this means of challenge, because it categorically refers to it can not be presumed or be considered implicit based on local legal provisions for processing and substantiation; and on other occasions, because contrary to the aforementioned case, although there was a constitutional basis, it was the local laws, which did not establish cases of origin, as the local legislator had failed to point them out, at the time generating a different conflict that merited interpretation. Of the Federal Judicial Power in contradiction of thesis. Serve these lines to refer the announced death of the contentious administrative review.

KEY WORDS

Review resource. Legal origin. In cases established by law. Case law.

I. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

El hablar de la revisión contenciosa administrativa (RCA) nos lleva a un entramado de reformas a disposiciones jurídicas que parten de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), ordenamiento supremo al que no puede sustraerse ninguna autoridad y en ese orden tampoco el trabajo del Poder Judicial Federal, mismo que hoy resulta intrincado, ello derivado de la evolución jurídica que dicha figura ha sufrido a lo largo del tiempo y adicionalmente a las constantes modificaciones y reformas que los diferentes ordenamientos que han regido al Tribunal, en su momento, de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, hoy Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México (TJACDMX), que han tenido lugar.

Por principio de cuentas, es de referir que el ordenamiento fundamental, la Constitución, en su Artículo 104, fracción III, hoy vigente, establece lo siguiente:

Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán:

- I. De los procedimientos relacionados con delitos del orden federal;
- II. De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado;

- III. *De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de justicia administrativa a que se refiere la fracción XXIX-H del artículo 73 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes.* Las revisiones, de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno...

En este entendido la última reforma a la CPEUM, que es de fecha de publicación en Diario Oficial de la Federación (DOF) 29 de enero de 2016², es justo la que será motivo de análisis en retrospectiva, para partir de lo que establece hoy este artículo para posteriormente trasladarnos a las diferentes reformas que aniquilaron la posibilidad de análisis por parte del Poder Judicial Federal (PJF) de aquellos casos en los que no siendo favorable una sentencia emitida por el hoy, Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México (TJACDMX), las autoridades tuvieran la posibilidad de plantear esa última revisión ante el PJF, lo que trae consigo por un lado, el que los particulares beneficiados por una sentencia pronunciada por el TJACDMX adquiera la calidad de cosa juzgada (sin posibilidad) de ser modificada en contra, pues la autoridad demandada en el juicio administrativo local está impedida de acudir hoy a esa revisión, tal y como lo establece en principio la norma constitucional y posteriormente por la interpretación que al Poder judicial le ha merecido, de lo que al día de hoy constituyen solo “intentos” que aún se hacen con las pretendidas interposiciones de dichos recursos a partir de la reforma referida, del 29 de enero de 2016.

En ese tenor, como se ha citado, el texto constitucional hoy vigente establece que los “Tribunales de la Federación conocerán entre otros casos de lo previsto en la

² Que en edición vespertina publicó el Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de la reforma política de la Ciudad de México.

fracción III, que establece: “De los recursos de revisión que se interponen contra resoluciones definitivas de los tribunales de justicia administrativa a que se refiere la fracción XXIX–H del Artículo 73 de esta Constitución, solo en los casos que señalen las leyes”, es así, que hoy día en términos constitucionales es dable afirmar que la figura de la revisión solo es para aquellos asuntos que provienen del trabajo realizado por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y solo en los asuntos de procedencia que establezcan las leyes.

Así las cosas, es que por un lado la competencia de que se les dota a los Tribunales de la Federación, lo es únicamente para el caso de la revisión en los términos de la fracción III del Artículo 104 constitucional, que es solo para las resoluciones que siendo definitivas haya pronunciado un solo tribunal administrativo, que es el que encuentra su fundamento en el Artículo 73 fracción XXIX-H constitucional, mismo que al respecto establece lo siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXIX-H. Para expedir la ley que instituya el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, y que establezca su organización, su funcionamiento y los recursos para impugnar sus resoluciones.

El Tribunal tendrá a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares.

Asimismo, será el órgano competente para imponer las sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares que participen en actos vinculados con dichas responsabilidades, así como fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.

El Tribunal funcionará en Pleno o en Salas Regionales.

La Sala Superior del Tribunal se compondrá de dieciséis Magistrados y actuará en Pleno o en Secciones, de las cuales a una corresponderá la resolución de los procedimientos a que se refiere el párrafo tercero de la presente fracción.

Los Magistrados de la Sala Superior serán designados por el Presidente de la República y ratificados por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente. Durarán en su encargo quince años improrrogables.

Los Magistrados de Sala Regional serán designados por el Presidente de la República y ratificados por mayoría de los miembros presentes del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente. Durarán en su encargo diez años pudiendo ser considerados para nuevos nombramientos.

Los Magistrados sólo podrán ser removidos de sus cargos por las causas graves que señale la ley.

Así, la fracción XXIX-H del Artículo 73 de la CPEUM, se refiere al hoy Tribunal Federal de Justicia Administrativa, antes Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

II. DE LA PROCEDENCIA EN TÉRMINOS DE LO QUE ESTABLEZCAN LAS LEYES

Por otro lado, la procedencia de los casos está determinada en términos de lo previsto en el Artículo 104, fracción III de la CPEUM, solamente en los casos que establecen las leyes. Así el ordenamiento en el que se precisan los mismos, lo es la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA), específicamente en el Artículo 63, que es del texto siguiente:

Artículo 63. Las resoluciones emitidas por el Pleno, las Secciones de la Sala Superior o por las Salas Regionales que decreten o nieguen el sobreseimiento, las que dicten en términos de los artículos 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 6o. de esta Ley, así como las que se dicten conforme a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado y las sentencias definitivas que emitan, podrán ser impugnadas por la autoridad a través de la unidad administrativa encargada de su defensa jurídica o por la entidad federativa coordinada en ingresos federales correspondiente, interponiendo el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente en la sede del Pleno, Sección o Sala Regional a que corresponda, mediante escrito que se presente ante la responsable, dentro de los quince días siguientes a aquél en que surta sus efectos la notificación respectiva, siempre que se refiera a cualquiera de los siguientes supuestos:

I. Sea de cuantía que exceda de tres mil quinientas veces el salario mínimo general diario del área geográfica correspondiente al Distrito Federal, vigente al momento de la emisión de la resolución o sentencia.

En el caso de contribuciones que deban determinarse o cubrirse por periodos inferiores a doce meses, para determinar la cuantía del asunto se considerará el monto que resulte de dividir el importe de la contribución entre el número de meses comprendidos en el periodo que corresponda y multiplicar el cociente por doce.

II. Sea de importancia y trascendencia cuando la cuantía sea inferior a la señalada en la fracción primera, o de cuantía indeterminada, debiendo el recurrente razonar esa circunstancia para efectos de la admisión del recurso.

III. Sea una resolución dictada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Servicio de Administración Tributaria o por autoridades fiscales de las Entidades Federativas coordinadas en ingresos federales y siempre que el asunto se refiera a:

- a) Interpretación de leyes o reglamentos en forma tácita o expresa.
- b) La determinación del alcance de los elementos esenciales de las contribuciones.
- c) Competencia de la autoridad que haya dictado u ordenado la resolución impugnada o tramitado el procedimiento del que deriva o al ejercicio de las facultades de comprobación.
- d) Violaciones procesales durante el juicio que afecten las defensas del recurrente y trasciendan al sentido del fallo.
- e) Violaciones cometidas en las propias resoluciones o sentencias.
- f) Las que afecten el interés fiscal de la Federación.

IV. Sea una resolución dictada en materia de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

V. Sea una resolución dictada en materia de comercio exterior.

VI. Sea una resolución en materia de aportaciones de seguridad social, cuando el asunto verse sobre la determinación de sujetos obligados, de conceptos que integren la base de cotización o sobre el grado de riesgo de las empresas para los efectos del seguro de riesgos del trabajo o sobre cualquier aspecto relacionado con pensiones que otorga el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

VII. Sea una resolución en la cual, se declare el derecho a la indemnización, o se condene al Servicio de Administración Tributaria, en términos del artículo 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria.

VIII. Se resuelva sobre la condenación en costas o indemnización prevista en el artículo 6o. de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

IX. Sea una resolución dictada con motivo de las reclamaciones previstas en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

X. Que en la sentencia se haya declarado la nulidad, con motivo de la inaplicación de una norma general, en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad realizado por la sala, sección o pleno de la Sala Superior.

En los juicios que versen sobre resoluciones de las autoridades fiscales de las entidades federativas coordinadas en ingresos federales, el recurso podrá ser interpuesto por el Servicio de Administración Tributaria, y por las citadas entidades federativas en los juicios que intervengan como parte.

Con el escrito de expresión de agravios, el recurrente deberá exhibir una copia del mismo para el expediente y una para cada una de las partes que hubiesen intervenido en el juicio contencioso administrativo, a las que se les deberá emplazar para

que, dentro del término de quince días, comparezcan ante el Tribunal Colegiado de Circuito que conozca de la revisión a defender sus derechos.

En todos los casos a que se refiere este artículo, la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del plazo de quince días contados a partir de la fecha en la que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de éste.

Este recurso de revisión deberá tramitarse en los términos previstos en la Ley de Amparo en cuanto a la regulación del recurso de revisión.

Como se ha podido apreciar, es en el Artículo 63 de la LFPCA, donde se establecen los supuestos específicos por los que podrán ser impugnadas las resoluciones que hubieren sido emitidas tanto por el Pleno o las secciones de la Sala Superior, así como las provenientes de las Salas Regionales que siendo desfavorables a las autoridades (porque decreten o nieguen el sobreseimiento), las que sean dictadas en términos del Artículo 34 de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 6o. de la LFPCA, así como aquellas que se dicten en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado, siempre que se actualice alguno de los supuestos a que se refieren las diez fracciones de dicho artículo, lo anterior de conformidad a lo establecido en el texto constitucional del art. 104 fracción III vigente.

De manera que la procedencia del denominado *recurso de revisión* del que sí conocen los Tribunales Colegiados se da sí y solo si, se actualizan los casos a que se refiere el Artículo 104 fracción III, primero la condicionante que sea un asunto que provenga del Tribunal a que se refiere el Artículo 73 fracción XXIX-H, es decir únicamente el hoy *Tribunal Federal de Justicia Administrativa* y solo en los casos que establezcan las leyes, que es, como se ha visto, en la ley que regula el procedimiento que se sustancia ante dicho tribunal, de ahí que se reitere, será solo en los casos y bajo las condicionantes que prevé el Artículo 63 de la LFPCA.

III. PROBLEMÁTICA GENERADA POR LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE MINARON A LA REVISIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Ahora bien, como se explicó al inicio del presente, se estudiaría la forma en la que hoy se encuentra regulada dicha figura del recurso de revisión y posteriormente se haría una retrospectiva del Artículo 104, fracción III de la CPEUM.

Como quedó sentado, la última reforma (*la décima*) que se estudia del Artículo 104 fracción III de la CPEUM, es de conformidad al texto hoy vigente, es decir al publicado en el DOF el pasado 29 de enero de 2016, a la que como se reflexionó con antelación, era

necesario armonizarlo con otro artículo constitucional, a saber el 73 fracción XXIX-H y posteriormente con los casos de procedencia que la ley establece en el Artículo 63 de la LFPC, sin embargo el conflicto se presenta en esta última reforma y se puede advertir a partir de contrastar el texto que había estado vigente antes de esta última reforma, pues como se aprecia en la novena reforma, el texto del Artículo 104 fracción III de la CPEUM, piedra angular del tema que nos ocupa, era del tenor siguiente:

Artículo 104...

I y II. ...

III. De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de justicia administrativa a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y la BASE PRIMERA fracción V, inciso n) y BASE QUINTA DEL ARTÍCULO 122 de esta Constitución sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno;

IV a VIII....

Así, en la vigencia de la novena reforma al Artículo 104 fracción III constitucional, se reconocía que los Tribunales de la Federación conocerían, no como lo establece el Artículo 104 fracción III vigente, pues era diverso su contenido, ya que se aprecia de la lectura de la fracción citada cuando aún no se reformaba, que se reconocía a dos tribunales de justicia administrativa, a saber del que nos hemos ocupado y uno más, es decir, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (TCADF), ello en virtud de la referencia a que se hacía de la *base quinta* del Artículo 122 de esta Constitución³, y al que como en diverso le adicionaba la CPEUM en la fracción que nos ocupa, *solo en los casos que señalen las leyes, que para el caso del otrora Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (TCADF) hoy TJACDMX, sería el Artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del D.F.*⁴, que como el Artículo 63 de la LFPCA, era el dispositivo en que se establecía la procedencia de la revisión contenciosa administrativa. Siendo el primero de los citados casos del siguiente contenido:

³ Hacer referencia a la BASE QUINTA del 122 Constitucional en la vigencia anterior a la reforma del 29/01/2016.

⁴ Ley publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, el 10 de Septiembre de 2009, vigente hasta el 1° de septiembre de 2017 fecha de publicación en la Gaceta Oficial de la CDMX del Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, así como la Ley de Justicia Administrativa de la Ciudad de México.

Artículo 140. Contra las resoluciones de la Sala Superior a que se refiere el artículo anterior, las autoridades podrán interponer el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente por conducto de la Sala Superior, mediante escrito dirigido a dicho tribunal dentro del término de 15 días siguientes a aquél en que surta efectos la notificación respectiva, en los casos siguientes:

- I. Cuando la resolución que se dicte afecte el interés fiscal o el patrimonio del Distrito Federal;
- II. Cuando se trate de la interpretación de leyes o reglamentos ;
- III. Cuando se trate de las formalidades esenciales del procedimiento;
- IV. Cuando se fije el alcance de los elementos constitutivos de las contribuciones;
- V. Por violaciones procesales cometidas durante el juicio siempre que afecten las defensas del recurrente y trasciendan al sentido del fallo; o por violaciones cometidas en las propias resoluciones o sentencias;
- VI. Cuando el negocio sea de importancia y trascendencia, debiendo el recurrente razonar tal circunstancia;
- VII. Cuando se trate de resoluciones en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos o la ley que resulte aplicable; y
- VIII. Cuando el valor del negocio exceda de 7,200 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente al momento de emitirse la resolución de que se trate.

Ahora bien, a partir del 2 de septiembre de 2017, fecha en que entró en vigor la Ley de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, los casos de procedencia hoy, se encuentran establecidos en el Artículo 119 de dicho ordenamiento que en identidad al otrora 140 de la Ley Orgánica del TCADF, es del siguiente texto:

Contra las resoluciones del pleno Jurisdiccional de la Sala Superior a que se refiere el artículo anterior, las autoridades podrán interponer el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente por conducto de la Sala Superior, mediante escrito dirigido a dicho Tribunal dentro del término de 15 días siguientes a aquél en que surta efectos la modificación respectiva, en los casos siguientes:

- I. Cuando la resolución que se dicte afecte el interés fiscal o el patrimonio de la Ciudad de México;
- II. Cuando se trate de la interpretación de leyes o reglamentos;
- II. Cuando se trate de las formalidades esenciales del procedimiento;
- IV. Cuando se fije el alcance de los elementos constitutivos de las contribuciones;
- V. Por violaciones procesales cometidas durante el juicio siempre que afecte las defensas del recurrente y trasciendas al sentido del fallo, o por violaciones cometidas en las propias resoluciones o sentencias;

- VI. Cuando el negocio sea de importancia y trascendencia debiendo el recurrente razonar tal circunstancia;
- VII. Cuando se trate de resoluciones en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos o la ley que resulte aplicable; y
- VIII. Cuando el valor del negocio exceda de 7,200 veces la Unidad de Medida y Actualización vigente al momento de emitirse la resolución de que se trate.

Transcripciones las anteriores, tanto del texto del Artículo 140 de la abrogada Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal⁵, como del 119 de la Ley de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, hoy vigente, por las que es dable afirmar que en ambos ordenamientos se establecieron los casos de procedencia del recurso de revisión (contenciosa administrativa) a que se refería el Artículo 104, fracción III hasta la novena reforma, lo que ocasiona hoy una colisión de ordenamientos, pues aunque abrogado y vigente lo establezcan, a partir de la décima reforma al Artículo 104 constitucional del 29 de enero de 2016, ya no tendría razón de haber establecido el legislador local casos de procedencia, ello en razón de que el ordenamiento constitucional eliminó al Tribunal Contencioso Administrativo del otrora Distrito Federal ahora de la Ciudad de México.

IV. JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL RESPECTO DE LA IMPROCEDENCIA DE LA REVISIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Consideración que ha sido interpretada ya por el Poder Judicial Federal y aún más, dichos criterios se han integrado en forma reiterada conformando jurisprudencia en los fallos así resueltos por el Magistrado integrante del Décimo Tribunal Colegiado, Oscar Fernando Hernández Bautista. Criterio que corresponde a la Décima Época, bajo el registro 2017135, Instancia Tribunales Colegiados de Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación, publicado el pasado viernes 8 de junio de 2018 a las 10:14 h, bajo la tesis 1.10° A.68 A(10ª), que es del rubro y texto siguientes:

REVISIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 104, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 29 DE ENERO DE 2016, ESE RECURSO ES IMPROCEDENTE. El precepto citado,

⁵ Se dice abrogada aun cuando el Artículo CUARTO TRANSITORIO de la Ley de Justicia Administrativa de la Ciudad de México establece que los juicios iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, continuarán tramitándose hasta su resolución final conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio.

reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, facultaba a los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer de los recursos de revisión que se interpusieran contra las resoluciones definitivas de los tribunales de justicia administrativa a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73, así como la base primera, fracción V, inciso n) y la base quinta del artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México. Posteriormente, mediante el Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México, publicado en el medio de difusión señalado el 29 de enero de 2016, se modificó el artículo 104, fracción III, de la Norma Fundamental, para establecer que los Tribunales Colegiados de Circuito podrán conocer, únicamente, de las revisiones interpuestas contra las resoluciones definitivas que emita el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Así, este último precepto ya no prevé el conocimiento por los órganos jurisdiccionales aludidos, de las revisiones interpuestas contra resoluciones del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México. Por tanto, al no existir una disposición constitucional específica que los dote de competencia para conocer de esos medios de impugnación, ésta no puede presumirse, ni considerarla implícita con base en las disposiciones legales locales que para el trámite y sustanciación respectivos se emitan; de ahí que, a partir de la entrada en vigor del segundo de los decretos mencionados, el recurso de revisión contenciosa administrativa sea improcedente.

DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión contenciosa administrativa 25/2018. Subprocuradora de lo Contencioso de la Procuraduría Fiscal del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), en representación de la autoridad demandada, Directora de Revisiones Fiscales de la Subtesorería de Fiscalización de la Tesorería del Distrito Federal (ahora Ciudad de México). 23 de marzo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Fernando Hernández Bautista. Secretaria: Celina Angélica Quintero Rico.

Revisión contenciosa administrativa 149/2017. Subprocuradora de lo Contencioso de la Procuraduría Fiscal de la Ciudad de México, en representación del Administrador Tributario San Borja de la Tesorería de la Ciudad de México. 23 de marzo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Fernando Hernández Bautista. Secretaria: Celina Angélica Quintero Rico.

Revisión contenciosa administrativa 208/2017. Caja de Previsión de la Policía Preventiva de la Ciudad de México. 23 de marzo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Fernando Hernández Bautista. Secretaria: Celina Angélica Quintero Rico.

Revisión contenciosa administrativa 12/2018. Director General de Recursos Humanos de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México. 23 de marzo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Fernando Hernández Bautista. Secretaria: Desireé Degollado Prado.

Revisión contenciosa administrativa 195/2017. Subprocuradora de lo Contencioso de la Procuraduría Fiscal del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), en representación de la autoridad demandada. 23 de marzo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Fernando Hernández Bautista. Secretaria: Desireé Degollado Prado.

Esta tesis se publicó el viernes 8 de junio de 2018, a las 10:14 h en el Semanario Judicial de la Federación.

En esas condiciones y tal y como se sostiene en el último enunciado del criterio jurisprudencial, que es de retomar en los términos en los que se expresa:

“... al no existir disposición constitucional específica que los dote de competencia para conocer de esos medios de impugnación, ésta no puede presumirse, ni considerarla implícita con base en las disposiciones legales locales que para el trámite y sustanciación respectivos se emitan; de ahí que, a partir de la entrada en vigor del segundo de los decretos mencionados, el recurso de revisión contenciosa administrativa sea improcedente”.

En resumen, se puede advertir una falta de técnica legislativa y de armonización de las legislaciones, lo cual queda evidenciado particularmente como se expresa en el criterio jurisprudencial “en las disposiciones legales locales” y particularmente en el trabajo poco cuidado del órgano legislativo de la Ciudad de México, ya que si bien, en el caso de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo estaba regulado en el Artículo 140, lo era pues aún no le alcanzaba la reforma, no así en el caso del Decreto de la Ley de Justicia Administrativa publicada el 1° de septiembre de 2017, pues se trata de reforma posterior al Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de la reforma política de la Ciudad de México publicada en el DOF el 29 de enero de 2016, misma en la que se eliminó la referencia al Tribunal a que se refiere el Artículo 122 constitucional a que se refería hasta la novena reforma al 104 fracción III, de la CPEUM.

Cabe destacar, que no se trata de una reforma en la que por primera vez se haya eliminado el reconocimiento a la procedencia de la revisión contenciosa administrativa, por eso de inicio en el presente documento se hacía la advertencia al lector, en el sentido de que en retrospectiva se dejaría ver como dicha figura a lo largo del tiempo había sido afectada por falta de congruencia legislativa en los ordenamientos en los que se ha visto conjuntamente se establece la procedencia del mismo, recordemos primero por el reconocimiento

que la Constitución establece en el Artículo 104 fracción III, la cual como revisaremos en líneas posteriores no ha sido siempre ubicada en la misma fracción del Artículo 104 de la CPEUM dicha figura, ya que advertiremos que la misma fue con antelación regulada en diversas fracciones, caso del I-B, y antes, en su nacimiento, en el fracción I.

Y posteriormente porque la disposición local, es decir, la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal inclusive dejó de considerar los casos de procedencia de la misma, siendo este caso diverso al que ahora se presenta, pues en ese momento si tenía el reconocimiento en el Artículo 104 fracción I-B constitucional, más no así, en la ley en que establecía como hoy, el 119 de la Ley de Justicia Administrativa y antes en el Artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, los casos de procedencia que se establecían para que dicha revisión procediera.

Lo anterior aconteció con el Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal publicado en Gaceta Oficial del Distrito Federal (GODF) del 10 de Septiembre de 2009, ordenamiento en el que, en el Capítulo XIII “De los Recursos” se preveía solo a la reclamación y a la apelación, más no a la revisión (expresamente), ya que en el Artículo 140 solo establecía lo siguiente: “Contra las resoluciones de la Sala Superior a que se refiere el artículo anterior, las partes podrán interponer los medios de defensa previstos en la Ley de Amparo”

Tal redacción de dicho artículo en la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal abandonaba por completo el texto que había prevalecido en la abrogada la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, pues en aquella el Artículo 88 establecía:

Contra las resoluciones de la Sala Superior a que se refiere el artículo anterior, las autoridades podrán interponer el *recurso de revisión* ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente, por conducto de la Sala Superior, mediante escrito dirigido a dicho Tribunal dentro del término de 10 días siguientes a aquel en que surta efectos la notificación respectiva, independientemente del monto, en los casos siguientes:

- A) Cuando la resolución que se dicte afecte el interés fiscal o el patrimonio del Distrito Federal y sea de importancia a juicio de la autoridad fiscal;
- B) Cuando se trate de las interpretación de leyes o reglamentos;
- C) Cuando se trate de las formalidades esenciales del procedimiento;
- D) Cuando se fije el alcance de los elementos constitutivos de las contribuciones; y
- E) Por violaciones procesales cometidas durante el juicio siempre que afecten las defensas del recurrente y trasciendan al sentido del fallo; o por violaciones proce-

sales cometidas durante el juicio siempre que afecten las defensas del recurrente y trasciendan al sentido del fallo; o por violaciones cometidas en las propias resoluciones o sentencias.

En los casos no previstos en las fracciones anteriores, las autoridades podrán promover el recurso de revisión, siempre que el negocio sea de importancia y trascendencia debiendo el recurrente razonar esa circunstancia para efectos de la admisión del recurso y el valor del negocio exceda de 20 veces el salario mínimo general vigente elevado al año en el Distrito Federal, al momento de emitirse la resolución de que se trate.

Lo que ocasionaba que a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica y por efecto del texto del Artículo 140 ya destacado, se presentara la situación que hoy prevalece pero a la inversa, es decir, el artículo constitucional que regulaba la figura de la revisión el 104, fracción I-B sí consideraba la procedencia del recurso de revisión de aquellas sentencias que provinieren de dos tribunales de lo contencioso administrativo, el entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, pero no así la Ley (local) respectiva, pues como se ha apreciado el Artículo 140 de la LOTCADF, no establecía los casos de procedencia, lo que llevaba a pronunciamientos en contrario por el Poder Judicial Federal hasta que fuera resuelta la contradicción 308/2010 y que derivara en la tesis 2a./J.195/2010 que es del siguiente rubro y contenido:

REVISIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. ES IMPROCEDENTE EL RECURSO RELATIVO INTERPUESTO CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 140 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009. Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 104, fracción I-B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que el recurso de revisión ahí previsto es excepcional y su objeto es revisar la legalidad de las sentencias emitidas por los tribunales de lo contencioso administrativo, dependiendo del legislador ordinario establecer los supuestos de procedencia de dicho recurso; con tal fundamento constitucional, se expidió la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal vigente a partir del 11 de septiembre de 2009, cuyo artículo 140 dispone que contra las resoluciones de la Sala Superior a que se refiere el artículo 139 de dicha Ley, las partes podrán interponer los medios de defensa previstos en la Ley de Amparo, entendiéndose que se trata de la impugnación de las sentencias recaídas al recurso de apelación. Ahora bien, de dicho artículo 140 *podría entenderse que el legislador previó que el particular puede promover el juicio de garantías y la autoridad demandada el recurso de revisión contenido en el artículo 104, fracción I-B, constitucional, bajo el trámite que la Ley de*

Amparo establece para la revisión en amparo indirecto; empero, si bien es cierto que la primera conclusión tiene lógica bajo la naturaleza de ese ordenamiento, también lo es que el segundo supuesto no podría operar, ya que el citado artículo 140 no regula la revisión contencioso administrativa, ni establece los supuestos para su procedencia, lo que provoca que todo recurso interpuesto con base en ese precepto resulte improcedente, al no existir disposición que regule de manera expresa los supuestos para su procedencia.

Contradicción de tesis 308/2010⁶. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Octavo y Quinto, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito.

No pasa desapercibido el que dicho tema se tornara por demás complejo, ya que como se podrá advertir existieron diversos criterios que se emitieron en diferentes sentidos, resumiéndose a la nota que a pie de página establecía que otros criterios denunciados se estimaba que ya existía la jurisprudencia 2a./J. 195/2010 que resuelve el mismo problema jurídico, dentro de los que se puede citar los que son de los siguientes rubros:

RECURSO DE REVISIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. PROCEDE EN LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, APLICADO SUPLETORIAMENTE A LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009); REVISIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. DICHO RECURSO ES IMPROCEDENTE CUANDO SE INTERPONE CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 140 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE A PARTIR DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009, EN RELACIÓN CON EL NUMERAL 83 DE LA LEY DE AMPARO.

⁶ Al respecto la ejecutoria de la Contradicción en su considerando es del siguiente texto: CONTRADICCIÓN DE TESIS 308/2010. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DÉCIMO OCTAVO Y QUINTO, AMBOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer de esta denuncia de contradicción de tesis, conforme a los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 197-A de la Ley de Amparo y 21, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el Acuerdo General Plenario 5/2001, pues los criterios en estudio atañen a la materia administrativa, especialidad que corresponde a esta Sala.

SEGUNDO. La denuncia de contradicción proviene de parte legítima conforme a lo previsto en el artículo 197-A de la Ley de Amparo, pues la formuló el Pleno del Décimo Octavo Tribunal

Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito que sostiene uno de los criterios que participan en el presente asunto.

TERCERO. El Décimo Octavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito resolvió en sesión de veinticuatro de junio de dos mil diez, el recurso de revisión contencioso administrativa 65/2010, interpuesto por el director de atención a usuarios del Sistema de Aguas de la Ciudad de México y determinó:

“TERCERO. Procedencia del recurso. Resulta conveniente verificar la procedencia del recurso interpuesto por la autorizada de la autoridad demandada en el juicio de nulidad, al tenor de lo siguiente: La autoridad recurrente pretende acreditar la procedencia del recurso de revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, fracción I-B, 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 140 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, bajo los siguientes argumentos: (se transcriben). En la anterior transcripción se advierte que, para justificar la procedencia del recurso, la autoridad recurrente aduce esencialmente que, en términos del artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, procede el presente recurso de revisión, pues se pretende combatir una sentencia dictada por la Sala Superior de ese Tribunal y que, al existir supletoriedad de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el presente recurso es procedente en términos del artículo 63, fracción III, inciso c), de dicha ley, pues la sentencia a revisar versa sobre la competencia de la autoridad emisora del acto impugnado. En primer término, debe indicarse que para la sustanciación del presente asunto es aplicable la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día diez de septiembre de dos mil nueve y no la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, ya que esta última estuvo vigente hasta el diez de septiembre de dos mil nueve, en razón de la entrada en vigor el día once de ese mes y año, de la primera de las leyes citadas; máxime que, conforme con el artículo tercero transitorio del decreto indicado, los asuntos en trámite en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, se resolverán en los términos de la ley vigente en la fecha de interposición de la demanda. Luego, como en el caso la demanda de nulidad se interpuso el quince de octubre de dos mil nueve, lo relativo a la procedencia del recurso de revisión contencioso-administrativa, se decidirá conforme a la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. Ahora bien, respecto de la procedencia de esta clase de recursos, los artículos 104, fracción I-B y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen que: (se transcriben). De los citados preceptos constitucionales se desprende la existencia de Tribunales de lo Contencioso Administrativo, respecto de cuyas sentencias procede el recurso de revisión ante los Tribunales Colegiados de Circuito, para lo cual se sujetarán a lo establecido para la revisión del amparo indirecto. Asimismo, se tiene que el Congreso de la Unión y las Legislaturas Locales establecerán todo lo relativo a los juicios contenciosos administrativos y los recursos que en ellos se establezcan. En el caso, la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal prevé, en el artículo 140: (se transcribe). La interpretación literal de dicho precepto permite concluir que, en contra de las resoluciones emitidas en la apelación por la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, procederán los medios de defensa previstos en la Ley de Amparo. Dicha ley orgánica, como puede verse (sic), una remisión expresa a la Ley de Amparo para lo relativo a los recursos (sic); sin embargo, este cuerpo normativo federal no autoriza la supletoriedad prevista en el artículo 39 de la ley local, en donde dispone que estos juicios se resolverán con arreglo a esta ley y a falta de disposición expresa, en cuanto no se oponga a lo que prescribe este ordenamiento, se estará a la Ley Federal de Procedimiento

Contencioso Administrativo, la Ley que Regula el Uso de la Tecnología para la Seguridad Pública del Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Código Financiero del Distrito Federal, en lo que resulten aplicables. En esas condiciones, no puede legalmente resolverse la procedencia del recurso de revisión, con fundamento en el artículo 63 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, como lo aduce la recurrente, porque se estaría actuando en contra de la disposición expresa de la ley, en el sentido de que los medios de defensa que pueden hacerse valer son los de la Ley de Amparo, no los de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Empero, tampoco se estima que la interpretación literal de la norma solucione el problema de qué tipo de recursos proceden en contra de las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, porque no pueden serlo los establecidos en la Ley de Amparo, ya que este sistema impugnativo se opone, por su naturaleza jurídica a la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. En efecto, en la Ley de Amparo se establecen dos grupos distintos de medios de defensa que pueden darse en la secuela procesal del juicio de amparo: un primer grupo se insta para la secuela procesal del juicio de garantías, incluida su sentencia de fondo; y el segundo opera en la etapa de ejecución de la sentencia de amparo. Dentro de los primeros medios de defensa están: 1. Recurso de revisión, el cual está previsto en el artículo 83 de la Ley de Amparo y procede en contra de: a) Las sentencias dictadas en la audiencia constitucional por los Jueces de Distrito. b) Las sentencias dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito en los amparos directos de su competencia. c) Los acuerdos por los que se deseche una demanda de amparo indirecto. d) Los acuerdos que nieguen la suspensión definitiva, modifiquen o revoquen la interlocutoria de suspensión o nieguen dicha modificación o revocación. e) Los autos en que se sobresea el juicio de amparo y la interlocutoria del incidente de reposición de autos. 2. Recurso de queja que procede conforme al artículo 95 de la Ley de la materia, en contra de: a) Las determinaciones de los Jueces de Distrito o de la autoridad que conozca del juicio de amparo: I. Los autos en que se admitan demandas de amparo indirecto notoriamente improcedentes. II. Violaciones que no admitan expresamente el recurso de revisión y que sean de naturaleza trascendental, grave, susceptibles de causar daño o perjuicio para alguna de las partes que no sea reparable en la sentencia definitiva. III. Actuaciones dictadas después de fallado el juicio en primera instancia, que no sean reparables por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. IV. Resoluciones definitivas dictadas en el incidente de reclamación de daños y perjuicios. V. Resoluciones dictadas en el incidente de cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo, así como la determinación de caducidad del procedimiento de ejecución. VI. La concesión u otorgamiento de la suspensión provisional. b) La actuación de la responsable por: I. Exceso o defecto en la ejecución de la suspensión provisional o definitiva. II. Incumplimiento del auto por el que se otorgó al quejoso la libertad bajo caución. III. Omisión de proveer sobre la suspensión solicitada en amparo directo, o bien, sobre su otorgamiento o negativa y la negativa a admitir fianzas y contrafianzas o la admisión de éstas o por la negativa de la libertad caucional. IV. El otorgamiento o negativa de la suspensión provisional en amparo directo. 3. Recurso de reclamación, el cual procede en contra de los acuerdos de trámite dictados por los presidentes de los órganos colegiados (artículo 103 de la ley de la materia). Por su parte, los medios de defensa previstos en la etapa de ejecución de una sentencia de amparo, son los siguientes: 1. Queja por exceso o defecto en la ejecución de la sentencia. 2. Inconformidad en contra del auto que tuvo por cumplida la sentencia de amparo. 3. Denuncia de repetición del acto reclamado. 4. Incidente de cumplimiento sustituto de la ejecutoria de amparo. 5. Incidente de inejecución de sentencia. Sin embargo, en el caso, se estima que estos últimos medios de defensa no son viables para combatir una sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito

Federal, ya que requieren como presupuesto de procedencia, la existencia de un fallo que haya otorgado la protección constitucional, tras haber quedado firme, ya sea por ministerio de ley o por existir resolución del tribunal de alzada correspondiente; empero, en el caso, la sentencia que se pretende recurrir no corresponde a un medio de control de constitucionalidad, ni otorga la protección de garantías individuales. Ahora, respecto de la primera categoría de medios de defensa de la Ley de Amparo, tampoco autoriza, racionalmente, su aplicación para combatir el fallo dictado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. Lo anterior, porque el juicio de amparo constituye un medio de control constitucional, a través del cual se verifica la regularidad constitucional o apego a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tanto de las leyes como de los actos emitidos por las autoridades del Estado. La naturaleza del juicio de amparo es la de un juicio sumario en el cual el gobernado, que denuncia la violación de sus derechos constitucionales, tiene la oportunidad de evidenciar la inconstitucionalidad de los actos reclamados y que éstos queden insubsistentes respecto de él, para restituir el orden constitucional y la conculcación de garantías al gobernado; por lo mismo, los recursos que se dan dentro del amparo, incluida la sentencia dictada en ellos, son para constatar que en su trámite y decisión se hayan observado las normas y formalidades de la Ley de Amparo, no otro aspecto de la litis natural de donde deriva el acto reclamado. Por su parte, los juicios contenciosos administrativos están previstos en los artículos 104, fracción I-B y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y son medios de control de la legalidad de los actos de autoridad administrativa, de los cuales queda excluida la posibilidad de analizar la constitucionalidad de leyes o normas generales (a diferencia del juicio de amparo). Dichos juicios tienen la naturaleza de procedimientos ordinarios cuyos términos son amplios a efecto de que las partes puedan tener una defensa apropiada frente a la actuación de la autoridad administrativa. Lo anterior, pone de manifiesto la existencia de grandes diferencias en cuanto a la naturaleza y objeto de un juicio de amparo y un juicio contencioso administrativo porque, fundamentalmente, el primero busca el respeto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al evitar la existencia de actos que vulneren su contenido, y el segundo únicamente busca la adecuación de los actos de autoridad administrativa al contenido de las leyes ordinarias. Como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que si bien el artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal establece la procedencia, en contra de las sentencias dictadas en la apelación por la Sala Superior de ese Tribunal, de los medios de defensa previstos en la Ley de Amparo; dichos medios de defensa no pueden ser aplicables a los fallos emitidos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. Por ende, la interpretación literal de ese precepto no es suficiente para verificar la procedencia del recurso de revisión previsto en los mencionados preceptos constitucionales. Aceptar lo contrario, llevaría a concluir que en contra de las sentencias dictadas por la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal proceden indistintamente el recurso de revisión, el de queja y el de reclamación, a criterio de la parte que resulte afectada con el contenido de la resolución a combatir, lo que no es aceptable, incluso ni por una interpretación analógica, ya que los supuestos de procedencia de esos medios de defensa están expresamente previstos para combatir actuaciones o resoluciones dictadas dentro de un medio de control constitucional, y por su objeto y efectos no podrían ser aptos para combatir las sentencias de un juicio contencioso administrativo. No obstante, como debemos estar a lo previsto en los artículos 104, fracción I-B y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entonces se debe concluir que necesariamente, en contra de las sentencias dictadas por los tribunales administrativos, como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal procede el recurso de revisión, pero como los medios

expresamente previstos en la Ley de Amparo no admiten, por su naturaleza, objeto y fin, ser utilizados para combatir una sentencia dictada por un Tribunal Contencioso Administrativo, entonces existe la necesidad de realizar otro tipo de interpretación a efecto de asignar un sentido al texto del artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, que permita su aplicación congruente con el sistema jurídico al cual pertenece. En ese sentido, se estima más adecuada una interpretación conforme de esa norma, relacionada con los preceptos constitucionales de los cuales depende (artículos 104, fracción I-B y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y donde se autoriza la impugnación de los fallos dictados por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Del contenido de los artículos 104, fracción I-B, 116, fracción V y 122, base quinta, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende lo siguiente: 1. Constitucionalmente está prevista la existencia de Tribunales de lo Contencioso Administrativo. 2. La función de esos tribunales es conocer y resolver las controversias entre los gobernados y la administración pública ya sea local o federal. 3. Las sentencias que se dicten en esos juicios podrán ser controvertidas mediante el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito. 4. Las reglas a observar para la sustanciación de la revisión de las sentencias de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, son las previstas para el recurso de revisión en el amparo indirecto, conforme a la Ley de Amparo. 5. El órgano legislativo correspondiente deberá establecer los casos específicos de procedencia del recurso de revisión en una norma expresa. Destaca que la sustanciación del recurso de revisión en comento, se tramitará conforme al recurso de revisión de las sentencias de amparo indirecto, pero ello no implica que la procedencia de ese recurso sea la prevista en la Ley de Amparo para el recurso de revisión en amparo indirecto, ya que, por su naturaleza no puede ocurrir según se demostró, pero además porque en la propia Norma Suprema se establece que el legislador, ya sea local o federal, deberá establecer, en la ley respectiva, los supuestos en que procederá el recurso de revisión contencioso administrativo. Sin embargo, el artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal no establece supuesto expreso alguno en que proceda la revisión en contra de las sentencias de la Sala Superior de ese tribunal; por tanto, a efecto de que lo establecido en los referidos preceptos constitucionales tenga aplicación y el artículo 140 de la ley local tenga un objeto racionalmente fijado sobre las causas de procedencia, se hace necesario acudir a la interpretación realizada sobre dichos preceptos constitucionales por el máximo intérprete de la Constitución Federal, es decir, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto a los recursos de revisión administrativa de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito. Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el recurso de revisión fiscal tiene una naturaleza excepcional y extraordinaria, ya que el artículo 104, fracción I-B, de la Constitución Federal, limita la facultad de las autoridades legislativas locales y federales, al imponerles el deber de condicionar la procedencia del recurso, de tal manera que únicamente en determinadas hipótesis y en casos verdaderamente extraordinarios y excepcionales, el recurso proceda. Resulta ilustrativo del criterio... la jurisprudencia... 2a./J. 205/2004, de dicha Sala... 'REVISIÓN FISCAL. DADA SU NATURALEZA EXCEPCIONAL, ES IMPROCEDENTE CONTRA LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR EL PLENO O LAS SECCIONES DE LA SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA EN EJERCICIO DE SU COMPETENCIA ORIGINARIA.' (se transcribe.) -Ahora bien, partiendo de lo extraordinario del recurso de revisión previsto en el artículo 104, fracción I-B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló en la contradicción de tesis número 15/92, lo siguiente: '... Lo excepcional de la procedencia de la revisión fiscal se sustenta, a su vez, en la importancia y trascendencia de cada caso,

**V. EVOLUCIÓN DE LA REVISIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA
DESDE LA PERSPECTIVA DE COMO ESTUVO ESTABLECIDA
EN EL ARTÍCULO 104 DE LA CPEUM**

Por último y como se anunció con antelación, se estudiaría la evolución de la revisión contenciosa administrativa, desde la perspectiva de cómo estuvo establecida en el Artículo 104 de la CPEUM, ya que como se había anticipado, la misma no estuvo siempre regulada en la fracción III, sino que antes se encontraba en la fracción I B y a su nacimiento en la fracción I.

En ese mismo sentido lo establecía la *octava reforma* al Artículo 104, fracción III publicada el lunes 6 de junio de 2011, el que era del texto siguiente:

Los Tribunales de la Federación conocerán:

...

III. De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y fracción IV, inciso a) del artículo 122 de esta Constitución, solo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno;

...

Fue la *sexta reforma* al 104 constitucional, publicada en el DOF el 25 de octubre de 1993, en la que se encontraba en diversa fracción a la III, es decir, en la I B, misma que en identidad de contenido se establecía lo siguiente:

lo que en otros términos significa que un asunto es excepcional precisamente por ser importante y trascendente...'. Respecto de la importancia y trascendencia de un asunto, igualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido a través de diversos criterios,(4) aplicables al caso por igualdad de razón, que el requisito de importancia se justifica mediante razones que no podrían formularse en la mayoría, ni mucho menos en la totalidad de los asuntos, que se trata de aquellos elementos propios y específicos que concurren en un determinado asunto que lo individualizan y lo distinguen de los demás de su especie, circunstancias que constituyen propiamente su característica de excepcional. Con base en estas premisas, se puede colegir que el recurso que procede en contra de los fallos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal es el de revisión fiscal, medio de defensa de legalidad que es de naturaleza excepcional y que sólo será admisible cuando, como lo prevé la Constitución, se trate de un asunto de esa naturaleza, es decir, no en cualquier caso. Esa intelección del precepto 140 referido permite dotarlo de contenido, hacer operativo el sistema de impugnación de los fallos definitivos del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, no contravenir el sistema jurídico al cual pertenece (medio de control de legalidad) y no se desnaturalizan los recursos de la Ley de Amparo;...

Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I....

I-B. De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y fracción IV, inciso e) del artículo 122 de esta Constitución, solo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno.

Llegando a la *quinta reforma* al Artículo 104 que fuera publicada el lunes 10 de agosto de 1987, en la que se estableció lo siguiente:

I...

I-B. De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso administrativo a que se refiere la fracción XXIX-H del artículo 73 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los tribunales colegiados de circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto y, en contra de las resoluciones que en ellas dicten los tribunales colegiados de circuito no procederá juicio o recurso alguno;

...

Aquí sin especificar el fundamento de los dos tribunales contencioso administrativo solo refiriéndose en plural, pero sin especificar como en la siguiente reforma, la sexta que sería el que tiene fundamento en el Artículo 122 constitucional, pero sí utilizando el plural para reconocer la existencia de tribunales de lo contencioso administrativo.

Siendo en la *cuarta reforma* al Artículo 104 en la fracción I, en tiempos del Presidente Luis Echeverría que se reformara a dicho artículo una vez más, en la que fuera publicada en el DOF el 8 de octubre de 1974, misma que era del siguiente texto:

Artículo 104...

I. De todas las controversias de orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas Controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer también de ellas a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública federal o del Distrito Federal, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

La *tercera reforma*, que es del 25 de octubre de 1967⁷ en tiempos del Presidente Díaz Ordaz, estableció para el Artículo 104 fracción I, lo siguiente:

Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

I. De todas las controversias de orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento el precepto y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas Controversias sólo afecten intereses particulares podrán conocer también de ellas a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados, del Distrito Federal y Territorios. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Procederá el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia contra las resoluciones definitivas de dichos tribunales administrativos, solo en los casos que señalen las leyes federales y siempre que esas resoluciones hayan sido dictadas como consecuencia de un recurso interpuesto dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La revisión se sujetará a los trámites que la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y la resolución que en ella dicte la Suprema Corte de Justicia, quedará sujeta a las normas que regulan la ejecutoriedad y cumplimiento de las sentencias de amparo;

Siendo que en él, se encontraba reconocido el tribunal que habiendo nacido posteriormente a esta reforma, es decir hasta el 17 de marzo de 1971 por decreto publicado

⁷ Dicha reforma como se sostuvo en el *Diario de Debates* publicado el 13 de noviembre de 1966 el proponer la introducción en el párrafo segundo de la fracción I del Artículo 104 de la Constitución, con el propósito de reducir la competencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de recursos de revisión contra sentencias judiciales de segunda instancia o contra sentencias

de tribunales administrativos creados por ley federal, así como de adicionar un tercer párrafo a la propia fracción, ha sido objeto de las más diversas y encontradas opiniones y objeciones en el curso de las audiencias que se han realizado ante estas Comisiones.

La Asociación Nacional de Abogados y el Sindicato de Abogados del Distrito Federal y la Asociación Nacional de Abogadas, las representaciones de los estados de Guanajuato, Sonora, San Luis Potosí, Campeche, y distinguidos juristas que concurrieron a esas audiencias se pronunciaron en el sentido de que *sea suprimida totalmente la revisión fiscal*. El Ilustre y Nacional Colegio de Abogados estima que debe suprimirse el tercer párrafo propuesto por la Iniciativa porque, a su parecer, en ningún caso se justifica que en aquellos juicios que se rigen desde su iniciativa por leyes federales adjetivas propias de cada materia, un recurso quede sujeto a una ley distinta como es la de amparo.

Ahora bien, por importante que sea el esfuerzo de mejorar la tramitación de las revisiones a que se refieren la modificación y la adición propuestas, no pueden desconocerse los alcances ni la seriedad de las observaciones que se han emitido acerca de esta cuestión, por lo que se le impone un examen detenido y sereno del problema histórico y jurídico que existe en relación con el segundo párrafo de la fracción I del Artículo 104 y con la proposición de adicionar un tercer párrafo relativo al procedimiento que deberá seguirse en dichas revisiones así como al inclusión de la caducidad.

Del examen de los antecedentes históricos del Tribunal Fiscal de la Federación aparece que fue creado en la Ley de justicia Fiscal expedida el 27 de agosto de 1936 por el Presidente Lázaro Cárdenas en uso de sus facultades extraordinarias en materia hacendaria promulgadas en el curso de ese año, se encontraba la que creo el Tribunal Fiscal de la Federación destinado a la organización de los servicios de la justicia fiscal, con el objeto de proteger los derechos particulares lesionados por resoluciones ilícitas.

Sin embargo, en la Exposición de motivos de aquella ley, yendo más allá de lo dicho por el Presidente de la república, se afirma que la ley representa el primer paso para crear en México tribunales administrativos dotados de la autonomía –tanto por lo que hace a facultades como a forma de proceder y a su situación orgánica– que es indispensable para que puedan desempeñar con eficacia funciones de control de la administración activa en defensa y garantía de interés público y de los derechos e intereses legítimos”. En otros términos, la ley no se limitaba a la protección de los derechos particulares, sino que aspiraba al control de la administración activa en defensa y garantía del interés público y entrañaba también el propósito de iniciar un sistema de tribunales administrativos autónomos.

En el Artículo 1o., se declaró que el Tribunal dictaría sus fallos en representación del Ejecutivo de la Unión, pero que sería independiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de cualquiera otra autoridad administrativa: No se estableció ningún recurso ordinario contra sus fallos; por el contrario, en el Artículo 54 se previno que tendrán fuerza de cosa juzgada.

Es claro que, de todas maneras, los particulares tuvieron y deben tener siempre a mano el juicio de amparo para reclamar las resoluciones definitivas del Tribunal Fiscal de la Federación como o tienen para reclamar todo acto o decisión inconstitucionales del Poder Público irreparables en la vía ordinaria.

Ley de 1936, fue derogada por el Artículo 3o. Transitorio del Código Fiscal de la Federación, decretado por el Congreso de la Unión en diciembre de 1938; pero en el título cuarto del nuevo Código, se reprodujeron sustancialmente las disposiciones de la ley derogada. No se dijo expresamente que se creaba el Tribunal Fiscal. Simplemente se le tuvo por existente como un hecho consumado.

Así las cosas, por decreto del Congreso de la Unión publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1946, reformado el 30 de diciembre de 1949, se creó un recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia contra las sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación, siendo de advertir que poco antes, más exactamente el 16 del citado mes de diciembre de 1946, por reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 del mismo mes, fue adicionada la fracción I del artículo 104 de La Constitución, en el sentido de que en los juicios en que la Federación esté interesada, las leyes podrán establecer recursos ante la Suprema Corte contra las sentencias judiciales de segunda instancia o contra las de tribunales administrativos creados por ley federal, siempre que dichos tribunales estén dotados de plena autonomía para dictar sus fallos. El texto de esa adición sigue vigente y es el que ahora se trata de modificar.

Justo es reconocer que el Tribunal Fiscal de la Federación ha prestado servicios valiosos en la dilucidación de los conflictos de carácter fiscal entre las autoridades hacendarias y los particulares, ya que, de ese modo, llegan al conocimiento de la Suprema Corte en revisión, depurados desde el punto de vista jurídico, sustancial y procesal, independientemente del acierto definitivo de las resoluciones respectivas.

Ese Tribunal ejerce funciones jurisdiccionales en la fase contenciosa del procedimiento fiscal, dentro del ámbito administrativo, y emite sus fallos, según el Artículo 203 del Código Fiscal de la Federación tienen fuerza de cosa juzgada. Sin embargo, aunque los fallos de ese Tribunal tienen ese carácter según el precepto legal indicado, la verdad es que la autoridad demandada, más allá de la esfera administrativa, puede recurrirlos en revisión ante la Suprema Corte o negarse expresa o tácitamente a cumplirlos. El Tribunal Fiscal carece de imperio para hacer cumplir sus resoluciones porque se dice que es un simple Tribunal de anulación. El particular tiene que acudir al juicio de amparo indirecto para obligar a la autoridad demandada a cumplir el fallo del Tribunal Fiscal. Si el particular obtiene la protección de la justicia federal, la autoridad demandada, y esto acontece con frecuencia puede todavía interponer revisión contra sentencia del Juez de Distrito ante la Sala Administrativa de la Suprema Corte.

Como se ve, el actual procedimiento relativo a los litigios de carácter fiscal ante el Tribunal tantas veces mencionado, abunda en trámites y dilaciones manifiestamente contrarios al principio de una pronta y expedita administración de justicia.

Desde otro punto de vista, conviene precisar que los juicios en que la Federación esté interesada y respecto de los cuales el párrafo segundo de la fracción I del Artículo 104 y la Iniciativa crean un recurso, son evidentemente, de dos clases distintas.

El recurso concedido contra sentencias de segunda instancia no puede proceder sino en aquellos juicios seguidos ante los Tribunales de Justicia en los que la Federación interviene como sujeto de derecho privado, como entidad civil capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, y no como titular de la soberanía y depositaria del Poder Público. Son juicios de los que conocen en primera instancia los Jueces de Distrito y en la segunda los Tribunales Unitarios de Circuito.

Siendo esto así. Le asiste el derecho de reclamar en vía de amparo directo las sentencias de segunda instancia dictadas por tribunales judiciales, según lo ha reconocido justificadamente la Suprema Corte de Justicia a la Nación. La tesis jurisprudencial sustentada a este respecto por la segunda Sala de la Suprema Corte, publicada bajo el número 87 en el último apéndice del Semanario Judicial de la Federación (tercera parte páginas 108 y 109), está concebida así: "El Estado, cuerpo político de la nación, puede manifestarse en sus relaciones con los particulares bajo dos fases distintas: como entidad soberana, encargada de velar por el bien común, por medio de dictados cuya observancia es obligatoria, y como entidad jurídica de derecho civil,

porque poseedora de bienes propios que le son indispensables para ejercer sus funciones, le es necesario también entrar en relaciones de naturaleza civil con los poseedores de otros bienes, con las personas encargadas de la administración de aquellos: Bajo esta segunda fase, esto es, el Estado como persona moral capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones hasta en aptitud de usar de todos aquellos medios que la ley concede a las personas civiles para la defensa de unos y otros, entre ellos, el juicio de amparo...”

Reconocido, en consecuencia, el derecho del Estado de reclamar en amparo las sentencias de segunda instancia dictadas por tribunales judiciales, no hay razón ni necesidad de mantener un recurso de revisión que viene a ser una tercera instancia.

Sin embargo, para que el derecho de la Federación de reclamar en amparo directo las sentencias de segunda instancia de que se trata, no descansa solamente en un criterio jurisprudencial susceptible de variación, sino en la disposición expresa de la ley, es menester, y así lo proponen estas Comisiones, que se establezcan claramente que, en los juicios civiles del orden federal, las sentencias dictadas en apelación podrán ser reclamadas en amparo directo ante la Suprema Corte de Justicia, por la parte que se estime agraviada, incluso por la Federación, si ésta es parte en el juicio, en defensa de sus intereses patrimoniales y como sujeto de derecho privado. Pero es más adecuado que tal disposición sea incluida como parte final del inciso c) de la fracción V del Artículo 107 que trata precisamente de los amparos directos ante la Suprema Corte.

En cuanto al recurso de revisión contra sentencias definitivas dictadas por tribunales Administrativos Federal, tal como lo es el Tribunal Fiscal de la Federación, ya se han hecho notar sus resultados poco eficaces y las dilaciones que presenta en la actualidad, aparte de que constituye prácticamente una tercera instancia, si se recuerdan las fases oficiosa y contenciosa de las controversias entre las autoridades exactoras y los particulares.

Por tales motivos se estima útil no tal supresión de la revisión fiscal, pero si una conveniente restricción de los casos de su procedencia.

De todo lo anteriormente expuesto, estas Comisiones deducen y plantean ante Nuestra Soberanía las siguientes consideraciones:

Primera.- En el procedimiento contencioso administrativo, la autoridad administrativa en aras de la equidad y por respeto a las garantías de los gobernados, admite discutir la legalidad de sus decisiones y actos dentro de la misma esfera administrativa antes de llegar a una controversia ante la autoridad judicial.

Segunda.- La creación del Tribunal Fiscal de la Federación en 1936, como primer paso para instituir un sistema de tribunales administrativos destinados a controlar internamente la legalidad de los actos de la administración activa, aparte el debate que suscita la constitucionalidad con que fue establecido el tribunal, es, sin duda la expresión de *un propósito en favor de la seguridad jurídica* congruente con el programa de justicia social de la Revolución.

Tercera.- En esas condiciones, si no se encuentra en ninguna de las fracciones del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos una facultad expresa de la que emane una facultad implícita para la creación de tribunales administrativos autónomos de competencia contenciosa administrativa, y si la reforma de diciembre de 1946 que adicionó la fracción I del artículo 104 entraña, por interpretación extensiva (a) facultad, ello constituye una conquista que no debe desvirtuarse y, por el contrario, debe consolidarse en el párrafo segundo de la fracción I del artículo 104.

Cuarta.- En mérito de las consideraciones anteriores se sugiere que la reforma consista en que el nuevo párrafo se establezca de una manera expresa, sin que requiera duda ni interpretaciones, que las leyes federales podrán instituir tribunales administrativos que tengan a su cargo dirimir,

en el DOF de esa fecha, estaría reconocido procedería el recurso de revisión, que en aquél entonces conocería la Suprema Corte de Justicia en contra las resoluciones de dichos tribunales (caso del contencioso administrativo que tenía a su cargo dirimir controversias que se suscitaban entre la administración pública del Distrito Federal y los particulares), en donde ya se establecía la posibilidad de la revisión contenciosa administrativa dirigida a los casos provenientes del contencioso del D.F., fecha a partir de la cual tendría ese reconocimiento, que como hemos visto a lo largo del tiempo, no sería estable el mismo hasta llegar a su eliminación el día de hoy.

VI. CONCLUSIÓN

Si bien la figura de la revisión contenciosa administrativa, reconocida a partir de la cuarta reforma al Artículo 104 constitucional se encontraba prevista, la que como ha sostenido la interpretación del Poder Judicial Federal es a efecto de que sea precisamente éste (inicialmente la Suprema Corte de Justicia y hasta antes de la décima reforma al Artículo 104 constitucional, los Tribunales de la Federación), el que conozca de los recursos interpuestos

en vía contenciosa administrativa, las cuestiones que se susciten ente la administración pública y los particulares instituyendo normas para su organización, su competencia, el procedimiento que deberán observar y los recursos que se estimen conducentes contra sus resoluciones dentro de la misma esfera administrativa.

Quinta.- Como consecuencia de la creación de los recursos ordinarios que deben desarrollarse dentro de la misma jurisdicción contenciosa-administrativa, se restringe el ámbito de procedencia de la revisión fiscal ante la Suprema Corte de Justicia, en forma que la revisión ante ese Alto tribunal contra las resoluciones definitivas de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo procederá solamente en los casos excepcionales que señalen las leyes federales y siempre y que esas resoluciones no sean impugnables mediante el recurso ordinario de la propia jurisdicción contenciosa-administrativa. Obviamente para el señalamiento de esos casos de excepción, las leyes atenderán a la importancia y trascendencia que para el interés nacional impliquen los negocios respectivos de que emanen las controversias.

Sexta.- Debe aceptarse, como lo propone la Iniciativa que la tramitación de la revisión ante la Suprema Corte, se sujete a la que fija la Ley reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales para la revisión en amparo indirecto. Sin embargo debe consignarse la advertencia de que la resolución que en tal revisión dicte la Suprema Corte quedará sujeta a las normas que regulan la ejecutoriedad y cumplimiento de las sentencias de amparo.

Esto ocurre así, porque si se asimila la tramitación del recurso a la de la revisión en amparo indirecto, *lo justo y equitativo es aceptar también las consecuencias lógicas en lo tocante al significado vinculatorio de la decisión definitiva dictada por la Suprema Corte. De esta manera, las medidas que el Tribunal Fiscal de la Federación o en su caso, el tribunal de lo contencioso-administrativo correspondiente, dicte para el debido cumplimiento de esa decisión, estarán investidas del imperio de que gozan las resoluciones de la Suprema Corte de las que el tribunal de lo contencioso administrativo será, legalmente autoridad ejecutora.*

Las demás fracciones del Artículo 104 de la II a la VI inclusive, quedan sin ninguna alteración.

contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso administrativo, que lo sería desde su llegada, solo en los casos señalados por las leyes (tema que se ha reiterado) y que se sujetaría a los trámites que la ley de Amparo fije para la revisión en amparo indirecto, mismo que siempre se ha interpretado como un medio de defensa excepcional de la legalidad de las resoluciones definitivas dictadas por los tribunales de lo contencioso, del que se dota a las autoridades demandadas en dichos juicios y al que el legislador constitucional depositó en manos del legislador ordinario los supuestos y requisitos de procedencia, lo que no hace sino ratificar la naturaleza jurídica excepcional, pues con ello se advierte que son casos que salen de lo común, lo que conlleva a que su resolución debe ser así considerada, como importante y trascendente para el orden jurídico nacional, la que a partir de la reforma (10ª) al Artículo 104 constitucional ha eliminado definitivamente.

Y lo ha sido así, en virtud de la jurisprudencia por reiteración que ha pronunciado el poder judicial federal, pero que no escapa a la memoria la suerte que la misma tuvo a lo largo de los años en que estuvo reconocida por el legislador constitucional, pues como se ha dejado testimonio de su evolución legislativa, ya en diversa ocasión había desaparecido, por lo que como se hiciera referencia al inicio de estas líneas, es la muerte anunciada de la revisión contenciosa administrativa.

VII.FUENTES DE INFORMACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación de fecha de publicación 06 de junio de 2011.

Diario Oficial de la Federación de fecha de publicación 08 de octubre de 1974.

Diario Oficial de la Federación de fecha de publicación 10 de agosto de 1987.

Diario Oficial de la Federación de fecha de publicación 25 de octubre de 1967.

Diario Oficial de la Federación de fecha de publicación 25 de octubre de 1993.

Diario Oficial de la Federación de fecha de publicación 27 de mayo de 2015.

Diario Oficial de la Federación de fecha de publicación 29 de enero de 2016.

Diario Oficial de la Federación de fecha de publicación 31 de diciembre de 1994.

IUS Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ley de Amparo.

Ley de Justicia Administrativa de la Ciudad de México.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México.

Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

LA CONCEPCIÓN INTEGRACIONISTA DE UN DERECHO INDÍGENA ENERGÉTICO

Miguel Ángel MARMOLEJO-CERVANTES¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Resoluciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.* III. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en su visita a México.* IV. *Resoluciones judiciales del caso Juchitán de Zaragoza, Oaxaca.* V. *Conclusiones.* VI. *Fuentes de información.*

RESUMEN

Se plantea la construcción de una teoría denominada “integracionista” que permite la coexistencia entre el derecho indígena y el derecho energético de acuerdo con la consulta indígena llevada a cabo en Juchitán de Zaragoza, Oaxaca, a fin de la puesta en marcha de un megaproyecto eólico. Dicha consulta fue resuelta, mediante varios amparos en revisión, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y esa misma podría ser decidida en última instancia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Durante la investigación, fue identificada una interpretación de tipo procesalista y/o contractualista a cargo de la Sala, que podría ser contraria a las fuentes internacionales de derecho citadas. Finalmente se proponen acciones en concreto para fortalecer la concepción del derecho indígena energético, entre otras, la adopción de mejores prácticas indígenas humanistas que permitan la transferencia de la justicia hacia las propias comunidades.

ABSTRACT

This article proposes the construction of a theory entitled “integrationist” which allows the coexistence between indigenous law and energy law in the context of the indigenous consultation carried out in Juchitán de Zaragoza, Oaxaca, in order to implement a wind megaproject. This consultation case was resolved, through several –Amparos (*Habeas Corpus*)– by the first Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation and this could be ultimately decided by the Inter-American Court of Human Rights. During the research, it was identified a sort of procedural and/or contractualist interpretation by the Chamber, which could be contrary to the international sources of law quoted. Finally, concrete actions are proposed to strengthen the indigenous energy law conception, including the adoption of better indigenous humanist practices that enable the transfer of justice towards the communities themselves.

¹ Profesor en Derecho y Justicia Energética. Universidad Panamericana. Facultad de Derecho. Josemaría Escrivá de Balaguer 101, Aguascalientes 20290, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-1) en CONACYT. Correo electrónico: mmarmolejo@up.edu.mx.

PALABRAS CLAVE

Derecho indígena. Consulta indígena. Derecho energético. Pluralismo jurídico. Justicia indígena.

KEY WORDS

Indigenous law. Indigenous consultation. Energy law. Legal pluralism. Indigenous justice.

I. INTRODUCCIÓN

Generalmente la concepción del derecho entre la comunidad jurídica, es comprendida como un conjunto de materias, representadas en leyes, que son aplicadas de forma independiente, es así que tenemos al Derecho Constitucional, al Derecho Electoral, al Derecho Mercantil, al Derecho Civil, entre otras más; inclusive cada día más se enfoca la enseñanza del Derecho hacia la especialización por materia, ello en virtud de la profundidad del contenido y de las particularidades que cada sistema por materia, representa en cuanto a su funcionamiento a cargo de los operadores jurídicos.

El presente artículo parte de un enfoque distinto a la fragmentación y a la especialización del derecho. Parte de una concepción “integracionista” entre los derechos en cuestión, cuyo objetivo es identificar y analizar, sus interacciones, sus intersecciones, sus jerarquías o ponderaciones y sus posibles colisiones o incompatibilidades entre sí. Este ejercicio académico será llevado a cabo específicamente entre el derecho indígena y el derecho energético².

Ahora bien, para aplicar la concepción del derecho indígena energético bajo la modalidad integracionista, serán tomadas las interpretaciones judiciales emitidas por el Poder Judicial de la Federación sobre la consulta indígena con motivo del megaproyecto eólico desarrollado en Juchitán de Zaragoza, Oaxaca, por ser el primer megaproyecto consultado con motivo de la reforma energética.

Finalmente de la presente investigación se puntualiza, al menos académicamente, en impulsar al operador jurídico, en descifrar, con toda asertividad y rigor metodológico (basado en la valoración del mayor número de fuentes del derecho disponibles, obligatorias o no³), el auténtico espíritu de la ley energética dentro de un contexto jurídico indígena, que impulse la coexistencia entre los intereses de las partes, propios de las concepciones

² Derivado de la reforma constitucional en materia de energía publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013. Particularmente la referencia al derecho energético, constituye para los efectos del presente artículo, a la Ley de Hidrocarburos y la Ley de la Industria Eléctrica.

³ En términos generales, la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho y la doctrina; con especial énfasis, los usos y costumbres indígenas de protección constitucional y catalogados internacionalmente como un *principio general del Derecho Internacional* (Resolución General CNDH 27/2016, numeral 44) equivalente al *ius cogens* (numeral 30, derecho a la libre determinación, A/HRC/15/35 AHCR1535).

de paz, desarrollo, orden y progreso a efecto de evitar una ejecución mecánica, fría, automática, eminentemente dogmática e inercial del marco jurídico energético en razón de su especialización, peor aún, si se favorece una fragmentación desintegracionista.

En efecto, el tipo de fuentes de derecho disponibles, que al menos deberían ser tomadas en consideración, son las resoluciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los Informes de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus visitas a México⁴, por supuesto las resoluciones emitidas por el Poder Judicial de la Federación, el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los reportes sobre la situación de los derechos humanos⁵ en México emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶.

Más adelante, serán descritas algunas de las fuentes de derecho en comento, a fin de destacar la parte conducente para los efectos del derecho indígena energético.

Adicionalmente, para que el operador jurídico aprecie auténticamente el contenido y alcance del derecho indígena en cuanto a las formas internas de convivencia, organización social, económica, política y cultural así como la preservación, enriquecimiento de sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad, le es factible remitirse a los testimonios (verbales o escritos) derivados del trabajo de campo de las organizaciones y activistas defensores de los derechos humanos de los pueblos indígenas, que de alguna manera sistematizan los conocimientos que forjan la cultura e identidad indígena, sus sistemas normativos, sus usos y costumbres.

Esta remisión a los testimonios de campo, de ninguna manera afecta a la imparcialidad del operador jurídico, por el contrario, le evita prejuicios, lo nutre, lo sensibiliza con el objeto de identificar contenidos culturales de identidad humanista, relevantes para el derecho indígena energético, en virtud de propiciarse un espacio de reflexión adicional, a efecto de que el ejercicio de la abstracción jurídica propia de la aplicación del derecho, también se interrelacione con la realidad concreta de la vida indígena (hasta el límite procesal de un hecho notorio).

⁴ Fundamentado legalmente en términos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁵ *Pueblos indígenas y tribales, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, número 11, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/indigenas.pdf>.

⁶ *The Human Rights Situation in Mexico*, Interamerican Commission on Human Rights, Organización de Estados Americanos, <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/mexico2016-en.pdf>.

II. RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Existe una vasta y rica doctrina que se ha venido desarrollando por parte de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en la que la misma se encuentra fundamentada en tesis y jurisprudencia emitidas por el Poder Judicial de la Federación, pero además por sentencias de la Corte Interamericana en Derechos Humanos; lo cual, en última instancia, posibilita al operador jurídico a una reflexión más profunda sobre el mejor espíritu y sentido del derecho indígena energético acorde al principio *pro homine*. Doctrina que se ejemplifica de la siguiente manera⁷:



Tabla 1. Resoluciones referentes al derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas.

⁷ Ver: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_027.pdf.

Particulares:

17/2018, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2018/Rec_2018_017.pdf.

3/2018, http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/40088/Rec_2018_003.pdf.

56/2016, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2016/Rec_2016_056.pdf.

23/2015, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_023.pdf.

56/2012, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec_2012_056.pdf.

Como se desprende de la Resolución General 27/2016 (numeral 11), el derecho a la consulta previa tiene una importancia capital en tanto se encuentra interconectado con la protección de otros derechos colectivos, tales como la libre autodeterminación, el desarrollo sustentable, la propiedad ancestral, la biodiversidad cultural, la identidad cultural, entre otros. Esta –interdependencia–, principio constitucional propio de los derechos humanos⁸, reconoce el pluralismo jurídico (numerales 4 y 12) que, en términos antropológicos, Carlos Antonio Wolkmer señala que; el pluralismo significa que los grupos étnicos mantienen un estilo propio de vida, con su idioma, sus costumbres, sus formas de pensar, sus sistemas normativos y sus organizaciones; aunque la adopción del pluralismo jurídico en el Artículo 2o. de la Constitución General, refleja ciertas limitaciones estructurales propias del paradigma del monismo jurídico, a la luz de la crítica jurídica que sostiene la perpetuidad de un derecho centralizado *versus* un derecho descentralizado que reconoce validez jurídica de los sistemas normativos de las comunidades indígenas⁹.

Así, el numeral 53 de la citada resolución general, indica que desde la perspectiva académica se han recogido dos componentes centrales de la consulta previa: 1) La obligación negativa del Estado de abstenerse de violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas y; 2) Que el diálogo entre el Estado y los pueblos y nacionalidades indígenas, permita la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos, en la adopción de decisiones estatales. De manera tal que el contenido esencial del derecho a la consulta tiene al menos cinco características que integran su núcleo duro y que, por tanto, lo hacen reconocible: previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada (numeral 54).

La consulta es un instrumento de diálogo legítimo y eficaz en la prevención y resolución de conflictos, en la medida que sus resultados sean vinculantes y obrará en protección de los derechos humanos de los indígenas, siempre que se logre progresivamente el consentimiento libre, informado y en condiciones justas (numeral 146); consentimiento previo, libre e informado, que se encuentra previsto en el Artículo 6o. del Convenio 169, el cual habla sobre lograr el consentimiento de las medidas propuestas (numeral 150).

Sin embargo, en el amparo en revisión 631/2012¹⁰, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó esta distinción al sostener que, no obstante lo de-

⁸ Artículo 1o. de la Constitución General “.. *los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*”.

⁹ Melgarito Rocha, Alma Guadalupe, “Pluralismo jurídico: La realidad oculta”, *Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2015, pp. 69-79, http://biblioteca.clacso.edu.ar/Mexico/ceiich-unam/20170426031026/pdf_1266.pdf.

¹⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo en Revisión 631/2012, resuelto el 8 de mayo de 2013, p. 87.

seable es alcanzar el consentimiento, ante la negativa de los pueblos consultados deberán ponderarse *“los intereses sociales en juego, esto es, tanto de los afectados como de los beneficiados por la obra, quedando en aptitud las autoridades correspondientes a decretar, en la medida de sus facultades, las acciones necesarias para resarcir o aminorar las eventuales afectaciones que deriven de la operatividad del proyecto”*; situación que no sería un caso aplicable en materia de derecho energético, puesto que tanto los proyectos de la industria de los hidrocarburos así como los propios de la industria eléctrica, su marco normativo si establece la obligación de lograr al menos acuerdos y/o, en su caso, el consentimiento en términos de la normatividad aplicable¹¹.

Por otro lado, es cierto que el derecho energético vigente, promueve la inversión privada y el desarrollo de mercados eficientes y competitivos, los cuales representan objetivos loables, pero complejos e inestables en cuanto a su materialización; éstos al mismo tiempo, podrían poner en una situación de desventaja, demérito y discriminación a los derechos indígenas, a consecuencia de una interpretación restrictiva de –orden público– que otorgase una mayor deferencia para el desarrollo de proyectos energéticos sobre dichos derechos, a pesar de que la propia Constitución General, delimito la coexistencia de actividades, siempre y cuando, ello resulte técnicamente posible¹².

El criterio de que sea compatible técnicamente, es muy controversial, porque si el resultado del estudio del proyecto energético demuestra que la coexistencia de actividades no es técnicamente factible, ello daría pauta a invalidar automáticamente el derecho indígena y a hacer nugatorio el Artículo 2o. constitucional, independientemente de la violación de las disposiciones de carácter internacional derivadas del Convenio 169 de la OIT, lo cual, a

¹¹ Podría ser materia de controversia la interpretación relativa a que la Ley de Hidrocarburos si contempla expresamente el término de “consentimiento” (Artículo 120) y no así la ley de la Industria Eléctrica, la cual solamente hace referencia únicamente al término “consulta” (Artículo 119), a pesar de que el Artículo 73 de la misma Ley, adopta todos y cada uno de los derechos derivados de los tratados internacionales relativo al reconocimiento de las comunidades indígenas, así como su reglamento (no obstante que el mismo podría violar el principio de legalidad) sí reconoce los términos de “acuerdos previos” y “acuerdos tomados”.

¹² Ver Artículo Octavo Transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Energía publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre del 2013. Las actividades de exploración y extracción de petróleo e hidrocarburos, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, se consideran de interés social y de orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquellas. La ley preverá, cuando ello fuere técnicamente posible, mecanismos para facilitar la coexistencia de las actividades mencionadas en el presente transitorio con otras que realicen el Estado o los particulares.

todas luces, sería una interpretación contraria al principio *pro homine*, en una dimensión colectiva¹³.

De hecho, diversos estudios de Sociología y Antropología Jurídica han probado la coexistencia de diversos sistemas normativos en el territorio que hoy ocupan los Estados Unidos Mexicanos¹⁴.

La idea es promover ecosistemas legales coherentes e integracionistas, que permitan a los inversionistas y las comunidades indígenas, la toma de consensos colectivos justos, estables, sólidos y duraderos a propósito de la participación democrática de los mecanismos de consulta indígena.

III. INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE SU VISITA A MÉXICO

Dicho Informe¹⁵ destaca que en las últimas dos décadas, México ha incentivado una mayor inversión extranjera para la minería, considerada como una actividad preferente y de utilidad pública. La reforma energética constitucional de 2013 ha generado la preocupación de que el Estado obligue a comunidades indígenas a rentar o vender sus tierras a las empresas, imponga servidumbres legales para facilitar proyectos de hidrocarburos o energéticos, y también de que aumente el riesgo de despojos, enfrentamientos y desplazamientos forzados ante el creciente interés en los recursos naturales en territorios indígenas, muchos de los cuales no han sido reconocidos legalmente. Asimismo, los objetivos nacionales de generar el 35% de la electricidad mediante recursos renovables para 2024 han acelerado la aprobación de proyectos eólicos comerciales de gran escala en regiones indígenas. Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de 29.000 concesiones mineras, hidroeléctricas y de energía eólica que afectan el 35% del territorio nacional, el 17% se encuentran en territorios indígenas (numeral 31).

La legislación secundaria derivada de la reforma energética contiene disposiciones sobre consulta previa respecto a proyectos en los sectores de hidrocarburos y energía, que es responsabilidad de la Secretaría de Energía. La Secretaría desarrolla protocolos *ad hoc* de consulta para proyectos específicos con base en el protocolo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), y con el acompañamiento de otras instancias federales y estatales relevantes (numeral 33).

¹³ La propia de las comunidades indígenas.

¹⁴ Melgarito Rocha, Alma Guadalupe, *op. cit.*, p. 112.

¹⁵ Disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/2018-mexico-a-hrc-39-17-add2-sp.pdf.

Por su parte, los tribunales federales han examinado varios casos sobre la consulta previa, pueblos indígenas y megaproyectos. En algunos casos, la Suprema Corte de Justicia ha ordenado la suspensión de proyectos inconsultos, aunque se ha denunciado que dichas sentencias no son acatadas por agentes estatales y del sector privado, y aún no han generado jurisprudencia vinculante, en el sentido de la tradición jurídica mexicana. Esto ha generado que se mantengan las afectaciones de estos proyectos y que se incrementa la conflictividad en las comunidades (numeral 35).

La Relatora Especial coincide con la CNDH sobre algunas prácticas problemáticas en las consultas que se han realizado en México. En muchos casos, estas no son “previas” ya que se emiten autorizaciones y permisos para proyectos antes de consultar a los pueblos indígenas (numeral 36).

Situaciones de amenazas, hostigamiento y criminalización de miembros de pueblos indígenas durante los procesos de consulta menoscaban el carácter “libre” de las mismas. Dicho carácter puede verse también reducido debido al estado de necesidad en el cual se encuentran pueblos indígenas al no gozar plenamente de sus derechos básicos. La implementación de los derechos económicos, sociales y culturales no puede estar condicionada al resultado de una consulta, ni considerarse como forma de compensación o participación en los beneficios; es una obligación del Estado independientemente de la realización o no de un proyecto en una comunidad indígena (numeral 36).

También persisten deficiencias en la provisión de información clara, precisa y completa sobre los impactos de los proyectos, que no se presenta de manera culturalmente adecuada, ni considera los tiempos y otros factores culturales de los pueblos consultados (numeral 36).

La legislación ambiental y energética requiere que las empresas que desarrollan proyectos elaboren evaluaciones de impacto social y ambiental aprobadas por la autoridad ambiental y la Secretaría de Energía, respectivamente. Sin embargo, estas evaluaciones se aprueban antes de realizarse las consultas, y presentan deficiencias en la identificación de los verdaderos impactos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Como señaló el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas en su informe de visita a México, existe una limitada capacidad de las autoridades competentes para examinar las evaluaciones presentadas por las empresas, así como para realizar una verdadera fiscalización de sus actividades (numeral 38).

Finalmente, en el capítulo de conclusiones y recomendaciones, se indica que la situación actual de los pueblos indígenas en México refleja la considerable brecha exis-

tente entre la realidad jurídica, política e institucional y los compromisos internacionales asumidos por el país. Dicha brecha sigue creciendo, en particular debido al impulso del modelo de desarrollo promovido por la reforma energética, que tiene un impacto significativo en los territorios indígenas. Un desarrollo sostenible requiere un enfoque de derechos humanos (numeral 93).

En consecuencia, se recomiendan diálogos en condiciones de igualdad entre los pueblos indígenas y autoridades de gobierno sobre el concepto de desarrollo que conduzcan a la adopción de decisiones conjuntas sobre el desarrollo en territorios indígenas. Las propuestas de desarrollo de los pueblos indígenas deben tener prioridad en sus territorios. Al respecto, deben tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades particulares de los pueblos originarios e indígenas residentes en centros urbanos (numeral 102).

Se reitera que cualquier consulta sobre actividades o medidas que pudieran afectar a los pueblos indígenas debe ser previa y se debe proporcionarles información adecuada sobre los impactos sociales, ambientales y culturales de dichos proyectos, y posibles medidas de mitigación, indemnización y beneficios. No debe procederse sin que se hayan implementado dichas garantías y se haya obtenido su consentimiento libre, previo e informado. Los pueblos indígenas cuyos derechos hayan sido vulnerados por dichos proyectos deben obtener justicia y una reparación integral (numeral 106).

IV. RESOLUCIONES JUDICIALES DEL CASO JUCHITÁN DE ZARAGOZA, OAXACA

El Poder Judicial de la Federación ha estado muy activo en relación al caso de Juchitán de Zaragoza, máxime como se mencionó anteriormente, representa el primer caso donde se realiza un escrutinio judicial sobre la conducta desplegada por la Secretaría de Energía en la realización de la consulta indígena, ya bajo los términos legales de la reforma energética.

Dicha actividad judicial, se describe de manera sintetizada, de la siguiente manera¹⁶:

¹⁶ Juicio de Amparo 454/2015, Juzgado séptimo de Distrito disponible en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=282/02820000178177710086086.docx_1&sec=Librado_Antonio_G%C3%B3mez_Morales&svp=1; Amparo en revisión 600/2018, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=240170>; Amparo en revisión 601/2018, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=240166> y Amparo en revisión 213/2018, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=232060>.

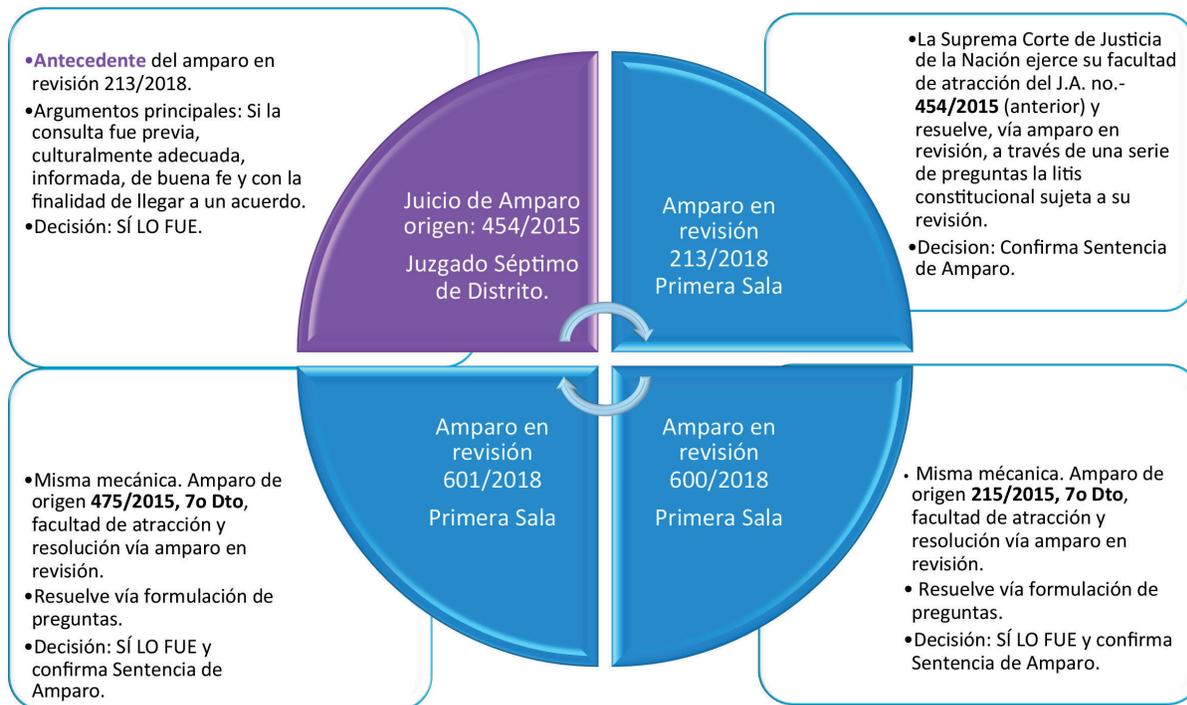


Tabla 2. Resoluciones Judiciales del caso Juchitán de Zaragoza, Oaxaca.

Las preguntas que fueron formuladas por los Ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo que interesa para los fines del presente artículo, son las siguientes:

1. ¿Cuál es el parámetro normativo en materia de consulta a los pueblos indígenas?

Respuesta: Constitución Federal, Convenio OIT 169, Convención Americana sobre Derechos Humanos, casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la consulta, en particular el del Pueblo Saramaka vs. Surinam, el del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador y el de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, así como criterios judiciales de la propia Sala.

2. ¿Cuál es la naturaleza del proyecto que pretende llevar a cabo la tercera interesada?

Respuesta: Sí se trata de un proyecto de gran escala, por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el Estado tiene obligación no sólo de consultar a los pueblos indígenas sino de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos.

3. ¿El procedimiento de consulta implementado por las autoridades responsables fue desarrollado solamente cuando requerían la obtención de un consentimiento?

Respuesta: NO se realizó solamente cuando requerían la obtención del consentimiento. La misma se realizó en apego al Protocolo para la Implementación de Consulta Previa, Libre e Informada sobre el Desarrollo de un Proyecto de Generación de Energía Eólica, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

4. ¿La consulta se llevó a cabo de manera previa?

Respuesta: Sí se realizó de manera previa. En este contexto, a juicio de la Primera Sala, la consulta cumple con el carácter previo si se cumplen las siguientes condiciones:

a) Se realiza lo antes posible, entendiendo que sea en las primeras etapas del proyecto. La consulta cumple con la condición señalada en el inciso a), pues se realizó lo antes posible, entendiendo que sea en las primeras etapas del proyecto.

b) Se realiza con un tiempo adecuado para la discusión, es decir, con suficiente antelación para que resulte efectiva y significativa. La consulta cumple con la condición precisada en el inciso b), pues se realizó con un tiempo adecuado para la discusión, es decir, con suficiente antelación para que resulte efectiva y significativa.

c) Se lleva a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto, entendiendo que no se realicen actos de ejecución. De las constancias que obran en autos, la consulta sí se realizó de forma previa, pues cumplió con las condiciones antes referidas. La consulta cumple con la condición señalada en el inciso c), pues se llevó a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto, entendiendo que no se realicen actos de ejecución.

Aún y cuando la autorización y el permiso se emitieron cuando no había concluido el procedimiento de consulta, lo cierto es que su ejecución estaba condicionada a realizar la consulta y, además, a ningún fin práctico llevaría reponer el procedimiento si una vez desahogadas las fases de la consulta el pueblo indígena otorgó su consentimiento para la construcción y operación del proyecto de generación de energía eólica.

5. ¿La consulta se llevó a cabo de manera culturalmente adecuada?

Respuesta: Esta Primera Sala considera que para determinar si la consulta se llevó a cabo de manera culturalmente adecuada deben cumplirse dos condiciones:

a) La consulta debe realizarse de acuerdo con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones. A juicio de esta Primera Sala, la consulta cumplió con la condición señalada en el inciso a), pues se realizó de acuerdo con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones.

b) La representación de los pueblos debe definirse de conformidad con sus propias tradiciones. La consulta cumplió con la condición señalada en el inciso b), pues la representación de los pueblos se definió de conformidad con sus propias tradiciones, ello pues se sometió a su consideración quiénes eran las instancias representativas y solicitaron que se cambiara el papel del Cabildo en el proceso de consulta.

6. ¿La consulta se llevó a cabo de manera informada?

Respuesta: La finalidad es que la información debe ser tal que permita a los pueblos indígenas realizar un proceso interno de deliberación, por lo que se debe difundir por todos los medios de comunicación adecuados y accesibles a las circunstancias. Por tanto, infundado los argumentos relativos a que la información disponible en internet no era culturalmente adecuada porque muchos miembros de la comunidad no tienen acceso a los medios electrónicos o no saben leer y escribir y era necesario que se proporcionara en reuniones pequeñas, de manera clara y con traducciones adecuadas. Ello, porque como quedó precisado la información estuvo disponible en *la Biblioteca Municipal de Juchitán de Zaragoza, Oaxaca*, precisamente atendiendo a la dificultad para acceder a medios electrónicos y, además, *en la plataforma de difusión* de la consulta. Por otra parte, las exposiciones y talleres informativos, tuvieron lugar en las asambleas o reuniones, de manera verbal, y contando siempre con la presencia de un traductor, contemplando así el supuesto de no saber leer y escribir, y además estuvo disponible de forma escrita. Finalmente, tal y como se advierte de la relatoría antes des-

crita sí se tomaron en cuenta las festividades de la comunidad y las fechas sí fueron acordadas en las asambleas. De ahí que no asista la razón a la parte recurrente principal.

7. ¿La consulta se realizó de buena fe?

Respuesta: En ese sentido, esta Primera Sala advierte que el proceso de consulta se realizó de buena fe y, además, se obtuvo el consentimiento de la comunidad indígena, atendiendo a que el proyecto eólico es a gran escala tal y como se determinó al resolver esta cuestión. Así, se advierte que el principio de buena fe ha permeado en todas las etapas del proceso de consulta, sin evidencia de actos de presión. Sin que pase desapercibido que el proceso de consulta aún se encuentra en la Fase de Ejecución y Seguimiento de Acuerdos, en la cual la Secretaría de Energía en coordinación con las autoridades que intervinieron en el proceso de consulta, debe verificar que los acuerdos obtenidos en la consulta previa se lleven a cabo, lo que corresponde al Comité de Seguimiento y Monitoreo. De ahí que aún en esta etapa debe permear el principio referido.

Ahora bien, con el objetivo de poner en práctica la teoría integracionista propuesta, a continuación, se elabora un cuadro comparativo que muestra las interacciones entre las fuentes de derecho descritas *versus* los criterios utilizados en las resoluciones judiciales en comento en relación a la consulta indígena en el contexto del caso de Juchitán de Zaragoza, de la mano de una breve reflexión:

Tema	SCJN 1era Sala	CNDH	Naciones Unidas Relatora Especial	Comisión IDH Informe DH	Corte IDH IUS	Reflexión
Previa	Sí	No	No	No	No (181) Kichwa (222) Kichwa (300) Kichwa (345) Garífuna	La emisión de los permisos (por ejemplo, la MIA), a juicio de la 1era Sala señala que, a pesar de su emisión, ello no implica la ejecución material del proyecto eólico; de hecho, a ningún fin práctico llevaría reponer el procedimiento, si fue otorgado el consentimiento. Sin embargo, NU, la CIDH y la CortelDH (181, 222, 300, 345), establecen un criterio distinto, donde la consulta debe ser previa a la emisión de los permisos ¹⁷ . Debe ser previa para posibilitar la participación efectiva, no ser un mero trámite administrativo y evite una desigualdad estructural democrática ¹⁸ .

¹⁷ Ver voto concurrente en el Amparo en Revisión 601/2018, del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, donde a su parecer, las fuentes de Derecho Internacional establecen como criterio de consulta previa, los propios permisos al afirmar: “Los estándares de derechos humanos son contundentes al afirmar que si la decisión ya está tomada –la autorización (sic “permisos”) es un indicador de esto–, la consulta se convierte en una exigencia formal vaciada de contenido: se hace solo con el propósito de obtener el consentimiento”. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=240166> el 19 de mayo de 2019.

¹⁸ Alfonso S., Tatiana A., y Peláez Padilla, Jorge, “Caso Eólicas del Sur en Juchitán: la errónea lectura de la Suprema Corte del Derecho a la consulta previa. Consulta previa: ¿Qué significa que sea previa?”, Nexos, disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9158>, 19 de mayo de 2019.

Tema	SCJN 1era Sala	CNDH	Naciones Unidas Relatora Especial	Comisión IDH Informe DH	Corte IDH IUS	Reflexión
Cultural- mente adecuada	Sí	Sí, parcial	Sí, parcial	Sí, parcial.	Sí, parcial. (133, 147) Saram ka (177) Kichwa	A juicio de la 1era Sala al haberse desahogado las etapas del protocolo ¹⁹ , ello es suficiente para tenerlo por cumplido. Sin embargo, NU, la CIDH y la CorteIDH, establecen criterios adicionales, como el llevarse a cabo bajo el estándar de la “pertinencia cultural” (ejemplos: concepción de desarrollo de los pueblos indígenas, planteamiento de argumentos), es decir la adaptación de la información a su cultura, evitando tecnicismos ²⁰ para su asimilación. De igual manera, tomar en cuenta los métodos tradicionales de la comunidad para la toma de las decisiones (133, 147 y 177).

¹⁹ Protocolo para la Implementación del Proceso de Consulta Previa, Libre e Informada sobre el Desarrollo de un Proyecto de Generación de Energía Eólica, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/25581/Protocolo_Consulta-Versi_n_16_Octubre.pdf.

²⁰ Observaciones del Profesor S. James Anaya sobre “La consulta en el contexto del proyecto energía eólica del sur en Juchitán de Zaragoza”, Secretaría de Energía, en atención a la comunicación intercultural (numerales 14 y 15). Disponible en: <http://fundar.org.mx/wp-content/uploads/2015/03/Juchitan-observaciones-Anaya.pdf>.

Tema	SCJN 1era Sala	CNDH	Naciones Unidas Relatora Especial	Comisión IDH Informe DH	Corte IDH IUS	Reflexión
Informada	Sí.	Sí, parcial	Sí, parcial	Sí, parcial.	Sí, parcial.	A juicio de la 1era Sala al haberse desahogado las etapas del protocolo ²¹ , ello es suficiente para tenerlo por cumplido. Sin embargo, NU, la CIDH y la CortelDH, establecen criterios adicionales, como la generación de un ambiente de confianza, para que comprendan y pregunten, bajo un modelo de verdadera asociación. La forma en que la información estuvo a disposición en una Biblioteca y webpage, genera incertidumbre en cuanto a que la forma de recepción de la misma, por parte de la comunidad, sea conforme a sus tradiciones ²² .

²¹ Protocolo para la Implementación del Proceso de Consulta Previa..., *op. cit.*

²² Tales irregularidades pasan por la falta de información adecuada, suficiente y culturalmente adecuada (la misma, si se difundió, fue altamente técnica, disponible en Internet y sin ser traducida al zapoteco). Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.C. (ProDESC). *La Suprema Corte y la consulta indígena de Juchitán: Entre la discriminación y el acceso a la justicia*. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9278>.

Tema	SCJN 1era Sala	CNDH	Naciones Unidas Relatora Especial	Comisión IDH Informe DH	Corte IDH IUS	Reflexión
Buena Fe	Sí.	No.	No.	No. (254)	No. (179) Kichwa	A juicio de la 1era Sala señala que hubo disposición al dialogo en todas las etapas de la consulta y que no se aportó evidencia sobre actos de presión. Sin embargo, NU, la CIDH y la CortelDH, documentan un estado de violencia estructural en contra de las comunidades indígenas; y en relación a la carga de la prueba, en actos de violencia, le corresponde al Estado y no a la comunidad. Establecen lo siguiente: (254) La violencia derivada de mega proyectos ha generado homicidios, ejecuciones, hostigamiento y amenazas en contra de los pueblos indígenas en varios estados, como es el caso de Oaxaca. (procesalmente, hecho notorio) (179) Carga de la prueba, al Estado y no a la comunidad.

Tabla 3. Cuadro comparativo sobre la puesta en práctica de la teoría integracionista.

En este sentido, los resultados derivados por las interacciones entre las distintas fuentes del derecho a propósito de la aplicación de la teoría integracionista, son ligeramente contradictorios en algunos casos y radicalmente en otros. En general, pareciera ser que las resoluciones de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, le otorga mayor deferencia al trabajo procesal realizado por el Juez de Distrito que a los ar-

gumentos de la comunidad indígena, ésta es tratada, al menos procesalmente, como una parte procesal más, en circunstancias iguales, sin deferencia especial alguna, en razón de su estatus indígena. Si bien es cierto que se citan fuentes internacionales del derecho, lo cierto es que no se adoptan e interpretan a cabalidad y profundidad dichos estándares asimétricos y legítimos que otorgan una mayor y mejor protección a las comunidades indígenas (principio *pro homine*); al contrario, se sostiene permanentemente criterios procesales dogmáticos, a saber: “el otorgamiento de permisos no implica la ejecución del proyecto”; “a ningún efecto práctico conlleva a pesar de la violación”; “la consulta fue desahogada conforme al protocolo debidamente adoptado y desahogado”; “no fue presentada, a cargo de la comunidad indígena, evidencia alguna que demuestre actos de violencia”.

Esta actitud procesal hace nugatorio el núcleo esencial de los derechos derivados de la consulta previa y la obtención del consentimiento, como vía para la constitución de un pacto social integral favorable a las comunidades indígenas, incluso en términos del PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN DERECHOS DE PERSONAS, COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS²³ se desconocen sus lineamientos, particularmente cuando indica que el derecho a que se tomen en cuenta las prácticas normativas de la comunidad del sujeto, es quizá el más importante, ya que esta consideración es de carácter sustantivo. Esto tiene que ver con el fondo del asunto y no solo con un requerimiento procesal formal, ya que tiende a explicar la conducta desplegada por un sujeto que actúa bajo un sistema normativo indígena y que por ello tiene su propia concepción sobre lo obligatorio, lo permitido y lo prohibido, como cualquier norma.

Adicionalmente y en el mismo sentido, se inaplica dicho protocolo de actuación en su parte relativa a que las leyes procesales deben interpretarse con amplitud, pues el rechazo de una acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista (aquí dogmática), es susceptible de causar una lesión a los derechos de estos pueblos, como podría ser el caso.

Por otro lado, la visión de la Primera Sala, además de ser procesalista, es igualmente contractualista, fundamentalmente bajo la óptica del Derecho Civil, en donde se privilegia el principio de la convalidación de los actos por consentimiento tácito y/o expreso (se adoptó el protocolo; se desahogó la consulta conforme al mismo), validando vicios sufridos durante las etapas de la consulta, cuando los pactos a celebrarse con la comunidad indígena, no lo son a la luz de esta óptica civilista²⁴, sino conforme a sus usos y costumbres (*ius cogens*).

²³ Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/nueva_versioProtocoloIndigenasDig.pdf.

²⁴ Interpretación análoga a lo dictado en el caso Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, en relación a que “El Código Civil del Estado es inadecuado e ineficaz...”

Es decir, el consentimiento indígena no se agota con un solo acto, sino que es de carácter continuado, máxime al existir una etapa de seguimiento de acuerdos como resultado de la consulta. En realidad, es un pacto de gobernanza bajo el modelo de asociación, pero bajo las reglas de la vida jurídica indígena y no de tipo societario civil (asociación civil); que no causa estado, que es dinámico, que no se interpreta bajo las reglas civiles, sino en términos del derecho indígena, propias de su sistema normativo. De manera tal que el megaproyecto se incorpora a la vida jurídica indígena y no al revés.

De fondo, la consulta y el consentimiento indígena, a juicio de la Primera Sala, deben revestir la juridicidad de un contrato civil y no la de un modelo asociativo regido bajo los estatutos de los usos y costumbres de la comunidad indígena, priorizando sus derechos corporativos y económicos. Por ello se afirma que las resoluciones judiciales en comento, son vistas como frías, automáticas, mecánicas, eminentemente dogmáticas e inerciales (probablemente discriminatorias estructuralmente) a una forma de pensamiento legal que rechaza sistemáticamente (consciente o inconscientemente) un pluralismo jurídico en favor de las comunidades indígenas, que en la mayoría de los casos representan los pobres de entre los más pobres.

Al final, se prospecta, que los quejosos participantes en las resoluciones judiciales de referencia, pueden accionar una PETICIÓN ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos²⁵, por haberse agotado los recursos judiciales internos; lo cual deberá realizarse dentro del plazo de seis meses, y en caso de ser admitida y no llegar a una solución amistosa con el Estado, podrá ser remitida para resolución ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos²⁶. Resultaría interesante conocer la posición tanto de la Comisión como de la Corte, en relación a la recta interpretación y forma de aplicación del derecho indígena internacional, por parte del Poder Judicial de la Federación, principalmente porque fortalecería la concepción integracionista del Derecho Indígena Energético.

²⁵ *Sistema de peticiones y casos, Folleto informativo*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012. Guía para presentar una petición, en: http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf.

²⁶ A la fecha de elaboración del presente artículo, no se tiene conocimiento de que se haya activado alguna petición ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos para impugnar las resoluciones judiciales de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ningún comunicado oficial ha sido emitido por el Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.C. (ProDESC).

V. CONCLUSIONES

Definitivamente hay mucho trabajo que hacer aún a favor del pluralismo jurídico coexistente derivado del derecho indígena energético. En este sentido y adicionalmente al ejercicio académico llevado a cabo a lo largo del cuerpo del presente artículo, se concluye con la propuesta de las siguientes acciones en concreto, a fin de dar mayor consistencia y fortaleza a la concepción integracionista de referencia.

1. *Acciones en concreto*

A. *El reconocimiento jurídico de las prácticas indígenas humanistas*

En términos de los usos y costumbres de las comunidades indígenas (*ius cogens*), resulta necesario identificar y codificar, en la medida de lo posible, las prácticas humanistas asociadas a la consulta indígena. Esto para que sean aplicadas y den mayor contenido, sentido y sustancia concreta a los estándares internacionales respectivos. En forma ejemplificativa, es viable emular por analogía, el trabajo pastoral llevado a cabo por Mons. Don Samuel Ruiz García, Obispo Emérito de San Cristóbal de las Casas en las comunidades indígenas de Chiapas, en relación a su legado²⁷, a saber: la promoción integral de los indígenas, para que sean sujetos en la Iglesia y en la sociedad, la opción preferencial por los pobres y la liberación de los oprimidos, la libertad para denunciar las injusticias ante cualquier poder arbitrario, la defensa de los derechos humanos, la inserción pastoral en la realidad social y en la historia, la inculturación de la Iglesia, que haya Iglesias autóctonas, encarnadas en las diferentes culturas, indígenas y mestizas, la dignidad de la mujer, su corresponsabilidad en la Iglesia y en la sociedad, una Iglesia abierta al mundo y servidora del pueblo, ecumenismo con toda religión, una pastoral de conjunto, con responsabilidades compartidas, la teología india, como búsqueda de la presencia de Dios en las culturas originarias, diaconado permanente entre los indígenas, la reconciliación en las comunidades, la unidad en la diversidad y la comunión afectiva y efectiva con el Sucesor de Pedro y con la Iglesia Universal. “En una sola palabra: “coexistencia”. En realidad, esto representa una transferencia del poder espiritual a los indígenas, consecuentemente un reconocimiento integral a su dignidad”.

²⁷ Santiago, Jorge, *La pasión de servir al pueblo (Testamento espiritual de Don Samuel, Entrevista a jTatik)*, Chiapas, Jobel, marzo de 2016, p. 22.

B. *Al Poder Judicial Federal*

Es necesario mejorar el modelo de gobernanza judicial para los casos que involucren comunidades indígenas a efecto de buscar un esquema de decisión colegiado, una especie de Tribunal Colegiado en materia Indígena. Es demasiada carga de trabajo para un Juez de Distrito aquellos casos judiciales que involucran la consulta indígena. Además, el Juez de Distrito debe tener, por lo menos, un arraigo en el circuito judicial donde se lleve a cabo la consulta indígena; remitirla, en razón de carga de trabajo, podría distorsionar la justicia a impartirse, con motivo a la falta de sensibilidad y conocimiento del derecho indígena energético de la zona. Se debe promover el acceso a Jueces de Distrito Indígenas²⁸, a fin de llevar a cabo una inculturalización judicial en derecho indígena, que evite criterios inerciales procesalistas o contractualistas al momento de emitir sentencias judiciales en perjuicio de las comunidades indígenas. Las sentencias de amparo que sean emitidas, deberán ser traducidas en la lengua de la comunidad indígena que sea parte de la litis constitucional y en su caso, formular una explicación culturalmente adecuada de la misma.

Desde luego, que el siguiente nivel sería la transferencia de la jurisdicción federal, en los casos de consulta y consentimiento, a las comunidades indígenas, para que sea a través de sus propios tribunales de justicia, la resolución de dichos conflictos, una especie de tribunales arbitrales en materia indígena, donde los árbitros sean las personas pertenecientes a la vida comunitaria indígena, que cuenten con el arraigo reconocido por los miembros de las comunidades. De manera tal que la jurisdicción federal, sea una justicia subsidiaria y respetuosa de las decisiones arbitrales indígenas.

C. *A las empresas privadas beneficiarias del proyecto eólico*

Adoptar las mejores prácticas internacionales sobre responsabilidad social corporativa y ética en los negocios. Las decisiones tomadas en gobierno corporativo, debe reflejar un respeto a los derechos humanos de las comunidades indígenas como un socio estratégico derivado de un modelo asociativo; su trato y su dignidad deben ser acorde al nivel societario de un nuevo tipo de accionista, un "accionista-comunitario indígena". No deberá utilizarse la teoría del velo corporativo, para excluirse de la responsabilidad social corporativa, al tercerizar, mediante empresas energéticas, la relación jurídica con las comuni-

²⁸ Existen abogados especialistas en Derecho Indígena, como lo es el caso del abogado wixárika, Yuniur Vazquez, Rosalío, quien puede dar una bocanada de aire fresco al sistema judicial federal. Ver la entrevista para el Mundo del Abogado, disponible en: <https://elmundodelabogado.com/revista/entrevistas/item/yuniur-vazquez-rosalio>, el 20 de mayo de 2019.

dades indígenas bajo pena de levantarse dicho velo corporativo, por abuso del derecho. Tener en consideración, que la violación a la consulta y consentimiento indígena, podría ser considerado como un evento relevante, materia de divulgación pública, por afectar el precio de los valores de la empresa pública, ya que el megaproyecto podría ser demorado, suspendido o cancelado, de momento a momento, en cuanto a su operación y/o ejecución, para exigir el cumplimiento de los acuerdos definitivos celebrados con la comunidad indígena; lo anterior en términos del Artículo 105 de la Ley del Mercado de Valores.

Finalmente, el sector privado debe ejercer la debida diligencia y evaluar previamente los impactos reales y potenciales de sus actividades sobre los derechos humanos conforme a los estándares internacionales aplicables (Véase Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, HR/PUB/11/04²⁹). Tomar en cuenta que el T-MEC contiene disposiciones que asocian la responsabilidad social de las empresas y los derechos de las comunidades indígenas³⁰.

²⁹ Disponible en, https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf.

³⁰ The general exception in USMCA means that nothing in the agreement prevents North American governments from fulfilling their legal, social, economic, cultural and moral obligations to Indigenous peoples. There are also references to Indigenous peoples in several places, including the text that deals with corporate social responsibility, the environment chapter, the chapter on small and medium-sized businesses, and the textiles chapter, which includes a provision for duty-free treatment of Indigenous handicraft goods. Disponible en: <https://canadianlabour.ca/uncategorized/13-facts-you-need-know-about-united-states-mexico-canada-agreement-usmca/>.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

“La Suprema Corte y la consulta indígena de Juchitán: Entre la discriminación y el acceso a la justicia”, *Nexos*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9278>.

ALFONSO S., Tatiana A., y PELÁEZ PADILLA, Jorge, “Caso Eólicas del Sur en Juchitán: la errónea lectura de la Suprema Corte del derecho a la consulta previa. Consulta previa. ¿Qué significa que sea previa?”, *Nexos*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9158>.

Guiding Principles on Business and Human Rights, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf.

GUTIÉRREZ ORTIZ MENA, Alfredo, Voto concurrente en el Amparo en Revisión 601/2018, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=240166>.

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas México, https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/2018-mexico-a-hrc-39-17-add2-sp.pdf.

MELGARITO ROCHA, Alma Guadalupe, “Pluralismo jurídico: La realidad oculta”, *Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2015, pp. 69-79, http://biblioteca.clacso.edu.ar/Mexico/ceiich-unam/20170426031026/pdf_1266.pdf.

Observaciones del profesor S. James Anaya sobre la consulta en el contexto del Proyecto Energía Eólica del Sur en Juchitán de Zaragoza, Secretaría de Energía, <http://fundar.org.mx/wp-content/uploads/2015/03/Juchitan-observaciones-Anaya.pdf>.

Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, HR/PUB/11/04, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, https://www.sitios.scjn.gob.mx/co-dhap/sites/default/files/archivos/paginas/nueva_version_ProtocoloIndigenasDig.pdf.

Protocolo para la implementación del proceso de consulta previa, libre e informada sobre el desarrollo de un proyecto de generación de energía eólica, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Secretaría de Gobernación, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/25581/Protocolo_Consulta_-_Versi_n_16_Octubre.pdf.

Pueblos indígenas y tribales, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, número 11, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/indigenas.pdf>.

SANTIAGO, Jorge, *La pasión de servir al pueblo (Testamento Espiritual de Don Samuel. Entrevista a jTatik)*, Chiapas, Jobel, marzo de 2016, p. 22.

Sistema de peticiones y casos, Folleto informativo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_esp.pdf.

The Human Rights Situation in Mexico, Interamerican Commission on Human Rights, Organización de Estados Americanos, <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/mexico2016-en.pdf>.

2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convenio número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.

Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Energía, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013

Ley de Hidrocarburos.

Ley de la Industria Eléctrica.

3. Otros

Amparo 454/2015, Juzgado Séptimo de Distrito, http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=282/02820000178177710086086.docx_1&sec=Librado_Antonio_G%C3%B3mez_Morales&svp=1.

Amparo en Revisión 213/2018, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=232060>.

Amparo en Revisión 600/2018, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=240170>.

Amparo en Revisión 601/2018, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=240166>.

Resoluciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos:

General: 27/2016: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_027.pdf.

Particulares: 17/2018, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2018/Rec_2018_017.pdf.

3/2018, http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/40088/Rec_2018_003.pdf.

56/2016, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2016/Rec_2016_056.pdf.

23/2015, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2015/Rec_2015_023.pdf.

56/2012, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec_2012_056.pdf.

EL CONTRATO NORMADO COMO INSTRUMENTO DEL ESTADO REGULADOR LA CONTRATACIÓN COMO ELEMENTO DE ARTICULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO*

Carlos A. VILLANUEVA MARTÍNEZ**

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *La contratación administrativa en México.* III. *Organización de la industria eléctrica.* IV. *El contrato como factor de articulación sectorial.* V. *La problemática categorización de estos contratos.* VI. *Conclusión.* VII. *Fuentes de información.*

RESUMEN

El contrato es una herramienta jurídica que sirve para echar mano el *Estado Regulador*, a fin de lograr la consecución de los fines y objetivos que el Derecho positivo le impone. Es por ello que, la contratación que realiza el Estado, y particularmente la Administración Pública, es un tema recurrente desde el otro enfoque jurídico y, por ende, de los más analizados por los teóricos del Derecho Administrativo, ampliamente desarrollado desde el legislativo y reglamentario, constantemente objeto de resoluciones jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE

Derecho Administrativo. Estado Regulador. Globalización jurídica. Modelos jurídicos.

ABSTRACT

The contract is a legal tool that serves to get hold of the Regulatory State, in order to achieve the goals and objectives that positive law imposes. That is why, the contracting made by the State, and particularly the Public Administration, is a recurring theme from the other legal approach and, therefore, the most analyzed by the theorists of Administrative Law, widely developed since the legislative and regulatory, constantly subject to jurisdictional resolutions.

KEY WORDS

Administrative Law. Regulatory State. Legal globalization. Legal models.

* Una versión de este trabajo se utilizó como ponencia para el XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana en octubre de 2017, y como tal publicado 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

I. INTRODUCCIÓN

La globalización plantea múltiples retos y el Derecho no es ajeno a este fenómeno. En tal virtud, en el presente trabajo se aborda el problema de los desafíos que la globalización representa para la contratación pública, en particular en relación con sus transformaciones.

Acorde con ello, en las páginas siguientes se plantea cómo la institución jurídica del contrato se ha convertido en una herramienta más del catálogo del que puede echar mano el *Estado Regulador*, a fin de lograr la consecución de los fines y objetivos que el Derecho positivo le impone.

Para ello, se presenta a manera de ejemplo el caso de la regulación de la industria eléctrica mexicana, que para efectos del presente trabajo se asume como un ejemplo de la globalización jurídica, no en su acepción de régimen jurídico supraestatal, sino como la recepción en un sistema jurídico nacional de modelos regulatorios inicialmente desarrollados en el extranjero, lo que se considera como una muestra de la convergencia de los diferentes modelos jurídicos¹.

II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN MÉXICO

En México, la contratación que realiza el Estado, y particularmente la Administración Pública, es un tema recurrente desde el punto de vista jurídico y, por ende, de los más analizados por los teóricos del Derecho Administrativo, ampliamente desarrollado desde el punto de vista legislativo y reglamentario, y constantemente objeto de resoluciones jurisdiccionales. No está por demás apuntar que su relevancia es de tal magnitud, que su discusión rebasa los límites del ámbito estrictamente jurídico y se extiende a la discusión de lo *público* en su más amplia acepción, por sus implicaciones políticas, económicas y sociales, tanto desde el punto de vista estrictamente local como internacional².

Así, la doctrina reconoce la necesidad de la autoridad estatal de recurrir a la contratación pública para el cumplimiento de diversos fines y tareas que el Derecho positivo le impone, que no pueden ser alcanzados o cumplidos mediante el recurso al mandamiento

Strategic Management and Policy Analisis 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.

¹ Según Watson, citado por Fedtke, el "préstamo" de otros sistemas es actualmente la forma más generalizada de cambio jurídico. Sobre las razones de ello, y las condicionantes que afectan estos procesos, *Cfr.* Fedtke, Jörg, "Legal Transplants", en Smits, Jan M. (editor), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, UK, Publishing Limited, 2006, pp. 434-437.

² Durante los años 2011 y 2015 a 2017, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), publicó estudios específicos sobre los procedimientos de contratación de los principales organismos públicos federales en México, en los sectores de salud y de energía, el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos.

autoritativo propio del acto administrativo³. Resulta evidente que en la medida en que a la atribución de policía tradicional se suman las de servicio público⁴, económico-industriales y de fomento, el Estado requiere allegarse de bienes y servicios de diversa índole para el cumplimiento de las tareas que el Derecho le impone, lo que no puede realizar sin el concurso voluntario de los particulares.

Desde el punto de vista teórico, en México se ha aceptado que el Estado puede celebrar contratos bajo régimen de derecho privado o de derecho público, dando lugar a lo que algunos autores denominan *contratos civiles de la Administración* frente a los *contratos administrativos* en sentido estricto⁵. Sin embargo, en la práctica y en la legislación los primeros han sido marginados por los segundos, quedando reducidos a un catálogo muy limitado de supuestos, al haberse adoptado como criterio constitucional para la determinación del régimen de contratación, el uso o ejercicio de recursos públicos⁶. Por supuesto, esta perspectiva está directamente vinculada con una determinada concepción o modelo de Estado, el denominado Estado de bienestar o Estado gestor, con todo el cúmulo de tareas, responsabilidades que ello implica, para lo cual requiere allegarse de una cantidad ingente de bienes, servicios y obras, de manera que al recurrir a la contratación lo hace como demandante de la prestación, por tanto asume el carácter de obligado al pago de la contraprestación pactada, es decir, se trata fundamentalmente de actividades de *procura*, de forma que el énfasis en el uso y aplicación de recursos públicos y en el procedimiento de selección de la contraparte como condicionante del régimen de contratación resulta entendible.

³ Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Primer Curso*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1988, p. 309.

⁴ En sus orígenes, el tema de los contratos administrativos en Francia aparece claramente vinculado con la noción de servicios públicos, y ello es lógico si se considera que si bien la jurisprudencia francesa adoptó dicha noción para delimitar el ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la actividad prestacional en sentido materia no fue asumida de forma inmediata por la propia Administración, sino que la realizaba con el concurso de particulares. En este sentido, Fernández Ruiz vincula su surgimiento a los *arrêt Rotschild, Blanco, Feutry*, así como el caso *Thérond*, todos ellos vinculados a la noción de servicios públicos, lo que mueve al autor a afirmar "... la teoría del contrato administrativo surge y se desarrolla en clara compenetración con la idea del servicio público..."; Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa-IJ-UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, número 20, pp. 64-70.

⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, y Lucero Espinosa, Manuel, *op. cit.*, p. 310.

⁶ Los párrafos tercero y cuarto del Artículo 134 Constitucional disponen: "Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes... Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado"

En este contexto, el contrato administrativo es definido como "... una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración Pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa"⁷. Acorde con la opinión anterior, se afirma que para que un contrato sea considerado como de carácter administrativo, requiere que una de sus partes sea una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa; que su celebración observe formalidades especiales; su contenido incluya cláusulas exorbitantes del derecho privado no contrarias al derecho público, inadmisibles en un contrato de derecho privado haciendo imposible su celebración entre particulares; su fin sea la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la prestación de un servicio público o el logro del interés público o de la utilidad pública y que sus controversias sean competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo⁸.

Sin embargo, este paradigma de la contratación que podríamos considerar clásico⁹, puede estar empezando a ser disfuncional por insuficiente, al no reflejar las nuevas realidades que se derivan del cambio y la transformación que conllevan el tránsito hacia el esquema del Estado Regulador, como modelo de Estado prevaleciente en el mundo occidental. Esta mudanza en el modelo de Estado se traduce en el replanteamiento de las relaciones Estado-Sociedad y consecuentemente, los fines del Estado, y tiene su reflejo jurídico en una nueva serie de atribuciones y tareas estatales, más cercanas a la dirección y coordinación de la actividad de terceros que a la gestión estatal directa. Para el caso mexicano, el cambio descrito ha sido reconocido expresamente por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en reciente resolución¹⁰.

Bajo este nuevo modelo, el Estado recurre también a la figura del contrato, pero lo hace bajo términos que, en principio, no cumplen con todos los elementos antes descritos, lo que dificulta su calificación como contratos administrativos, aunque se estima que tampoco se surten las condiciones, ni las características, materia y objeto de estos contratos se avienen con asignarles el tratamiento de contratos civiles de la administración o meros contratos de derecho privado.

⁷ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14^a. ed., México, Porrúa, 1988, t. II, pp. 524-525.

⁸ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, p. 81.

⁹ Para los sistemas de influencia francesa, pero no así para el caso alemán o para el ámbito anglosajón, como claramente lo evidencian los desarrollos constitucionales norteamericano y del Reino Unido, que parten de racionalidades distintas. Meilán Gil, José Luis, *Derecho Administrativo Revisado*, Madrid, Andavira, 2016, Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico, pp.153-161.

¹⁰ Al respecto véase, Tesis P/J. 46/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 26, t. I, enero de 2016, p. 339.

Una primera manifestación de este rompimiento se presenta con la adopción del modelo de las *public private partnership* anglosajonas mediante la incorporación sistema jurídico de la Ley de Asociaciones Público Privadas¹¹ y su Reglamento¹², que permiten al Estado, entre otras, el financiamiento, construcción, operación de infraestructura y prestación de servicios a terceros (que puede ser el algún ente estatal o los particulares como usuarios), mediante contratos de largo plazo, asignados previo procedimiento administrativo de selección de la contraparte por el Estado. En estos contratos, la Administración Pública continúa siendo parte contratante, aunque no necesariamente la destinataria o beneficiaria de la prestación, por lo que eventualmente puede que tampoco se encuentre obligada al pago de la contraprestación.

Sin embargo, para efectos del presente trabajo interesa presentar un esbozo del universo de contratos que derivan de la nueva regulación de la industria eléctrica mexicana, que se estima constituyen una categoría diferenciable de las antes indicadas, a fin de mostrar cómo el contrato se ha convertido en un instrumento de regulación sectorial, razón por la cual se argumenta, existen elementos para considerar la pertinencia de reconocerlos como una nueva categoría de *contratos públicos*.

III. ORGANIZACIÓN DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

Como resultado de la reforma constitucional de 2013 y la legislación secundaria que de ella se ha derivado¹³, la actual estructura de la industria eléctrica se asemeja mucho al modelo de servicios públicos competitivos descrito por el profesor Ariño Ortiz¹⁴. Es decir, se pueden identificar en el nuevo modelo regulatorio la desintegración del sector y la separación de actividades (tanto horizontal como vertical), así como el establecimiento de regímenes jurídicos diferenciados para las actividades competitivas y las consideradas no competi-

¹¹ Publicada en el DOF el 12 de enero de 2012, y su última reforma el 21 de abril de 2016.

¹² Publicado en el DOF el 5 de noviembre de 2012, y su última reforma el 20 de febrero de 2017.

¹³ Específicamente en materia de electricidad, se han expedido las leyes de la Industria Eléctrica (LIE); la Ley de la Comisión Federal de Electricidad (LCFE); de Energía Geotérmica; de los Órganos Reguladores Coordinados en materia de Energética (LORCME); sus respectivos reglamentos (excepto de la LORCM, que no tiene), a lo que se suma una ingente y creciente cantidad de normatividad administrativa emitida por las autoridades sectoriales.

¹⁴ Conforme a los planteamientos de este autor, en la reforma en comento es claro que se hace una desintegración del sector y una separación de actividades; se establece un régimen jurídico diferenciado para las actividades susceptibles de competencia y otro para las que no lo son, y se establece una autoridad reguladora independiente así como una nueva práctica regulatoria, que es en parte, el tema del presente documento. Si bien no son todos los elementos que identifican al nuevo modelo, conforme al planteamiento del autor en cita, se estima que con los antes indicados es posible afirmar que el diseño sectorial producto de esta reforma corresponde con este modelo. Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Granada, Universidad del Externado de Colombia-Fundación de Estudios de Regulación, 2003, pp. 594-616.

tivas. Es posible también identificar una separación entre las autoridades como forma de repartir y desconcentrar las diferentes competencias, de forma que se puede distinguir una autoridad responsable de las políticas públicas, un regulador independiente, así como un operador independiente tanto del mercado eléctrico como del sistema eléctrico¹⁵.

Así, la *industria eléctrica* comprende las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, así como la planeación y el control del Sistema Eléctrico Nacional (SEN), y cuando a ellas se suma la proveeduría de insumos primarios para ella, se les refiere de forma conjunta como *sector eléctrico* Artículo 2o. de la LIE. La generación, transmisión, distribución, comercialización y la proveeduría de insumos primaria de insumos se realizarán de forma independiente entre ellas y bajo condiciones de estricta separación legal¹⁶, mientras que el Suministro Básico se separará de otras modalidades de comercialización (Artículo 8o. de la LIE).

Este rediseño regulatorio no implica una simple privatización entendida como el traspaso de tareas estatales a manos privadas y su correspondiente *despublicatio*; por el contrario, su régimen continúa siendo preponderantemente de Derecho Administrativo, y por tanto Público, con una significativa participación estatal en todas sus actividades. Así, para salvaguardar el acceso abierto, la operación eficiente y la competencia en la industria eléctrica, la Comisión Federal de Electricidad CFE¹⁷ realizará las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización, suministro básico, suministro calificado, suministro de último recurso, la proveeduría de insumos primarios para la industria eléctrica, así como las actividades auxiliares y conexas de la misma, de manera estrictamente independiente entre ellas, para lo cual establecerá la separación contable, funcional y estructural que se requiera entre sus divisiones, regiones, empresas productivas subsidiarias (EPS) y empresas filiales (EF), de acuerdo con la LIE y en términos de la estricta separación legal que establezca la Secretaría de Energía (SENER), la normatividad en materia de competencia económica y la regulación que establezca la Comisión Reguladora

¹⁵ Para una descripción detallada de la estructura de la industria, *cf.* Villanueva Martínez, Carlos A., "La nueva regulación del sector eléctrico en México. Una visión panorámica de su marco jurídico", *Derecho de la Energía en América Latina*, Bogotá, Universidad de Externado, 2017, t. 2.

¹⁶ No se incluye en los ordenamientos de mérito una definición de separación legal, sin embargo, en la práctica esto se ha entendido en el sentido de que las actividades deben ser realizadas por personas distintas y que actúen de forma independiente, a fin de evitar prácticas anticompetitivas (concentraciones, colusiones, subsidios cruzados, etc.).

¹⁷ Hasta la reforma en comento, la CFE era el organismo público encargado del servicio público de energía eléctrica como actividad estratégica reservada al Estado y, por tanto, bajo un esquema de monopolio público vertical y horizontalmente integrado. Evidentemente, la reforma del sector, orientada a la apertura al sector privado y a la creación de un mercado de electricidad presupone la desintegración empresarial de este organismo, aunque no su desaparición, ya que sigue realizando todas y cada una de las actividades que reconoce la LIE como parte del sector eléctrico.

de Energía CRE (Artículo 10 de la LCFE). Los “Términos para la estricta separación legal de la Comisión Federal de Electricidad”¹⁸, en su numeral 1.2.1 disponen que las referidas actividades, serán realizadas por la CFE de manera independiente entre sí, bajo condiciones de estricta separación legal y a través de empresas productivas subsidiarias, empresas filiales o cualquier modelo de asociación previsto por la LCFE¹⁹.

Además, las actividades anteriores se someten a regímenes jurídicos diferenciados, como reflejo lógico de su distinta naturaleza jurídica y el grado de participación que en cada una se reconoce a los particulares.

La transmisión y la distribución, son servicios públicos que constituyen áreas estratégicas²⁰, por lo que el Estado mantiene su titularidad, sin perjuicio de poder celebrar contratos con particulares (Artículo 27 constitucional y 2o. de la LIE), sujetos a las condiciones generales que expida la CRE, que deberán reflejar los usos comunes de la industria eléctrica a nivel nacional e internacional (Artículo 27 de la LIE)²¹.

La planeación y el control del SEN son también áreas estratégicas. La primera es una atribución que corresponde a la Secretaría de Energía (SENER)²²; mientras que el Control Operativo del SEN recae en el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE)²³.

¹⁸ Emitidas por la SENER en cumplimiento del Transitorio Cuarto de la LIE, y publicadas en el DOF el 11 de enero de 2016, y modificadas según publicación de fecha 19 de septiembre de 2016.

¹⁹ A partir de la reforma en comento, la CFE, al igual que sus empresas productivas subsidiarias asumen la calidad de empresas productivas del Estado, nueva categoría de persona jurídica de exclusiva propiedad estatal (que no requiere la concurrencia de otro asociado o socio), mientras que sus filiales son empresas constituidas con arreglo a las disposiciones de Derecho Privado (civil o mercantil). No están incluidas en la relación de entes que conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal integran ésta, y están expresamente excluidas de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales. De acuerdo con la LCFE, se sujetan exclusivamente al régimen especial que dicho ordenamiento establece para las empresas productivas del Estado. Lo anterior permite afirmar que no son parte de la Administración Pública, aunque sí estatales.

²⁰ De acuerdo con los Artículo 25 y 28 de la Constitución Federal, son áreas que el sector público tiene a su cargo por lo que en ellas el Estado ejerce funciones de forma exclusiva y sin constituir por ello monopolio; se distinguen de las áreas prioritarias en las que el sector público puede participar por sí o con los sectores social y privado para impulsarlas y organizarlas.

²¹ En cumplimiento de lo anterior, la CRE emitió la Resolución número RES/948/2015 “Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide las Disposiciones Administrativas de Carácter General en materia de Acceso Abierto y Prestación de los Servicios en la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución de Energía Eléctrica”, (DOF, 16 de febrero de 2016) y su anexo único (DOF, 26 de febrero de 2016), en vigor a la entrada en operación del Mercado Eléctrico Mayorista, conforme a su Resolutivo Tercero.

²² Así lo disponen los Artículos 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 13 y 14 de la LIE.

²³ De acuerdo con el Artículo 107 de la LIE, es un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que además tiene a su cargo la operación del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y el acceso abierto y no indebidamente discriminatorio a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución, entre otras.

Las actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización y el Control Operativo del SEN son consideradas de *utilidad pública*, y se sujetan a *obligaciones de servicio público y universal*²⁴. La generación y la comercialización son actividades que se realizan en régimen de libre competencia, sujetas a permiso administrativo en algunos casos²⁵.

El Suministro es considerado un *servicio de interés público*, que se presta en diferentes modalidades (Básico, Calificado y de Último Recurso), y está sujeto a permiso de la CRE. En su modalidad de Suministro Básico se califica, además, como una *actividad prioritaria para el desarrollo nacional*, que debe prestarse de forma separada de otras modalidades de comercialización.

Con independencia de la separación de actividad, las autoridades poseen amplias facultades y responsabilidades. La política, regulación y vigilancia de la industria eléctrica corresponden al Estado por conducto de la SENER y la CRE, con el objetivo de (i) garantizar la eficiencia, calidad²⁶, confiabilidad²⁷, continuidad²⁸ y seguridad del SEN; (ii) promover que las acciones de la industria eléctrica se realicen bajo criterios de sustentabilidad; (iii) impulsar la inversión y la competencia en donde sea factible en la industria; (iv) propiciar la expansión eficiente de la industria respetando los derechos humanos de las comuni-

²⁴ Estas consisten en (i) otorgar acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución en términos no indebidamente discriminatorios; (ii) ofrecer y prestar el Suministro Eléctrico a todo el que lo solicite, cuando sea técnicamente factible, en condiciones de eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad, seguridad y sustentabilidad; (iii) cumplir con las disposiciones de impacto social y desarrollo sustentable establecidas en la LIE; (iv) contribuir al Fondo de Servicio Universal Eléctrico; (v) cumplir con las obligaciones en materia de Energías Limpias y reducción de emisiones contaminantes que al efecto se establezcan, y (vi) ofrecer energía eléctrica, potencia y Servicios Conexos al MEM basado en los costos de producción conforme a las Reglas del Mercado y entregar dichos productos al SEN cuando sea técnicamente factible, sujeto a las instrucciones del CENACE (Artículo 4o. de la LIE).

²⁵ En generación, requieren permiso las Centrales con capacidad mayor o igual a 0.5 MW y las de cualquier tamaño representadas por un Generador en el MEM (Artículo 43 de la LIE). La Comercialización comprende diversas actividades, y sólo quienes presten el Suministro o representen a Generadores Exentos, requieren permiso (Artículo 46 de la LIE); los demás sólo se deben registrarse ante la CRE (Artículo 12, fracción XXX de la LIE).

²⁶ Definida como el grado en el que las características y condiciones del Suministro Eléctrico cumplen con los requerimientos técnicos determinados por la CRE con el fin de asegurar el correcto desempeño e integridad de los equipos y dispositivos de los Usuarios Finales (Artículo 3o., fracción II de la LIE).

²⁷ Se entiende como la habilidad del SEN para satisfacer la demanda eléctrica de los Usuarios Finales bajo condiciones de suficiencia y Seguridad de Despacho, conforme a los criterios respectivos que emita la CRE en el Artículo 3o., fracción X de la LIE.

²⁸ Definida como la satisfacción de la demanda eléctrica de los Usuarios Finales con una frecuencia y duración de interrupciones menor a lo establecido en los criterios respectivos que emita la CRE en el Artículo 3o., fracción XI de la LIE.

dades y los pueblos; (v) fomentar la diversificación de la matriz de generación de energía eléctrica, así como la seguridad energética nacional; (vi) apoyar la universalización del Suministro Eléctrico, y (vii) proteger los intereses de los Usuarios Finales (Artículo 6o. de la LIE). Además, deben cumplir con las *obligaciones de servicio público y universal*, así como con el mandato expreso a las autoridades administrativas y jurisdiccionales para proveer lo necesario para que no se interrumpan dichas actividades (Artículo 7o. de la LIE).

No obstante la segmentación de actividades antes descrita, la electricidad opera como un *sistema*²⁹ y por ello, todas las actividades anteriores están necesariamente vinculadas entre sí, dado que unas constituyen el presupuesto material de las otras (no hay suministro sin generación, ni conducción de energía sin la infraestructura de transmisión y distribución), mientras que las últimas constituyen el factor de viabilidad económica de las primeras (el cobro que se hace a los Usuarios Finales incluye el cargo tarifario por cada una de las actividades). Sin embargo, al estar a cargo de agentes económicos³⁰ independientes, su vinculación no puede ser impuesta o forzada mediante el recurso tradicional al acto de autoridad unilateral, sino que requiere el empleo de contratos como mecanismo jurídico de vinculación entre los ejecutores de estas actividades.

²⁹ Sobre el particular, Fabra observa que el "...concepto de sistema se adecua, en su acepción más estricta, al suministro de electricidad. Nada de lo que suceda en una instalación de generación, de transporte, de distribución o de consumo es ajeno al resto de las instalaciones. Ninguna conducta que implique a la materialidad del suministro puede considerarse ajena respecto al resto de las conductas o de las instalaciones del sistema... El suministro de electricidad se realiza de acuerdo con estrictas especificaciones técnicas para que pueda ser útil. Entre ellas la tensión y la frecuencia. Todas las instalaciones conectadas a una red están obligadas a funcionar en sincronismo. Se trata de una coordinación exacta que no admite desviaciones. De alguna manera el sistema eléctrico es una máquina única en la que cada central, cada línea y cada consumidor son piezas cuya vinculación material no es menos intensa que la que presentan las piezas de un motor de explosión... Pero la máquina es muy compleja y su funcionamiento equilibrado no menos delicado. Para garantizar el equilibrio es necesario *operar el sistema*. Se trata de una función técnica que introduce fuertes restricciones a la libre actuación de los agentes". Fabra Utray, Jorge, *¿Liberalización o regulación? Un Mercado para la electricidad*, Madrid, Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente de la Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, 2004, p. 71.

³⁰ El término "agente económico" es definido por la Ley Federal de Competencia Económica como "Toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica" (Artículo 3o., fracción I). Como apunta González de Cossío, se trata de una definición no exenta de críticas, aunque le reconoce mérito por su amplitud, si bien este autor la define en términos mucho más sencillos como cualquier forma de participación en un mercado, como un operador que ejerce alguna acción en un mercado. *Cfr.* González de Cossío, Francisco, *Competencia*, México, Porrúa, 2017, pp. 155-188.

IV. EL CONTRATO COMO FACTOR DE ARTICULACIÓN SECTORIAL

Conforme a la LIE, la CRE autoriza a propuesta del CENACE, los modelos de contrato que este último debe celebrar con los participantes del mercado, así como los modelos de convenio que debe celebrar con los Transportistas y Distribuidores Artículo 12, fracción XI y 38 de la LIE. Por otra parte, le corresponde expedir los modelos de contrato de interconexión de Centrales Eléctricas, de conexión de Centros de Carga, de compraventa por los Generadores Exentos, de compraventa por usuarios de suministro básico con demanda controlable y demás que se requieran Artículo 12 fracción XV de la LIE.

1. Modelos de Contrato que propone el CENACE a la CRE

El CENACE publicó el "Acuerdo por el que se emiten los modelos de Convenios de Transportistas y Distribuidores, así como los modelos de Contratos de Participantes del Mercado Eléctrico Mayorista, en las modalidades de Generador, Suministrador, Comercializador no Suministrador y Usuario Calificado"³¹, Sin embargo, el contenido general de dichos modelos de convenios y contratos fue normativamente definido por las DACGRNT-RGD³².

a) Contrato de Participante en el Mercado. El celebrado con el CENACE en la modalidad de Generador, Comercializador, Suministrador, Comercializador no Suministrador o Usuario Calificado, cuyos términos y condiciones están sujetos a la previa autorización de la CRE, pero no basta con la formalización del contrato, ya que son las Reglas del Mercado³³ (Reglas) las que establecen los requisitos mínimos para adquirir esta calidad, determinan sus derechos y obligaciones y definen los mecanismos para la resolución de controversias (Artículo 96 LIE). Su contenido mínimo está establecido por las DACGRNT-RGD³⁴. El contrato se rige e interpreta conforme

³¹ DOF, 25 de enero de 2016.

³² Resolución número RES/948/2015 "Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide las disposiciones administrativas de carácter general en materia de acceso abierto y prestación de los servicios en la Red Nacional de Transmisión y las Redes Generales de Distribución de Energía Eléctrica". DOF, 16 de febrero de 2016, mientras que su anexo se publicó el 26 del mismo mes.

³³ Término por el cual se refieren, en forma conjunta, las Bases del Mercado Eléctrico que emita la CRE (Bases) y las Disposiciones Operativas del Mercado que emita el CENACE, Artículo 3o., fracción XXXVIII de la LIE. Las Bases se definen como las disposiciones administrativas de carácter general que contienen los principios de diseño y operación del MEM incluyendo las subastas a las que se refiere la LIE (Artículo 3o., fracción I de la LIE), mientras que las Disposiciones se definen como las bases operativas, criterios, guías, lineamientos, manuales, procedimientos y demás disposiciones emitidas por el CENACE, en los cuales se definirán los procesos operativos del MEM, de conformidad con las Bases en el Artículo 3o., fracción XX de la LIE por única ocasión, la SENER emitió las primeras Reglas del Mercado, que incluyen tanto las Bases como las Disposiciones Operativas del Mercado que la SENER determinó (Artículo Tercero Transitorio LIE).

³⁴ De acuerdo con su Artículo 9o., el CENACE deberá incluir en los contratos de Participante del Mercado, como mínimo: (i) Los mecanismos bajo los cuales el CENACE actuará como enlace

a las leyes de México, conforme a la LIE, su Reglamento y demás disposiciones que emanen de éstas, sin perjuicio de que en lo no previsto por ella, se consideran mercantiles los actos de la industria eléctrica, por lo que se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal, remitiendo específicamente a las reglas sobre contenido de las cláusulas contractuales e interpretación contenidas en este último ordenamiento (Artículos 1839 a 1857), siendo competentes los tribunales federales con domicilio en la Ciudad de México.

b) Convenios con Transportistas y Distribuidores. Celebrados con el CENACE por los Transportistas y Distribuidores, ya sea que se trate de organismos o empresas productivas del Estado o sus empresas productivas subsidiarias, que presten estos servicios públicos o bien de particulares ya que el Estado, a través de la SENER, los Transportistas o los Distribuidores puede formar asociaciones o celebrar contratos³⁵ con ellos para que lleven a cabo por cuenta de la Nación, entre otros, el financiamiento, instalación, mantenimiento, gestión, operación, ampliación, modernización, vigilancia y conservación de la infraestructura necesaria para prestar estos servicios públicos (Artículos 30 y 31 LIE), y por ello SENER está facultada para convocar a los particulares para la celebración de estas asociaciones o contratos, para supervisar y calificar los procesos correspondientes y para ordenar la celebración de las asociaciones o contratos respectivos (Artículo 32 de la LIE). El objeto de estos convenios es regir la prestación y facturación de los servicios Públicos referidos, estableciendo las acciones de coordinación necesarias para la operación técnica y comercial de dichos servicios, bajo criterios de eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad, seguridad, y sustentabilidad del SEN, garantizando el acceso abierto efectivo y no indebidamente discriminatorio a los elementos de la RNT y de las RGD que forman parte del

en las operaciones comerciales entre los Transportistas y Distribuidores y los Participantes del Mercado, y (ii) Los mecanismos bajo los cuales el CENACE instruirá a los Transportistas y Distribuidores a interrumpir los servicios a Participantes del Mercado morosos o que de alguna otra forma incumplan con las Condiciones Generales para la prestación de los servicios de transmisión y distribución.

³⁵ De acuerdo con este precepto, dichas asociaciones y contratos se sujetarán a las siguientes condiciones: (i) El Estado será responsable de la prestación del Servicio Público de Transmisión y Distribución de Energía Eléctrica, siendo los particulares con quienes el Estado contrate, solidariamente responsables en la prestación del servicio, en el ámbito del objeto de su participación; (ii) Las asociaciones y contratos se deberán sujetar a la regulación tarifaria y a las condiciones de prestación de los servicios que expida la CRE; (iii) La adjudicación de las asociaciones y contratos se realizará a través de procesos competitivos que garanticen la libre competencia; (iv) El porcentaje mínimo de contenido nacional será determinado por la Secretaría, siempre y cuando los tratados internacionales y acuerdos comerciales suscritos por México no establezcan un porcentaje y existan proveedores nacionales que puedan satisfacer dicho contenido; (v) Las asociaciones y contratos deberán prever la transferencia de tecnología y conocimiento a los Transportistas y Distribuidores, y (vi) En la constitución de gravámenes sobre los derechos derivados de las asociaciones y contratos, se hará constar que, bajo ninguna circunstancia, se podrán dar en garantía los bienes del dominio público objeto de los mismos.

Mercado Eléctrico Mayorista [MEM] (art. 8 DACGRNT-RGD). Por lo que se refiere a la legislación aplicable, en el caso de Transportistas y Distribuidores, se remite a la LIE, la LCFE (cuando la contraparte no sea un contratista a cargo del servicio público); sus Reglamentos, la LORCME y supletoriamente por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables, y que las controversias se someten a los tribunales federales con domicilio en la Ciudad de México.

En todos los convenios y contratos antes indicados, el CENACE siempre es parte y frente a él, dependiendo de la actividad de que se trata, puede aparecer como contraparte, una persona de Derecho privado o de Derecho Público; además todos ellos prevén sujetarse al mecanismo de solución de controversias establecidos en las Reglas del Mercado (y para el caso de los convenios con Transportistas y Distribuidores, a los mecanismos que establezca la CRE).

2. Modelos de Contrato que expide la CRE

Se trata de los contratos de interconexión y de conexión que los Transportistas y Distribuidores están obligados celebrar para interconectar y conectar a sus redes, respectivamente, a las Centrales Eléctricas y Centros de Carga³⁶ cuyos representantes lo soliciten, en condiciones no indebidamente discriminatorias siempre que sea técnicamente factible. Esta es una obligación de *servicio público y universal*. La formalización de estos contratos se realiza previa instrucción del CENACE a los Transportistas y Distribuidores, en base a los modelos emitidos por la CRE Artículo 33 de la LIE. En cumplimiento de la obligación anterior, la CRE ha expedido diversos modelos de contrato para abarcar una pluralidad de supuestos, que se mencionarán a continuación en forma cronológica.

a) El modelo de Contrato de Interconexión de Acceso Abierto y no Indebidamente Discriminatorio para Centrales Eléctricas Interconectadas a la Red Nacional de Transmisión o a las Redes Generales de Distribución³⁷. Se trata de un contrato susceptible de ser celebrado entre personas de Derecho público o de Derecho privado, de forma que estamos frente a un contrato en el que pudiera no tener participación un ente público. Las partes que lo suscriban se obligan a someter sus controversias a los mecanismos de resolución de controversias que resulten aplicables de conformidad con lo señalado en las Reglas, sin perjuicio de que todo lo no expresamente previsto en el contrato se regirá por la LIE, el Código de Comercio, la LCFE, sus Reglamen-

³⁶ Definido como las instalaciones y equipos que, en un sitio determinado, permiten que un Usuario Final reciba el Suministro Eléctrico. Los Centros de Carga se determinarán en el punto de medición de la energía suministrada (Artículo 3o., fracción VII de la LIE).

³⁷ Contenido en la Resolución Núm. RES/949/2015 (DOF 3 de febrero y sujeta a una aclaración publicada el 4 de mayo, ambos de 2016).

tos, la LORCME, y supletoriamente por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables y que en caso de controversia, las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales federales donde se ubique el Punto de Interconexión³⁸.

b) El modelo de Contrato de Conexión de Acceso Abierto y no Indebidamente Discriminatorio para Centros de Carga conectadas a tensiones mayores a 1 KV a la Red Nacional de Transmisión o a las Redes Generales de Distribución³⁹, que también puede ser suscrito sin que alguna de las partes sea un ente público, y en el que las partes se obligan a someter sus controversias a los mecanismos de resolución de controversias que resulten aplicables de conformidad con lo señalado en las Reglas, sin perjuicio de que todo lo no expresamente previsto en el contrato se regirá por la LIE, el Código de Comercio, la LCFE, sus Reglamentos, la LORCME, y supletoriamente por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables y que, en caso de controversia, las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales federales donde se ubique el Punto de Conexión⁴⁰.

c) Modelo de Contrato de Interconexión de Acceso Abierto y no Indebidamente Discriminatorio para la Importación de Energía Eléctrica mediante una Central Eléctrica ubicada en el Extranjero y conectada Exclusivamente al SEN⁴¹, que puede ser suscrito sin que alguna de las partes sea un ente público, y en el que las partes convienen que las controversias que se presenten se sujetarán a los mecanismos de solución de controversias que resulten aplicables (sin remitir expresamente a las Reglas, por lo que quedan en el ámbito de la CRE conforme al Artículo 12, fracción XXV de la LIE), cuyas resoluciones se elevarán a cosa juzgada y, por ende, serán inapelables en los términos de las disposiciones aplicables. En lo no expresamente previsto en el contrato se regirá por la LIE, el Código de Comercio, la LCFE, sus Reglamentos, la LORCME, y supletoriamente por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables y en caso de controversia, las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales federales donde se ubique el Punto de Interconexión⁴².

³⁸ Definido en el propio modelo como el punto en donde se delimitan las fronteras operativas y de responsabilidad entre el Transportista o Distribuidor o Contratista y una Central Eléctrica.

³⁹ Contenido en la Resolución número RES/950/2015 (DOF, 4 de febrero y sujeta a una aclaración publicada el 4 de mayo, ambos de 2016).

⁴⁰ Definido en el propio modelo como el punto en donde se delimitan las fronteras operativas y de responsabilidad entre el Transportista o Distribuidor y un Centro de Carga.

⁴¹ Contenido en la Resolución Núm. RES/951/2015 (DOF, 8 de febrero y sujeta a una aclaración publicada el 4 de mayo, ambos de 2016).

⁴² Definido en el propio modelo como el punto en donde se delimitan las fronteras operativas y de responsabilidad entre el Transportista o Distribuidor o Contratista y una Central Eléctrica.

d) Modelo de Contrato de Interconexión para Exportación de Energía Eléctrica a Guatemala, desde una central ubicada en el territorio nacional, para ser utilizado por los Permisarios de Exportación Legados⁴³, y en la que también se incluyen los Modelos de Convenio de Compraventa de Excedentes y del Servicio de Transmisión de Energía. Se refiere a un caso especial, ya que se trata de dar cumplimiento al mandato legal de respetar los permisos otorgados antes de la Reforma constitucional y la publicación de la LIE, subsanado la ausencia de un contrato de interconexión para exportación destinado a los permisionarios de esta modalidad, aún a pesar de que la CRE no cuenta con atribuciones específicas para ello. Se trata de un contrato y convenios específicos, destinados a ser formalizados entre la CFE y el permisionario de esta modalidad (en la resolución se hace mención a un permisionario en específico), de forma que en este caso particular una de las partes es un ente público (la CFE) y la otra un particular con la calidad de permisionario. El contrato de interconexión especifica que las controversias que se presenten y que las partes no puedan superar en un plazo de 30 días naturales, se resolverán conforme al procedimiento arbitral que pacten entre ellas (sin mencionar o remitir a las Reglas de Mercado). En cuanto a la legislación aplicable, tanto el contrato como los convenios se rigen e interpretan de acuerdo con las leyes mexicanas, en particular la LIE, y las controversias serán competencia de los Tribunales Federal de la ciudad de México.

e) Modelo de contrato para la operación técnica y comercial de la Distribución y el Suministro de Energía Eléctrica⁴⁴, que se debe celebrar entre Distribuidores y Suministradores para la prestación de servicios a los Suministradores de servicios básicos que atiendan a Usuarios Finales no Participantes del Mercado conectados a elementos de las Redes Generales de Distribución⁴⁵. El modelo, que se denomina como Contrato Marco, se acompaña como un apéndice de las referidas DACGRNT-RGD, y en él se indica que puede ser suscrito tanto por Suministradores de Servicios Básicos como por Suministradores de Último Recurso, su objeto es regir las actividades de coordinación necesarias para la interacción entre el Suministrador y el Distribuidor o Contratista, que involucren elementos de las RGD que no formen parte del Mer-

⁴³ Contenido en la Resolución número RES/376/2016 (DOF 9 de junio de 2016).

⁴⁴ Contenido en el Apéndice D del Anexo de las ya referidas DACGRNT-RGD.

⁴⁵ El Artículo 10 de las DACGRNT-RGD, establece el contenido mínimo de este contrato, que debe incluir: (i) Los mecanismos bajo los cuales el Suministrador actuará como enlace en las operaciones comerciales entre el Distribuidor y el Usuario conectado; (ii) Los mecanismos bajo los cuales el Suministrador instruirá al Distribuidor a interrumpir los servicios a Usuarios Finales morosos o que incumplan con las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen las Condiciones Generales para la Prestación del Suministro Eléctrico (DACGPS); (iii) Los contratos referidos se someterán a la aprobación de la Comisión, y (iv) La prestación de los servicios de distribución a Usuarios de Servicios Básicos será gestionada por los Suministradores de Servicios Básicos, quienes se sujetarán a las DACGPS que al efecto expida la CRE.

cado Eléctrico Mayorista y por cuanto a la legislación aplicable, señala que todo lo no expresamente previsto en el contrato se regirá por la LIE, la LCFE (para el caso del Distribuidor), sus Reglamentos, la LORCME y, supletoriamente, por el Código de Comercio, por el Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás ordenamientos jurídicos aplicables y que en caso de controversia, las partes se someterán a la jurisdicción de los tribunales federales con residencia en el Distrito Federal. Este contrato puede ser celebrado sin la intervención de un ente público, dado que tanto la actividad de Distribución como la de Suministro pueden ser llevadas a cabo por personas de Derecho privado.

f) Modelo de Contrato de interconexión a las RGD para Centrales Eléctricas con capacidad menor a 05. MW⁴⁶, que se celebra entre el Distribuidor (sea un ente público o un contratista) y la persona física o moral propietaria de la Central, cuyas controversias en relación con las actividades reguladas serán resueltas mediante el procedimiento que establezca la CRE, sin hacer ninguna remisión a los procedimientos previstos en las Reglas (lo cual es entendible tratándose de un Generador que no opera en el MEM) ni especificar una legislación o los tribunales competentes (por lo que debe estarse a los principios que establece el Artículo 5 de la LIE, que remite supletoriamente a Derecho privado y considera mercantiles las controversias).

Esta resolución también incluye el Modelo de Contrato que celebrarán el Suministrador de Servicios Básicos y el Generador Exento⁴⁷ para determinar la contraprestación aplicable por la energía eléctrica, que se formaliza entre el Suministrador de Servicios Básicos (que puede ser una persona de Derecho público o de Derecho privado), y la persona física o moral propietaria de la Central. En materia de controversias, contiene idénticas estipulaciones que el contrato anterior.

g) Modelos de Contratos de Cobertura Eléctrica⁴⁸, que pueden ser celebrados por Generadores, Comercializadores y Usuarios Calificados, y se formalizan a través de

⁴⁶ Previsto en el Anexo III de la Resolución número RES/142/2017, que contiene las disposiciones administrativas de carácter general, los modelos de contrato, la metodología de cálculo de contraprestación y las especificaciones técnicas generales, aplicables a las centrales eléctricas de generación distribuida y generación limpia distribuida (DOF el 7 de marzo de 2017).

⁴⁷ Se define así al propietario o poseedor de una o varias Centrales Eléctricas que no requieren ni cuenten con permiso para generar energía eléctrica en términos de la LIE, (Artículo 3o., fracción XXV de la LIE).

⁴⁸ Acuerdo entre Participantes del Mercado mediante el cual se obligan a la compraventa de energía eléctrica o Productos Asociados en una hora o fecha futura y determinada, o a la realización de pagos basados en los precios de los mismos (Artículo 3o., fracción XII de la LIE), mediante los que se realizan operaciones de compraventa de energía eléctrica, potencia o Servicios Conexos en un nodo del SEN, así como Derechos Financieros de Transmisión, estando obligados a informar al CENACE conforme a las Reglas. También podrán celebrarlos para adquirir o realizar operaciones relativas a los Certificados de Energías Limpias, sujetándose a la regulación que emita la CRE para validar la titularidad de dichos certificados.

subastas que celebra el CENACE (Artículo 97 de la LIE). Para los Suministradores, la CRE establece los requisitos y montos mínimos de Contratos de Cobertura que deben celebrar relativos a energía eléctrica y Productos Asociados que suministrarán a los Centros de Carga que representen, y verificará su cumplimiento (Artículo 52 de la LIE), y el caso específico de los Suministradores de Servicios Básicos, celebrarán estos contratos exclusivamente a través de las subastas que celebre el CENACE⁴⁹ (Artículo 53 de la LIE). De acuerdo con las Bases del Mercado, las Subastas son de dos tipos, de Mediano⁵⁰ y de Largo Plazo⁵¹, y se formalizan mediante la suscripción de modelos de contrato que conjuntamente con las bases de licitación, están sujetos al procedimiento de autorización que establezcan los Manuales (Base 14.1.4 inciso e). Adicionalmente, el Manual de Subastas de Largo Plazo⁵², dispone en su numeral 4.1, que los contratos que se utilizarán en este tipo de subastas, estarán contenidos en las Bases de Licitación de cada subasta, y que deberán cumplir con lo previsto por la LIE, su Reglamento, las Bases y el propio Manual. Es claro entonces, que estos contratos se celebran de conformidad con un modelo que se incluye como parte de las bases de la licitación correspondiente, y cuya observancia es obligatoria para quienes resulten ganadores o adjudicados en dichos procedimientos.

h) Contratos de Suministro. El Usuario Final debe celebrar un contrato con un Suministrador⁵³, que debe cumplir con las condiciones generales para el Suministro emitidas la CRE (Artículo 51 de la LIE), hoy previstas en las CGPS⁵⁴, que regulan las

⁴⁹ No obstante lo anterior, en atención a lo dispuesto por la LIE, la Base 14.1.3 señala que también pueden celebrar estos contratos a través de Contratos Legados asignados en términos del Décimo noveno Transitorio de la LIE. De acuerdo con dicho precepto, estos contratos se asignan para minimizar los costos del Suministro Básico y reducir las tarifas finales en beneficio de los usuarios. Corresponde a la SENER, con opinión de la CRE, establecer los términos, plazos, criterios, bases y metodologías de los Contratos Legados para el Suministro Básico y determinar los mecanismos para su evaluación; mecanismos que podrán ejecutarse de manera coordinada o independiente de las subastas.

⁵⁰ Se llevará a cabo anualmente para contratos de cobertura de energía eléctrica y Potencia para los tres años siguientes.

⁵¹ Se llevará a cabo anualmente para contratos de cobertura de Potencia, energía eléctrica de fuentes limpias y Certificados de Energías Limpias; la entrega de estos productos iniciará tres años después de llevarse a cabo la subasta y tendrá una duración de quince o veinte años.

⁵² Publicado en el DOF el 19 de noviembre de 2015.

⁵³ Excepto para el caso de la modalidad de último recurso, que no posee un modelo específico, sino que debe estar prevista en los contratos de Suministro Calificado o de Participante del Mercado en su modalidad de Usuario Calificado.

⁵⁴ Contendidas en la Resolución número RES/999/2015, "Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía expide las disposiciones administrativas de carácter general que establecen las condiciones generales para la prestación del suministro eléctrico" [CGPS] (DOF, 18 de febrero de 2015; el Anexo de dicha Resolución, publicado el 4 de marzo de 2015, así como su modificación mediante la Resolución número RES/1915/2016 "Resolución por la que la Comisión Reguladora de Energía modifica los incisos IV, VII y VIII, del apéndice III, del anexo a la

tres modalidades de esta actividad, especificando para cada una los derechos y obligaciones del Suministrador y el Usuario. Así, buena parte del contenido de la relación contractual se deriva directamente de un mandato normativo, que debe ser recogido y reconocido por las partes que intervienen en el contrato, con independencia de la existencia o no de un modelo.

Para el caso del Suministro Calificado, que se presta en régimen de libre competencia, se establece que los Suministradores serán libres de acordar los términos contractuales que a sus intereses convengan, mientras éstos no se contrapongan a lo previsto en las CGPS ni en ninguna otra disposición jurídica aplicable (disposición 26, fracción I y III de la CGPS). De esta forma, es claro que los contratos correspondientes deberán recoger el marco normativo aplicable a esta modalidad.

Para las modalidades de Suministro Básico y de Último Recurso, la regulación obliga a los suministradores a contar con modelos de contrato, que deben ser sometidos a la aprobación de la CRE Artículo 9.1o., fracción III y 37.1 fracciones II y III CGPS, y en el caso del Suministro Básico, también registrados ante la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor (Artículo 8o., fracción III y 9.1o., fracción V de CGPS). Estos modelos pueden ser modificados para establecer condiciones especiales, que deben ser notificadas a la CRE y hacerse extensiva a cualquier otro usuario que se ubique en el mismo supuesto. Además, la celebración de estos contratos no es optativa, ya que los suministradores de estas modalidades están obligados a prestar el servicio a todo aquel que lo solicite, dentro de las zonas en las que operen, salvo casos específicamente exceptuados por las CGPS.

Claramente que la mayor intensidad regulatoria corresponde a la modalidad de Suministro Básico, por lo que las referidas CGPS prefiguran el contenido del modelo de contrato que deberá elaborar cada Suministrador⁵⁵, sin perjuicio de lo cual para todas ellas se establece un procedimiento de atención de quejas de los usuarios, en el que el Suministrador debe ser necesariamente la primera instancia, a reserva de que los casos en los que no se logre acuerdo sean primero sometidos a la PROFECO o a la CRE según corresponda (disposición 9o., fracción III; 24; 34 y 44, CGPS), o bien a los tribunales ya que, las referidas CGPS se rigen por la LIE y su Reglamento, la LORCME y las disposiciones administrativas que resulten aplicables, aunque siendo mercantiles, los actos celebrados entre Suministradores

Resolución RES/999/2015 por la que se expiden las Disposiciones Administrativas de Carácter General que establecen las Condiciones Generales para la prestación del Suministro Eléctrico” publicada el 18 de febrero de 2016).

⁵⁵ Es importante mencionar que a la fecha no están disponibles los nuevos contratos para el Suministro Básico, a pesar de que conforme a lo dispuesto por el Transitorio VII de las CGPS, se otorgó a los Suministradores de Servicios Básicos un plazo de 30 días a partir de su publicación, para presentar a la CRE los nuevos modelos.

y Usuarios Finales se rigen por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal, el Código Federal de Procedimientos Civiles, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, Ley Federal de Protección al Consumidor y demás disposiciones aplicables como Artículo 2o. de CGPS.

Finalmente, un supuesto distinto a los anteriores corresponde a los modelos de contratos para la adquisición, uso, goce o afectación de terrenos, bienes o derechos que debe ser utilizados por los Transportistas, Distribuidores y Generadores, que deben ser elaborados por la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU) y la SENER Artículo 74 fracción VIII de la LIE, que serán impuestos a los particulares afectados por la construcción de infraestructura eléctrica, y en los cuales puede no participar un ente público. A la fecha, estos modelos no se encuentran disponibles, al no haber sido emitidos por las autoridades mencionadas.

V. LA PROBLEMÁTICA CATEGORIZACIÓN DE ESTOS CONTRATOS

Los contratos anteriores no resultan subsumibles a ninguna de las dos categorías a las que se refiere la doctrina administrativista tradicional de la contratación pública mexicana. Es decir, no corresponden a los que en México se han denominado *contratos administrativos*, pero tampoco a los llamados *contratos civiles de la Administración*. Siguiendo esta línea argumentativa, el paso lógico sería afirmar que no se trata de contratos que se considerarían parte de la contratación administrativa, con independencia del régimen al que estén sujetos.

Llevando el razonamiento anterior al extremo, se tendría que considerar si estamos ante contratos de Derecho Privado, es decir, contratos de naturaleza civil o mercantil. Sin embargo, no puede dejar de observarse que la remisión a normas de Derecho Privado es de carácter expresamente supletorio en materia sustantiva (aunque no en lo procesal, ya que no se sujetan a la jurisdicción contencioso-administrativa), y que, en principio, se trata de contratos que se rigen primordialmente por normas de Derecho Público, al estar expresamente vinculados con actividades calificadas como de *utilidad pública, prioritarias para el desarrollo, servicios de interés general o servicios públicos* y, en todo caso, sometidas a *obligaciones de servicio público y universal*. También debe considerarse que el contenido obligacional de los contratos mencionados está sustraído al ámbito de libertad contractual de las partes, al menos en sus principales aspectos, ya que se trata de modelos de contratos establecidos mediante resolución administrativa de observancia obligatoria para quienes deseen participar en dichas actividades además de que, en varios de los casos analizados, el contenido de las cláusulas está expresamente especificados en disposiciones administrativas de carácter general, de modo que el modelo no es sino

la transcripción o cumplimiento de las dichas disposiciones, y en algunos casos, su celebración es obligatoria.

La siguiente alternativa sería considerar que no se trata de contratos, sin embargo, este desarrollo argumentativo tampoco parece poder sostenerse, ya que aun cuando se basan en modelos establecidos mediante disposiciones administrativas de carácter general o forman parte de un procedimiento administrativo de carácter competitivo para su asignación, se estima que se trata de verdaderos contratos en la medida en que se basan en la voluntad de cada una de las partes que en ellos intervienen, que expresan su consentimiento libremente, elemento esencial para la existencia del negocio jurídico y no un mero elemento de validez (formalidad), como sucedería de tratarse de actos administrativos sujetos a la aceptación del destinatario. También debe considerarse que la expresión de la voluntad de las partes crea una mutua dependencia causal entre las prestaciones a que cada parte se compromete, y que son el fundamento de las obligaciones y derechos recíprocos entre ellas, lo que les confiere el carácter de contratos sinalagmáticos⁵⁶.

Otro elemento a tomar en consideración es que no se trata de un solo tipo de contrato, se trata de una pluralidad de modelos, cada uno con un objeto específico lo que se traduce en una diversidad de contrapartes, que pueden ser públicas (ya sean parte de la Administración Pública o no), o privadas ambas. Lo único que parece relacionarlos es que todos están vinculados con la operación regular de la industria eléctrica, y que se refieren a las actividades que sustentan la operación del MEM o lo respaldan, soportando la operación en red de esta industria al poner en contacto la oferta y la demanda de energía eléctrica y haciendo efectivo el acceso en condiciones no indebidamente discriminatorias a las infraestructuras que constituyen el monopolio natural. Es decir, estamos ante contratos a los que recurre el Estado para organizar el correcto funcionamiento de un sector regulado, mediante la ordenación de los diversos participantes que en él intervienen.

Lo anterior parece abonar al entendimiento de por qué los contratos que nos ocupan no resultan subsumibles en las categorías administrativas tradicionales; estando plenamente aceptado que el Estado puede válidamente recurrir al uso de la contratación para el cumplimiento de sus fines⁵⁷, todo parece sugerir que estamos frente a su uso para el ejercicio de una nueva atribución, que es la función de regulación económica⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. Ariño Ortiz, Gaspar, "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 172, enero-abril, 2007, pp. 90-91.

⁵⁷ "Las políticas públicas utilizan el contrato para conseguir sus objetivos, como pueden utilizar, y así ocurre, con otras categorías, trátase de imposiciones o limitaciones unilaterales o de disposiciones necesitadas de aceptación por el particular, en lo que tradicionalmente se llamaba fomento", Meilán Gil, José Luis, *op.cit.*, p. 182.

⁵⁸ Según reconoce acertadamente Ariño, "... la regulación siempre ha existido, no es un invento de hace apenas algunos años; la adecuación (*sic*) es el instrumento que utiliza el Estado y los

Frente al modelo de Estado de Bienestar, que recurría a la contratación como medio para adquirir bienes y servicio destinados al cumplimiento de sus fines, ahora se utiliza como para la dirección y conducción de la actividad de terceros (que pueden ser entes públicos o privados), en áreas sujetas a una intervención regulatoria. Es decir, ante el abandono paulatino de la gestión estatal directa y la apertura a la participación privada en sectores o ámbitos anteriormente reservados al Estado y gestionados en forma monopólica, se hace necesario el ejercicio de nuevas atribuciones de dirección, coordinación y conducción⁵⁹, a fin de asegurar la regular operación y funcionamiento de sectores que resultan socialmente relevantes o sensibles. En este ámbito, como complemento de la actuación administrativa mediante manifestaciones unilaterales (acto administrativo individual o general), el contrato se presenta como un instrumento idóneo para coordinar la actuación de una pluralidad de agentes económicos que participan en las actividades que integran dichas áreas o sectores regulados⁶⁰.

poderes públicos en todos sus niveles para controlar y someter a los poderes privados, los poderes que no han sido investidos democráticamente ni por ninguna constitución, pero que se dan de hecho en la realidad, que dominan la vida económica de un país y que a veces, discriminan o maltratan a los ciudadanos". Ariño Ortiz, Gaspar, "Generalidades de la Regulación", en Rodríguez Ibáñez, María del Pilar *et. al.*, (coord.), *Regulación de Servicios Públicos y Energía. Lecturas Seleccionadas*, México, Porrúa- Universidad Autónoma de Nuevo León-ASIER, 2016, p. 3; entendemos que con ello se refiere a la tradicional atribución de policía administrativa; sin embargo, la regulación económica parece ser algo nuevo, y en este sentido, se define como "... la actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la Administración". Montero Pascual, Juan José, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 40; es en este sentido que se afirma que constituye una nueva atribución, producto del cambio del modelo de Estado.

⁵⁹ Esteve Pardo refiere la discusión desarrollada en la órbita germánica denominada *Steuersdiskussion*, relativa a la capacidad del Derecho y del Estado para timonear, para conducir la compleja sociedad actual, a partir de la observación de los crecientes problemas de ejecución de las leyes y los frecuentes y extensos déficits de ejecución observados en sectores complejos pero cada vez más relevantes, así como la existencia de sistemas sociales autorreferenciales (Niklas Luhmann), lo que da origen al fenómeno de la autorregulación invocando el conocimiento experto que deja de lado las leyes procedentes de instancias representativas pero carentes del conocimiento y el lenguaje necesario para regular eficazmente un sector (pero que a su vez, carece precisamente de legitimidad democrática). Esta discusión, sin estar concluida ha arrojado aportaciones positivas, como la apertura de las instituciones jurídicas y políticas a la realidad social sobre la que se proyectan, así como el estudio y conocimiento de los poderes normativos y organizativos de la sociedad, que se producen y articulan a través de la autorregulación. Lo anterior ha dado origen al fenómeno de la *autorregulación regulada*, entendida como la autorregulación de origen social que se encuadra en el ordenamiento jurídico y es asumida por él. *Cfr.* Esteve Pardo, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 165-168.

⁶⁰ "... la celebración de contratos es la forma de actividad administrativa que más se apega a los postulados modernos, ya que requiere interacción constante con los administrados, que

Estas nuevas funciones de la Administración Pública son reflejo del cambio en la concepción del Estado y sus fines⁶¹, así como de la forma en que se relaciona con la sociedad⁶², y que han tratado de ser explicitadas con diversas denominaciones, ya sea que se hable del modelo de Estado Cooperativo⁶³, que abandonando la rígida estructura jerárquica acude a la sociedad en busca de formas de interacción perdurables que le permitan allegarse de información para mejorar sus capacidades de conducción, o del Estado Regulador a pesar de las imprecisiones sobre su sentido⁶⁴, o más recientemente

en muchos casos (la mayoría hoy) terminan reemplazando a la Administración en la prestación de servicios públicos". Expósito Vélez, Juan Carlos, "La contratación estatal a la luz de la teoría general del Derecho Administrativo como sistema"; Barnés Vázquez, Javier *et. al.*, *Perspectiva de una reforma. Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 460.

⁶¹ Afirma Cassese que los factores que originan las reformas administrativas del último cuarto del siglo XX, son las dificultades de la Hacienda Pública para financiar el aumento de tareas de las Administraciones Públicas, con el consecuente recurso al endeudamiento público y el temor a la bancarrota estatal, lo que llevó a la exigencia de reducir las tareas de gestión y suministro del Estado y el desarrollo del papel del Estado contratante y el Estado regulador; otro motivo es la insatisfacción con el desempeño del sector público; el tercero lo identifica en la internacionalización que obliga a ajustar los sistemas nacionales con los de otros países y a coordinarlos. *Cfr.* Cassese, Sabino, *La globalización jurídica*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2006, p. 196.

⁶² "La reforma del Estado significa un proceso de redistribución del poder social en el cual unos actores emergen, otros desaparecen, y nuevas relaciones se instalan dentro del Estado, dentro de la sociedad y en las relaciones entre ambos polos. Es, por lo tanto, un proceso político que convoca fuerzas, movilizaciones y resistencias. El sentido que asumió esta concepción fue el de promover un Estado más democrático y más eficiente, por lo cual se hacía necesario transformar las ramas del poder público nacional, y, simultáneamente, avanzar en la descentralización y promover la organización de la sociedad civil; la orientación esencial era, como se ha dicho, impulsar la democratización mediante un Estado más eficiente, capaz de enfrentar los desafíos de la pobreza, la injusticia y la inequidad; todo lo cual requiere una AP capaz de expresar esos valores y de cumplir esos objetivos, sometida a una interlocución orgánica, permanente y abierta con la sociedad civil". Blanco, Carlos, "La reforma de la Administración Pública y la reforma del Estado en América Latina", *Administración & Ciudadanía, Revista de la Escuela Gallega de Administración Pública*, volumen 3, número 3, monográfico 2009, p. 22.

⁶³ *Cfr.* Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 39.

⁶⁴ "El concepto o modelo de Estado regulador está por precisar y definir con unanimidad, si es que alguna vez se alcanza esa caracterización generalizada. En cualquier caso resulta de interés a nuestros efectos lo que con esta denominación se expresa, que no es, en lo sustancial, otra cosa que la pérdida por el Estado de las posiciones de titularidad, sobre servicios, sobre medios financieros, sobre conocimientos, sobre medios humanos en las que había fundado sus facultades de intervención sobre la sociedad y la economía. Dos concepciones de Estado regulador, una estricta y otra más amplia, pueden advertirse en ese horizonte... La primera se centra en los servicios económicos de interés general, particularmente los servicios en red, y tiene su eje principal de poder en las llamadas autoridades reguladoras. La segunda concepción se extiende más allá de los servicios de interés general y la actividad económica para caracterizar la nueva postura y orientación del Estado ante la pérdida de posiciones de dominio

del concepto Estado Garante como una rectificación del anterior⁶⁵. Evidentemente, estas transformaciones, cualquiera que sea la denominación que se adopte, se ven reflejadas en el Derecho Administrativo, para traducir esos nuevos fines en atribuciones, competencias y facultades, a fin de asegurar el pleno sometimiento a Derecho de las autoridades⁶⁶ y la correcta ordenación de una actividad cuyos resultados trascienden a la sociedad en su conjunto.

Cabe apuntar que estas transformaciones podrían considerarse también como expresión de la globalización jurídica⁶⁷, ya que muchas de sus manifestaciones son resultado precisamente de trasplantes legales, a través de los cuales una jurisdicción adopta modelos o instituciones propios de otra. En el caso que nos ocupa, el recurso al contrato

en la que había venido amparando tradicionalmente su regulación en el ámbito económico y en otros mucho". Esteve Pardo, José, *op. cit.*, pp. 175-176.

⁶⁵ "La actividad estatal de regulación vendría, en definitiva, caracterizada por una doble finalidad: de un lado, por la finalidad de garantizar, con distintas intensidades reguladoras, la existencia de mecanismos de competencia entre operadores, corrigiendo los llamados –fallos de los mercados–, y, de otro, por la finalidad de cumplir con las exigencias derivadas de los intereses generales. Ni que decir tiene que es esta última finalidad la que da su verdadero sentido a la actividad de regulación de los poderes públicos, que ha de estar por ello, necesariamente vinculada a los mandatos constitucionales, sobre todo a los de contenido económico y social... En nuestros días, el Estado regulador es, pues, al mismo tiempo y necesariamente, un Estado garante o garantista (*Gewährleistungsstaat*), esto es, un Estado que, al haber dejado de ser, en gran medida, un Estado gestor o prestacional (*Leistungsstaat*), debe garantizar, mediante las oportunas medidas normativas y organizativas, los servicios de carácter esencial que han pasado a ser gestionados por sujetos privados, procurando, a la vez, que la actividad de dichos sujetos se lleve a cabo con los imprescindibles niveles de objetividad, accesibilidad y calidad... la extensión de los principios y normas de Derecho público a estos sujetos privados y a sus relaciones recíprocas se convierte así en una de las características fundamentales del nuevo Estado Garante". Carro Fernández-Valmayor, José Luis, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 193, enero-abril de 2014, p. 35.

⁶⁶ "La actividad económica del Estado y de la Administración es uno de los ámbitos más afectados por los cambios derivados del proceso de globalización y de integración en espacios políticos y económicos supranacionales, hasta el punto de invalidar los paradigmas, categorías, esquemas y técnicas establecidas desde el modelo de Administración económica del Estado social". Alli Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004, p. 216.

⁶⁷ Esta particular manifestación de la globalización no está exenta de críticas; así Cassese identifica tres defectos; la ausencia de un orden general y de un gobierno; su investidura o legitimación y su eficacia. Conforme a la primera, afirma que, estando lleno de regímenes sectoriales con sus normas e instituciones, adolece de principios y reglas generales así como de un órgano superior que dirija y controle los subsistemas. Respecto de la segunda crítica, refiere al déficit democrático de las organizaciones de alcance global, mientras que la tercera atañe a la ausencia de mecanismos que aseguren el cumplimiento de las decisiones de alcance global. *Cfr.* Cassese, Sabino, *El Derecho global: Justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2010, pp. 23-24.

como instrumento de gobierno (*government by contract*) ha sido una práctica común en jurisdicciones ajenas a la tradición administrativista de raigambre francés⁶⁸; lo mismo que la atención de necesidades generales a través de instituciones distintas al servicio público, como es el caso de las *public utilities* anglosajonas, cuyo modelo ahora traducimos adaptándolo a nuestra realidad con el esquema de los denominados *servicios públicos competitivos*, en el que el concepto tradicional de servicio público (con la consiguiente *publicatio* de la actividad), es sustituido por nociones como servicios de interés general (económicos y no económicos), sujetos a regulación económica y cuyos operadores privados son sometidos a cargas específicas bajo los conceptos de *obligaciones de servicio público* y de *servicio universal*.

Dicho en otras palabras, desde la perspectiva del Derecho y la legislación mexicana y en relación a algunas de las recientes reformas, no se puede hablar de un desarrollo propio sino de la copia e imitación de modelos, conceptos y categorías propios del Derecho Anglosajón (particularmente norteamericano por lo que se refiere al modelo de regulación económica) y del Derecho Comunitario europeo (por lo que hace a las nociones sustitutivas de la categoría de servicio público). En el caso específico de la industria eléctrica, existen dos modelos regulatorios preponderante a nivel internacional⁶⁹, y uno de ellos, que es el que ahora adopta México, implica el abandono de la prestación estatal directa en régimen de monopolio, por la intervención de múltiples agentes cuyas actividades requieren ser normada, reguladas y controlada por la autoridad.

Es aquí donde la figura contractual cobra relevancia como instrumento jurídico idóneo para la correcta articulación de la industria, mediante el control y seguimiento de la

⁶⁸ Para el caso Británico, Hunt afirmaba ya en 1997, que el contrato ha sustituido a la dirección y el control como paradigma de la regulación. Cfr. Hunt, Murray, "Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom"; Taggart, Michael, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 21.

⁶⁹ Ferney Moreno describe de forma sucinta, pero con precisión, las características generales tanto del modelo de monopolio público, como del modelo de libre competencia y las subcategorías de este último, relacionándolos con los países latinoamericanos, y menciona que los países cambian alternativamente de un modelo a otro. Cfr. Ferney Moreno, Luis, "Los modelos de regulación de electricidad en América Latina", en Rodríguez Ibáñez, María del Pilar et. al. (coords.), *Regulación de servicios públicos y energía. Lecturas selectas*, México, Porrúa-Universidad Autónoma de Nuevo León-ASIER, 2016, pp. 239-248. Sin embargo, la evidencia empírica muestra que la mayoría de los países más desarrollados han optado por el modelo de libre competencia, ya sea desde sus orígenes o por haber abandonado el monopolio público. A manera de ejemplo; Mancero Bucheli, Gabriela, *Experiencias internacionales en casos de competencia en el sector eléctrico y gasífero*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, Colección de Estudios en Derecho Minero y Energético; así como Molina, Miguel, *La reforma de los mercados eléctricos. Una aportación para el debate en México*, México, CEPADEME-Miguel Ángel-Porrúa, 2002.

intervención de los agentes que en ella interactúan, y justifica el por qué la Administración Pública, el Estado, no pueden mantenerse al margen o desentenderse no sólo del contenido obligacional de dichos contratos, sino de su cumplimiento y ejecución, ya que de ello depende el correcto y oportuno abasto de un insumo indispensable para la regularidad de la vida social, como es la electricidad. Pero el reto no es exclusivo para la Administración Pública; al trasladarse el modelo de la prestación estatal a un modelo competitivo con múltiples agentes relacionados a través de contratos, las controversias que inevitablemente surgirán acerca de su ejecución y cumplimiento, habrán de ser solventadas ante el Poder Judicial de la Federación⁷⁰, lo que otorga un protagonismo y relevancia a los jueces y tribunales en la medida en que, a través de sus sentencias, pueden incorporar factores disruptivos para la operación del modelo o incrementar sus costos al agregar factores de incertidumbre, en la medida en que los juzgadores ignoren o soslayan el interés general subyacente en la resolución de las controversias individuales que se sometan a su conocimiento.

Bajo estas consideraciones, el recurso al contrato como instrumento de regulación para coordinar⁷¹ y dirigir la actividad de una pluralidad de agentes económicos que concurren en un mercado⁷² determinado (en este caso el de electricidad), se presenta como una alternativa natural para el ejercicio de las facultades de regulación inherentes a este nuevo modelo de Estado⁷³ y como una necesidad para la debida articulación de un sector industrial cuyo correcto funcionamiento trasciende a los intereses de las partes implicadas en cada contrato, lo que hace indispensable la intervención de la autoridad administrativa, tanto en sede administrativa como jurisdiccional, en representación del in-

⁷⁰ En este sentido, Sorace, haciendo referencia a Malaret en relación con los servicios públicos reconoce, desde la perspectiva europea, que el nuevo modelo implica un aumento en la *jurisdización* (sic) del sector, ya que todos los actos relativos a las relaciones entre los poderes públicos y las empresas según el nuevo modelo, pueden ser objeto de control del juez. Cfr. Sorace, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Palestra, 2006, p. 70.

⁷¹ "... el *contrato administrativo* es la forma jurídica de la Administración cooperativa"; Schmidt-Assmann, Eberhard, *op. cit.*, p. 39.

⁷² "El mercado constituye una institución jurídica para la asignación de recursos, dotada de unas reglas referidas a la propiedad, los contratos y la responsabilidad como núcleo jurídico de un mercado desregulado. En ellas se definen los derechos y facultades del titular de la propiedad sobre los activos tangibles e intangibles, las formas de los contratos y el contenido de las obligaciones permiten los intercambios, y la responsabilidad contractual o extracontractual hace posible evaluar los riesgos de las actividades económicas." Alli Aranguren, Juan-Cruz, *op. cit.*, p. 296.

⁷³ "... la contratación pública rebasa el sentido que podría deducirse de un *procurement*. El contrato público no es solo un medio jurídico para que la Administración cubra 'sus' necesidades. Se lleva a cabo para satisfacer las necesidades de los ciudadanos; para la más eficiente realización del interés general. En ese sentido podría afirmarse que se ha pasado desde el contrato administrativo a la contratación pública al servicio de políticas públicas". Meilán Gil, José Luis, *op. cit.*, p. 182.

terés general subyacente en la continua, regular y permanente operación de una industria destinada a la satisfacción de una necesidad de carácter general.

Este es uno de los aspectos de mayor incertidumbre y, por tanto, de riesgo, de la reforma eléctrica mexicana. Se trata de una nueva regulación sectorial, que adopta instituciones, modelos y esquemas aparentemente probados en otras jurisdicciones pero que, precisamente por su carácter sectorial, debe insertarse en el contexto más amplio del sistema jurídico mexicano y someterse al control de un Poder Judicial Federal que, en principio, no parece plenamente familiarizado con conceptos de regulación económica; con las modificaciones que sufre el principio de división de poderes con la adopción del modelo de Estado Regulador y la intervención que en ellos tienen los reguladores independientes, pero sobre todo, para apreciar y ponderar la relevancia del interés general subyacente en la resolución de controversias relativas al cumplimiento y ejecución de contratos, particularmente desde la perspectiva del Derecho privado (civil o mercantil). Es decir, no basta adoptar modelos probados; la efectividad y los resultados de los trasplantes legales es un asunto complejo y que produce resultados diversos en función de las circunstancias y particularidades propias de la jurisdicción que importa el modelo⁷⁴.

En esta misma línea de pensamiento, se considera que reformas como la que se comenta llevarán eventualmente a la discusión de la problemática de la transposición de valores públicos a agentes particulares en una industria reestructurada pero claramente sometida a un interés general, y ello hace necesario y justificaría la extensión de un régimen de derecho administrativo⁷⁵ para garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones contractuales⁷⁶ que dan sustento a la cadena industrial que concluye con el suministro al

⁷⁴ Sobre la complejidad, dificultades y particularidades que derivan de la importación de ideas legales para el sistema que las recibe. Fedtke, Jörg, "Legal Transplants" en Smits, Jan M. (editor), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, *op. cit.*, pp. 434-435.

⁷⁵ En este sentido, Carro Fernández-Valmayor señala que "El concepto de interés general aparece, pues, más que cualquier otro, como el concepto central explicativo de la unidad y de la extensión del Derecho Público, y muy en particular del Derecho Administrativo, que encuentra, además, en muchos países, una expresa base constitucional. Se comprende así la situación actual de la aplicación, en muchos casos, del ordenamiento jurídico-público a toda una serie de relaciones entre sujetos privados en las que no se da la presencia de una Administración Pública, pero en las que están presentes indudables intereses generales. En este sentido, el actual proceso de *désétatisation de la société*, de *Entstaatlichung*, de disminución del protagonismo interventor del Estado, no debería suponer la paralela restricción del ámbito de aplicación del Derecho Público, como tampoco la desaparición de toda posibilidad de intervención de aquel en la regulación de las relaciones sociales y económicas. Un Derecho Público necesariamente vinculado a la idea de interés general exige siempre su aplicación allí donde dicho interés pueda verse, de cualquier forma, afectado." Carro Fernández-Valmayor, José Luis, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁷⁶ Es menester señalar que alguna doctrina distingue entre la Administración-sujeto y la administración-actividad, que pueden no recaer en el mismo sujeto, y que cuando se está ante un

usuario, en la medida en la que se trata de una actividad prestacional de interés general, y respecto de la cual el Estado no puede desentenderse⁷⁷.

VI. CONCLUSIÓN

Las páginas precedentes constituyen apenas un esbozo de los diversos temas tratados, y un intento para tratar de presentarlos entrelazados, demostrando su vinculación. En este contexto, asumiendo que quedan aún muchas líneas de investigación abiertas, es imposible ofrecer conclusiones que puedan considerarse suficientemente sólidas. Me limito por tanto a proponer, a manera de resumen, algunas líneas argumentativas sobre los conceptos tratados.

El nuevo modelo de organización de la industria eléctrica en México puede ser considerado como un ejemplo de la globalización jurídica, a partir de la noción de trasplantes legales, en la medida que adopta un modelo probado en otras jurisdicciones. Esta práctica, siendo frecuente y comprensible, no está exenta de problemas en cuanto a la incorporación del nuevo modelo a un sistema distinto, que o se adapta al elemento incorporado, o lo desvirtúa. Así, los resultados de estas operaciones poseen un grado inevitable de incertidumbre.

Este nuevo modelo se sustenta en un importante componente de regulación económica, expresado tanto en normas jurídicas unilaterales como en el recurso a la contratación, para organizar y controlar una pluralidad de agentes que intervienen en la cadena de procesos que integran la industria. La autoridad recurre indistintamente al acto administrativo o al contrato como herramienta de regulación, según se requiera para los fines que busca alcanzar.

Los contratos que se utilizan en el nuevo modelo, al provenir originalmente de jurisdicciones ajenas a la tradición del Derecho Administrativo, no resultan subsumibles a

ente que actúa como administración-actividad, el Derecho Administrativo no es aplicable a su estructura, organización y funcionamiento interno, aunque pueda ser aplicable a su actividad si con ella se afecta a los intereses públicos o tiene una dimensión pública, dando pie a considerar al Derecho Administrativo no solo como un derecho estamental sino como el derecho de los intereses públicos o colectivos (*Cfr. Ariño, Ortiz, Gaspar, "El Enigma..." op. cit., pp. 92-93*).

⁷⁷ "Las privatizaciones de actividades de servicio público debe suponer la modificación de los modos de gestión, pero no hacerles perder totalmente su carácter originario, en el sentido de seguir considerando que se trata de servicios necesarios a la sociedad, lo que debiera llevar al establecimiento de sujeciones específicas en cuanto a la disponibilidad y obligatoriedad de las prestaciones, de igualdad de los usuarios, de investigación y adecuación al progreso, de igualdad en el derecho de los usuarios, de neutralidad de los servicios, de participación en las políticas administrativas que le puedan afectar, etcétera. Todo ello forma parte de la idea de la necesaria presencia de los poderes públicos incluso en una economía globalizada y de mercado..." Alli Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004, p. 313.

lo que en México se ha considerado como contratos de la administración, pero tampoco parece factible considerarlos como contratos privados, aunque sus controversias se remitan a los tribunales de Derecho Civil o mercantil. Su régimen jurídico principal claramente exorbitante del Derecho común; la ausencia de libertad contractual para determinar su contenido; el mandato y las responsabilidades de corte garantista que se imponen a las autoridades y la naturaleza de los intereses protegidos que incorporan obligaciones de servicio público y universal, hacen que se imponga la necesidad de reconocer que se trata de contratos sometidos a Derecho Público. Estas características y su empleo como instrumento regulatorio, permiten considerar la posibilidad de construir a partir de ellos, una categoría distinta de contratos *públicos*, con independencia de la naturaleza jurídica de las partes que en ellos intervienen.

El principal riesgo parece ubicarse en su régimen jurisdiccional; si bien la jurisdicción contencioso-administrativa no es propia de estos contratos en los países de donde se adopta el modelo regulatorio, en México esta sí existe y, además el Poder Judicial de la Federación cuenta con tribunales especializados en materia administrativa. Esto permite inferir que los tribunales civiles y mercantiles no están familiarizados con incorporar dentro sus valoraciones, aspectos relativos al interés general, la utilidad pública, obligaciones de servicio público y universal, así como las complejidades y particularidades de una industria que opera en red, con el sentido que estos conceptos tienen desde la perspectiva de la regulación económica.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Aranzadi-Civitas, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 172, enero-abril, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*, Granada, Universidad del Externado de Colombia-Fundación de Estudios de Regulación, 2003.
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier *et. al.*, *Perspectiva de una reforma. Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BLANCO, Carlos, "La reforma de la Administración Pública y la reforma del Estado en América Latina" *Administración & Ciudadanía, Revista de la Escuela Gallega de Administración Pública*, volumen 3, número 3, monográfico, 2009.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, Madrid, número 193, enero-abril de 2014.
- CASSESE, Sabino, *El Derecho global: Justicia y democracia más allá del Estado*, Sevilla, Global Law Press, 2010.
- CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2006.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, y LUCERO ESPINOSA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo. Primer Curso*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1988.
- ESTEVE PARDO, José, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- FABRA UTRAY, Jorge, *¿Liberalización o regulación? Un Mercado para la electricidad*, Madrid, Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente de la Universidad Carlos III de Madrid-Marcial Pons, 2004.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa-IIJ-UNAM, 2000, Serie Doctrina Jurídica, número 20.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia*, México, Porrúa, 2017.
- MEILÁN GIL, José Luis, *Derecho Administrativo Revisado*, Madrid, Andavira, 2016, Colección Ciencia y Pensamiento Jurídico.

- MONTERO PASCUAL, Juan José, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, María del Pilar *et. al.*, (coords.), *Regulación de servicios públicos y energía. Lecturas Selectas*, México, Porrúa-Universidad Autónoma de Nuevo León-ASIER, 2016.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, 14ª. ed., México, Porrúa, 1988, t. II.
- SMITS, Jan M. (editor), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, UK, Publishing Limited, 2006.
- SORACE, Doménico, *Estado y servicios públicos. La perspectiva europea*, Lima, Palestra, 2006.
- TAGGART, Michael, *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

**MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN EN EL NUEVO TRATADO
DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO,
ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ
(ANÁLISIS Y COMENTARIOS DEL CAPÍTULO 27
CON ÉNFASIS EN ADUANAS)**

Virgilio Antonio VALLEJO MONTAÑO¹

SUMARIO

I. Introducción II. Alcance del Capítulo III. Medidas para combatir la corrupción. IV. Valores, deslealtad y consecuencias. V. Participación del sector privado y de la sociedad. VI. Aplicar y hacer cumplir las leyes anticorrupción. VII. Relación con otros acuerdos. VIII. Arreglo de diferencias. IX. Cooperación. X. Conclusiones. XI. Fuentes de información.

RESUMEN

Las Partes contratantes reconocen la importancia de la cooperación y la colaboración entre sus autoridades competentes, así como la importancia de la participación del sector privado en la prevención, detección y combate a la corrupción, asimismo reafirman los compromisos adquiridos al amparo de otros organismos e instrumentos internacionales y acuerdan implementar medidas específicas para reforzar el imperio de la ley y promover una cultura de rechazo a la corrupción.

PALABRAS CLAVE

Corrupción. Libre comercio. TMEC. Comercio internacional. Servicio público. Aduanas. Ética.

ABSTRACT

The contracting parties recognize the importance of cooperation and collaboration within their competent authorities, as well as the importance of the participation of the private sector for the prevention, detection and prosecution of corruption. They reaffirm the commitments acquired under the umbrella of other international organizations and international covenants, and agree to implement measures to strengthen the rule of law and promote a culture of rejection of corruption.

KEY WORDS

Corruption. Free trade. TMEC. International Trade. Public service. Customs. Ethics.

¹ Perito Tercero en Materia Aduanal del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Despachante de Aduanas. Catedrático de Legislación Aduanera en la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Derecho (UNAM). Licenciado en Vista Aduanal (Escuela Nacional de Capacitación Aduanera). Licenciado en Comercio Exterior y Aduanas (SEP). Maestro en Administración de Justicia (INACIPE).

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas anticorrupción contenidas en el Tratado efectuado por México, Estados Unidos y Canadá (TMEC) resultan novedosas respecto del vigente Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); si bien es cierto que la corrupción es un problema potencial en todos los aspectos que comprende el Tratado, también lo es, que en el ámbito aduanero la corrupción además de visible es inveterada, resultando como consecuencias las siguientes: *disminución de la confianza en las Instituciones, importante reducción de la recaudación, falta de credibilidad en la cooperación con otras dependencias oficiales y con aduanas extranjeras, baja moral y poco orgullo de pertenencia, bajo nivel de cumplimiento voluntario del sector privado, aumento de riesgos en la seguridad nacional y la protección a la comunidad, creación de barreras invisibles al comercio internacional y al crecimiento económico, incremento de costos generalmente soportados por los sectores más pobres de la Nación*².

En ese sentido este artículo pretende analizar y comentar el Capítulo 27 del TMEC desde una perspectiva aduanera y con enfoque interdisciplinario, a la fecha de redacción, lamentablemente no existe una versión en lengua española del TMEC accesible al público, por ello estos apuntes se basan en las versiones en lengua inglesa y francesa publicadas por los gobiernos de los Estados Unidos de América y de Canadá.

Para la interpretación y comprensión del Capítulo 27 del TMEC, los redactores estimaron pertinente anticipar en orden alfabético los siguientes conceptos cuyo entendimiento permite facilitar y agilizar la lectura.

- *Actuación y abstención en el cumplimiento de deberes oficiales.* Cualquier uso del puesto del servidor público, sea o no de la competencia autorizada del servidor.
- *CICC.* Siglas de *Convención Interamericana contra la corrupción*, hecha en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996;
- *CNUCC.* Siglas de la *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*, hecha en Nueva York, Estados Unidos, el 31 de octubre de 2003.
- *Convención de la OCDE.* Es la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecha en París, Francia, el 17 de diciembre de 1997;

² Mc Linden, Gerard, "Integrity in Customs"; en WULF, Luc De, y SOKOL, José B. (editors), *Customs Modernization Handbook*, Washington, D.C., The World Bank, 2005, p. 68.

- *Empresa pública*³. Es la Empresa sobre la que uno o más gobiernos pueden, directa o indirectamente, ejercer una influencia dominante.
- *Funcionario de una organización internacional pública*. Funcionario internacional o un individuo autorizado por una organización internacional pública para actuar en su nombre.
- *Servidor público*. Se entiende por Servidor público a todo individuo que:
 - a) Ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de una Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario o cualquiera que sea su antigüedad en el cargo;
 - b) Desempeñe una función para un organismo, una empresa pública o preste un servicio público conforme esos términos sean definidos en las leyes de una Parte y aplicados en la rama pertinente del derecho de esa Parte;
 - c) Sea considerado como servidor público según la legislación aplicable.
- *Servidor público extranjero*. Todo individuo que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, en cualquier nivel de gobierno, así como aquel que desempeñe una función pública para un país extranjero.

Puede observarse que los redactores no aventuraron una definición de corrupción, sin embargo para la absoluta comprensión del tema se recomienda como punto de partida revisar la definición clásica de Joseph S. Nye ⁴ «La corrupción es “un comportamiento que se desvía de los deberes normales de un cargo público motivado por privilegios privados (familia u otro grupo cerrado), pecuniarios o ascensos o que viola las reglas contra el ejercicio de cierto tipos de influencia privada, incluyendo conductas como el soborno (uso de recompensas para pervertir el juicio de una persona en una posición de confianza); nepotismo y malversación (apropiación ilegal de recursos públicos para uso privado)”» y estudiar el concepto de corrupción desarrollado por Ernesto Garzón Valdés quien dice: «La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o

³ N.B. En el contexto de la presente definición, se considera que existe influencia dominante, entre otros casos, si uno o más gobiernos detentan la mayoría del capital suscrito de la empresa, controlan la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa o pueden designar a la mayoría de los miembros del órgano directivo o de administración o del consejo de supervisión de la empresa.

⁴ Nye, Joseph S., “Corruption And Political Development: A Cost-Benefit Analysis”; *American Political Science Review*, núm. 51, 1967; citado por Zambrano, Patricio, *Documento de Trabajo, DT/920940ES.doc, AP101.305v01-00, Transparencia y Corrupción en la Unión Europea y América Latina*, Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana, Comisión de Asuntos Políticos, Seguridad y Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2012.

más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que los soborna o a quien extorsionan a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado»⁵.

II. ALCANCE DEL CAPÍTULO⁶

1. *Extensión y límites*

Este capítulo se aplica a las medidas para prevenir y combatir el cohecho y la corrupción, relacionadas con todas las materias contempladas por el presente Acuerdo.

Las Partes afirman su determinación para prevenir y combatir el cohecho y la corrupción en la inversión y el comercio internacional, reconocen la necesidad de reforzar la integridad en el sector público y privado, así como la responsabilidad que ambos sectores comparten al respecto, no obstante, las partes admiten que la descripción de las conductas ilícitas adoptadas o mantenidas conforme al presente capítulo y de los medios de defensa legal o de los principios jurídicos determinantes de la licitud de una conducta, es exclusiva de las leyes de cada una de las partes, y que las conductas ilícitas serán juzgadas y sancionadas conforme al régimen jurídico de la parte que corresponda.

2. *Otras organizaciones e instrumentos internacionales*

Las Partes reafirman su adhesión a la Convención de la OCDE con su Anexo, a la CICC y a la CNUCC, también reiteran su apoyo a los principios contenidos en los documentos elaborados por la APEC y los foros anticorrupción del G20 organizados para prevenir y combatir la corrupción, aprobados por los dirigentes y ministros competentes, incluyendo:

- Principios de Alto Nivel del G20 sobre la Organización contra la Corrupción⁷;
- Principios de Alto Nivel del G20 sobre la Corrupción y el Crecimiento⁸;
- Principios Directores del G20 sobre el combate al delito de cohecho en el extranjero (2013)⁹;

⁵ Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción," *Poder, Derecho y Corrupción*, México, Siglo XXI-Instituto Federal Electoral-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2003, pp. 19-44.

⁶ N.B. Para los Estados Unidos, este capítulo no se aplica a conductas ajenas a la jurisdicción de la ley penal federal y, hasta donde una obligación involucre medidas preventivas, solo se aplicará a las medidas contempladas por la ley federal que rige a los agentes federales, estatales y locales.

⁷ *G20 High Level Principles on Organizing Against Corruption*, Germany, July, 2017.

⁸ *G20 High Level Principles on Corruption and Growth*, Australia, 2014.

⁹ *G20 Guiding Principles on Enforcement of the Foreign Bribery Offence*, Rusia, 2013.

- Principios Directores del G20 sobre el combate a la extorsión¹⁰;
- Principios de Alto Nivel del G20 sobre la responsabilidad de las personas morales por corrupción¹¹;
- Principios de Conducta de la APEC para los Servidores Públicos¹²;
- Principios de la APEC sobre prevención del cohecho y aplicación de las leyes anticorrupción¹³.

Las Partes reiteran el apoyo a las directrices anticorrupción disponibles para el sector privado y lo exhortan a implementarlas, incluyendo:

- Código de Conducta de la APEC para los negocios: principios de integridad y transparencia en los negocios para el sector privado¹⁴;
- Elementos Generales de Programas Efectivos de Cumplimiento Voluntario para Corporaciones de la APEC¹⁵;
- Principios de Alto Nivel del G20 sobre la Transparencia e Integridad del Sector Privado¹⁶.

Llama la atención que los redactores hayan omitido mencionar las siguientes fuentes internacionales que constituyen declaraciones de principios, diagnósticos y recomendaciones de la mayor importancia en materia de lucha contra la corrupción en las aduanas, a saber:

- *Declaración de Arusha* (revisada). Organización Mundial de Aduanas (Consejo de Cooperación Aduanera)¹⁷. Desarrolla diez principios básicos para implementar la integridad en las aduanas, que se enuncian a continuación:
 1. Liderazgo y compromiso.
 2. Marco regulatorio.
 3. Transparencia.
 4. Automatización.
 5. Reforma y modernización.
 6. Auditoría e Investigación.
 7. Código de Conducta.
 8. Gestión de Recursos Humanos.
 9. Moral y cultura organizacional.
 10. Relación con el sector privado.

¹⁰ *G20 Guiding Principles to Combat Solicitation*, Rusia, 2013.

¹¹ *G20 High Level Principles on the Liability of Legal Persons for Corruption*, Germany, July, 2017.

¹² *APEC Conduct Principles for Public Officials*, Australia, July, 2007.

¹³ *APEC Principles on the Prevention of Bribery and Enforcement of Anti-Bribery Laws*, China, November, 2014.

¹⁴ "Business Integrity and Transparency Principles for the Private Sector", *APEC Code of Conduct for Bussines*, Australia, 2007.

¹⁵ *APEC General Elements of Effective Voluntary Corporate Compliance Programs*, China, 5-6 November, 2014.

¹⁶ *G20 High Level Principles on Private Sector Transparency and Integrity*, Turkey, 2015.

¹⁷ *Declaración del Consejo de Cooperación Aduanera Concerniente al Buen Gobierno y a la Ética en las Aduanas (Declaración de Arusha revisada)*, Arusha, Tanzania, 7 de julio de 1993, revisada en junio de 2003.

- *Principios de Alto Nivel del G20 sobre Combate a la Corrupción en Aduanas*¹⁸. Se desarrollan en ocho rubros que se enuncian enseguida:
 1. Liderazgo ejemplar, 2. Implementación de normas apropiadas de integridad, 3. Transparencia, 4. Automatización, 5. Reforma y modernización, 6. Administración de recursos humanos, 7. Relación con el sector privado, 8. Auditoría y reporte.
- *Integridad en Aduanas: recopilación de buenas prácticas OCDE*¹⁹. Se trata de un compendio de buenas prácticas preparado por la OCDE, a solicitud del Grupo de Trabajo Anticorrupción del G20, para fortalecer la integridad en las aduanas, basado en un cuestionario desarrollado por dicho grupo de trabajo bajo el liderazgo de México.

III. MEDIDAS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

1. Tipología

Las partes tendrán en vigor disposiciones legislativas y otras medidas necesarias para tipificar como delitos, en materias que afecten la inversión o el comercio internacional, las siguientes conductas, cometidas intencionalmente por una persona sujeta a su jurisdicción:

- a) Otorgar a un servidor público, directa o indirectamente, una ventaja indebida, para sí mismo o para un tercero a cambio de que actúe o se abstenga del cumplimiento o el ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) Pedir o aceptar como servidor público, directa o indirectamente una ventaja indebida, para sí mismo o un tercero a cambio de actuar o abstenerse en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Estas disposiciones están sustancialmente previstas en el Artículo 8.1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

- c) Prometer, ofrecer u otorgar a un servidor público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, directa o indirectamente, una ventaja indebida, para sí mismo o para otro, a cambio de que actúe u omita el ejercicio de sus funciones oficiales, con el fin de obtener una ventaja indebida relacionada con la conducción de negocios internacionales.

¹⁸ *Annex to G20 Leaders Declaration G20 High Level Principles on Countering Corruption in Customs*, Germany, July, 2017.

¹⁹ *Integrity in Customs. Taking stock of good practices*, OCDE, 2017.

Esta disposición es similar al Artículo primero de la Convención de la OCDE, discrepando en que, ésta prevé otros tipos de ventajas además de las pecuniarias.

- d) Ayudar, incitar o conspirar para la comisión de cualquier delito descrito en los incisos anteriores.

2. *Deber de cuidado*

Las Partes mantendrán en vigor disposiciones legislativas que tipifiquen como delitos, conductas que afecten la inversión o el comercio internacional, las conductas cometidas intencionalmente por una persona sujeta a su jurisdicción, tales como el desvío, la malversación o cualquier sustracción de un servidor público, para su provecho o en beneficio de otra persona o entidad, de los bienes, los fondos o los títulos, públicos o privados, o cualquier otra cosa de valor, que tenga el deber de cuidar en virtud de su cargo.

3. *Graduación de la sanción*

Las Partes aplicarán a la comisión de los ilícitos descritos en los párrafos 1, 2 y 6, sanciones que tengan en cuenta la gravedad de la conducta.

4. *Personas morales*

Las Partes pondrán o mantendrán en vigor las medidas que sean necesarias, acordes con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por la comisión de las conductas ilícitas descritas en los párrafos primero y sexto.

Esta disposición se correlaciona con el Artículo 26 de la CNUCC y con el Artículo 2 de la Convención de la OCDE, así como con los Principios de Alto Nivel del G20 sobre la responsabilidad de las personas morales por corrupción, a saber sucintamente (entre otros): *el marco legal debe incluir corrupción doméstica y en el extranjero; la responsabilidad corporativa debe alcanzar a todas las entidades con derechos y obligaciones, la responsabilidad de las corporaciones no debe condicionarse al enjuiciamiento o condena de los individuos que cometieron materialmente el ilícito o a que lo haya cometido un administrador; no debe ser posible evadir la responsabilidad corporativa mediante intermediarios ni alterando su propia identidad; la nacionalidad o la ubicación no deben ser obstáculos para ejercer jurisdicción efectiva sobre la corporación; las sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasivas; el objeto y productos de la corrupción deben ser embargados y confiscados o en su defecto las sanciones pecuniarias deben tener un efecto comparable; cuando más de un país tenga jurisdicción sobre la corporación debe consultar y cooperar con otros países involucrados.*

5. *Prohibición de deducciones fiscales*

Las Partes desautorizan la deducción fiscal de los sobornos y si es el caso, de otros gastos considerados ilegales por esa Parte, efectuados para facilitar esa conducta. Esta disposición adopta la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros de Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE, 26 de noviembre de 2009).

6. *Contabilidad*²⁰

Con el fin de prevenir la corrupción, las Partes pondrán o mantendrán en vigor las medidas que sean necesarias, acordes con sus leyes y reglamentos, relacionadas con la conservación de libros y registros, la divulgación de estados financieros, así como normas de contabilidad y auditoría, para prohibir las siguientes actividades tendientes a cometer algún ilícito descrito en el párrafo 1:

- a) La creación de cuentas fuera de los libros;
- b) La realización de operaciones insuficientemente identificadas o no registradas en los libros;
- c) El registro de gastos inexistentes;
- d) El registro de obligaciones cuyo objeto no sea correctamente identificado;
- e) El uso de documentos falsos;
- f) La destrucción intencional de documentos de la contabilidad antes de que expire el plazo de conservación previsto por la ley. En concordancia con esta disposición, el Artículo 7.13 (Auditoría posterior al Despacho) dispone en su párrafo 7 que las Partes deben prever en sus leyes o reglamentos un periodo fijo y determinado de conservación obligatoria de libros y registros de contabilidad.

7. *Denuncia*²¹

Las Partes pondrán o mantendrán en vigor las medidas que estime apropiadas para proteger, contra todo trato injustificado, a toda persona que, de buena fe y con evidencias atendibles, denuncie ante las autoridades competentes, hechos relacionados con las conductas ilícitas descritas en los párrafos 1, 2 y 6.

²⁰ N.B. Para los Estados Unidos este párrafo solo aplica para los emisores que tienen alguna clase de títulos registrados conforme al Artículo 15 U.S.C. 781 o que de otra forma están obligados a presentar reportes en virtud del Artículo 15 U.S.C. 780 (d).

²¹ N.B. Para México y los Estados Unidos, este párrafo se aplica únicamente al nivel federal de gobierno. Para Canadá, este párrafo aplica a las medidas contempladas por la "Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles", L.C. 2005, ch. 46, reformada.

En el mismo sentido el Artículo 7.19 (Normas de Conducta) establece en su párrafo 2 que las Partes dispondrán de un mecanismo para que los importadores, exportadores, despachantes de aduanas y otros protagonistas, sometan quejas relacionadas con la percepción de conductas impropias o corruptas del personal aduanal en su territorio, ya sea en puertos de entrada u otras oficinas de aduanas. Las Partes deberán tomar las acciones que correspondan en forma oportuna conforme a sus leyes, reglamentos o procedimientos.

8. *Pagos de facilitación*²²

Las Partes reprueban los efectos nefastos de los “pagos de facilitación”. Las Partes deberán, de conformidad con sus leyes y reglamentos:

- a) Estimular a las empresas para que prohíban o desalienten la práctica de “pagos de facilitación”. En concordancia con esta disposición véase el Artículo 7.11 (Transparencia, Predictibilidad y Consistencia en Procedimientos Aduanales).
- b) Tomar medidas tendientes a difundir entre sus servidores públicos sus leyes anticorrupción, para poner fin a las prácticas de petición y aceptación de “pagos de facilitación”.

IV. VALORES, DESLEALTAD Y CONSECUENCIAS

1. *Promoción de la integridad de los servidores públicos*²³

Para combatir la corrupción en asuntos que afectan a la inversión y el comercio internacional, cada parte deberá promover, entre otros valores, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus servidores públicos, con ese propósito, las Partes pondrán o mantendrán en vigor, conforme a los principios fundamentales de su sistema jurídico, lo siguiente:

- a) Medidas dirigidas a prever procedimientos adecuados de selección y capacitación del personal llamado a ocupar cargos públicos considerados especialmente expuestos a la corrupción;
- b) Medidas para promover la transparencia en la conducta de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones públicas;

²² N.B. Para Canadá, este sub-párrafo aplica a las medidas contempladas por su “Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles”, L.C. 2005, ch. 46, versión reformada.

²³ Se recomienda la lectura de Durrani, Prokop y Zarnowiecki: “Integrity risk modeling in the border management context” en Mclinden, Gerard, y Fanta, Enrique *et. al.*, (editors), *Border Management Modernization*, Washington, DC, The World Bank, 2011, pp. 345-363.

- c) Políticas y procedimientos apropiados para identificar y manejar conflictos de intereses, reales o potenciales, de los servidores públicos. En ese sentido, el Artículo 7.18 relativo a Sanciones, constriñe a las Partes a poner o mantener en vigor medidas para evitar conflictos de interés en la imposición y recaudación de sanciones y contribuciones; ninguna porción de la remuneración de un servidor público debe calcularse como una cantidad fija o un porcentaje de cualesquiera sanciones o contribuciones impuestas o recaudadas.
- d) Medidas que obliguen a los altos mandos, y a servidores públicos a que cada Parte estime pertinente, a presentar ante las autoridades competentes, declaraciones relativas a, entre otras cosas, sus actividades externas, empleos, inversiones, activos y obsequios o beneficios sustanciales de los que pueda presumirse un conflicto de intereses respecto a sus funciones como servidores públicos;
- e) Medidas para facilitar a los servidores públicos el señalamiento a las autoridades competentes, de hechos relacionados con las conductas ilícitas descritas en los Artículos 27.3.1, 27.3.2, y 27.3.6 de Medidas Anticorrupción, cuando tengan conocimiento de los mismos en el ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Códigos de conducta

Las Partes pondrán o mantendrán en vigor códigos o normas de conducta para el ejercicio correcto, honorable y apropiado de las funciones públicas, así como medidas disciplinarias u otras medidas justificadas en contra de servidores públicos que violen los códigos o normas establecidas conforme al presente párrafo. En relación con esta disposición y conforme al Artículo 7.19 (Normas de Conducta) las Partes pondrán o mantendrán en vigor medidas para disuadir a sus oficiales de aduanas de comprometerse en cualquier acción que pudiera resultar en, o crear la apariencia razonable, del uso de su cargo en el servicio público para obtener ventajas privadas, incluyendo cualquier beneficio monetario.

3. Presunción de inocencia

Las Partes, conforme a los principios fundamentales de su sistema jurídico, establecerán procedimientos para que un servidor público acusado de una conducta ilícita descrita en el Artículo 27.3.1 (Medidas Anticorrupción), pueda ser destituido, suspendido o reasignado por la autoridad competente de esa Parte, si lo juzga procedente, respetando siempre y en todo caso el principio de presunción de inocencia.

4. *Judicatura*²⁴

Las Partes pondrán o mantendrán en vigor, conforme a los principios fundamentales de su sistema jurídico y sin perjuicio de la independencia de la judicatura, medidas para reforzar la integridad y conjurar las oportunidades de corrupción entre sus miembros, en los asuntos que afecten la inversión y el comercio internacional. Tales medidas pueden incluir reglas de conducta para los jueces, magistrados y ministros.

V. PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO Y DE LA SOCIEDAD

1. *Orientación*

Las Partes tomarán las medidas adecuadas, de acuerdo a sus medios y conforme a los principios fundamentales de su sistema jurídico, para promover la participación activa de individuos y de grupos ajenos al sector público, tales como empresas, sociedad civil, organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias, en la prevención y el combate a la corrupción en asuntos que afecten la inversión y el comercio internacional, y en atraer la atención pública hacia la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como la amenaza que representa. Para tal fin, una Parte puede, por ejemplo:

- a) Empezar actividades de información al público y programas de educación pública que contribuyan a la cultura de no tolerancia a la corrupción;
- b) Poner o mantener en vigor medidas para apoyar a las asociaciones profesionales y otras organizaciones no gubernamentales, si ha lugar, en sus esfuerzos para estimular y ayudar a las empresas, especialmente las pymes, a desarrollar programas o medidas de control interno, ética y cumplimiento legal, para prevenir y detectar cohecho y corrupción en asuntos relacionados con la inversión y el comercio internacional;
- c) Poner o mantener en vigor medidas para estimular a los directivos de las compañías para hacer declaraciones en sus informes anuales o de cualquier forma revelar sus programas y medidas de control interno, ética y cumplimiento legal, incluyendo aquellos que contribuyan a prevenir y detectar cohecho y corrupción en asuntos relacionados con la inversión y el comercio internacional;
- d) Poner o mantener en vigor medidas que respeten, promuevan y protejan la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información concerniente a la corrupción.

²⁴ N.B. Para México y los Estados Unidos, este artículo aplica únicamente al nivel federal de gobierno. Para Canadá, este párrafo se aplica a las medidas contempladas por la "Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles"; L.C. 2005, ch. 46, versión reformada.

2. Acceso público y libre

Las Partes tomarán las medidas adecuadas para asegurarse de que sus instituciones competentes en el combate a la corrupción sean conocidas del público y del libre acceso a las mismas, llegado el caso, para denunciar, incluso de forma anónima, algún incidente que pueda considerarse constitutivo de una conducta ilícita descrita en el Artículo 27.3.1 (Medidas anticorrupción). En el mismo sentido véase el Artículo 7.19 (Normas de Conducta) párrafo 2.

3. Estímulos

Las Partes se abocarán a estimular a las empresas privadas, tomando en cuenta su estructura y tamaño, para ello procederán a lo siguiente:

- a) Poner o mantener en vigor controles de auditoría interna suficientes para auxiliar en la prevención y detección de las conductas ilícitas descritas en el Artículo 27.3.1 y 27.3.6 (Medidas anticorrupción);
- b) Asegurarse de que su contabilidad y estados financieros exigibles, sean sometidos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.

Las Partes reconocen los beneficios de los programas de cumplimiento legal en las empresas para combatir la corrupción. En ese sentido, cada Parte estimulará a las empresas, teniendo en cuenta su tamaño, su estructura legal y sus sectores de actividad, para establecer programas de cumplimiento legal, dirigidos a prevenir y detectar las conductas ilícitas descritas en el Artículo 27.3.1 y 27.3.6 (Medidas anticorrupción)²⁵.

VI. APLICAR Y HACER CUMPLIR LAS LEYES ANTICORRUPCIÓN

1. Vigencia plena²⁶

Las Partes reafirman sus compromisos para cooperar entre ellas en el marco de los acuerdos y arreglos internacionales aplicables, conforme a sus respectivos sistemas legales y administrativos, a fin de mejorar la eficacia de las acciones dirigidas a combatir las conductas ilícitas descritas en el Artículo 27.3 (Medidas anticorrupción).

En este aspecto cobra relevancia el concepto de *Soborno trasnacional* que contempla el Artículo VIII de la CICC, así como el requisito de *doble incriminación* que "... se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita

²⁵ Véanse las *Reglas de la Cámara Internacional de Comercio para combatir la Corrupción*, preparadas por la Comisión de Responsabilidad Corporativa y Anticorrupción, Edición 2011.

²⁶ N.B. Para mayor certidumbre, las Partes reconocen que los casos individuales o las decisiones discrecionales específicas relacionadas con la aplicación de las leyes anticorrupción están sujetos a la legislación y a los procedimientos legales de cada una de las Partes.

asistencia, es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del... requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el... requirente”, conforme al Artículo 43.2 de la CNUCC.

Conforme a los principios fundamentales de su sistema jurídico y como un estímulo a la inversión y al comercio internacional, ninguna de las Partes dejará de hacer cumplir sus leyes u otras medidas adoptadas o mantenidas para apearse al Artículo 27.3 (Medidas anticorrupción) mediante acciones u omisiones continuas o recurrentes, después de la entrada en vigor del presente Acuerdo.

2. Reserva de discrecionalidad y buena fe administrativa

Conforme a los principios fundamentales de su sistema jurídico, cada una de las Partes se reserva el derecho para sus autoridades encargadas de aplicar la ley, de perseguir a quienes la incumplen y de impartir justicia, así como de ejercer su poder discrecional en sus funciones de imponer el respeto a sus leyes anticorrupción.

Las Partes se reservan el derecho a tomar decisiones de buena fe respecto a la asignación de sus recursos para combatir la corrupción.

VII. RELACIÓN CON OTROS ACUERDOS

Ninguna disposición del presente Acuerdo afecta los derechos y obligaciones adquiridos por las Partes en el marco de la CICC, de la Convención de la OCDE, de la CNUCC o de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre del año 2000.

VIII. ARREGLO DE DIFERENCIAS

El Capítulo 31 (Arreglo de diferencias) se aplica a las diferencias relativas a los asuntos correspondientes al presente capítulo, con las modificaciones que incorpora este Artículo.

Una Parte puede recurrir a los procedimientos enunciados en el presente Artículo y en el capítulo 31 (Arreglo de diferencias) únicamente si considera que una medida de otra Parte es incompatible con una obligación prevista en el presente capítulo, o que la otra Parte ha incumplido de cualquier modo una obligación prevista en el presente capítulo, de tal forma que afecte la inversión o el comercio internacional entre las Partes.

Las Partes podrán recurrir al mecanismo de arreglo de diferencias previsto en el presente Artículo o en el capítulo 31 (Arreglo de diferencias) por un asunto derivado del Artículo 27.6 (Aplicar y hacer cumplir las leyes anticorrupción) o del Artículo 27.9 (Cooperación).

Conforme al Artículo 31.4 (Consultas) cada Parte consultante debe asegurarse de que las consultas incluyen al personal de sus autoridades gubernamentales competentes en el asunto de combate a la corrupción en disputa.

Conforme al Artículo 31.5 (Comisión, buenos oficios, conciliación y mediación) toda discusión sostenida ante la Comisión de Libre Comercio, incluirá en la medida de lo posible, la participación de un Ministro competente del asunto anticorrupción en disputa o de su representante.

Conforme al Artículo 31.8 (Relación de Panelistas y sus especialidades) el grupo de especialistas debe tener pericia en el tema anticorrupción en disputa.

IX. COOPERACIÓN

1. Amplia cooperación

Las Partes reconocen la importancia de la cooperación, la coordinación y el intercambio de información entre sus respectivas autoridades encargadas del combate a la corrupción, para fortalecer medidas eficaces dirigidas a prevenir, detectar y desalentar el cohecho y la corrupción. Guarda relación con esta disposición el Artículo 7.24 (Comité de Facilitación del Comercio) que incluye entre las tareas del mismo, facilitar el intercambio de información entre las Partes relativo a la formulación, implementación y experiencias sobre medidas que promuevan el cumplimiento voluntario de la ley por los comerciantes.

2. Cooperación técnica y capacitación

Reconociendo que las Partes pueden beneficiarse de compartir sus diversas experiencias y mejores prácticas en el desarrollo, la implementación y la ejecución de sus políticas y leyes anticorrupción, sus respectivas autoridades deben considerar el emprendimiento de actividades de cooperación técnica, incluso programas de capacitación, según lo decidan las Partes.

Cobra relevancia la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que prescribe textualmente:

Artículo 29. Capacitación y asistencia técnica: Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos fiscales, jueces de instrucción y personal de aduanas, así como para el personal de otra índole encargado de la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención. Esos programas podrán incluir adscripciones e intercambios de personal. En particular y en la medida en que lo permita el derecho interno, guardarán relación con:

- a) Los métodos empleados en la prevención, la detección y el control de los delitos comprendidos en la presente Convención;
- b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos comprendidos en la presente Convención, incluso en los Estados de tránsito, y las medidas de lucha pertinentes;
- c) La vigilancia del movimiento de bienes de contrabando;
- d) La detección y vigilancia de los movimientos del producto del delito o de los bienes, el equipo u otros instrumentos utilizados para cometer tales delitos y los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto, bienes, equipo u otros instrumentos, así como los métodos utilizados para combatir el blanqueo de dinero y otros delitos financieros;
- e) El acopio de pruebas;
- f) Las técnicas de control en zonas y puertos francos;
- g) El equipo y las técnicas modernos utilizados para hacer cumplir la ley, incluidas la vigilancia electrónica, la entrega vigilada y las operaciones encubiertas;
- h) Los métodos utilizados para combatir la delincuencia organizada transnacional mediante computadoras, redes de telecomunicaciones u otras formas de la tecnología moderna;
- i) Los métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos.

3. *Cooperación internacional*

Las Partes reconocen la importancia de la cooperación y de la coordinación a nivel internacional, incluyendo al Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales, la Conferencia de los Estados Partes de la CNUCC y el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC, así como su apoyo al Grupo de Trabajo de la APEC sobre transparencia y combate a la corrupción y al Grupo de Trabajo Anticorrupción del G20.

X. CONCLUSIONES

Existe una relación directa entre el nivel de perfeccionamiento del servicio público y la conciencia social del sector privado, con la extensión de la corrupción en un Estado, que va de representar una mera distorsión hasta constituir un considerable nicho perverso del mercado. Aunque no hay Estado exento de ese flagelo, mientras en algunos constituye una excepción en otros es "excepcional".

Para nadie es un secreto que es un mal endémico del Estado mexicano y que sus aduanas son auténticos focos de infección²⁷, frecuentemente citadas entre las dependen-

²⁷ Morris, Stephen D., *Corrupción y política en el México contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1992, pp. 194.

cias más corruptas del gobierno ya que, como en muchos países del mundo, el sector privado y los servidores públicos se pueden confabular en perjuicio de la recaudación fiscal, obteniendo éstos beneficios indebidos en perjuicio del erario y los particulares ventajas de concurrencia al mercado frente a sus competidores²⁸.

Al tanto de esa situación, es indudable que los negociadores del TMEC asignaron un capítulo especial al combate a la corrupción puesto que ese fenómeno significa un verdadero sabotaje al Acuerdo alcanzado de buena fe en todas las materias que comprende. En efecto, aunque la Zona de Libre Comercio no implica un territorio aduanero común (característico de una Unión Aduanera) es inconcuso que los servicios aduanales de las Partes deben tener un mínimo de homologación para resguardar eficientemente la zona cuya economía, sanidad y seguridad tienen confiadas.

En ese orden de ideas las medidas de prevención y represión, la protección a la denuncia, la difusión de las mejores prácticas, los estímulos al cumplimiento, el apoyo a la buena administración, los premios al esfuerzo, los mecanismos de intercambio de información, cooperación y asistencia técnica, así como la armonización de políticas públicas, constituyen esfuerzos y compromisos plausibles para alcanzar los legítimos objetivos del TMEC.

²⁸ Rose-Ackerman, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo XXI de España, 2001, pp. 366.

XI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- AERNOUDT, Rudy, *Corruption à Foison, Regards sur un phénomène tentaculaire*, France, L'Harmattan, Économie et Innovation, 2003.
- ANDREAS, Peter, *Border Games. Policing the U.S.-Mexico Divide*, 2ª. ed., New York, Cornell University Press, 2009.
- CARBONELL, Miguel, y VÁZQUEZ, Rodolfo (coords.), *Poder, Derecho y Corrupción*, México, Siglo XXI-Instituto Federal Electoral-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2003.
- ELLIOTT, Kimberly Ann, *La corrupción en la economía global*, México, Limusa Noriega, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Acerca del concepto de corrupción", *Poder, Derecho y Corrupción*, México, Siglo XXI-Instituto Federal Electoral-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2003.
- HEIDENHEIMER, Arnold J., y JOHNSTON, Michael, *Political Corruption, Concepts & Contexts*, 3a. ed., New Brunswick, New Jersey, Transaction Publishers, 2002.
- KARRAS, Alan L., *Smuggling. Contraband and Corruption in World History*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2010.
- LÓPEZ PRESA, José Octavio (coord.), *Corrupción y cambio*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- MCLINDEN, Gerard, FANTA, Enrique *et. al.* (editors), *Border Management Modernization*, Washington, DC, The World Bank, 2011.
- MORRIS, Stephen D., *Corrupción y política en el México contemporáneo*, México, Siglo XXI, 1992.
- PARDO, María del Carmen, *El Servicio civil de carrera para un mejor desempeño de la gestión pública*, México, Auditoría Superior de la Federación, 2005.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *El ciudadano y el poder público: El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena Administración*, Madrid, Reus, 2012.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo XXI de España, 2001.
- Transparencia, Buen Gobierno y Combate a la Corrupción en la Función Pública*, México, Secretaría de la Función Pública-Fondo de Cultura Económica, 2005.

WULF, Luc De, y SOKOL, José B. (editors), *Customs Modernization Handbook*, Washington, D.C., The World Bank, 2005.

WULF, Luc De, y SOKOL, José B. (editors), *Customs Modernization Initiatives: Case Studies*, Washington, D.C., The World Bank, 2004.

ZAMBRANO, Patricio, *Documento de Trabajo DT/920940ES.doc, AP101.305v01-00, Transparencia y Corrupción en la Unión Europea y América Latina*, Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana, Comisión de Asuntos Políticos, Seguridad y Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2012, en http://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/committees/political/meetings/2013_01_24_santiago/work_doc_lac/920940es.pdf, consultado el 12 de febrero de 2019.

2. Instrumentos Internacionales

"Business Integrity and Transparency Principles for the Private Sector", *APEC Code of Conduct for Business*, Australia, 2007, en https://www.apec.org/-/media/Files/Press/NewsRelease/2007/07_act_BizCodeCOnductBrochure.pdf?la=en&hash=F735CD124E2E381CCA00F0B515358E9C3CCDD8C1, consultado el 11 de febrero de 2019.

Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)-Table des matières, en <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>, consultado el 3 de febrero de 2019.

Agreement Between the United States of America, the United Mexican States, and Canada Text, en <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>, consultado el 3 de febrero de 2019.

Annex to G20 Leaders Declaration. G20 High Level Principles on Countering Corruption in Customs, Hamburg, Germany, July 8, 2017, <http://www.g20.utoronto.ca/2017/2017-g20-corruption-in-customs.html>, consultado el 11 de febrero de 2019.

Annex to G20 Leaders Declaration. G20 High Level Principles on Organizing Against Corruption, Hamburg, Germany, July 8, 2017, en <http://www.g20.utoronto.ca/2017/2017-g20-acwg-anti-corruption.html>, consultado el 11 de febrero de 2019.

Annex to G20 Leaders Declaration. G20 High Level Principles on the Liability of Legal Persons for Corruption, Hamburg, Germany, July 8, 2017, en <http://www.g20.utoronto.ca/2017/2017-g20-acwg-liberty-legal-persons.html>, consultado el 11 de febrero de 2019.

APEC Conduct Principles for Public Officials. Third Senior Officials`Meeting, Cairns, Australia, 3, July, 2007, en http://mddb.apec.org/documents/2007/SOM/SOM3/07_som3_012attB3rev1.doc, consultado el 11 de febrero de 2019.

APEC General Elements of Effective Voluntary Corporate Compliance Programs. Concluding Senior Officials`Meeting, Beijing, China, 5-6 November 2014, en http://mddb.apec.org/Documents/2014/SOM/CSOM/14_csom_041.pdf, consultado el 11 de febrero de 2019.

APEC Principles for Cross-Border Trade in Services, Singapore, November, 2009, en <https://www.apec.org/Publications/2009/11/2009-CTI-Annual-Report-to-Ministers>, consultado el 11 de febrero de 2019.

APEC Principles on the Prevention of Bribery and Enforcement of Anti-Bribery Laws, Beijing, China, November, 2014, en <https://www.apec.org/-/media/Files/Groups/ATCWG/APEC-ACT-Principles-on-Enforcement.docx>, consultado el 11 de febrero de 2019.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, Mérida, México, onu diciembre de 2003, en <http://www.programaanticorruccion.gob.mx/index.php/internacionales/convenciones/convencion-de-las-naciones-unidas-contra-la-corrupcion-onu.html>, consultado el 8 de febrero de 2019.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, Italia, ONU, 15 de diciembre de 2000, en <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>, consultado el 12 de febrero de 2019.

Convención Interamericana Contra la Corrupción, Caracas, Venezuela, OEA, 29 de marzo de 1996, en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp, consultado el 8 de febrero de 2019.

Declaración del Consejo de Cooperación Aduanera Concerniente al Buen Gobierno y a la Ética en las Aduanas (Declaración de Arusha Revisada), Arusha, Tanzania, 7 de julio de 1993, revisada en junio de 2003, en http://www.wcoomd.org/~media/wco/public/es/pdf/about-us/legal-instruments/declarations/arusha_declaration_revised_spanish.pdf?la=en, consultado el 4 de febrero de 2019.

G20 Guiding Principles on Enforcement of the Foreign Bribery Offence, Rusia 2013, en https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/G20/G20%20Guiding%20Principles%20on%20Enforcement%20of%20Foreign%20Bribery%20Offence.pdf?__blob=publicationFile&v=1, consultado el 11 de febrero de 2019.

G20 Guiding Principles to Combat Solicitation, Rusia 2013, en https://star.worldbank.org/sites/star/files/guiding_principles_to_combat_solicitation_2013.pdf, consultado el 11 de febrero de 2019.

G20 High Level Principles on Corruption and Growth, Australia, 2014, en https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/EN/G20/G20%20High%20Level%20Principles%20on%20Corruption%20and%20Growth.docx?__blob=publicationFile&v=1, consultado el 11 de febrero de 2019.

G20 High Level Principles on Private Sector Transparency and Integrity, Turkey, 2015, en <http://www.g20.utoronto.ca/2015/G20-High-Level-Principles-on-Private-Sector-Transparency-and-Integrity.pdf>, consultado el 11 de febrero de 2019.

Integrity in Customs. Taking Stock of Good Practices, OCDE, 2017, en <http://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-customs-good-practices.htm>, consultado el 9 de febrero de 2019.

Principles Regarding Cross-Border Supervisory Cooperation. Final Report, OICU-IOSCO, Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, May, 2010, en <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD322.pdf>, consultado el 9 de febrero de 2019.

Reglas de la ICC para combatir la Corrupción, México, Comisión de la ICC de Responsabilidad Corporativa y Anticorrupción, Cámara de Comercio Internacional, 2011, en https://www.iccmex.mx/uploads/anticorrupcion/herramientas/Reglas_de_la_ICC_para_Combatir_la_Corrupcion_edicion2011.pdf, consultado el 12 de febrero de 2019.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESOLUCIONES ANTICIPADAS EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR

Carlos ESPINOSA BERECOCHEA¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Mecanismo de resoluciones anticipadas.* III. *Posible discrepancia.* IV. *Conclusión.* V. *Fuentes de información.*

RESUMEN

La seguridad jurídica en las relaciones comerciales y con mayor importancia en las internacionales, es un tema primordial a considerar antes de iniciar una transacción, negocio o inversión. Por ello la oportunidad de conocer previamente las consecuencias jurídicas de una determinada operación, ya sea; (i) clasificación arancelaria, (ii) método de valor de transacción o (iii) método para determinar el origen de una mercancía, constituirá un elemento determinante para poder concretar la operación de que se trate y en su caso, estar en aptitud de elegir al proveedor o país que proporcione mejores condiciones para el importador, tomando en cuenta los beneficios y cargas tributarias así como las normas técnicas aplicables.

PALABRAS CLAVE

Seguridad jurídica. Resolución anticipada. Valoración aduanera. Determinación de origen. Fracción arancelaria.

ABSTRACT

Legal security in commercial relationships, is a fundamental issue to consider before starting a transaction, business or investment. Therefore, the opportunity to know previously the legal consequences of a certain operation, either; (i) Tariff classification, (ii) Transaction value method or (iii) method to determine the origin of a merchandise, will constitute a determining element to be able to specify the operation in question and, where appropriate, be able to choose the supplier or country that provides better conditions for the importer, taking into account the tax benefits and charges as well as the applicable technical standards.

KEY WORDS

Legal security. Advance ruling. Customs valuation. Determination of origin. Tariff division.

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.

I. INTRODUCCIÓN

Previo a cualquier transacción comercial, es imperante que las partes conozcan a plenitud sus consecuencias legales y en mayor medida, la parte sobre la que recae mayoritariamente el contenido obligacional económico.

En estos términos será fácil entender la importancia que tiene el conocer previamente a su introducción a territorio nacional, el arancel a que está sujeta una mercancía, las regulaciones o restricciones no arancelarias a las que está sujeta, o bien, que si de acuerdo a su origen, goza de alguna preferencia arancelaria o se encuentra sujeta al pago de una cuota compensatoria.

El desconocer el impacto financiero por las situaciones recién enunciadas antes de su realización, fácilmente pueden hacer que el negocio que se pretende deje de ser económicamente rentable, simplemente menos atractivo de lo planeado o incluso, seriamente oneroso a grado tal, que hubiera sido mejor, desde un punto de vista de negocios, abstenerse de llevarlo a cabo.

Una medida legal efectiva para evitar dejar al azar el resultado de las interrogantes señaladas, es el tramitar de manera anticipada a la operación de comercio exterior que se pretenda realizar, una consulta previa ante las autoridades aduaneras, las que resolverán sobre el tema aduanero que se les consulte, a través de una resolución anticipada.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo ha definido dichas resoluciones anticipadas "como aquella decisión oficial y vinculante emitida por una autoridad competente, por escrito y con anterioridad a una operación de importación o exportación, que otorga al solicitante una clasificación arancelaria, una valoración, el reconocimiento del derecho a una preferencia o la evaluación del origen acordado a una mercadería determinada². Por su parte, para Derecho Administrativo mexicano no han sido merecedoras de especial atención, pero de acuerdo con Béjar las podemos clasificar como actos administrativos que por su contenido "amplían la esfera o patrimonio jurídico del destinatario, es decir, crean o reconocen un derecho o ventaja jurídica"³.

Así, en líneas siguientes daremos cuenta, de las similitudes y divergencias en el tratamiento por parte de la legislación doméstica y la derivada de tratados comerciales internacionales suscritos por nuestro país a estas resoluciones anticipadas, lo que pudiera traer como consecuencia la evidencia de probables muestras de falta de seguridad jurídica.

² *Nota Técnica 22*, La Resolución Anticipada, Fondo Fiduciario UNCTAD para las Negociaciones de Facilitación del Comercio, visible en https://unctad.org/es/Docs/TN22_LaResoluci%C3%B3nAnticipada.pdf.

³ Béjar, Luis José, *Curso de Derecho Administrativo*, México, Novum, 2012, p. 253.

II. MECANISMO DE RESOLUCIONES ANTICIPADAS

Como ya anticipamos, desarrollaremos en este apartado, la manera en que el tema de la Resoluciones Anticipadas materia de clasificación arancelaria, origen y valoración aduanera está regulado en la legislación aduanera mexicana, para poder contrastarlo con la manera en que se negociaron las consultas de mérito en los Tratados de Libre Comercio de América del Norte; República de Colombia; República de Chile; Estado de Israel; República Oriental del Uruguay; Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; República de Panamá; República del Perú y con el Estado Plurinacional de Bolivia. También haremos lo propio con los la Alianza del Pacífico; el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) y el reciente Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)⁴.

1. Legislación doméstica de México

La regulación aduanera de nuestro país en la materia que nos ocupa, trata de manera general y poco detallada el tema, siendo además que no contempla la posibilidad de realizar una consulta previa en materia de origen de las mercancías, por lo que desarrollaremos únicamente el tema de consultas en materia de clasificación arancelaria y valoración aduanera, además de forma separada puesto que de esa manera se encuentran en la Ley Aduanera mexicana.

No escapa a quien estas líneas escribe, que por publicación de la Primera Resolución de Modificaciones a las Reglas Generales de Comercio Exterior para 2018 se creó la Regla 1.2.9.⁵, que si bien contempló la posibilidad de emisión de resoluciones anticipadas en materia de determinación origen, la circunscribió a los casos previstos en los acuerdos comerciales o tratados de libre comercio suscritos por México, razón por la cual es válida la afirmación de que la legislación doméstica es omisa en la materia. Lo anterior es así, ya que en los casos que no exista un tratado comercial previo, no procederá la solicitud de consulta que nos ocupa.

En materia de clasificación arancelaria, el Artículo 47 contiene el mecanismo para que los importadores, exportadores y agentes aduanales⁶ puedan solicitar la confirmación

⁴ A la fecha de elaboración del presente, el T-MEC se encontraba suscrito por los dignatarios de los 3 países, pero no había sido ratificado por ninguna.

⁵ "1.2.9. De conformidad con los acuerdos comerciales o tratados de libre comercio suscritos por México que se encuentren vigentes, las personas físicas o morales podrán solicitar, con anterioridad a la importación o exportación de la mercancía, la emisión de resoluciones anticipadas en materia de origen, ante la ACAJACE, presentando el formato denominado "Solicitud de emisión de resolución anticipada en materia de origen".

⁶ También conocidos en otras latitudes como Despachantes de Aduana, Corredores de Aduana o Agentes Aduaneros.

de su criterio sobre la fracción arancelaria que colma la clasificación de la mercancía, cuando consideren que puede ser más de una fracción la aplicable al caso concreto.

Dentro de la consulta se debe consignar la fracción arancelaria que se considere aplicable y aquellas con las que existe duda, expresando las razones que apoyen el dicho del solicitante, soportando en su caso la consulta con las muestras, catálogos y demás elementos que permitan la identificación plena de la mercancía. Cumpliendo ciertos requisitos de personería⁷, la consulta podrá presentarse a través de las confederaciones, cámaras o asociaciones de comerciantes, importadores o industriales, en cuyo caso la respuesta obtenida podrá ser aplicada por todo el gremio solicitante. Cuando se trate de mercancías que por sus características sea necesario efectuar el análisis de carácter científico y técnico por parte de la autoridad, deberá anexarse el original del comprobante de Pago de Derechos⁸, en donde conste el pago por el servicio de análisis de laboratorio, por cada muestra a analizar.

⁷ Artículo 18. Toda promoción dirigida a las autoridades fiscales, deberá presentarse mediante documento digital que contenga firma electrónica avanzada. Los contribuyentes que exclusivamente se dediquen a las actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas que no queden comprendidos en el tercer párrafo del Artículo 31 de este Código, podrán no utilizar firma electrónica avanzada. El Servicio de Administración Tributaria, mediante reglas de carácter general, podrá determinar las promociones que se presentarán mediante documento impreso. Las promociones deberán enviarse a través del buzón tributario y deberán tener por lo menos los siguientes requisitos: I. El nombre, la denominación o razón social, y el domicilio fiscal manifestado al registro federal de contribuyentes, para el efecto de fijar la competencia de la autoridad, y la clave que le correspondió en dicho registro. II. Señalar la autoridad a la que se dirige y el propósito de la promoción. III. La dirección de correo electrónico para recibir notificaciones. Cuando no se cumplan los requisitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, las autoridades fiscales requerirán al promovente a fin de que en un plazo de 10 días cumpla con el requisito omitido. En caso de no subsanarse la omisión en dicho plazo, la promoción se tendrá por no presentada, así como cuando se omita señalar la dirección de correo electrónico...

Artículo 18-A. Las promociones que se presenten ante las autoridades fiscales en las que se formulen consultas o solicitudes de autorización o régimen en los términos de los Artículos 34, 34-A y 36 Bis de este Código, para las que no haya forma oficial, deberán cumplir, en adición a los requisitos establecidos en el Artículo 18 de este Código, con lo siguiente: I... IV. Indicar el monto de la operación u operaciones objeto de la promoción. V. Señalar todos los hechos y circunstancias relacionados con la promoción, así como acompañar los documentos e información que soporten tales hechos o circunstancias. VI. Describir las razones de negocio que motivan la operación planteada. VII. Indicar si los hechos o circunstancias sobre los que versa la promoción han sido previamente planteados ante la misma autoridad u otra distinta, o han sido materia de medios de defensa ante autoridades administrativas o jurisdiccionales y, en su caso, el sentido de la resolución. VIII. Indicar si el contribuyente se encuentra sujeto al ejercicio de las facultades de comprobación por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público... Cuando no se cumplan los requisitos a que se refiere este artículo, se estará a lo dispuesto en el Artículo 18, último párrafo de este Código”.

⁸ Artículo 52 de la Ley Federal de Derechos.

Queda prevista la opción de utilizar en una operación de comercio exterior antes de la obtención de la resolución de confirmación de clasificación arancelaria, la fracción arancelaria considerada correcta, siempre y cuando se acompañe a los documentos del despacho aduanero copia de la consulta presentada, además de pagar los impuestos de importación⁹ a la tasa más alta de las susceptibles de tomarse en cuenta¹⁰.

En el caso de que posteriormente se resuelva que la clasificación arancelaria resultante de la consulta sea diversa a la cual en que se clasificó la mercancía en los términos anteriores, no se le embargará la mercancía, hasta que se emita la resolución de la consulta, en su caso.

Si al resolverse la consulta resultaren cantidades a cargo de los importadores, estos las deberán cubrir sin la imposición de sanciones, en tanto que si resultaran a su favor, podrá corregir el pedimento y solicitar su devolución.

El diverso 48 de la Ley Aduanera prevé la actuación de un Consejo de Clasificación Arancelaria¹¹, como órgano de expertos interdisciplinario cuya opinión pudiera valorarse por la autoridad aduanera previo a la emisión de la resolución a los solicitantes en materia de clasificación arancelaria. Sin embargo, a pesar de que dicho Consejo está previsto en la legislación desde su promulgación en 1995, fue que recientemente a través de las Reglas de Comercio Exterior 1.11.1., 1.11.2. y 1.11.3.¹², se normó su integración y reglas de operación, a la par que en la materia que nos ocupa, se dejó como optativo para la autoridad aduanera el requerir su opinión.

Referente al plazo de la autoridad para emitir su resolución, se establece que no será mayor de tres meses a partir de la fecha en que quede debidamente integrado el

⁹ También conocidos como aranceles, impuestos de aduana.

¹⁰ Las que les corresponda a todas las fracciones arancelarias involucradas en la consulta

¹¹ "Artículo 48. Para resolver las consultas que presenten los importadores, exportadores, agentes aduanales, agencias aduanales, confederaciones, cámaras o asociaciones industriales, sobre la correcta clasificación arancelaria a que se refiere el Artículo 47 de esta Ley, las autoridades aduaneras podrán solicitar, cuando así lo requieran, la opinión del Consejo de Clasificación Arancelaria, el cual estará integrado por la autoridad aduanera y los peritos que propongan las confederaciones, cámaras y asociaciones industriales e instituciones académicas. El Servicio de Administración Tributaria establecerá mediante reglas la conformación y las normas de operación de dicho Consejo. Los dictámenes técnicos emitidos por el Consejo y respecto de los cuales el Servicio de Administración Tributaria se apoye para emitir sus resoluciones, deberán publicarse como criterios de clasificación arancelaria dentro de los 30 días siguientes a aquél en que la autoridad hubiere emitido la resolución".

Hasta antes que entrara en vigor la reforma publicada en el DOF el 25 de junio de 2018, era obligación de la autoridad aduanera escuchar previamente la opinión del Consejo de Clasificación.

¹² Primera y Segunda Resolución de Modificaciones a las Reglas Generales de Comercio Exterior para 2018, publicadas en el DOF el 20 de abril de 2018 y 20 de septiembre de 2018.

expediente¹³. En caso que la autoridad quisiera modificar su resolución deberá solicitar su nulidad¹⁴ ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Antes de terminar con este tipo de consultas, es de llamar la atención que la ley no consigna su periodo de vigencia, por lo que se puede dejar a los solicitantes en estado de indefensión, pues tendrán que interpretar de manera armónica las disposiciones para arribar a la conclusión de que en la medida que las condiciones no cambien, permanecerá la validez de la resolución de que se trate. Sin embargo, el término “las condiciones no cambien” es totalmente vago y propicio para generar situaciones de derecho adversas.

El Artículo 78-B de la Ley Aduanera contempla el otro mecanismo de resoluciones anticipadas relativo a la determinación del método de valoración o los elementos para determinar el valor en aduana de las mercancías, es decir, el concepto amplio de valoración aduanera que ya habíamos utilizado.

Para este supuesto, la consulta deberá formularse de manera previa a la operación de importación, cumpliendo con los requisitos a que se hizo mención en el procedimiento anterior y la autoridad cuenta con el plazo de cuatro meses para emitir su resolución. Sin embargo, para este mecanismo, expresamente se contempla que en caso de no emitirse la resolución en el plazo indicado, el solicitante podrá considerar que la respuesta es contraria a sus intereses¹⁵ e interponer los medios de defensa que crea convenientes.

En términos generales, la vigencia de estas resoluciones serán de un ejercicio fiscal¹⁶, ya que podrán utilizarse en operaciones previas siempre que no se hayan iniciado facultades de comprobación sobre las misma, o posteriores en la medida que no sea revocada o modificada y siempre que la persona a la que se le haya expedido no haya manifestado falsamente u omitido hechos o circunstancias en los que se haya basado la resolución a su emisión¹⁷.

¹³ Hasta antes que entrara en vigor la reforma publicada en el DOF el 25 de junio de 18, existió la afirmativa ficta para el caso que la autoridad no resolviera la consulta formulada en un plazo de 4 meses.

¹⁴ Juicio de lesividad.

¹⁵ Negativa ficta.

¹⁶ Código Fiscal de la Federación. “Artículo 11. Cuando las leyes fiscales establezcan que las contribuciones se calcularán por ejercicios fiscales, éstos coincidirán con el año de calendario. Cuando las personas morales inicien sus actividades con posterioridad al 1 de enero, en dicho año el ejercicio fiscal será irregular, debiendo iniciarse el día en que comiencen actividades y terminarse el 31 de diciembre del año de que se trate”

¹⁷ “Artículo 78-B. Los importadores podrán formular consulta ante las autoridades aduaneras sobre el método de valoración o los elementos para determinar el valor en aduana de las mercancías... La resolución que se emita será aplicable a las importaciones que se efectúen con posterioridad a su notificación, durante el ejercicio fiscal de que se trate, en tanto no cambien los fundamentos de hecho y de derecho en que se haya basado, no sea revocada o modificada y siempre que la persona a la que se le haya expedido no haya manifestado falsamente u omitido hechos

Como podrá advertirse, el plazo de vigencia tan reducido de este tipo de resoluciones, ocasiona que los importadores se abstengan de utilizarlo.

2. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*

El TLCAN¹⁸ entró en vigor el 1° de enero de 1994¹⁹ prevé la posibilidad de otorgar resoluciones anticipadas en su Artículo 509 respecto de mercancía originaria y parcialmente de valoración aduanera²⁰.

Así el párrafo 1 del numeral antes señalado, se establece que los países miembros del TLC, por conducto de su autoridad aduanera, podrán otorgar resoluciones anticipadas por escrito, previo a la importación de un bien a su territorio, al importador en su territorio o al exportador o al productor en territorio de otro país parte, con base en los hechos y circunstancias manifestados por el importador, el exportador o el productor respecto del bien próximo a importar, que permitan a la autoridad aduanera realizar determinaciones.

o circunstancias en los que se haya basado la resolución.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el método o los elementos determinados en la resolución podrán aplicarse a las importaciones efectuadas antes de su notificación, durante el ejercicio fiscal en que se haya emitido la resolución, en los términos y condiciones que se señalen en la misma, siempre que no se hayan iniciado facultades de comprobación con relación a dichas operaciones”.

¹⁸ Publicada su autorización en el DOF el 8 de diciembre de 1993 y visible su texto en http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/nafta_s.asp.

¹⁹ Si bien desde el pasado 30/11/18 los presidentes de México y Estados Unidos junto con el Primer Ministro de Canadá firmaron el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, conocido por sus siglas “T-MEC”, a la fecha de elaboración del presente no había entrado en vigor, puesto que no ha sido ratificado por los parlamentos de los tres países, por lo que el TLCAN sigue en vigor al no ser denunciado ni tener fecha de expiración.

²⁰ a) Si un bien califica como originario, de conformidad con el capítulo 4 (Reglas de origen); b) si los materiales no originarios utilizados en la producción de un bien cumplen con el cambio correspondiente de clasificación arancelaria señalado en el anexo 4-03 (Reglas de origen específicas); c) si el bien cumple con el valor de contenido regional establecido en el capítulo 4 (Reglas de origen); d) si el método que aplica el exportador o productor en territorio de la otra Parte, de conformidad con los principios del Código de Valoración Aduanera, para el cálculo de valor de transacción del bien o de los materiales utilizados en la producción de un bien, respecto del cual se solicita una resolución anticipada, es adecuado para determinar si el bien cumple con el valor de contenido regional conforme al capítulo 4 (Reglas de origen); e) si el método que aplica el exportador o productor en territorio de la otra Parte, para la asignación razonable de costos, de conformidad con las Reglamentaciones Uniformes para el cálculo de costo neto de un bien o el valor de un material intermedio, es adecuado para determinar si el bien cumple con el valor de contenido regional conforme al capítulo referido; f) si un bien que reingresa a su territorio después de haber sido exportado desde su territorio al territorio de la otra Parte para ser reparado o alterado, califica para el trato libre de aranceles aduaneros de conformidad con el Artículo 3-08 (Bienes reimportados después de haber sido reparados o alterados); y g) otros asuntos que las Partes convengan.

Por otro lado su párrafo 2 consigna un plazo de 120 días para la expedición de la resolución solicitada, siempre que la autoridad cuente con toda la información así como la obligación de explicar las razones por las que haya negado la solicitud en su caso.

Como regla general el inicio de vigencia de la resolución anticipada, será la de su fecha de expedición, salvo que la autoridad aduanera señale una fecha posterior en la misma resolución, en tanto que para su término expresa que la misma permanecerá vigente hasta en tanto no sea modificada o revocada.

Para tales efectos, el párrafo 6 describe las razones por las cuales la autoridad que emitió una resolución anticipada puede modificarla²¹, en tanto que las modificaciones que se realicen, surtirán efectos del mismo modo que la propia resolución, es decir, en la fecha que se expiden o en la fecha posterior que en la misma modificación la autoridad aduanera lo señale; pero nunca una fecha anterior a la modificación, salvo que el solicitante no hubiere actuado conforme a los términos y condiciones de la misma.

3. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela²²

Este Tratado en vigor desde 1995²³ contempla las resoluciones anticipadas, bajo el nombre de criterios anticipados, su Artículo 7-10, en cuyo párrafo 1 señala que las partes podrán emitir resoluciones anticipadas, por escrito, previamente a la importación de un bien a su territorio, únicamente respecto a si los bienes califican como originarios y parcialmente

²¹ Cuando la resolución se haya fundado en algún error: de hecho; en la clasificación arancelaria de un bien o de los materiales objeto de la resolución; en la aplicación de algún requisito de contenido de valor regional conforme al Capítulo IV, "Reglas de origen"; en la aplicación de las reglas para determinar si un bien califica como bien de una Parte conforme a los Anexo 300-B, al Anexo 302.2; o al Capítulo VII; en la aplicación de las reglas para determinar si un bien es un producto calificado conforme al Capítulo VII; o en la aplicación de las reglas para determinar si un bien que reingrese a su territorio después de que el mismo haya sido exportado de su territorio a territorio de otra Parte para fines de reparación o modificación califique para recibir trato libre de arancel conforme al Artículo 307; cuando la resolución no esté conforme con una interpretación que las Partes hayan acordado respecto del Capítulo III, "Trato nacional y acceso de bienes al mercado"; o del Capítulo IV, "Reglas de origen"; cuando cambien las circunstancias o los hechos que fundamenten la resolución; con el fin de dar cumplimiento a una modificación al Capítulo III, Capítulo IV, a este Capítulo VII, a las Reglas de Mercado de País de Origen o a las Reglamentaciones Uniformes; o con el fin de dar cumplimiento a una resolución judicial o de ajustarse a un cambio en la legislación interna.

²² Por publicación en el DOF el 17 de noviembre de 2006 quedó sin efectos el Tratado para con la República Bolivariana de Venezuela quien lo había denunciado el 23/06/06, por lo que solo quedó en vigor para Colombia y México.

²³ Promulgado en el DOF el 9 de enero de 1995 y visible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4866139&fecha=09/01/1995.

sobre valoración aduanera²⁴ de acuerdo a las reglas de origen del propio Tratado, por lo que las materias de clasificación arancelaria y valoración aduanera quedan fuera.

En cuanto a la manera de obtención de la resolución anticipada, se dispone la obligación para su expedición dentro del plazo de 120 días a partir del momento en que la autoridad haya obtenido toda la información necesaria de quien lo solicita y su obligación de fundar y motivar debidamente la resolución por la que se niegue el criterio anticipado.

La vigencia de la resolución iniciará a partir de su expedición, salvo que se señale en el mismo una fecha posterior para tal efecto, y se mantendrá vigente, hasta en tanto no sea modificado o revocado, por lo que podemos concluir que tiene una duración indefinida.

La modificación o revocación sobrevendrá cuando la autoridad revisora detecte que el importador ha incumplido con los requisitos para su otorgamiento²⁵, destacándose que la validez de la resolución se encuentra sujeta a la obligación de su titular, de informar a la autoridad cualquier cambio sustancial en los hechos o circunstancias en que el criterio se hubiese fundado.

4. Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos

Este Tratado en vigor desde 1999²⁶ contiene en su Artículo 5-09 la posibilidad de que los países emitan resoluciones anticipadas en materia²⁷ de origen de las mercancías y parcialmente de valoración aduanera.

A diferencia de los dos Tratados anteriores queda previsto que la Parte otorgará a toda persona que solicite una resolución anticipada, el mismo trato, la misma interpretación y aplicación de las disposiciones referentes a la determinación de origen, que haya otorgado a cualquier otra persona a la que haya expedido una resolución anticipada, cuando los

²⁴ Los criterios versarán sobre: a) si los materiales no originarios utilizados en la producción de un bien cumplen con el cambio correspondiente de clasificación arancelaria señalado en el anexo al Artículo 6-03 del capítulo VI como resultado de que la producción se lleve a cabo en territorio de una o más Partes; b) si el bien cumple con el requisito de valor de contenido regional establecido en el anexo al Artículo 6-03 del capítulo VI; c) si el método para calcular el valor de un bien o de los materiales utilizados en la producción de un bien, que deba aplicar el exportador o productor en territorio de otra Parte, de conformidad con los principios del Código de Valoración Aduanera y con el fin de determinar si el bien cumple el requisito de valor de contenido regional conforme al anexo al Artículo 6-03 del capítulo VI; o d) otros asuntos que las Partes convengan.

²⁵ a) el exportador o el productor cumple con los términos y condiciones del criterio anticipado; b) las operaciones del exportador o del productor concuerdan con las circunstancias y los hechos sustanciales que fundamentan ese criterio; y c) los datos y cálculos comprobatorios utilizados en la aplicación del método para calcular el valor son correctos en todos los aspectos sustanciales.

²⁶ Publicado en el DOF el 28 de julio de 1999 y visible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4951767&fecha=28/07/1999.

²⁷ Ver nota 20.

hechos y las circunstancias sean idénticos en todos los aspectos sustanciales, pero no se establece un plazo para que la autoridad emita la resolución anticipada solicitada.

Su vigencia será indefinida mientras se mantengan los hechos y circunstancias que hayan servido para su emisión, aunque pueda ser modificada o revocada²⁸.

Expresamente se excluye la posibilidad de dictarse una resolución anticipada para los casos en que un bien que se encuentre sujeto a una verificación de origen o a alguna instancia de revisión o impugnación en territorio de cualquiera de las Partes.

5. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel

Este Tratado en vigor desde julio del año 2000²⁹ contempla las resoluciones anticipadas en su Artículo 4-09, en materia de origen de las mercancías y parcialmente de valoración aduanera³⁰ con base en los hechos y circunstancias manifestadas por los mismos, en un plazo de 120 días posteriores a la obtención de toda la información necesaria para dichos efectos, la cual se deberá dejar sin efectos cuando un bien esté sujeto a una verificación de origen o a una revisión o impugnación en el territorio de una Parte.

Estas resoluciones tendrán una duración indefinida hasta que se modifiquen o revoquen³¹. Igualmente dispone el Tratado que cuando la autoridad competente decida

²⁸ a) cuando la resolución anticipada se hubiere fundado en algún error: i) de hecho, ii) en la clasificación arancelaria del bien o de los materiales, objeto de la resolución, iii) en la aplicación del valor de contenido regional conforme al capítulo 4 (Reglas de origen), o iv) en la aplicación de las reglas para determinar si un bien, que reingresa a su territorio después de que el mismo haya sido exportado de su territorio a territorio de la otra Parte para fines de reparación o alteración, califica para recibir trato libre de aranceles aduaneros conforme al Artículo 3-08 (Bienes reimportados después de haber sido reparados o alterados); b) cuando la resolución no esté conforme con una interpretación que las Partes hayan acordado respecto del capítulo 3 (Trato nacional y acceso de bienes al mercado) o del capítulo 4 (Reglas de origen); c) cuando cambien las circunstancias o los hechos que lo fundamenten; d) con el fin de dar cumplimiento a una modificación del capítulo 3 (Trato nacional y acceso de bienes al mercado), capítulo 4 (Reglas de origen), a este capítulo, o a las Reglamentaciones Uniformes; o e) con el fin de dar cumplimiento a una decisión administrativa o judicial o de ajustarse a un cambio en la legislación de la Parte que haya expedido la resolución anticipada.

²⁹ Publicado en el DOF el 28 de junio de 2000 y visible en <https://www.dof.gob.mx/index.php?year=2000&month=06&day=28>.

³⁰ Ver nota 20.

³¹ La resolución anticipada podrá ser modificada o revocada, por la autoridad competente, en los siguientes casos: a) cuando la resolución anticipada se hubiere fundado en algún error: i) de hecho; ii) en la clasificación arancelaria del bien o de los materiales, objeto de la resolución; o iii) en la aplicación del valor de contenido regional conforme al capítulo III (Reglas de Origen); o b) cuando la resolución no esté conforme con lo establecido al capítulo III (Reglas de origen) o con una interpretación que las Partes hayan acordado o respecto a una modificación del capítulo III (Reglas de origen); c) cuando cambien las circunstancias o los hechos que lo fundamenten; d) con el fin de dar cumplimiento a una decisión administrativa o judicial o de ajustarse a un cambio en la legislación de la Parte que haya expedido la resolución anticipada; o e) cualquier otro factor relevante que pudiera afectar el resultado de la resolución anticipada.

que la resolución anticipada se ha fundado en información incorrecta, no se sancione a la persona a quien se le haya expedido, si ésta demuestra que actuó con cuidado razonable y de buena fe, situación diferente ocurre en los casos en que se haya manifestado falsamente u omitido circunstancias o hechos sustanciales en que se funde la resolución anticipada, puesto que aquí la Parte de que se trate, puede tomar las medidas que ameriten las circunstancias.

6. *Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*

Este Tratado entró en vigor en julio de 2004³² y prevé el otorgamiento de resoluciones anticipadas en el Artículo 5-10, por conducto de su autoridad aduanera y por escrito, de manera previa a la importación de un bien, ya sea al importador o al exportador o productor en el territorio de la otra Parte, con base en los hechos y circunstancias que manifieste el solicitante con relación al origen de la mercancía y parcialmente sobre valoración aduanera³³.

En este Tratado no está delimitado el plazo en que la autoridad deberá expedir la resolución, ni tampoco su vigencia, aunque se infiere que será mientras se mantengan los hechos o circunstancias que sirvieron de base para su emisión y hasta que se modifique o revoque³⁴.

Igual que en casos anteriores queda aclarado que cuando la autoridad competente decida que la resolución anticipada se ha fundado en información incorrecta, no se sancione a la persona a quien se le haya expedido, si ésta demuestra que actuó con cuidado razonable y de buena fe, situación diferente ocurre en los casos en que se haya manifestado falsamente u omitido circunstancias o hechos sustanciales en que se funde la resolución anticipada, puesto que aquí la Parte de que se trate, puede tomar las medidas que ameriten las circunstancias.

³² Publicado en el DOF el 14 de julio de 2004 y visible en http://www.sice.oas.org/trade/mexurufta_s/text_s.asp.

³³ Ver nota 20.

³⁴ a. cuando la resolución anticipada se hubiere fundado en algún error: i) de hecho, ii) en la clasificación arancelaria del bien o de los materiales objeto de la resolución, iii) en la aplicación del valor de contenido regional conforme al capítulo IV (Régimen de Origen), o iv) en la aplicación de las reglas para determinar si un bien, que reingresa a su territorio después de que el mismo haya sido exportado de su territorio a territorio de la otra Parte para fines de reparación o alteración, califica para recibir trato libre de aranceles aduaneros conforme al Artículo 3-07 (Bienes reimportados o reexportados después de haber sido reparados o alterados); b. cuando la resolución no esté conforme con una interpretación que las Partes hayan acordado respecto el capítulo III (Trato Nacional y Acceso de Bienes al Mercado) o del capítulo IV (Régimen de Origen); c. cuando cambien las circunstancias o los hechos que lo fundamenten; d. con el fin de dar cumplimiento a una modificación al capítulo III ((Trato Nacional y Acceso de Bienes al Mercado), al capítulo IV (Régimen de Origen), a este capítulo, o a las Reglamentaciones Uniformes; o e. con el fin de dar cumplimiento a una decisión administrativa o judicial o de ajustarse a un cambio en la legislación de la Parte que haya expedido la resolución anticipada.

7. Acuerdo de Complementación Económica No. 66 celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado Plurinacional de Bolivia

Si bien con este país sudamericano no se cuenta con un tratado de libre comercio, se cuenta con un Acuerdo³⁵ que tiende a eliminar barreras arancelarias y no arancelarias, además de conceder diversas preferencias arancelarias.

Contempla la figura de la resolución anticipada, aunque bajo la denominación de dictámenes anticipados, en su Artículo 6-10 con base en los hechos y circunstancias manifestados por los mismos, respecto³⁶ a si los bienes califican o no como originarios y parcialmente sobre valoración aduanera, siendo expedidos dentro del plazo de 120 días posteriores a que se haya dotado a la autoridad toda la información necesaria para ello. La vigencia del dictamen será indefinida, hasta en tanto no se modifique o revoque³⁷.

Como en los casos analizados con anterioridad queda aclarado que cuando la autoridad competente decida que la resolución anticipada se ha fundado en información incorrecta, no se sancione a la persona a quien se le haya expedido, si ésta demuestra que actuó con cuidado razonable y de buena fe, situación diferente ocurre en los casos en que se haya manifestado falsamente u omitido circunstancias o hechos sustanciales en que se funde la resolución anticipada, puesto que aquí la Parte de que se trate, puede tomar las medidas que ameriten las circunstancias.

8. Acuerdo de Integración Comercial entre Los Estados Unidos Mexicanos y La República del Perú

Este denominado Acuerdo es en realidad un Tratado de Libre Comercio, ya que su finalidad es establecer una zona de libre comercio de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del GATT de 1994 y el Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio, entró en vigor³⁸ en febrero de 2012.

³⁵ Firmado el 17 de mayo de 2010 y en vigor desde el 7 de junio del mismo año, cuyo texto es visible en https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5145422&fecha=07/06/2010.

³⁶ Ver nota 20.

³⁷ a) cuando se hubiere fundado en algún error: i) de hecho; ii) en la clasificación arancelaria del bien o de los materiales; iii) relativo al cumplimiento del bien con el requisito de valor de contenido regional; b) cuando no esté conforme con una interpretación acordada entre las Partes o una modificación con respecto al Artículo 3-11 (Marcado de país de origen) o al Capítulo V (Reglas de Origen); c) cuando cambien las circunstancias o los hechos que lo fundamenten; o d) con el fin de dar cumplimiento a una decisión administrativa o judicial.

³⁸ Se publicó en el DOF el 30 de enero de 2012, visible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5231503&fecha=30/01/2012.

Una de las evidencias de la modernidad de este Tratado³⁹ es que en su Artículo 4.36 expresamente contempla resoluciones anticipadas⁴⁰ en materia de clasificación arancelaria, valoración aduanera y origen de las mercancías. Recordemos que hasta este punto, los tratados analizados únicamente habían contemplado el tema de determinación de origen de las mercancías y parcialmente de valoración aduanera, puesto que quedaba circunscrita a la determinación del origen de los bienes.

Igualmente resulta diferente el plazo para su otorgamiento, puesto que rebasa el tope de 120 días que se había mantenido como estándar para llegar a los 150, aunque su vigencia se mantiene igual, ya que será indefinida en la medida que no se modifique o revoque⁴¹.

Otra novedad es en materia de publicidad, puesto que se establece que dentro de los límites de la normativa de confidencialidad de cada país, éstos pondrán a disposición del público las resoluciones anticipadas otorgadas.

También es de reciente aparición el que las partes puedan intercambiarse información para aplicar las medidas que correspondan, tratándose de casos donde un solicitante proporcione información falsa u omita hechos o circunstancias relevantes relacionadas con la resolución anticipada, o no actúa de conformidad con los términos y condiciones de la resolución que se le haya otorgado.

9. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua

Este tratado en vigor desde septiembre de 2012⁴², contempla la figura de resoluciones anticipadas bajo el nombre de criterios anticipados, para las materias de origen de las mercancías y parcial de valoración aduanera⁴³.

Nuevamente regresa el plazo de 120 para la emisión de estos criterios, los que estarán en vigor en la medida que no se revoquen o modifiquen⁴⁴, pero se aclara que su

³⁹ Aun y cuando formalmente se le denominó Acuerdo.

⁴⁰ a) clasificación arancelaria; b) si una mercancía califica como originaria, conforme a este Capítulo; c) la aplicación de criterios de valoración aduanera, conforme al Acuerdo de Valoración Aduanera; y d) otros asuntos que las Partes convengan.

⁴¹ a) cuando la resolución anticipada se hubiere fundado en algún error: i) de hecho; ii) en la clasificación arancelaria de la mercancía o de los materiales objeto de la resolución; o iii) en la aplicación del valor de contenido regional conforme este Capítulo; b) cuando la resolución no esté conforme con una interpretación que las Partes hayan acordado respecto de este Capítulo; c) cuando cambien las circunstancias o los hechos que la fundamenten; o d) con el fin de dar cumplimiento a una decisión administrativa o judicial o de ajustarse a un cambio en la legislación nacional de la Parte que haya expedido la resolución anticipada.

⁴² Publicado en el DOF el 31 de agosto de 2012 y visible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5266126&fecha=31/08/2012.

⁴³ Ver nota 20.

⁴⁴ (a) el criterio anticipado se hubiere fundado en algún error: (i) de hecho; (ii) en la clasificación arancelaria de la mercancía o de los materiales objeto del criterio; o (iii) en la aplicación del

destinatario no podrá utilizarlo de existir un cambio sustancial en los hechos y circunstancias en que se basó la autoridad competente para emitirlo.

También se establece la posibilidad para las partes de poder aplicar las medidas establecidas en su legislación nacional, cuando emita un criterio anticipado a una persona que haya manifestado falsamente u omitido circunstancias o hechos sustanciales en que se funde dicho criterio.

10. *Tratado de Libre Comercio entre Los Estados Unidos Mexicanos y La República de Panamá*

Este es el último Tratado bilateral suscrito por nuestro país en vigor desde julio del 2015⁴⁵, lo que consecuentemente lo hace con la redacción más moderna y amplia, ya que contempla en la materia que nos ocupa, la posibilidad de que las partes expidan resoluciones anticipadas en materia de clasificación arancelaria, origen de la mercancía y valoración aduanera⁴⁶, según su Artículo 5.11.

Por otra parte, se establece el plazo ampliado de 150 días para su emisión y en cuánto a su duración se especifica que al menos será por tres años, en la medida que los hechos y circunstancias que sirvieron para su emisión no hayan cambiado. Con lo anterior podríamos afirmar que a diferencia de los tratados anteriores en que la duración era indefinida en la medida que los hechos y circunstancias que sirvieron para su emisión no hubieran cambiado, en este, dicha protección se limita a tres años, ya que al parecer con posterioridad a dicha fecha pudiera dejar de ser válido.

En los casos de modificación⁴⁷ se deberá hacer del conocimiento de su titular dicha situación, para que surta efectos posteriormente.

requisito de valor de contenido regional, de conformidad con lo establecido en el Capítulo IV (Reglas de Origen); (b) no esté conforme con una interpretación acordada entre las Partes o una modificación con respecto al Artículo 3.15 (Marcado de País de Origen) o al Capítulo IV (Reglas de Origen); (c) cambien las circunstancias o los hechos que lo fundamenten; (d) tenga por objeto dar cumplimiento a una decisión administrativa o judicial; o (e) se base en información que se determina como incorrecta o falsa.

⁴⁵ Publicado en el DOF el 29 de junio 2015 y visible en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5398630&fecha=29/06/2015.

⁴⁶ (a) clasificación arancelaria; (b) si una mercancía califica como originaria de conformidad con las disposiciones en materia de Reglas de Origen y Procedimientos Aduaneros de este Tratado; (c) la aplicación de criterios de valoración aduanera, de conformidad con el Acuerdo de Valoración Aduanera, y (d) los demás asuntos que las Partes acuerden.

⁴⁷ (a) cuando la resolución anticipada se hubiere fundado en información falsa o inexacta; (b) cuando cambien las circunstancias o los hechos que la fundamenten, o (c) para dar cumplimiento a una decisión administrativa o judicial, o para ajustarse a un cambio en la legislación nacional de la Parte que haya expedido la resolución anticipada.

Existe la posibilidad de abstención de emitir la consulta anticipada, cuando los hechos que constituyan su base, se encuentren en revisión en procedimientos administrativos o judiciales, pero se deberá notificar al solicitante las razones de hecho y de derecho en que se fundamenta tal decisión.

Finalmente al igual que en el caso del tratado con Perú, se insta a las partes, acorde a los lineamientos de confidencialidad de su legislación interna a poner sus resoluciones anticipadas a disposición del público, inclusive por Internet.

11. *Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*

Si bien es cierto en este apartado no reseñamos un tratado bilateral, lo abordamos puesto que un integrante de la Alianza es nuestro país y el resto de sus signatarios son Chile, Colombia y Perú con los que también tenemos celebrados tratados de libre comercio bilaterales. Entró en vigor en febrero de 2017⁴⁸.

Primeramente diremos que el tema sobre el cual versarán las resoluciones anticipadas podrá ser en materia de clasificación arancelaria, origen y valoración aduanera de mercancías⁴⁹.

Entrando en materia diremos que las Resoluciones que se comentan tendrán una vigencia de tres años cuando menos, siempre y cuando no se modifiquen los hechos o circunstancias que hayan dado lugar a su emisión, con lo cual, se desprende que los integrantes de la Alianza solamente quisieron establecer un mínimo de tiempo para su validez, quedando abierta la posibilidad de que en la legislación interna de cada una, se estableciera una mayor, o bien, como lo comentamos en el caso del Tratado con Panamá, solamente se garantizó un temporalidad mínima.

Adicionalmente y con objeto de salvaguardar la seguridad jurídica de los destinatarios de las resoluciones, se establece la prohibición de aplicar de manera retroactiva los efectos derivados de su modificación o revocación, salvo tratándose de haberse valido de información falsa o incorrecta para su obtención. En estos términos se permite que la Parte que la emitió pueda modificarla o revocarla en los casos en que se advierta que se haya fundado en un error; o bien, que cambien las circunstancias o hechos en que se haya basado; o bien, para dar cumplimiento a una decisión administrativa o judicial o para ajustarse a un cambio en la legislación del país otorgante. Esta modificación o revocación puede obedecer a petición del destinatario o de oficio.

⁴⁸ Publicado en el DOF el 29 de abril de 2016 y visible en http://www.sice.oas.org/trade/pac_all/index_pdf_s.asp.

⁴⁹ (a) clasificación arancelaria; (b) si una mercancía califica como originaria de conformidad con el Capítulo 4 (Reglas de Origen y Procedimientos Relacionados con el Origen); (c) la aplicación de criterios de valoración aduanera, conforme al Acuerdo de Valoración Aduanera, y (4) (d) los demás asuntos que las Partes acuerden.

Para los casos en que se haya proporcionado información falsa u omitiendo hechos o circunstancia relevantes, quedan a salvo en beneficio del emisor de la resolución las facultades para la aplicación de medidas apropiadas como acciones civiles, penales o administrativas e incluso la imposición de sanciones.

En cuanto al procedimiento se advierte que para la emisión de las resoluciones que se comentan las Partes se sujetarán a los plazos y procedimiento interno, sin que pueda exceder de los 150 días posteriores al que el solicitante respectivo haya presentado la totalidad de la información que se requiera. En tanto que una Parte está facultada para abstenerse de emitir la resolución anticipada si los hechos y circunstancias que la motiven, se encuentra en revisión en un procedimiento administrativo o judicial.

Finalmente y acorde a los principios de confidencialidad previstos en la legislación doméstica de cada parte, deberá poner en conocimiento del público en general estas resoluciones, inclusive por Internet.

Resumiendo y para los efectos del presente, es destacable que dentro del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, se pueden solicitar que una Parte se pronuncie respecto de clasificación arancelaria, origen de las mercancías y valoración aduanera, siendo que la resolución que al efecto se emita tendrá una validez de al menos tres años, al igual que el Tratado bilateral que tiene nuestro país con Panamá. Sin embargo, se destaca que es diferente el trato otorgado dentro de la Alianza que en los tratados bilaterales con cada país, salvo el caso de Perú.

12. *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico*

Primeramente se precisa que tanto Chile, México y Perú son signatarios de este Tratado⁵⁰, a la par que tienen sendos instrumentos bilaterales con nuestro país y como ya se analizó, también son integrantes de la Alianza del Pacífico, en tanto que con Canadá y Japón se tiene también un acuerdo comercial vigente.

Las partes pactaron emitir por escrito tan pronto como sea posible, sin exceder de 150 días, resoluciones anticipadas en materia de clasificación arancelaria de las mercancías, valoración aduanera y reglas de origen⁵¹.

⁵⁰ En adición a Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur y Vietnam visible en https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5545130&fecha=29/11/2018.

⁵¹ "Artículo 5.3: Resoluciones Anticipadas. 1. Cada Parte emitirá, previo a la importación de una mercancía de una Parte a su territorio, una resolución anticipada por escrito a petición por escrito de un importador en su territorio, o de un exportador o productor en el territorio de otra Parte, con respecto a: (a) la clasificación arancelaria; (b) la aplicación de criterios de valoración aduanera para un caso particular de conformidad con el Acuerdo de Valoración Aduanera; (c) si una mercancía es originaria de conformidad con el Capítulo 3 (Reglas de Origen y Procedimientos Relacionados con el Origen); y (d) cualesquiera otros asuntos que las Partes puedan decidir".

También se pactó la posibilidad para las partes de abstenerse a emitir la resolución anticipada solicitada, tratándose de los casos en que los hechos y circunstancias en que se apoye, esté siendo objeto de revisión administrativa o judicial.

En cuanto a la vigencia de estas resoluciones, se pactó que al menos será por tres años a partir de la fecha de su notificación, u otra fecha indicada en la misma y siempre que no varíen los hechos y circunstancias que le hayan servido de apoyo.

Solamente podrán modificarse este tipo de resoluciones, cuando exista un cambio de ley, hechos o circunstancias que le sirvieron de sustento, si ésta se basó en información inexacta, falsa, o bien, fue errónea.

No podrá aplicarse de manera retroactiva la modificación o revocación de la resolución en perjuicio del solicitante, salvo que se haya sustentado en información inexacta o falsa proporcionada por él.

Las partes asegurarán el acceso a la revisión administrativa de estas resoluciones y acorde a sus requisitos de confidencialidad, procurarán ponerlas a disposición pública, inclusive en línea.

Nuevamente se observa que salvo el apartado del acceso a la revisión administrativa, los términos de la resolución anticipada son sensiblemente similares a lo pactado con Perú, Panamá y la Alianza del Pacífico.

13. *Tratado México, Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC)*⁵²

Este Acuerdo fue firmado el 30 de noviembre de 2018 en Buenos Aires Argentina, en el marco de La Cumbre de Líderes del G20, cuyo texto fue publicado en la página de Internet del gobierno federal de nuestro país el 1° de octubre de 2018⁵³, en el cual se señala que es un "*texto sujeto a revisión legal para asegurar su precisión, claridad y congruencia*" y un "*texto sujeto a autenticación de idiomas*"; prevé la figura de las resoluciones anticipadas en su Artículo 7.5⁵⁴, destacándose que además de la materia de clasificación arancelaria, valoración aduanera y origen se podrán obtener para conocer si la misma está sujeta a cupo o contingente de importación, situación que hasta el momento es novedosa en todos los tratados comerciales suscritos por nuestro país.

⁵² Se menciona que al 27 de febrero de 2019, fecha de elaboración del presente artículo, el tratado estaba signado por los tres países, pero no había sido ratificado por ninguno de ellos, por lo que no está vigente en este momento.

⁵³ Visible en <https://www.gob.mx/tlcan/acciones-y-programas/resultados-de-la-modernizacion-del-acuerdo-comercial-entre-mexico-estados-unidos-y-canada?state=published>.

⁵⁴ (a) clasificación arancelaria; (b) la aplicación de los criterios de valoración aduanera para un caso en particular, de conformidad con los principios del Acuerdo de Valoración Aduanera; (c) el origen de la mercancía, incluyendo si ésta califica como originaria conforme a los términos de este Acuerdo; (d) si la mercancía está sujeta a un cupo o un contingente arancelario; y (e) otros asuntos que las Partes acuerden.

El plazo para su expedición no deberá ser superior a 120 días y su vigencia será hasta que no sea modificada o revocada⁵⁵ y en cuanto a su publicidad, cada parte pondrá en línea, a disposición del público de conformidad con sus leyes, regulaciones y procedimientos, sus resoluciones anticipadas, completas o editadas, debido a sus normas en materia de protección de datos.

III. POSIBLE DISCREPANCIA

De acuerdo al análisis del apartado anterior, es claro que existe muy poca consistencia en cuanto a los conceptos sobre los cuales se puede expedir una consulta anticipada en materia de comercio exterior, ya que es muy diferente dependiendo de la legislación local mexicana, el tratado comercial de que se trate, e incluso, existen caso en que con un mismo país se tenga un trato diferente, en más de un tratado comercial signado con la misma entidad.

Con estos antecedentes, podemos teorizar cuatro tipos de operaciones: (i) realizada entre nacionales; (ii) realizada entre un nacional y un extranjero cuyo país no tiene celebrado un tratado comercial con nuestro país; (iii) realizada entre un nacional y un extranjero cuyo país tiene celebrado un tratado comercial con el nuestro; y (iv) realizada entre un nacional y un extranjero cuyo país tiene celebrado un tratado comercial con nuestro país, además de formar parte de un bloque comercial como la Alianza del Pacífico o la reconocida por el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.

Para los primer y segundo supuestos, no debiera existir problema alguno, ya que los contratantes podrán acogerse al texto analizado en el numeral 2.1. anterior y conocer los términos y consecuencias de Derecho que les sea aplicable. Sin embargo, al tratarse de los supuestos tercero y cuarto, puede que las consecuencias no sean tan previsibles, influyendo en el campo de la seguridad jurídica, máxime que tratándose del último supuesto, tenemos el supuesto de países que de acuerdo con lo negociado en un tratado comercial las consecuencias serán unas, en tanto que con los mismos países existe un tratado comercial posterior⁵⁶, que contiene diferentes consecuencias.

A la seguridad jurídica debemos entenderla expresada en mandatos de carácter formal con respecto a la actuación del Estado y de sus órganos, preservando la idea de la división de poderes como sujeción funcional a una serie de reglas del juego, con el objetivo de preservar la libertad de las personas que habitan en el propio Estado, efecto de un constitucionalismo social⁵⁷.

⁵⁵ Si hay un cambio en la ley, hechos o circunstancias en que se basó la resolución, o si la resolución se basó en información inexacta o falsa, o en un error.

⁵⁶ Alianza del pacífico o Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.

⁵⁷ Cfr. Peces Barba Martínez, Gregorio, "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho", *Anuario de derechos humanos*, número 6, 1990, p. 215-229, visible en <http://hdl.handle.net/10016/10384>.

La seguridad jurídica busca que la estructura del ordenamiento sea correcta, y que también lo sea su funcionamiento. La corrección estructural se concreta en una serie de principios que están presentes en casi todos los ordenamientos jurídicos democráticos, entre esos principios encontramos los siguientes principios: (i) *Lege promulgata*, según el cual para que una norma jurídica sea obligatoria tiene que haber sido debidamente dada a conocer a sus destinatarios, en los términos preestablecidos; (ii) *Lege manifesta*, por el que las normas jurídicas deben ser claras y comprensibles, preferentemente alejadas de formulismos; (iii) *Lege plena*, por el que las consecuencias jurídicas de alguna conducta deben estar tipificadas en un texto normativo; (iv) *Lege stricta*, regulación exclusiva de cierto tipo de normas a determinados actos. Es común con la materia penal o la materia tributaria, en las cuales las constituciones suelen establecer una reserva de ley, conforme a la cual solamente el legislador puede establecer los tipos penales o tributos para el sostenimiento del gasto público; (v) *Lege previa*, las leyes solamente pueden regir hacia el futuro, haciendo previsibles las consecuencias de nuestra conducta; y (vi) *Lege perpetua*, para que los ordenamientos jurídicos puedan ser lo más estable posible a fin de evitar el incumplimiento causado por una normativa volátil⁵⁸.

Los principios que se acaban de enumerar no tienen sentido por sí solos, para que en verdad puedan estar al servicio de la seguridad jurídica es necesario que todos ellos, estén presentes en un ordenamiento jurídico determinado. No serviría de nada que las leyes no pudieran ser retroactivas si su contenido fuera tan oscuro que nadie las entendiera, tampoco tendría sentido disponer la necesidad de publicar las leyes si los jueces pudieran utilizar sus propias convicciones personales al momento de imponer una multa o fijar una pena privativa de la libertad. La seguridad jurídica exige la presencia de todos esos principios para volverse realidad.

Igualmente podemos decir que los principios aludidos carecerían de razón cuando a una misma conducta se le pueda aplicar diversa legislación, la cual además de ser diferente en cuanto a nivel jerárquico, puede tener también un contenido diverso.

Digamos a guisa de ejemplo, que un fabricante de un país con el cual México no tiene celebrado un tratado de libre comercio⁵⁹, pretende exportar cierto producto a México, pero previo a la operación comercial desea conocer si el bien califica como originario, para efecto de anticipar las consecuencias en materia de reglas de origen y cuotas compensatorias, partiendo de la base que dicho comerciante conoce que México es signatario del

⁵⁸ Cfr. Pérez Luño, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica: Una garantía del Derecho y la justicia*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 28 y 29.

⁵⁹ Diferente a los países mencionados en los apartados 2.2. a 2.13.

mecanismo de integración regional AP e incluso del CPTPP, por lo que puede formular a la autoridad competente mexicana, una consulta respecto del origen de la mercancía.

Como resultado a la consulta anterior, la autoridad mexicana analizará en primer término si el solicitante puede ser considerado como “parte”⁶⁰ para efectos de las disposiciones de la AP o CPTPP y al percatarse que no lo es, difícilmente le aplicará la normatividad generada para los mecanismo recién nombrados y tendrá que limitarse a aplicar su legislación doméstica, que no prevé la consulta que pretende el solicitante y que por tanto tendrá que limitarse a la normatividad establecida, en función al Principio de Legalidad que debe imperar, como un “sometimiento de las administraciones a la Ley y al Derecho”⁶¹.

Una situación aparentemente menos grave, pero que igual impacta en el ámbito de la seguridad jurídica, sería el que la consulta planteada por el exportador de marras no se refiriera al origen de las mercancías, sino a su clasificación arancelaria, situación que sí está contemplada en la legislación doméstica mexicana. En este supuesto, la dualidad en la respuesta no estribará en el fondo de la cuestión planteada, sino en la vigencia en la cual pueda utilizarla el destinatario. Es decir, para la legislación doméstica mexicana la resolución recaída a una consulta sobre clasificación arancelaria podrá ser utilizada mientras las circunstancias que le dieron origen no cambien, en tanto que para la AP o CPTPP su duración si bien pudiera ser indefinida, el texto legal dispone que solo se le garantiza una vigencia de tres años.

Otro caso que pudiera generar confusión, es cuando el mismo país de origen del exportador, tiene establecidos más de un acuerdo comercial con México, como pudiera ser Chile. Así, para efectos del tratado de libre comercio en vigor desde 1999, quedaba excluidas las resoluciones en materia de clasificación arancelaria de las mercancías, tema que si quedó cubierto bajo el CPTPP. No obstante, las reglas para el tratamiento de las consultas sobre origen de las mercancías y valoración aduanera, no son consistentes en el Tratado de Libre Comercio de 1999 y la AP o CPTPP.

Por la extensión a que está sujeto el presente, solamente consignamos algunas hipótesis, pero la discrepancia entre las disposiciones locales en materia de requisitos para obtención y sus características de las resoluciones anticipadas con la respectivas de los Tratados de Libre Comercio suscritos por nuestro país, la AP y CPTPP pueden llegar a configurar un sinfín de casos donde se merme la seguridad jurídica de los contratantes e incluso

⁶⁰ Es decir, “todo Estado respecto del cual haya entrado en vigor el presente Protocolo Adicional” Visible en http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Capitulo_II_DefiniconesGrales.pdf.

⁶¹ Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Derecho político español, según la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2004, vol. II, p. 581.

abrir la puerta a prácticas de corrupción que suelen tener como génesis la discrecionalidad⁶² en el actuar de la autoridad que deba resolver.

En lo que a estas líneas concierne, las anteriores pueden ser las consecuencias de mantener para lo doméstico una legislación que no guarda relación con los compromisos internacionales que se van adquiriendo para fomentar el comercio internacional.

IV. CONCLUSIÓN

1. La evolución en los tratados comerciales que ha suscrito nuestro país ha ido incrementando las materias sobre las cuales se pueden obtener resoluciones anticipadas en materia de comercio exterior, iniciando con origen y valoración aduanera de las mercancías, posteriormente se adiciono la clasificación arancelaria y finalmente la sujeción de la misma a cupos o contingentes arancelarios.

2. El tratamiento jurídico que nuestro país le otorga a las resoluciones anticipadas en materia de comercio exterior, dependerá del contenido del tratado comercial de que se trate, pudiendo darse el caso que algún país tuviera un trato diferente, dependiendo lo acordado en más de un convenio del que sea parte⁶³.

3. La falta de consistencia –o ausencia, inclusive– del procedimiento para la obtención de las resoluciones anticipadas en materia de clasificación arancelaria, origen de las mercancías o valoración aduanera pudieran ocasionar una colisión entre la legislación federal (Ley Aduanera) y el tratado internacional suscrito por México, por lo que se recomienda una reforma legislativa para homologar la legislación doméstica mexicana en la materia que hemos tratado, con la que tiene negociada en acuerdos comerciales y tratados de libre comercio.

⁶² Castro Cuenca, Carlos Guillermo, *La corrupción pública y privada: Causas, efectos y mecanismos para combatirla*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017, pp. 46 y 47.

⁶³ Por ejemplo, con Chile y Perú se tiene un Tratado de Libre Comercio bilateral y son miembros de AP y del CPTPP junto con Canadá y Japón, con quienes también tenemos un tratado bilateral.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- BÉJAR, Luis José, *Curso de Derecho Administrativo*, México, Novum, 2012.
- CASÁS, José Osvaldo, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente, a partir del principio de reserva de ley tributaria*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.
- CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo, *La corrupción pública y privada: Causas, efectos y mecanismos para combatirla*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2017.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Derecho político español, según la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2004, vol. II.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho", *Anuario de derechos humanos*, número 6, 1990, <http://hdl.handle.net/10016/10384>.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica: Una garantía del Derecho y la justicia*, Barcelona, Ariel, 1991.
- ROMERO-FLOR, Luis María, "La reserva de ley como principio fundamental del Derecho Tributario", *Revista Dixi*, volumen 15, número 18, Bucaramanga, 2013.
- TORRUCO SALCEDO, Sitali, *El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico mexicano, Reforma hacendaria en la agenda de la reforma del Estado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2009, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2724/2.pdf>.

2. Normatividad

- Acuerdo de Complementación Económica No. 66 celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado Plurinacional de Bolivia*, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5145422&fecha=07/06/2010.
- Acuerdo de Integración Comercial entre Los Estados Unidos Mexicanos y La República del Perú*, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5231503&fecha=30/01/2012.
- Código Fiscal de la Federación*, México, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cff.htm>.
- Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros del Consejo de Cooperación Aduanera*, Organización Mundial de Aduanas, http://www.aaag.org.mx/uploads/files_temas/TM_2014/TM_2014_05.pdf.
- Ley Aduanera*, México, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ladua.htm>.
- Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*, http://www.sice.oas.org/trade/pac_all/index_pdf_s.asp.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/nafta_s.asp.

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4951767&fecha=28/07/1999.

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.sice.oas.org/trade/mexurufta_s/text_s.asp.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel, <https://www.dof.gob.mx/index.php?year=2000&month=06&day=28>.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y Las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5266126&fecha=31/08/2012.

Tratado de Libre Comercio entre Los Estados Unidos Mexicanos y La República de Panamá, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5398630&fecha=29/06/2015.

*Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela*⁶⁴, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4866139&fecha=09/01/1995.

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5545130&fecha=29/11/2018.

*Tratado México, Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC)*⁶⁵, <https://www.gob.mx/tlcan/acciones-y-programas/resultados-de-la-modernizacion-del-acuerdo-comercial-entre-mexico-estados-unidos-y-canada?state=published>.

3. Otros

Iniciativa de Reformas a la Ley Aduanera de México, <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

Nota Técnica 22, La Resolución Anticipada, Fondo Fiduciario UNCTAD para las Negociaciones de Facilitación del Comercio, http://unctad.org/es/Docs/TN22_LaResoluci%C3%B3nAnticipada.pdf.

Primera Resolución de Modificaciones a las Reglas Generales de Comercio Exterior para 2018 y sus anexos 1, 1A, 21, 22, 27 y 31, http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5520268&fecha=20/04/2018.

⁶⁴ Por publicación en el DOF el 17 de noviembre de 2006 quedó sin efectos el Tratado para con la República Bolivariana de Venezuela quien lo había denunciado el 23/06/06, por lo que solo quedo en vigor para Colombia y México.

⁶⁵ Se menciona que al 27 de febrero de 2019, fecha de elaboración del presente artículo, el tratado estaba signado por los tres países, pero no había sido ratificado por ninguno de ellos, por lo que no está vigente en este momento.

ACTOS DE FLAGRANCIA EN MATERIA FORESTAL Y SU REGULACIÓN*

Noé FLORES TAMAYO¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.* III. *Procedimiento administrativo en materia forestal.* IV. *Actos de flagrancia.* V. *Conclusión.* VI. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde su creación en 1992, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) ha sido la dependencia responsable de vigilar el cumplimiento de la normatividad ambiental, teniendo como misión fundamental la aplicación de la justicia ambiental a través del estricto cumplimiento de la ley, bajo los principios de equidad y justicia social.

Una de las facultades de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, [según lo previsto en el Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT)], es la de vigilar y evaluar el cumplimiento de las disposiciones jurídicas concernientes a la restauración de los recursos naturales, así como a la preservación y protección de los recursos forestales y, en su caso, emitir resoluciones derivadas de los procedimientos administrativos en el ámbito de su competencia. Considerando la amplia responsabilidad que la dependencia tiene, y con el propósito fundamental de desempeñar las funciones que le son atribuibles, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente ha basado sus acciones en la aplicación de la normatividad ambiental prevista en las diversas leyes en la materia, tal es el caso de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, entre otras.

Por la anterior situación y con el objeto de proporcionar algunos elementos legales que pudieran ser de utilidad y orientación para quienes, por alguna razón, se vean implicados en el procedimiento administrativo, se desarrollará la presente tesina.

El análisis de los temas antes mencionados, dará elementos de defensa a favor de la sociedad que en lo general se pudiera ver implicada en el procedimiento administrativo, con lo cual se espera que el derecho ambiental se aplique de manera justa y equitativa.

* Tesina seleccionada de la Especialidad en Justicia Administrativa impartida por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

¹ Secretario de Acuerdos de la Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación, del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Ahora bien, la presente tesina se basa en un análisis de los casos de urgencia; hipótesis en la cual la autoridad ambiental podrá emitir actos administrativos sin sujetarse a las formalidades del procedimiento, como lo es en el caso en que los inspectores se encuentren en una operación de vigilancia y sorprendan en flagrancia a una persona, sin que ello signifique que, por tratarse de una situación flagrante o de emergencia, no se deba fundamentar la competencia para llevar a cabo la gestión

II. LEY GENERAL DE DESARROLLO FORESTAL SUSTENTABLE

1. Antecedentes históricos

Después de consumada la conquista, en la Nueva España a la luz de las Leyes de Indias, se iniciaron las explotaciones de nuestros bosques, y su regulación por documentos trascendentes como la *Pragmática de los Reyes Católicos*, expedida en 1496, que ordenaba que para la provisión de leña, sólo debían cortarse las ramas de los árboles que podía reponerse y no así la tala de árboles enteros; mediante decreto expedido en 1510 por las cortes españolas se dispuso que los montes de frutos silvestres serían comunes a indios y españoles, desde aquellos tiempos, frente a los ya serios problemas de deforestación que se presentaban en el territorio de la Nueva España, se trató de regular el aprovechamiento de los árboles, por parte de los peninsulares, a través de diversas cédulas y ordenanzas dictadas para las tierras descubiertas, en virtud de, que según los monarcas españoles la *Bula ínter Caetera del Papa Alejandro VI*, los facultaba para aplicarlas en la Nueva España, sobre la cual según su versión les otorgaba un derecho patrimonial.

Es así que, en 1518, el Emperador Carlos V, ordenó una medida para tratar de reforestar los espacios boscosos, que consistió en plantar árboles, labor encomendada a los vecinos de los pueblos más importantes. En 1536, por medio de una cédula se ordenaba a todos los españoles que se les hubiera dotado de tierras, a sembrar en los linderos cortinas de árboles, para su buena disposición, protección y el aprovechamiento de la leña.

Las que constituyeron un verdadero modelo de regulación forestal son sin duda las "*Ordenanzas para el Gobierno de Montes y Árboles*," expedidas en 1803, el 27 de agosto, por el Rey Carlos IV².

Consumada la independencia de México, el Congreso de la Unión otorgó facultades a los Congresos Locales para que expidieran las leyes sobre las materias que no hubiesen sido reservadas a la Federación, el 1° de julio de 1824. Es entonces que, en la búsqueda de una integración y unificación política, empiezan a surgir disposiciones

² Acosta Romero, Miguel, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1989, pp. 347 a 349.

forestales reglamentarias de los bosques, tales como el decreto de 1827, por el que se autorizó la libre importación de maderas en beneficio de las poblaciones litorales o bien, la solicitud de permisos para el establecimiento de aserraderos, no faltando un decreto que regulaba los impuestos a la explotación forestal. El 18 de abril 1861, siendo Secretario de Fomento, Ignacio Ramírez se expidió el primer reglamento que reguló la actividad de los cortadores de árboles en general dentro de los terrenos nacionales, así como la de los ebanistas exportadores de madera.

Desde el 24 de enero de 1864, existieron personas autorizadas, para proporcionar toda la información necesaria en relación con la explotación de los bosques, y en 1865 se elaboró un Proyecto de Ordenanzas de árboles, bosques y explotación de maderas. El segundo reglamento que se encargó de regular la explotación de los bosques nacionales, fue del 19 de septiembre de 1891. En 1893 se instituyó la Escuela de Agricultura, en la cual se incluyó la cátedra de repoblación forestal, para la utilización y conservación de los recursos forestales.

El 26 de marzo de 1894, se publicó la Ley sobre la Ocupación de Terrenos Baldíos, que preceptuaba lo conducente a la explotación de resinas y maderas, así como lo relativo a reservas y conservación de plantaciones boscosas.

El 18 de diciembre de 1909 se promulgó la Ley por la que suspendió la enajenación de terrenos baldíos y nacionales, ordenándose que se reservaran para bosques los terrenos adecuados a este objeto, incluyendo un capítulo relativo a la conservación de los mismos, aunque aplicable sólo en la Ciudad de México, porque se consideraba que la Federación no tenía competencia en este ramo en el resto del país.

Para 1910 se crea el Departamento de Bosques, dependiente de la Dirección General de Agricultura; suspendiéndose los trabajos forestales y su explotación durante la época revolucionaria, reanudándose al concluir dicho movimiento. Fue hasta el 5 de febrero de 1917 con la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se erige el basamento jurídico de los recursos forestales, por otro lado, la primera Ley Forestal, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 24 de abril de 1926, cuyo objeto se enmarcó en su Artículo 1o., consistente en "Regularizar la conservación, restauración, propagación y aprovechamiento de la vegetación forestal," acciones que redundaron en la explotación racional de los bosques, bajo la supervisión y cuidado del gobierno federal, por conducto de la Secretaría de Agricultura y Fomento, y los gobiernos estatales y municipales se encargaron de auxiliar a la Federación en la protección de los bosques.

El 17 de marzo de 1943 fue promulgada la segunda Ley Forestal, y su objeto consistió en: "Reglamentar, proteger, fomentar, conservar, restaurar y aprovechar la vegeta-

ción forestal”; la innovación consistió en regular también los productos de la vegetación forestal, dando cause al establecimiento de sistemas de unidades forestales de explotación industrial que se consideraran de utilidad pública. Inmersas en dicho texto se encontraban las medidas protectoras del bosque, relativas a: sanidad forestal; vedas forestales; aprovechamiento de maderas muertas, la forestación y reforestación en zonas propicias para ello; teniéndose presente la idea de que el hábitat boscoso renueva otros recursos en su seno, fundamentales para proteger el suelo y el agua.

Una tercera Ley Forestal fue propuesta al Senado de la República por el Presidente Miguel Alemán, el 24 de diciembre de 1947, aprobándose, con dispensa de trámites, y se publicó al año siguiente el 10 de enero, declarando de utilidad pública la función productiva, conservadora y recreativa de los bosques en el territorio nacional; la constitución de unidades industriales de explotación forestal, la creación de consejos forestales en cada entidad federativa, el Consejo Nacional Forestal; buscándose obtener la máxima potencialidad productiva de los bosques, con una serie de medidas para combatir los incendios forestales, plagas y enfermedades, así como sanciones y delitos forestales³.

Las exigencias políticas e institucionales a la expedición de la Ley Forestal del 9 de enero de 1960, que contenía entre lo más notable, la administración del Fondo de la Investigación y Educación para los profesionistas forestales, la conservación de recursos forestales, restauración y fomento de los recursos forestales, su aprovechamiento, transporte, infracciones y sanciones.

Siguió la Ley Forestal, que data del 30 de mayo de 1986, regulando de una manera general las zonas protectoras, reservas forestales y parques nacionales, destacándose en su Artículo 56, que las zonas protectoras son los terrenos inmediatos a las poblaciones y los comprendidos en las cuencas hidrográficas, llevan como finalidad evitar erosiones de los suelos, asolvamientos de canales o presas, indicando por otro lado, que se entiende por reservas nacionales forestales, todo terreno, ya sean baldíos, demasías, o excedentes que se encuentren arbolados o que fueron apropiados para el cultivo forestal; para tener un control de las zonas forestales se instituye el inventario forestal; la función recreativa y turística de los recursos naturales renovables a través de los parques nacionales; incorporando la riqueza forestal a la vida económica del país.

Otra Ley forestal, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de diciembre de 1992, su Artículo 19 ordenaba lo siguiente:

La presente ley es reglamentaria del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es de observancia general en todo el territorio nacional,

³ Sánchez Gómez, Narciso, *Temas selectos de Derecho Ambiental*, México, Porrúa, 2013, pp. 97 a 99.

sus disposiciones son de orden público e interés social y tiene por objeto regular y fomentar la conservación, protección, restauración, aprovechamiento, manejo, cultivo y producción de recursos forestales del país a fin de propiciar el desarrollo sustentable.

De conformidad con el tercer párrafo del Artículo 27 de la Constitución Política Federal, la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana, establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, para preservar y restaurar el equilibrio ecológico, evitando la destrucción de los elementos naturales y fortalecer su preservación y acrecentamiento.

Es competencia del Congreso de la Unión, dictar la legislación necesaria para regular el aprovechamiento de los recursos naturales, como: bosques, flora y fauna silvestre, cuidado de la conservación y acrecentamiento, en observancia de dicho párrafo tercero del Artículo 27 y fracciones XXIX, 2o. y XXIX-G del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley General de Bienes Nacionales, contempla a la flora y la fauna silvestre como bienes del dominio público, dentro de los cuales se comprende a los espacios boscosos que son por ende propiedad de la Nación. Los bosques ofrecen los siguientes beneficios:

- Hidrológicos, puesto que las áreas forestales aumentan las lluvias, defienden la humedad y evitan inundaciones;
- Climatológicos, porque moderan la excesiva temperatura al ionificar la atmósfera, e influir en el régimen de los vientos;
- Económicos, al volver fértiles, se siembran árboles alrededor de los pantanos para secarlos;
- Estéticos; siendo que aumentan la belleza de los paisajes;
- Seguridad, cuando se evitan desprendimientos de la tierra.

De la Ley citada, se desprendía, en su Artículo 5o., que compete a la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, determinar los criterios para caracterizar y delimitar los distintos tipos de zonas forestales en que se dividirá el territorio nacional, escuchando la opinión del consejo técnico consultivo nacional forestal; expedir y vigilar el cumplimiento de las normas oficiales en la materia que les compete, autorizar el aprovechamiento de recursos forestales maderables y la forestación, así como evaluar y supervisar el manejo

e impacto ambiental; facultar el cambio de utilización de los terrenos forestales; supervisar las labores de conservación, protección y vigilancia de terrenos nacionales forestales; ejecutar y coordinar las acciones para la prevención y combate de incendios, plagas; y enfermedades forestales, exigir el respeto de las normas sanitarias sobre especies, emprender coordinadamente con otros gobiernos, dependencias y unidades programas de forestación y reforestación para el rescate de zonas degradadas; promover la creación de empresas forestales, la organización y capacitación social para la producción y propiciar la asociación equitativa de ejidatarios, comuneros, pequeños propietarios y otros productores forestales; impulsar la protección, ordenamiento y aprovechamiento de recursos forestales, incluyendo la educación, capacitación e investigación en la misma materia; imponiendo las medidas de seguridad y las sanciones que correspondan por infracciones a la legislación forestal, así como presentar las denuncias ante el ministerio público por la configuración de delitos forestales o ambientales.

Su Capítulo IV contenía lo conducente al cambio y utilización de terrenos forestales y de aptitud preferentemente forestal, el V, versaba sobre el transporte, almacenamiento y transformación de las materias primas forestales; el VI sobre servicios técnicos forestales, el VII hablaba de la prevención, combate y control de incendios forestales; el VIII de la sanidad forestal; el IX de los programas de restauración y vedas forestales, este último dejó en claro cuáles eran las acciones necesarias para la recuperación y establecimiento de las condiciones que propicien la evolución y continuidad de los procesos naturales, asimismo, que las vedas forestales operaran cuando: constituyan modalidades para el aprovechamiento de los recursos forestales comprendidos en las declaratorias de áreas naturales protegidas; formen parte de las acciones establecidas para las áreas de restauración ecológica; tengan como finalidad la conservación, repoblación, propagación, diseminación, aclimatación o refugio de especies endémicas, amenazadas, en peligro de extinción o sujetas a protección especial. Su parte final hablaba de las visitas de inspección, auditorías técnicas, medidas de seguridad e infracciones.

El 25 de febrero de 2003, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la "Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable"⁴, cuyo objeto es, regular la conservación, protección, restauración, manejo y aprovechamiento tanto de los recursos hidrológicos como de los ecosistemas forestales del país, con la finalidad de propiciar el desarrollo sustentable, así como elevar el nivel de vida de los mexicanos, cabe resaltar que se trata de una Ley Marco, que distribuye las competencias en materia forestal para la Fe-

⁴ [N. del E.] Las referencias hechas a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, en el presente trabajo se entenderá hechas a la que estuvo vigente hasta el 4 de junio de 2018.

deración, entidades federativas y municipios, bajo el principio de concurrencia política, a la luz de la fracción XXIX, inciso G del Artículo 73 de la Constitución Política Federal y demás disposiciones relativas, para lo cual, se instituye el Servicio Nacional Forestal; los Sistemas de Coordinación Forestal; los Instrumentos de Política Forestal y la Comisión Nacional Forestal.

Como reglamentaria del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones devienen de orden e interés público y de observancia en todo el territorio nacional; además de que, como se aprecia, rige en todos los aspectos y asuntos relacionados con la riqueza forestal, la intervención de todos los ámbitos de gobierno, de los sectores social y privado, bajo el principio de concurrencia antes mencionado.

Prácticamente, se trata de una diversificada disposición jurídica, que regula actividades políticas, administrativas, culturales y educativas, de todos los sectores de la población, para alcanzar la debida eficacia de objetivos específicos que deben dar lugar al desarrollo forestal sustentable, en donde los gobiernos tienen que atender con oportunidad de un servicio profesional, legal y ético las mencionadas actividades a favor de la protección del medio ambiente y el equilibrio ecológico para elevar el nivel social, económico, cultural y educativo de toda la población, sobre todo del medio rural, incluyendo a las comunidades y pueblos indígenas.

El espíritu de la citada Ley, deja en claro, que la propiedad de los recursos forestales comprendidos dentro del territorio nacional corresponde a los ejidos, comunidades indígenas, pueblos, comuneros, pequeños propietarios, la federación, entidades federativas y municipios, será respetada por todos los ámbitos de gobierno, y los procedimientos establecidos en la misma Ley no alterarán su régimen de propiedad; en lo no previsto en la misma, se observará la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y demás disposiciones atendibles.

2. Sujetos de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable

La actividad forestal en México tiene importancia de orden estratégico, por diversos motivos, uno de éstos refiere que la mitad de la población rural, es decir uno de cada diez mexicanos, habita en territorios donde la actividad forestal es sustancial, en estos territorios se concentran problemas sociales, económicos y políticos, por ser zonas aisladas y con restricciones para actividades económicas y acceso a todos los servicios. Esta característica se manifiesta en la incidencia histórica de la pobreza y la que es extrema, analfabetismo, dispersión de la población, acceso reducido a satisfactores esenciales en bienes y servicios.

Ahora bien, los actores del sector forestal⁵ son importantes porque son los encargados de cumplir y ejecutar la política; las normas y los mecanismos del mismo y de fauna silvestre, es decir, son los directamente “afectados”, estos actores son los sujetos de los derechos y obligaciones forestales y de fauna silvestre. Por lo tanto, sus expectativas son las que van a determinar las acciones y omisiones que dichas políticas, normas y mecanismos buscan regular.

Consideramos que al buscar definiciones diáfanas de los sujetos del Derecho Forestal, nos llevará a prescindir de la vaguedad y a concluir que el conjunto de los habitantes del planeta son sujeto del mismo, y cohabitan en él de forma mutualista, es decir que todos se benefician de todos, sin embargo, una definición precisa de los sujetos del Derecho Forestal debe cuidar de no ser en demasía excluyente, por ejemplo, al contemplar que solo los “actores legítimos” deben ser considerados puede parecer apropiado teóricamente, pero en la práctica es poco viable, bajo esa tesitura la legitimidad no puede ser establecida de manera clara, debido a que lo “deseable” resulta relativo, por lo tanto deben ser considerados como sujetos del Derecho Forestal todas las personas que contempla el derecho a las cuales estos les asignan derechos y obligaciones en materia forestal y de fauna silvestre. Razón por la cual, son en las normas jurídicas, donde debemos buscar a los sujetos del Derecho Forestal. Sin embargo, esa no es una tarea nada fácil por lo que debemos prestarle mayor atención en la futura elaboración de normas.

III. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA FORESTAL

1. Formalidades del procedimiento de inspección y vigilancia en materia forestal

Antes de abordar el tema relativo a la inspección y vigilancia es necesario explicar algunas generalidades sobre el procedimiento administrativo, mismo que requiere de un conjunto de formalidades, las cuales revisten especial importancia cuando el acto que se va a realizar es de carácter imperativo, ya que afecta situaciones jurídicas de los particulares. Mencionaremos primeramente a nuestra norma suprema, la Constitución⁶, que en sus Artículos 14 y 16, prevé las garantías de seguridad jurídica y legalidad, que establecen que nadie será privado de su libertad, posesiones o derechos si no es a través de juicio, así como que la autoridad deberá, por escrito, ordenar el acto que moleste a una persona en su familia, derechos o posesiones, y que esta orden deberá citar los preceptos jurídicos y las razones por las cuales se emite la misma.

⁵ Che Piu Deza, Hugo, *Diálogos del Derecho Forestal Comparado*, Perú, 10 de abril de 2015, <http://dialogosdelareladefa.blogspot.com/2015/04/doctrina-del-derecho-forestal10.html>.

⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuya reciente reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto de 2016.

Ahora bien, el procedimiento administrativo de inspección y vigilancia en materia forestal tiene por objeto comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales previstas en la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable⁷, su reglamento y normas oficiales mexicanas.

En este orden de ideas, los actos de inspección y vigilancia dan inicio con la orden de inspección y concluyen con la emisión de un acta de visita en la que se harán constar los hechos u omisiones detectados durante la diligencia.

2. Formalidades de la orden de visita

La orden de visita se puede definir como el mandato escrito mediante el cual una autoridad ordena practicar visita de inspección al propietario, poseedor, encargado u ocupante del establecimiento o local a inspeccionar, a fin de verificar y comprobar las disposiciones legales y reglamentarias en materia forestal.

De conformidad con lo establecido por el Artículo 16 Constitucional tratándose de las órdenes de visita por un principio lógico y de seguridad jurídica, deben estar fundadas y motivadas además de expresar el objeto o propósito de que se trate, al respecto la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, principalmente el Título Octavo, referente a los Medios de Control, Inspección y Sanción Forestal, en su Artículo 158, establece como atribución de la Procuraduría el patrullaje y vigilancia forestal y en su Artículo 160, menciona que la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, por conducto del personal autorizado realizará visitas u operativos de inspección en materia forestal, con el objeto de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley, su reglamento, las normas oficiales mexicanas aplicables y las demás disposiciones que de ellos se deriven y que para ello deberá de observar en el desarrollo de los procedimientos de inspección, las formalidades que para la materia señala la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

En tal virtud, debe concluirse que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, debe ser aplicada a los procedimientos de inspección en materia forestal, por lo tanto, las formalidades de la orden, acta y procedimiento de sanción, deben analizarse a la luz de lo dispuesto en los Artículos 161 a 169 de la citada Ley.

Ahora bien, este documento faculta y ordena, a uno o más inspectores a realizar visitas de inspección o verificación y comprobar las disposiciones legales y reglamentarias en materia forestal.

Conforme al Artículo 162 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, los verificadores para practicar visitas deberán contar con el documento ofi-

⁷ Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de febrero de 2003, con reforma publicada en el citado medio el 26 de marzo de 2015.

cial que los acredite o autorice a practicar la inspección o verificación, así como la orden escrita debidamente fundada y motivada, expedida por autoridad competente, en la que se precisará el lugar o zona que habrá de inspeccionarse y el objeto de la diligencia.

Como ya se ha afirmado anteriormente, para que una visita de inspección o verificación se pueda llevar a cabo, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Nombre del Inspeccionado;
- Lugar o domicilio a inspeccionarse;
- Ser expedida por autoridad competente;
- Contar con firma autógrafa de quien la emite;
- Determinar el objeto de la visita, debe ser preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar;
- Estar debidamente fundado y motivado, debe establecerse el motivo por el cual se realizará la visita, así como establecer la legislación aplicable; y
- Nombre de los Inspectores actuantes.

3. Formalidades de las actas de visita

El acta circunstanciada es el documento que levanta el inspector al realizar una visita de inspección, en la que se hacen constar los hechos u omisiones encontrados durante la práctica de verificación, así como, de considerarlo pertinente aplicar las medidas de seguridad conducentes.

Con fundamento en los Artículos 164 y 165 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en las actas se hará constar:

- El nombre, denominación o razón social del visitado, hora, día, mes y año en que se inicia y concluya la diligencia;
- Calle, número, población o colonia, teléfono u otra forma de comunicación disponible, municipio o delegación, código postal y entidad federativa en que se encuentre ubicado el lugar en que se practique la visita;
- Número y fecha del oficio de comisión que la motivó;
- Nombre y cargo de la persona con quien se entendió la diligencia;
- Nombre y domicilio de las personas que fungieron como testigos;
- Datos relativos a la actuación;
- Declaración del visitado, si quisiera hacerla;
- Nombre y firma de quienes intervinieron en la diligencia incluyendo los de quienes la hubieren llevado a cabo. Si se negare a firmar el visitado

o su representante legal, ello no afectará la validez del acta, debiendo el verificador asentar la razón relativa; y

- Precisar los objetos, instrumentos, productos y materias primas forestales maderables asegurados en forma de garantía.

Posterior al levantamiento del acta de inspección conforme al citado Artículo 164 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, el visitado cuenta con cinco días hábiles para presentar pruebas y argumentos que le asistan, con el objeto de desvirtuar las irregularidades detectadas.

4. Formalidades del procedimiento de imposición de sanción

Cuando nos referimos al Procedimiento Administrativo Ambiental en el orden federal, es ineludible centrar nuestra atención en un órgano desconcentrado de la Secretaría del medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT); esto es la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), quien cuentan con atribuciones y facultades para instaurar procedimientos de índole administrativo en el ámbito de su respectiva competencia (recursos forestales, flora y fauna silvestres, residuos peligrosos, impacto ambiental, zona federal marítimo terrestre).

Así, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente podrá iniciar los procedimientos administrativos derivados de los actos de inspección y vigilancia previstos en la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y sus reglamentos, así como en las leyes especiales, dentro de las que se encuentra la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

El procedimiento de imposición de sanción inicia con el acuerdo de emplazamiento o también llamado de inicio de procedimiento, y concluye con una resolución administrativa que puede determinar alguna de las infracciones señaladas en el Artículo 164 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, mismas que serán precisadas en párrafos posteriores, o bien con una resolución no sancionadora.

Al respecto las etapas del procedimiento de imposición de sanción en materia forestal son:

- a) Acuerdo de emplazamiento;
- b) Alegatos; y
- c) Resolución administrativa.

A. Acuerdo de emplazamiento

El procedimiento administrativo en materia forestal se inicia con la emisión del acuerdo de emplazamiento o también llamado de inicio de procedimiento, el cual tiene como

función comunicarle al particular que se ha instaurado un procedimiento administrativo en su contra por las omisiones y hechos encontrados en la visita de inspección, que pueden ser constitutivos de infracciones. De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 167 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de aplicación supletoria a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, una vez recibida el acta de inspección por la autoridad, se requerirá al interesado, cuando proceda, mediante notificación personal o por correo certificado con acuse de recibo, para que adopte las medidas correctivas o de urgente aplicación que en su caso resulten ser necesarias para cumplir con las disposiciones jurídicas aplicables, así como con los permisos, licencias, autorizaciones o concesiones respectivos.

El acuerdo en mención contendrá los plazos necesarios para que las medidas sean cumplidas, explicando las razones y los Artículos de las leyes y reglamentos aplicables, asimismo, deberá señalársele al particular que cuenta con un término de quince días para exponer lo que a su derecho convenga, pudiendo aportar las pruebas que considere procedentes.

Es conveniente explicar que las pruebas están encaminadas a demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos, aportar datos para demostrar la veracidad de lo que se dice y sirven como fundamento para la decisión final del procedimiento administrativo.

Las pruebas podrán ser admitidas por la autoridad siempre y cuando concurren las circunstancias siguientes: que estén reconocidas por la ley, que tengan relación inmediata con los hechos, que sean ofrecidas conforme a derecho, que no sean contrarias a la moral o al derecho y que no se ofrezca la confesión de la autoridad.

La Procuraduría podrá allegarse de los medios de prueba que considere necesarios; asimismo, podrá ordenar la realización, ampliación o repetición de cualquier prueba, siempre que se estime indispensable y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos. En este sentido, dicha autoridad podrá solicitar a instituciones científicas, académicas o peritos en la materia que realicen dictámenes o peritajes para conocer de los daños ambientales que se hayan causado o se puedan causar.

Una vez que las pruebas son admitidas y valoradas por la autoridad, o habiendo transcurrido el plazo de quince días establecido en el acuerdo de emplazamiento sin que el particular haya ofrecido prueba alguna, se pondrán a su disposición las actuaciones, para que en un plazo de tres días presente por escrito sus alegatos.

B. Alegatos

Los alegatos pueden definirse como un resumen de todos los elementos ya aportados por el interesado durante el procedimiento siendo a su vez razonamientos lógicos con que el particular pretende convencer a la autoridad de sus pretensiones o de la pretensión sobre la que versa el procedimiento.

Si los alegatos no son presentados en el plazo señalado, dentro de los veinte días siguientes, la autoridad dictará la resolución respectiva.

C. Resolución administrativa

La resolución es el acto que pone fin a un procedimiento administrativo, que deberá contener la firma autógrafa de quien la emite, y posteriormente será notificada al interesado en forma personal o por correo certificado con acuse de recibo. En ella se deciden todas las cuestiones planteadas por los interesados y las derivadas de la sustanciación del mismo, de igual forma se debe hacer la valoración de las pruebas admitidas y señalar los razonamientos lógico-jurídicos para la aplicación de un precepto al caso concreto.

En dicha resolución también se señalarán, en su caso, las medidas que deberán llevarse a cabo para corregir las deficiencias o irregularidades observadas, el plazo que se otorgue al infractor para cumplirlas, así como las sanciones a que se haya hecho acreedor en virtud de las infracciones a la legislación ambiental que haya cometido, mismas que en términos del Artículo 164 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable son:

- Amonestación;
- Imposición de multa; y
- Suspensión temporal, parcial o total, de las autorizaciones de aprovechamiento de recursos forestales o de la plantación forestal comercial, o de la inscripción registral o de las actividades de que se trate;
- Revocación de la autorización o inscripción registral;
- Decomiso de las materias primas forestales obtenidas, así como de los instrumentos, maquinaria, equipos y herramientas y de los medios de transporte utilizados para cometer la infracción, debiendo considerar el destino y resguardo de los bienes decomisados, y
- Clausura temporal o definitiva, parcial o total, de las instalaciones, maquinaria y equipos de los centros de almacenamiento y transformación de materias primas forestales, o de los sitios o instalaciones donde se desarrollen las actividades que den lugar a la infracción respectiva.

IV. ACTOS DE FLAGRANCIA

1. Definición de flagrancia

Flagrancia⁸ emana del latín *flagrantia*, y significa "cualidad de flagrante". De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el vocablo flagrante proviene del verbo flagrar

⁸ Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, t. IV, p. 128.

cuyo significado es: que arde o resplandece como el fuego, que se está ejecutando actualmente, o que en el mismo momento se está cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir.

Entonces válidamente podríamos decir que la flagrancia se da cuando el autor del delito es sorprendido en el acto de cometerlo, es decir, no es una condición intrínseca del delito, sino que, se trata de una característica externa resultante de la relación circunstancial del delincuente con el hecho, en tanto que, la presencia en el lugar del hecho y en el instante en que se comete el delito es lo que hace la flagrancia.

Así, el significado de la palabra flagrancia, remite principalmente al Derecho Penal, concebido como aquel delito que se está ejecutando actualmente o en ese preciso instante; es por razón que el Artículo 16 Constitucional prevé en sus párrafos quinto, sexto y séptimo lo siguiente: "Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención".

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundamentado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Entonces, es válido concluir que la flagrancia es una figura penal de rango constitucional y que tiene que ver con la inmediatez del delito, pues el Constituyente la orientó a la percepción que puede tener un tercero respecto de la ejecución de un delito; lo cual limita que se pueda hablar de flagrancia en otras áreas del derecho sancionatorio distinta al derecho penal, aún más cuando la propia Constitución indica como requisito primordial para la configuración de la flagrancia la inmediatez temporal entre el hecho y la relación circunstancial de éste con el presunto delincuente.

Sin embargo, el Artículo 16 Constitucional no sólo se refiere a la flagrancia, sino también a los casos de urgencia; es por ello que el Código Nacional de Procedimiento Penales en sus Artículos 146 y 150, distingue los supuestos de flagrancia, de aquellos que puedan considerarse caso urgente; señalando al respecto lo siguiente:

Artículo 146. Supuestos de flagrancia.

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

- I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o
- II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:
 - a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o
 - b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo. Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

Artículo 150. Supuesto de caso urgente.

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurren los siguientes supuestos:

- I. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable, así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;
- II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y
- III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que, de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este Artículo, se considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control.

El Juez de control determinará la legalidad del mandato del Ministerio Público y su cumplimiento al realizar el control de la detención. La violación de esta disposición

será sancionada conforme a las disposiciones aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad. Para los efectos de este Artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado.

Normativamente se encuentran previstos los supuestos de caso urgente y los de flagrancia, distinguiéndose los primeros de los segundos porque se refieren a la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión.

En el derecho forestal se habla de la figura de la flagrancia administrativa, la que se trata de equiparar en contenido a lo previsto por el Artículo 16, párrafos quinto, sexto y séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se establecen las disposiciones esenciales que deben prevalecer en caso de delitos flagrantes, es decir, aquellos en los que el sujeto activo de los mismos es sorprendido al momento de su comisión; en ese sentido, como se ha advertido la denominada flagrancia administrativa no tiene fundamento jurídico a nivel constitucional, considerando que el precepto citado está referido a la materia penal, no así a la administrativa.

En efecto el párrafo segundo del Artículo 167 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable⁹ prevé que: "Cuando en una sola acta de inspección aparezca que se han cometido diversas infracciones, deberán ser sancionadas individualmente. Las actas que se levanten en casos de flagrancia, deberán hacer constar con precisión esta circunstancia"

Por su parte, el Artículo 175 del Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable¹⁰, señala que: "Se entiende por flagrancia, las acciones en que los presuntos infractores sean sorprendidos en ejecución de hechos contrarios a la Ley o el presente Reglamento o, cuando después de realizados, sean perseguidos materialmente o alguien los señale como responsables de su comisión, siempre que se encuentren en posesión de los objetos o productos materia de la infracción"

Concatenando los preceptos legales citados es válido decir que tratándose los casos de flagrancia en materia forestal surgen bajo el esquema de los procedimientos administrativos de inspección y vigilancia en los cuales se levanta un acta de inspección que deberá hacer constar plenamente que se trata de un caso de esa naturaleza.

⁹ Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de febrero de 2003, con reforma publicada en el citado medio el 26 de marzo de 2015.

¹⁰ Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de febrero de 2005, con reforma publicada en el citado medio el 31 de octubre de 2014.

Luego, es importante destacar que la infracción administrativa se define de manera general como la vulneración de las normas de carácter administrativo por una acción u omisión; de ahí que, trasladado esto al derecho forestal puede definirse a la flagrancia forestal como aquella infracción administrativa en la cual los presuntos infractores son sorprendidos en ejecución de hechos contrarios a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable o su Reglamento, o bien, cuando después de realizados, sean perseguidos materialmente o alguien los señale como responsables de su comisión, siempre que se encuentren en posesión de los objetos o productos materia de la infracción y cuyos hechos hayan sido circunstanciados en un acta que señale expresamente que se trata de un hecho de flagrancia.

2. Principios constitucionales que se deben observar en las inspecciones

Los principios generales del Derecho expresan los valores materiales y básicos de un ordenamiento jurídico sobre los cuales se constituyen como tal las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad¹¹; es por esa razón que los principios deben ayudar a determinar los presupuestos y límites del ejercicio de la función inspectora de la Administración.

A. Principio de legalidad

La Constitución mexicana de 1917 consagra en el primer párrafo del Artículo 16 el principio de legalidad, que, según ha interpretado la Suprema Corte de Justicia, constituye una de las bases fundamentales del Estado de derecho. La interpretación del Alto Tribunal ha reconocido este amplio significado del primer párrafo del Artículo 16 constitucional. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en tesis de jurisprudencia, que “las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite”, y asimismo que dentro “del sistema constitucional que nos rige, ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no encuentre apoyo en un precepto de la ley”, que “el requisito de fundamentación y motivación exigido por el Artículo 16 constitucional... implica una obligación para las autoridades, de cualquier categoría que éstas sean, de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución”, que “dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley”, y que “los actos de autoridades administrativas que no estén autorizados por ley alguna, importan violación de garantías”.

Por ello, el principio de legalidad previsto en el primer párrafo del Artículo 16 debe ser entendido dentro de estas ideas, pues son las que han inspirado el surgimiento del

¹¹ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2015, p. 74.

Estado de Derecho. La ley a la que se refiere el principio de legalidad contenido en el Artículo 16 es la disposición general, abstracta e impersonal aprobada por el órgano legislativo, electo por el sufragio libre del pueblo. Este principio obliga a que la administración pública se someta a la norma dictada por el Congreso, ajustando sus actuaciones en todo momento a una ley preexistente. La ley constituye el límite de la administración. En virtud de este principio no se aceptan ya poderes personales; todo el poder es de la ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la ley; sólo “en nombre de la ley” se puede exigir la obediencia. Las autoridades administrativas no pueden basarse, a falta de leyes expresas, en el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública, pues en tal caso el proceder o las determinaciones de dichas autoridades administrativas se extralimitarían al grado de que los particulares quedarían sujetos a su capricho; al contrario, las autoridades administrativas deben ceñir sus determinaciones a los términos claros y precisos de la ley, porque de lo contrario esas determinaciones conculcarían violación de garantías individuales. Además, la legalidad no implica la convivencia dentro de cualquier ley, sino de una ley que se produzca dentro de la Constitución y con garantías plenas de los derechos fundamentales, es decir, no se vale cualquier contenido de la ley sino sólo aquel contenido que sea conforme con la Constitución y los derechos humanos.

En consecuencia, el principio de legalidad no es otra cosa que la sujeción permanente, plena y necesaria de toda actuación pública a una norma preestablecida, de manera tal que toda actuación o decisión de una autoridad tenga respaldo, origen y fundamento en la norma jurídica.

B. Principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley, significa que la Administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley. Este principio exige, que exista un fundamento legal para la actividad administrativa, pues la ausencia de una ley excluye la actuación administrativa.

Las generalidades de los ordenamientos admiten que la reserva de ley no impide que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Las ventajas ofrecidas por el procedimiento legislativo y la publicidad que lo rodea en la ponderación y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos son especialmente visibles cuando se trata de regular las intervenciones policiales o controladoras de la Administración.

Toda inspección conlleva la idea de intervención, y es precisamente este concepto de intervención el núcleo esencial también histórico de la doctrina de la reserva de ley, la

primera función de la ley es la determinación de la necesidad de la intervención el legislador debe contemplar la necesidad de la inspección administrativa en un ámbito determinado y fijar su posibilidad.

C. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es una estructura argumentativa que nos permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión. Estriba, a grandes rasgos, en que todo acto de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental u otro principio constitucional sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no.

Consta de tres subprincipios; idoneidad, necesidad y ponderación. El primero sirve para determinar si el fin de una intervención estatal en los derechos fundamentales tiene fundamento constitucional; el segundo nos ayuda a saber si la alternativa de intervención estatal en los derechos fundamentales es la menos gravosa; mientras que el tercero nos permite escoger el principio constitucional que debe prevalecer en el caso concreto.

D. Principio de eficacia y de eficiencia

La eficacia se refiere a la rapidez, la celeridad, y a la sencillez. La eficiencia, por su parte, cumple como objetivo concreto que persigue el procedimiento de la manera más económica posible, siendo el principio de economía su versión positiva.

La Administración responde a una función instrumental: su vocación es la atención eficiente, eficaz y democrática de las necesidades colectivas. Con la eficiencia se asegura el uso óptimo de los recursos puestos a disposición; con la eficacia se colma la necesidad de la colectividad y con la democracia se responde al apotegma clásico de una administración del pueblo, con el pueblo y para el pueblo (es decir, la administración es instituida por la sociedad; los administradores provienen del pueblo y el fin de la función administrativa es su servicio cabal).

La misma Constitución federal, en su Artículo 109, fracción III, párrafo primero, dispone que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, lo que constriñe a todo servidor público, sostiene el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, "a acatar y observar el contexto general de disposiciones legales

que normen y orienten su conducta, a fin de salvaguardar los principios que la propia ley fundamental estatuye como pilar del Estado de derecho, pues la apreciación de faltas implica constatar la conducta con las normas propias o estatutos que rigen la prestación del servicio público y la relación laboral y administrativa entre el servicio público y el Estado.

3. Casos de flagrancia en materia forestal

El Tribunal Federal de Justicia Administrativa, es un tribunal de lo contencioso-administrativo, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, encargado de dirimir las controversias jurídicas que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares, dependiendo presupuestalmente del Ejecutivo Federal.

En promedio, del total de juicios de los que conoce el Tribunal, el 60% son controversias en materia tributaria y el 40% se refiere a la materia administrativa, la cual abarca la impugnación de resoluciones de la administración pública federal centralizada y paraestatal, lo que hace evidente que en ésta encontremos segmentos o ámbitos que agrupan especializaciones acordes con la naturaleza de determinadas actividades de sectores u órganos de dicha administración.

Es por lo anterior, que surge la necesidad de la apertura de Salas Especializadas en materias administrativas con el objeto de agilizar la instrucción e identificación de la materia en que habrán de especializarse, además de elevar la calidad de sus resoluciones.

Así, en el año 2010, surge la creación de la Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, a la cual me encuentro adscrito, misma en la cual se han presentado demandas de nulidad cuya impugnación, es precisamente, la resolución administrativa que pone fin a un procedimiento iniciado con un acta levantada en flagrancia forestal; juicios donde los actores principalmente hacen valer conceptos de anulación tendientes a desvirtuar el acta de inspección levantada en flagrancia manifestando que la misma es ilegal pues transgrede lo previsto en el Artículo 16 Constitucional ya que se lleva a cabo sin contar con una orden de verificación o inspección escrita con firma autógrafa, expedida por autoridad competente en la que se precise el lugar o zona que habría de verificarse; se ejecuta por personal que no se encuentra facultado expresamente por la norma legal para levantar actas de inspección forestal en flagrancia y, porque además los hechos asentados en el acta no se ubican a los supuestos de flagrancia a que hace alusión el Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, por lo que el procedimiento es ilegal.

En el presente trabajo se analizarán tres casos de flagrancia los cuales dan base a las propuestas de modificación a la Ley de Desarrollo Forestal Sustentable y son los siguientes.

1) Compareció una persona física, para demandar la nulidad de una resolución administrativa, por la que el Director General de Inspección y Vigilancia Forestal de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, le impuso una multa en cantidad de \$19,428.00, por infracciones a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable; asimismo le determinó como sanción, el decomiso de las materias primas forestales y el medio de transporte utilizado para cometer la infracción, en virtud de que, la persona física no desvirtuó las irregularidades observadas durante la visita de inspección practicada en la que se señaló que durante un operativo coordinado con la Secretaría de Seguridad Pública (Policía Forestal) del Estado de Michoacán y al estar circulando por la carretera Irimbo-Maravatio, se encontró estacionado, un vehículo tipo redilas de 3.5 toneladas, el cual al revisarlo se le observó que sobre la plataforma transportaba materias primas forestales, por lo que se procedió a su cuantificación y cubicación encontrando que transporta materias primas forestales (polines y barrotes), presentando para amparar o acreditar dicho producto un reembarque forestal. Acto continuo y al encontrarse ante un riesgo inminente de daño a los ecosistemas forestales se procedió al traslado y aseguramiento precautorio del automotor y del material que transportaba, ante dicha aseveración el actor señaló como concepto de anulación total que la resolución impugnada provenía de actos viciados, como lo es el acta de inspección porque los inspectores comisionados no fundaron su competencia material y territorial para acreditar las atribuciones ejercidas, en ese sentido al resolver el fondo del asunto la Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación declaró la nulidad de la citada resolución.

2) Compareció una persona física a demandar la nulidad de una resolución administrativa, a través de la cual el Delegado de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente en el Estado de Baja California, le determinó una multa por violaciones a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, en cantidad de \$32,380.00, así como el decomiso de los bienes asegurados, toda vez que, la persona física no desvirtuó las irregularidades observadas durante la visita de inspección practicada en la que se señaló que, en atención a una llamada telefónica por parte de un Comandante de la Agencia del Ministerio Público, quien reportó un vehículo en tránsito tipo panel, el cual, según su dicho, transportaba productos forestales maderables en flagrancia. Señalándose que la persona que conducía el vehículo al observar la presencia de la unidad oficial de la Policía Ministerial se dio a la fuga, por lo que se procedió al traslado y aseguramiento precautorio del automotor y del material que transportaba, ante dicha irregularidad el actor en su juicio de nulidad señaló como argumento de mayor beneficio que la resolución impugnada es ilegal, ello en virtud de que el acto de inspección fue realizado sin mediar orden de inspección alguna, sin su presencia o el de persona alguna, aunado a que la inspección no fue realizada en su domicilio, sino

al parecer en la vía pública, argumento que la Sala Especializada declaró infundado y en consecuencia reconoció la validez de la mencionada resolución; sin embargo la parte actora interpuso juicio de garantías ante el citado fallo, medio de impugnación que por turno le correspondió conocer al Décimo Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa del Primer Circuito, quien mediante ejecutoria pronunciada el 30 de diciembre de 2014, al resolver el juicio de amparo directo D.A. 583/2014, concedió el amparo y protección de la justicia federal al quejoso, por lo que la Sala Especializada procedió a dictar sentencia en cumplimiento a la citada ejecutoria, en la que declaró la nulidad de la resolución impugnada pues si bien es cierto que legalmente se permite el levantamiento de actas de inspección en situaciones de flagrancia, emergencia o urgencia, también es verdad que aun en esos supuestos los inspectores deben acreditar sus facultades y competencia.

3) Compareció una persona física a demandar la nulidad de una resolución administrativa, por la que el Director General de Inspección y Vigilancia Forestal de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, le impuso una multa en cantidad de \$6,476.00 por infracción a lo dispuesto en el Artículo 164, fracción II de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable; le impone además una amonestación y también le decomisa el producto forestal consistente en 47.364 metros cúbicos de madera aserrada del género pino, en virtud de que, la persona física no desvirtuó las irregularidades observadas durante la visita de inspección practicada en la que se señaló que durante un recorrido de vigilancia forestal por la carretera Toluca-Naucalpan se ubicó un vehículo tipo tracto camión el cual al revisarlo se observó que sobre la plataforma transportaba producto forestal maderable, consistente en madera aserrada de la especie pino, se solicitó la documentación que acreditara la legal procedencia del producto forestal mencionado, exhibiéndose al efecto una nota de remisión que no coincidía con el volumen de madera transportada. Acto seguido se procedió al traslado y aseguramiento precautorio del automotor y del material que transportaba, ante dicha irregularidad el actor en su juicio de nulidad señaló como argumento primordial que resolución combatida debe ser declarada nula porque deriva de una inspección que carece de una orden previa debidamente fundada y motivada que le de sustento, en ese sentido la Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación declaró infundado el citado argumento, pues según su dicho la inspección realizada en cuestión versa sobre actos detectados en flagrancia por parte de la autoridad, y en esa virtud, atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 175 del Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la única obligación formal de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente cuando detecte la posible comisión de infracciones a la Ley de la materia o su Reglamento en flagrancia, es el de levantar

acta circunstanciada, debidamente firmadas por el presunto infractor y los servidores públicos que intervengan en la misma, requisitos formales que se cumplieron en el caso en concreto, tal y como se observa del acta de referencia, por lo que no le asiste la razón a la demandante al aducir que la misma es ilegal por no mediar una orden de inspección previa, pues se insiste, la actora pretende ir más allá de lo que la ley de la materia y su reglamentación disponen.

De los casos antes mencionados se colige, que cuando la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, detecta la posible comisión de infracciones en flagrancia a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable o a su Reglamento, levanta acta en la que se hacen constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubiesen presentado durante la diligencia y, concluida la inspección, da oportunidad a la persona con la que se entiende la diligencia para que en el mismo acto formule observaciones en relación con los hechos u omisiones asentados en el acta respectiva, y para que ofrezca las pruebas que considere convenientes o haga uso de ese derecho.

4. Propuesta y motivos de la reforma a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable

Como ha quedado precisado, la atribución legal de la función de inspección de la Administración, plantea un problema complejo pues las leyes acuden a cláusulas generales para atribuir los poderes de inspección, en la mayoría de los casos sin perfeccionar situaciones específicas como es la flagrancia en materia forestal, en ese sentido si bien es cierto que, la función de inspección es una manifestación de policía preventiva no represiva, por lo que es válido que en principio las leyes otorguen un amplio margen de apreciación a la Administración Pública en cuanto a su ejercicio, sin embargo, toda inspección conlleva la idea de intervención y por tanto resulta válido que sea la ley la que regule casos específicos de inspección sobre todo cuando se trata de salvaguardar derechos constitucionalmente protegidos como es el medio ambiente.

Es por esa razón que el presente trabajo propone que la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, regule en capítulo especial los procedimientos de inspección y sanción tratándose de infracciones cometidas en flagrancia; lo anterior porque como quedó desarrollado, a este tipo de verificaciones la Procuraduría de Protección al Medio Ambiente, le aplica las formalidades generales para cualquier tipo de visita de inspección previstas en los Artículos 164 y 165 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, siendo que, tratándose de actos en flagrancia se debe distinguir el esquema de los procedimientos de inspección y de sanción, toda vez que, la infracción tiene como característica primordial que el autor de la misma es sorprendido al momento de cometerla.

En primer término, se plantea que la norma forestal establezca un catálogo de cuales pueden considerarse infracciones cometidas en flagrancia, toda vez que, al día de hoy

el Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, únicamente prevé que se entiende por flagrancia *“ las acciones en que los presuntos infractores son sorprendidos en ejecución de hechos contrarios a la ley o al Reglamento o, cuando después de realizados, sean perseguidos materialmente o alguien los señale como responsables de su comisión, siempre que se encuentren en posesión de los objetos o productos materia de la infracción ”*; pero sin que se establezca de manera específica que hechos o actividades se consideran contrarios a la ley.

Por otra parte, a fin de cumplir con el principio de legalidad se propone que la norma forestal señale de manera específica cuáles son las características que deberá reunir un acta circunstanciada de hechos en flagrancia forestal, las cuales de manera enunciativa más no limitativa deberían ser:

- Precisar lugar, fecha y hora en que ocurrieron los hechos;
- Precisar los motivos por lo que se considera que se actualiza un hecho en flagrancia;
- Fundar y motivar la competencia de los inspectores;
- Estar suscrita por el presunto infractor y por dos testigos que serán designados por éste, en el entendido de que, si la persona con quien se entendió la diligencia o los testigos, se negaren a firmar el acta, o el interesado se negare a aceptar copia de la misma, dichas circunstancias se asentarán en ella, sin que esto afecte su validez y valor probatorio.

En otro orden de ideas, se sugiere que el Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, el cual regula las facultades del personal adscrito a la Procuraduría de Protección al Medio Ambiente, establezca la existencia de inspectores designados concretamente para la realización de actas de inspección en materia de flagrancia pues al día de hoy tales actas las levantan inspectores generales.

V. CONCLUSIÓN

En mi opinión aun cuando en el Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable se encuentra prevista la figura de la flagrancia, sería importante que la Ley General de Desarrollo Forestal, se reformara en el sentido de que exista un capítulo especial que regule los procedimientos de inspección y sanción tratándose de infracciones cometidas en flagrancia, así como que señale de manera específica cuáles son las características que deberá reunir un acta circunstanciada de hechos en flagrancia forestal.

Lo anterior, no sólo ayudaría en los casos que nos ocupan sino en todos aquellos casos en que se detecte la posible comisión de infracciones en flagrancia a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable o a su Reglamento.

Además, se busca que la actuación de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente se encuentre debidamente fundada y motivada cuando levante un acta de inspección en donde los infractores son sorprendidos en ejecución de hechos contrarios a la ley, con el objeto de no vulnerar los derechos fundamentales de los gobernados que son sometidos a sus facultades de inspección y que les corresponde desvirtuar lo afirmado por la autoridad emisora.

Es por ello, que resulta importante que la autoridad ambiental ajuste su actuación a los parámetros antes precisados puesto que aparte de reforzar sus actos administrativos, cumpliría su labor sin dejar en estado de indefensión a los gobernados, lo cual también disminuiría la carga de trabajo en otras áreas de la administración pública federal, así como en las erogaciones correspondientes.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1989.
- CHE PIU DEZA, Hugo, *Diálogos del Derecho Forestal Comparado*, Perú, 10 de abril de 2015, <http://dialogosdelareladeffa.blogspot.com/2015/04/doctrina-del-derecho-forestal10.html>.
- QUINTANA VALTIERRA, Jesús, *Derecho Ambiental Mexicano*, 5ª. ed., México, Porrúa, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2015.
- GARCÍA LÓPEZ, Tania, *Derecho Ambiental Mexicano*, Madrid, Bosch, 2013.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, t. IV.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *Temas Selectos de Derecho Ambiental*, México, Porrúa, 2013.
- RIVERO ORTEGA Ricardo, *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración*, Madrid, Tecnos, 1999.

2. Legislativas

- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de febrero de 2003, reforma publicada en el citado medio el 26 de marzo de 2015.
- Reglamento de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de febrero de 2005, reforma publicada en el citado medio el 31 de octubre de 2014.

3. Sitios de Internet

- <http://www.profepa.gob.mx>.
- <https://www.gob.mx/semarnat>.
- <http://www.juridicas.unam.mx>.
- <http://www.tfja.mx>.

LA PRELACIÓN DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN EN MATERIA FISCAL

Miguel Ángel GONZÁLEZ GONZÁLEZ¹

I. INTRODUCCIÓN

El hablar de contribuciones en nuestro país resulta en la mayoría de las ocasiones algo no muy grato, estos temas evocan el común descontento sobre los tristes contrastes que se observan entre su fin y la abrumadora realidad, sin embargo, aún para aquellos que decidieron incluir en su vida estos tópicos y ganarse la vida por estos medios, resulta difícil el hablar de ellos, su complejidad es algo con lo que no están del todo conformes al no encontrar de forma clara lo que la misma ley establece debe observarse.

II. LA INTERPRETACIÓN TRIBUTARIA

La complejidad del estudio de las normas jurídicas radica en la complejidad de su lenguaje técnico, así como las constantes contradicciones en las leyes, en ese sentido resulta arduo el trabajo a la hora de interpretar las normas fiscales toda vez que el lenguaje fiscal, transforma esta materia en una disciplina absorta con sus propios conceptos, donde aparece como una mezcla de leyes fiscales y normas no emitidas por el Poder Legislativo que buscan crear un consenso de fórmulas y terminologías en materia contable.

Ante esta complejidad, la interpretación jurídica de las normas en materia fiscal será útil cuando el operador jurídico note que un precepto es oscuro y por tanto se encuentra en la necesidad de desentrañar su sentido. Dicho lo anterior, cabe aclarar el significado del sentido de la ley. Así, "una de las soluciones propuestas, en relación con el problema, consiste en afirmar que el sentido de la ley no puede ser sino la voluntad del legislador"².

Cabe destacar que existe cierta ambigüedad en la interpretación de normas fiscales, incluso resulta interesante la necesidad de que el Poder Judicial tenga que indicar la correcta aplicación del precepto utilizado para su interpretación.

¹ Licenciado en Contaduría, Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho, abogado tributario del Servicio de Administración Tributaria.

² García Máñez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 55ª. ed., México, Porrúa, 2003, p. 327.

III. LA APLICACIÓN ETRICTA

El Artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación establece la interpretación de las normas jurídicas en materia fiscal; contiene los elementos esenciales de las contribuciones: sujeto, objeto, la base y tasa, consideramos a éste último, (por lo menos en principio, pues anteriormente se utilizaba el término de "aplicación restrictiva")³, como el origen de las confusiones en cuanto al tema de interpretación se refiere, debido a que dicta que la labor interpretativa debe ser de "*aplicación estricta*" cuando se presenten los elementos de las contribuciones antes referidos.

Durante algún tiempo el haber incluido la expresión "*aplicación estricta*" para las leyes fiscales, tuvo un efecto literal de "*aplicación única*" de interpretación de normas, de modo que provocó la restricción de los demás métodos.

Más tarde el Poder Judicial de la Federación emite una tesis en la cual indica lo que se debe entender por "aplicación estricta" dentro de las normas fiscales. Al respecto hace una distinción en dos momentos que deben de tenerse en cuenta: la "interpretación" de las normas y su "aplicación"⁴.

El primer momento debe de ser entendido como una prelación acerca de los métodos de interpretación jurídica, al momento de notar vaguedad en una norma fiscal "que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones"⁵.

Lo anterior en virtud de que en los casos anteriores le será permitido al jurista, el uso del método literal, (solo cuando aún se tengan dudas sobre lo que dispone la norma, le será permitido usar los otros métodos de interpretación de las normas jurídicas).

El segundo momento es aquel en que el resultado del ejercicio interpretativo es aplicado; de acuerdo al Poder Judicial este momento es aquel que debe de ser entendido como de aplicación estricta, en consecuencia, se aplicará de forma precisa y con exactitud lo que resultó de la labor interpretativa.

IV. CONCLUSIÓN

La acción de interpretar "significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje"⁶, en cuanto a las normas jurídicas, indica que existe un precepto que tiene vaguedad o es oscuro y no se entiende el alcance de su contenido.

³ Código Fiscal de la Federación, 1938, Artículo 11.

⁴ Tesis 2a./J. 133/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, p. 238.

⁵ Código Fiscal de la Federación, Artículo 5o.

⁶ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 7ª. ed., trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 2.

Si bien, no esperamos que todo el complejo sistema de normas se pueda entender a la perfección, consideramos que las reglas que nos llevarán a desentrañar su sentido sea suficientemente claro para indicarnos la manera correcta de hacerlo, no obstante, esta aspiración no es materializada por el legislador tributario cuando emite la norma que es aplicable a la forma de interpretar las normas relativas a esta materia, pues también se torna vaga.

Resulta necesario que el lenguaje de las normas relacionadas con la labor interpretativa sea claro y preciso, de tal forma que no existan dudas en cuanto a la aplicación de las normas. Las acciones mencionadas, generarán uniformidad acerca de la manera de actuar al encontrarnos con algún precepto oscuro y evitará contradicciones que lleven a resultados interpretativos con contenido distinto.

El legislador tributario dentro del Artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación en realidad pretende hacer una prelación de los métodos de interpretación de las normas jurídicas, es decir, dispone que exista prioridad hacia el método literal seguido por los otros métodos, en este sentido resulta importante la claridad por lo menos al expresar esta idea, es decir, debe de ser entendida sin la necesidad de que exista la interpretación de algún órgano que la explique, entonces, es necesario que el legislador evite conceptos que creen este tipo de confusiones, pues si su intención se orienta a establecer la prelación de los métodos de interpretación, así debería plasmarlo en la ley.

ASPECTOS DEL DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL

Javier PÉREZ ARRAIZ¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *El Derecho Internacional Tributario.* III. *Conclusiones.*
IV. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN

En la determinación de la rentabilidad de una inversión, además de las diferencias de tributación sobre los rendimientos obtenidos (siempre que éstas se encuentren dentro de lo razonable), existe un gran número de factores que pueden estimular o desestimular la inversión extranjera, como: la estabilidad política, facilidades financieras, costes de personal, infraestructura, facilidad para disponer de las ganancias, entre otros². En todo caso, en la esfera internacional, uno de los elementos que distorsiona los sistemas económicos es el movimiento de capitales guiado por las diferencias fiscales existentes³.

Las condiciones fiscales no suelen ser por antonomasia suficientes para determinar la inversión⁴, toda vez que no se puede pasar por alto que, problemas como el de la doble imposición sobre una misma renta, puedan disuadir a aquéllos que estarían dispuestos a soportar los obstáculos de carácter no tributario⁵.

Una de las características del comercio en la actualidad es su alto grado de internacionalización, no solo por el número de distintos ordenamientos que se ven involucrados, sino por las dimensiones que han adquirido los movimientos de capital y de actividades tanto empresariales como profesionales, todo ello hace necesario que se superen los esquemas nacionales, y ha obligado a los países a adoptar una serie de medidas encaminadas tanto a promover estos intercambios como a establecer medidas que garanticen la neutralidad de los ordenamientos tributarios sobre los mismos; como posibles soluciones se ha barajado la adopción de un sistema fiscal uniforme para todos los países que se

¹ Universidad del País Vasco.

² Otero Castillo, J., *Fiscalidad internacional española*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1973, p. 11.

³ Véase Izquierdo Llanes, G., "Los principios internacionales de la tributación del capital y la localización del capital", *Palau 14*, núm. 29, 1997, p. 130.

⁴ Peña Álvarez, F., "Principios de la imposición en una economía abierta", *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, IEF, 2007, pp. 60 y 61.

⁵ Velasco González, J., *Doble imposición internacional*, Madrid, IEF, 1972, p. 671.

ven afectados por los movimientos arriba señalados⁶, o bien, establecer un sistema que, posibilitando a los países involucrados actuar con libertad en la configuración de los sistemas tributarios internos, minimicen las posibles interferencias de éstos en la eficiencia y equidad en el plano internacional⁷.

La doble imposición internacional constituye un problema que difícilmente se puede resolver si se parte de principios tributarios nacionales, ya que estos son heterogéneos entre los países que componen la comunidad internacional, y no resuelven los problemas en los que se ven involucrados varios países en la generación de este fenómeno, por ello, se hace necesario superar los esquemas nacionales y elaborar principios "universales" que puedan dar respuesta a un fenómeno tributario como es la doble imposición internacional⁸.

En el ámbito fiscal, a los Estados les cuesta renunciar a parte de su soberanía, de tal forma que resultará difícil que éstos consientan (a través de un acuerdo internacional) la modificación de sus normas impositivas, de ahí, que en los convenios para evitar la doble imposición (CDIs), se establezcan normas de conflicto, en lugar de recurrir al método de las leyes uniformes⁹.

Para algunos autores, la principal razón de los CDIs se encuentra en el reparto de soberanía tributaria entre los Estados firmantes¹⁰; para otros, sin embargo, tienen el objetivo de eliminar los efectos perversos que se originan en las relaciones jurídico-tributarias de los extranjeros con el Estado en el que deben tributar¹¹.

Por otra parte, y relacionado también con el grado de internalización, hay que tener en cuenta que las posibilidades de evasión y fraude son mayores cuando parte de los actos o negocios jurídicos se realizan en el extranjero, donde las labores de investigación

⁶ En el ámbito internacional se establecen normas uniformes o normas de conflicto de leyes, ahora bien, las normas de conflicto implican la determinación, en cada caso, de la legislación aplicable, mientras que en materia fiscal lo que indican es la soberanía fiscal a la que queda sometida una persona, un bien o una renta.

⁷ Rubio Guerrero, J.J., "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional", *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, IEF, 2007, p. 78.

⁸ Véase Calderón Carrero, J.M., "La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación", *Fiscalidad internacional*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007, p. 325.

⁹ Borrás, A., *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1974, p. 86. Sobre la pérdida de la soberanía de los Estados como consecuencias de la globalización, véase Pinheiro, Jurandi Borges, *Direito Tributário e Globalização. Ensaio crítico sobre preços de transferência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 40 y ss.

¹⁰ ° Peláez Marques, M., *Convenio para evitar la doble imposición internacional entre España y Argentina*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 8.

¹¹ Collado Yurrita, M.A., y Paton García, G., "Fuentes del Derecho Tributario Internacional", *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, Madrid, Colex, 2005, p. 18.

y comprobación de los elementos con trascendencia tributaria se ven dificultadas para la Administración nacional por el hecho de tener limitadas sus competencias a dicho territorio. Por todo ello, a la hora de tratar el tema de la doble imposición, no se han olvidado los delitos de evasión y fraude tributario en el ámbito internacional, estableciéndose mecanismos en los convenios para evitar la doble imposición (CDIs) que permitan la lucha contra este tipo de conductas¹².

II. EL DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO

En el terreno terminológico, se han planteado controversias cuando las normas tributarias regulan relaciones jurídicas de otras disciplinas como: Derecho procesal, Derecho administrativo, el Derecho penal y por supuesto el Derecho internacional, así para referirse al conjunto de normas tributarias que se aplican en materia internacional se han empleado distintas denominaciones como Derecho Fiscal Internacional, Derecho Internacional Tributario, etc.¹³. En concreto, por el tema que nos ocupa, cuando las normas internacionales proceden de más de un poder legislativo nacional (normas bilaterales o multilaterales) se ha utilizado la expresión Derecho Internacional Fiscal o Derecho Internacional Tributario; y cuando las normas se dictan por un solo poder legislativo nacional (normas unilaterales) se ha utilizado la expresión Derecho Fiscal Internacional o Derecho Tributario Internacional¹⁴.

Ahora bien, a pesar de que en estricto sentido, únicamente podrían ser normas de Derecho internacional aquellas que tengan origen internacional, y no las que, teniendo por objeto la comunidad internacional, sean de origen nacional, algunos autores lo han distinguido de Derecho Internacional Tributario (DIT) en sentido amplio, referente tanto a las normas de origen internacional como a las nacionales que constituyen normas de conflicto y en sentido estricto, referente a las normas de conflicto de origen internacional¹⁵.

Se ha afirmado que, en el Derecho Internacional Tributario, no existen normas que limiten la soberanía del Estado, quien asume funciones internacionales y en esa tesitura no hay un órgano que desempeñe dichas funciones. De esta forma, el legislador nacional establece los casos de sumisión a su ordenamiento jurídico-tributario. Es una manifestación de la soberanía que se ha denominado soberanía fiscal, y que consiste en la posibili-

¹² Véase Buhler, O., *Principios de Derecho Internacional Tributario*, trad. de Fernando Cervera Torrejón, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1968, p. 226.

¹³ Véase Valdes Costa, R., "Presentación a la obra de Otero Castelló", J., *Fiscalidad internacional española*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1973, p. XI.

¹⁴ Otero Castello, J., *Fiscalidad internacional española*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1973, p. 5.

¹⁵ Buhler, O., *Principios de Derecho Internacional Tributario*, *op. cit.*, p. 5.

dad de establecer un sistema impositivo que tenga una autonomía técnica respecto de los sistemas impositivos que puedan concurrir con él. Citando a Borrás, el principio de soberanía en ámbito del DIT tiene una serie de consecuencias: a) el derecho exclusivo de cada Estado a ejercer dentro de su territorio su poder tributario; b) la no procedencia de ejercer el poder tributario fuera del territorio del Estado no implica que no se puedan tener en consideración, a los efectos de gravar en un país, los presupuestos de hecho realizados en otro¹⁶.

Desde hace tiempo se reclamaba con cierta impaciencia la elaboración de una doctrina en el ámbito del Derecho Internacional Tributario. En concreto, en una resolución de la Cámara Internacional de Comercio de 1961 se señaló que *"The world cannot await the slow evolution of fiscal doctrine"* y es que el Derecho Internacional Tributario, como rama del Derecho linternacional, ha sido "gustosamente desatendida" debido a sus peculiares dificultades¹⁷.

El Derecho Internacional Tributario es una disciplina que se encuentra entre el Derecho Internacional y el Derecho Tributario¹⁸. La elaboración de un Derecho Internacional Tributario resultaría difícil, ya que es una rama influenciada por los acontecimientos de cada momento, y ello hace prácticamente imposible dar fijeza a unos principios que se ven afectados por una realidad que está variando continuamente. Hay que tener en cuenta que el DIT se ve afectado por los mismos factores que fuerzan los cambios de la economía mundial¹⁹.

La principal base del Derecho Internacional Tributario está constituida por el conjunto de convenios para evitar la doble imposición, siendo, una fuente de Derecho internacional. Ahora bien, estas fuentes no serían inteligibles sin el conocimiento de la normativa interna sobre la delimitación "ad extra" del poder tributario, de ahí la duplicidad básica de las fuentes de Derecho Internacional Tributario²⁰.

La distinción entre normas internas e internacionales en el DIT tiene como supuesto la concepción dualista que, en la práctica resulta indispensable, en este sentido, es preciso hacer referencia tanto a las fuentes del Derecho Internacional en relación al Derecho Tributario; como a la legislación y jurisprudencia internas, incluidas las disposiciones de cada país para evitar la doble imposición internacional.

¹⁶ Véase Borrás, A., *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, op. cit., pp. 19 y 20.

¹⁷ Buhler, O., *Principios de Derecho Internacional Tributario*, op. cit., pp. XIII y XIV.

¹⁸ Díez De Velasco, M., "Prólogo a la obra de Borrás, A.," *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, op. cit., p. 10.

¹⁹ Buhler, O., *Principios de Derecho Internacional Tributario*, op. cit., p. 359.

²⁰ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

Existen distintas fuentes dentro del ámbito del Derecho Internacional Tributario, se destacan las siguientes²¹: los tratados internacionales colectivos, que en el ámbito tributario desempeñan un papel secundario y los tratados bilaterales, que son la fuente más importante del Derecho Internacional Tributario, y que tratan en especial sobre la doble imposición internacional. En este terreno ha sido de gran importancia la labor realizada con base en el Modelo de Convenio de la OCDE (MC OCDE)²², que se ha plasmado en un gran número de convenios firmados entre distintos Estados para evitar la doble imposición (CDIs)²³. Es conveniente señalar que, los CDIs, a pesar de que se negocien entre dos Estados, recogen una serie de cláusulas conforme a los modelos de convenio elaborados por Organizaciones Internacionales, cabe destacar que este dato no priva al CDI del carácter de convenio bilateral entre Estados²⁴.

No cabe duda que existen dificultades a la hora de construir una legislación universal en materia de doble imposición internacional, sin embargo a través de los CDIs, y en concreto a través de los que han sido firmados siguiendo el MC OCDE, se está alcanzando un alto grado de uniformidad en cuanto a los puntos de conexión entre los distintos países²⁵.

La tendencia actual en el Derecho Internacional Tributario es la de limitar el carácter absoluto de la soberanía, ya que las vinculaciones surgidas de los tratados colectivos y la pertenencia a organizaciones internacionales, entre otros, lleva consigo la sumisión a decisiones tomadas mayormente, ahora bien, por lo que respecta a la limitación de la soberanía fiscal parece que va a resultar difícil renunciar a la misma con base en una idea supranacional, y ello por los siguientes motivos²⁶:

a) En primer lugar, hay que destacar que los recursos que obtiene la Hacienda de un país, repercuten en sus resortes vitales. No hay más que tener en cuenta que la regulación de los ingresos y gastos de un país siempre se ha visto envuelta de discusiones y polémicas; y que cualquier asunción de una obligación que supusiera una limitación a la soberanía financiera ha estado rodeada de unas exigencias muy estrictas, por todo ello, lo habitual ha sido la firma de tratados bilaterales, más que de tratados colectivos.

b) Por otra parte, en relación a las fuentes de ingresos de un Estado, no existe la misma sensibilidad a la hora de aceptar vinculaciones exteriores, toda vez que, con

²¹ *Ibidem*, pp. 49 y ss.

²² Véase Borrás, A.: *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

²³ Véase Montoya López, Ma., "Los convenios para evitar la doble imposición internacional", *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, Madrid, Colex, 2005, p. 44.

²⁴ Amaral, Antonio Carlos Rodrigues do, *Comentários ao Código Tributário Nacional* (Artículos 98 a 100), São Paulo, Saraiva, 2002, vol. 2, p. 41.

²⁵ Borrás, A., *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, *op. cit.*, p. 86.

²⁶ Buhler, O., *Principios de Derecho Internacional Tributario*, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

dificultad se plantean problemas en cuanto a la unificación de criterios en la imposición indirecta, respecto a la imposición directa no es pensable una unificación que suponga una recaudación común, sino que la posible armonización de los impuestos directos se sitúa en último lugar.

El principio de soberanía fiscal en el ámbito de un CDIs lleva a admitir la interpretación de que la vinculación de un Estado firmante no va más allá de lo que resulta de un CDI, y sobre los extremos no resueltos por dicho convenio, debe primar la libertad de disposición de los Estados firmantes²⁷, a pesar de todo ello, la globalización a nivel internacional exige el establecimiento de unos principios impositivos a nivel internacional.

Los problemas que se plantean en el ámbito de la fiscalidad internacional deberían resolverse teniendo en cuenta las coordenadas que se recogen en los CDIs, buscando una coordinación entre los distintos sistemas fiscales²⁸.

III. CONCLUSIONES

El aumento de las relaciones económicas, y comerciales en general, entre residentes de distintos países, sometidos a ordenamientos jurídicos distintos, parece que hace necesario superar los esquemas tributarios nacionales, y adoptar una serie de medidas de forma global, encaminadas tanto a promover estos intercambios, como a establecer medidas que garanticen la neutralidad de los ordenamientos tributarios sobre los mismos.

El Derecho Internacional Tributario está llamado a jugar un gran papel en el ámbito de la lucha contra la doble imposición internacional, como en la lucha contra el fraude. Ahora bien, la eficacia de este Derecho Internacional Tributario pasa por una relectura de la soberanía fiscal de los Estados y por una voluntad "global" encaminada a eliminar los problemas tributarios que pueden surgir de las relaciones comerciales en el ámbito internacional.

²⁷ *Ibidem*, p. 180.

²⁸ Collado Yurrita, M.A., y Paton Garcia, G., "Fuentes del Derecho Tributario Internacional", *op. cit.*, p. 23.

IV. FUENTES DE CONSULTA

- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do, *Comentários ao Código Tributário Nacional* (Arts. 98 a 100), São Paulo, Saraiva, 2002, vol. 2.
- BORRAS, A., *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1974.
- BUHLER, O., *Principios de Derecho Internacional Tributario*, trad. de Fernando Cervera Torrejón, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1968.
- CALDERÓN CARRERO, J.M., "La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación"; *Fiscalidad internacional*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2007.
- COLLADO YURRITA, M.A., y PATON GARCIA, G., "Fuentes del Derecho Tributario Internacional"; *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, Colex, Madrid, 2005.
- DIEZ DE VELASCO, M., "Prólogo a la obra de Borrás, A.," *La doble imposición: Problemas jurídico-internacionales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1974.
- IZQUIERDO LLANES, G., "Los principios internacionales de la tributación del capital y la localización del capital"; *Palau 14*, núm. 29, 1997.
- MONTOYA LÓPEZ, Ma., "Los convenios para evitar la doble imposición internacional"; *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, Madrid, Colex, 2005.
- OTERO CASTELLO, J., *Fiscalidad internacional española*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1973.
- PEÑA ÁLVAREZ, F., "Principios de la imposición en una economía abierta"; *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, IEF, 2007.
- PELÁEZ MARQUES, M., *Convenio para evitar la doble imposición internacional entre España y Argentina*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- PINHEIRO, Jurandi Borges, *Direito Tributário e Globalização. Ensaio crítico sobre preços de transferência*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- VALDÉS COSTA, R., "Presentación a la obra de Otero Castelló"; J., *Fiscalidad internacional española*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1973.
- VELASCO GONZÁLEZ, J., *Doble imposición internacional*, Madrid, IEF, 1972.
- RUBIO GUERRERO, J.J., "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional"; *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, IEF, 2007.

¿LEGISLACIÓN CIVIL DE LA PENÍNSULA DE BAJA CALIFORNIA DISCRIMINA A LA MUJER EN SITUACIÓN MATRIMONIAL?

Julio Daniel CARBAJAL SMITH¹

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Legislación mexicana.* III. *Derecho Internacional.*
IV. *Conclusión.* V. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN

Al decidir este tema pensé en uno que comprendiera tanto Derecho mexicano como Internacional; elegí una situación que está en legislación, pero que considero inadecuada y existente en México, realizo breves comentarios al respecto con base en la regulación interna e internacional; me refiero a la posible discriminación a mujeres vinculadas de alguna manera con la figura matrimonial; quien lea este documento encontrará legislación diversa de nuestro país y tratados de los que el Estado mexicano es parte.

Me parece lamentable que en el siglo XXI todavía encontremos documentos jurídicos de los Estados Unidos Mexicanos² que diferencian tanto jurídica como familiarmente a las mujeres y varones; con lo que, incluso, se violan normas nacionales así como instrumentos internacionales.

Es mi intención que, por medio de mis cuestionamientos a esta legislación mexicana, en su medida se contribuya a impulsar la reflexión, si es factible la creación de modificaciones jurídicas equitativas, adecuadas y convenientes; y que sea útil a quien dedique tiempo para leer el presente.

II. LEGISLACIÓN MEXICANA

Antes de presentar la parte constitucional cito la denominación que refiere el CONAPRED acerca de la discriminación: "La discriminación es una práctica cotidiana que consiste en dar un trato desfavorable o de desprecio inmerecido a determinada persona o grupo, que a veces no percibimos, pero que en algún momento la hemos causado o recibido.

Hay grupos humanos que son víctimas de la discriminación todos los días por alguna de sus características físicas o su forma de vida. El origen étnico o nacional, el sexo, la

¹ Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Internacional por la UNAM. Profesor de ESCA Tepepan y otras instituciones. Miembro del Consejo Asesor del METI, Messaging Extraterrestrial Intelligence. Integrante de lista general de árbitros del Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Conferenciante. Experiencia en sector público.

² En el caso de esta ponencia, legislación estatal o local.

edad, la discapacidad, la condición social o económica, la condición de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil y otras diferencias pueden ser motivo de distinción, exclusión o restricción de derechos.

Debe quedar claro que, para efectos jurídicos, la discriminación ocurre solamente cuando hay una conducta que demuestre distinción, exclusión o restricción, a causa de alguna característica propia de la persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho”³, en ese sentido queda regulada la prohibición de la misma en la Constitución mexicana en su Artículo 1o., que a la letra dice:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En esa misma tesitura, el Artículo 73 constitucional estipula, dentro de las facultades congresionales, en su fracción XXIX-P, expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales en la materia de los que México sea parte. Lo que provoca desafiar la voluntad del legislador, ya que por un lado establece en la fracción transcrita, en mi opinión, la coordinación de diversos niveles del sector público para niños y adolescentes y, por el otro, no se encuentra disposición que permita al Congreso de la Unión legislar sobre el matrimonio comprendido en el Derecho Civil, particularmente en el Derecho de Familia; en adición, el Artículo 124, también de la Constitución, señala, respecto a las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados o la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias; así, esta regulación tampoco consolida la facultad de los legisladores federales para tomar decisiones relativas al acto matrimonial en México, pues en el ya mencionado Artículo 73, fracción XXIX-P, se incluye a niños pero no que se pueda legislar respecto al matrimonio, y si sumamos lo establecido en el 124 arriba indicado, la falta de inclusión en el multicitado numeral 73 permite que el acto matrimonial siga siendo competencia de las entidades federativas. Estas reflexiones me generan pensar que el debate, o una parte de él, debe ser la viabilidad de tener sólo un código civil⁴.

³ En “*Discriminación e igualdad*,” <https://www.conapred.org.mx/>.

⁴ Las consecuencias serían interesantes y trascendentes, solo como ejemplo, la posible pérdida de facultades de los congresos locales en esa cuestión.

Con el objetivo de claridad para el tema del presente documento, cito el Artículo 39 de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres:

Artículo 39. Con el fin de promover y procurar la igualdad en la vida civil de mujeres y hombres, será objetivo de la Política Nacional:

- I. Evaluar la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres;
- II. Promover los derechos específicos de las mujeres como derechos humanos universales, y
- III. Erradicar las distintas modalidades de violencia de género⁵.

Comentar el articulado constitucional es relevante debido a que, de la lectura a la legislación civil de Baja California y Baja California Sur, se encuentran dos disposiciones estimables como discriminatoria, a saber:

Entidad federativa	Texto de legislación civil
Baja California	Artículo 146. El hijo o la hija que no hayan cumplido dieciocho años, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de su padre o de su madre, si vivieren ambos o del que sobreviva. Este derecho lo tiene la madre, aunque haya contraído segundas nupcias, si el hijo vive con ella.
Baja California Sur	Artículo 165. La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo, o presente ante el Oficial del Registro Civil un certificado expedido por un centro de salud pública, en el cual conste que no se encuentra embarazada al momento de solicitar el matrimonio.

Basados en lo anterior, el Artículo 146 me genera inquietud y desazón, por la vaguedad que representa la aquiescencia del legislador bajacaliforniano, para la aprobación de dicha regulación; en mi opinión, disponer que si un hijo o hija vive con la madre (aunque

⁵ Este precepto debe correlacionarse con el Artículo 40 de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, ubicado también en el Capítulo Quinto, “De la igualdad entre mujeres y hombres en la vida civil”; el cual expresa literalmente en su fracción VIII.

Artículo 40. Para los efectos de lo previsto en el artículo anterior, las autoridades correspondientes desarrollarán las siguientes acciones:

- VIII. Impulsar las reformas legislativas y políticas públicas para prevenir, atender, sancionar y erradicar en los ámbitos público y privado;

haya tenido segundas nupcias), y esta tiene derecho a consentir o no el matrimonio del mismo, es inexorablemente discriminatorio debido a la posible animadversión hacia el segundo matrimonio que aplica por antonomasia a la mujer; en adición, precisa que el hijo viva con la madre, por lo que asumo que la hija que no viva con esta en segundo matrimonio, no tiene esa dependencia quizá a la progenitora; quiero pensar que la intención del legislador bajacaliforniano fue proteger la descendencia, posiblemente pensó en lograr mayor independencia de las mujeres, *contrario sensu*, percibo discriminación, al menos hacia la madre y exceso de protección al hijo, salvo que sea una redacción confusa de hijo/hija.

La Ley para prevenir y erradicar la Discriminación en el Estado de Baja California⁶ estatuye en su Artículo 2o., que su objeto es prevenir y erradicar toda forma de discriminación

⁶ Artículo 2o. El objeto de la presente ley es prevenir y erradicar toda forma de discriminación que se ejerza o se pretenda ejercer contra cualquier individuo que habite transitoria o permanentemente en el territorio estatal o se encuentre en tránsito por el mismo. Asimismo, la presente ley promueve la igualdad de oportunidades y de trato, a efecto de que sean reales, efectivas y permanentes las acciones y políticas públicas derivadas del presente ordenamiento. Artículo 3o. Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos del Estado deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de Gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Artículo 4o. Es obligación de todas las autoridades del Estado, en colaboración con los demás entes públicos, garantizar que todas las personas gocen, sin discriminación alguna, de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales firmados y ratificados por los Estados Unidos Mexicanos, en la presente y demás leyes y en general los derechos fundamentales del ser humano.

Artículo 5o. Queda prohibida toda discriminación motivada por el origen étnico, nacional o regional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social o económica, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil, el trabajo desempeñado, las costumbres, la raza, las ideologías o creencias, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 6o. Para los efectos de esta ley se entiende por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico, nacional o regional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil, el trabajo desempeñado, las costumbres, la raza, las ideologías o creencias, o cualquier otra, tenga por efecto impedir, menoscabar o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas, y la igualdad real de oportunidades de los individuos.

Artículo 10. Corresponde la aplicación de esta ley: a) Al Gobernador del Estado; b) Al Poder Legislativo del Estado; c) Al Tribunal Superior de Justicia del Estado; d) A la Secretaría General de Gobierno; e) A las Secretarías del Ejecutivo estatal; f) A la Procuraduría General de Justicia del Estado; g) A los Ayuntamientos del Estado; h) A la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado; y i) A los Organismos Constitucionalmente Autónomos.

que se ejerza, o se pretenda ejercer, contra cualquier individuo que habite transitoria o permanentemente en el territorio estatal o se encuentre en tránsito por el mismo; también promueve la igualdad de oportunidades y de trato.

Con el texto del Artículo 146 del Código Civil para el Estado de Baja California se incumplen los Artículos 3o., 4o., 5o., 6o. y 10 de la Ley en comento debido a que el Estado no promueve la igualdad de las personas. Las autoridades públicas de la entidad no eliminan obstáculos al pleno desarrollo de las personas, *verbi gratia*, el legislativo bajacaliforniano, al no derogar o modificar el Artículo analizado, está permitiendo que la mujer en dicha entidad federativa sea discriminada en el ámbito familiar.

Con referencia al Artículo 165, también me parece delicado e incluso inexplicable su texto; considero que es entendible que después de un divorcio sea sugerido que las personas tengan tiempo de reflexión (si es adecuado llamársele así), sin embargo lo anterior me lleva a diversos cuestionamientos: ¿por qué trescientos días?, ¿a menos que en ese plazo de trescientos días nazca un bebé?, ¿o presente ante el Oficial del Registro Civil un certificado expedido por un centro de salud pública, en el cual conste que no se encuentra embarazada al momento de solicitar el matrimonio? Estas interrogantes se derivan de la prohibición legislativa en análisis, por la que una mujer en Baja California Sur no puede casarse otra vez; entonces, ¿por qué no cincuenta, quinientos o diez días posteriores al divorcio? No entiendo por qué tener un bebé genera la posibilidad de que la mujer pueda casarse otra vez antes de cumplido el plazo de trescientos días, quizá el legislativo de Baja California Sur opine que es mejor una madre casada que soltera y, en adición, el Artículo 165 permite su matrimonio si después de esos trescientos días prueba la carencia de embarazo con certificado médico; una circunstancia similar a la que ocurre con empleadores que piden a mujeres que prueben la ausencia de embarazo para que obtengan una posición laboral, que está prohibido en la Ley para prevenir y eliminar la Discriminación del Estado de Baja California Sur⁷, entonces el embarazo pareciera una antítesis de las buenas costumbres; la discriminación radica en la ausencia de prohibición a los varones para volver a casarse, claro está, no pueden tener hijos pero no dudo que habría otras situaciones para impedir su matrimonio de existir la posible intención, ejemplo, que un hombre conozca esta regulación civil podría provocar que quiera o no casarse con determinada mujer, esto es, el Artículo del Código de Baja California Sur comentado puede impulsar la posibilidad de que mujeres sean discriminadas por hombres, lo que no corresponde con las fracciones XIII y XXIII de la Ley para prevenir y eliminar la Discriminación del Estado de Baja California Sur⁸, que en su Artículo 5o. estipula lo siguiente:

⁷ Artículo 5o. fracción XXI. Exigir prueba de no gravidez para el acceso, permanencia o ascenso en el empleo;

⁸ Discriminación. Todo acto u omisión realizada por particulares, servidores públicos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; ayuntamientos, organismos autónomos o cualquier en-

Queda prohibida toda práctica discriminatoria, sea por acción u omisión, con intención o sin ella, y sin motivo o causa que sea racionalmente justificable, que tenga por objeto o produzca el efecto de privar de un bien, de anular, menoscabar o impedir tanto los derechos fundamentales, como la igualdad real de oportunidades y de trato, de las personas, minorías, grupos o colectividades, por los motivos señalados en la fracción II del Artículo 4 de esta ley; se consideran conductas discriminatorias: Impedir la libre elección de cónyuge o pareja; La explotación o trato denigrante o abusivo de que sea objeto cualquier persona, minoría, grupo o colectivo;

La Real Academia Española, con referencia a lo estatuido por el CONAPRED, establece que la palabra *desfavorable* significa perjudicial, adverso; respecto a la equidad dice que es disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece. Esto me lleva a pensar, más aún, cuestionar si las estipulaciones mexicanas analizadas, relativas al matrimonio, en estos Artículos son favorables y equitativas para las mujeres.

Por otra parte, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres estatuye en su Artículo 14 lo siguiente:

Los Congresos de los Estados, con base en sus respectivas Constituciones, y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con arreglo a su Estatuto de Gobierno, expedirán las disposiciones legales necesarias para promover los principios, políticas y objetivos que sobre la igualdad entre mujeres y hombres prevén la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Ley.

Basado en la lectura de las normas correspondientes a las entidades federativas arriba citadas, opino que dichos Artículos locales incumplen el numeral 14 de esta Ley, debido a que los congresos locales correspondientes diferencian entre las mujeres y varones en el matrimonio sin motivo sostenible. A mayor gravedad, con la precisión que elabora la Real Academia Española de la palabra igualdad⁹, y que esta legislación es general, creo que también podría considerarse que la función pública de más de una competencia

tividad de los poderes públicos estatales o municipales que generen negación, distinción, exclusión, rechazo, menoscabo, impedimento o restricción de los derechos o libertades, como la igualdad real de oportunidades y de trato de las personas, minorías o grupos o colectividades con intención o sin ella, y sin motivo o causa que sea racionalmente justificable, sea por motivo de su origen étnico, nacionalidad o el lugar de origen, color, raza, edad, discapacidad, condición social o económica, de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, identidad o filiación política, preferencias sexuales, género, estado civil o cualquier otro que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y la igualdad real de oportunidades entre las personas.

Grupo en situación de discriminación.- Se consideran grupos en situación de discriminación: las niñas, niños, adolescentes, jóvenes, mujeres, ...

⁹ La Real Academia Española establece que *igualdad* es el principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones.

no ha intentado contribuir en lo posible para que la ley civil local no distinga en el matrimonio de manera indebida, inadecuada e incluso retrógrada.

En adición, completamente recomendable es no colocar en el desuso los Artículos 39 y 40, también de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, especialmente el último, por establecer que debe legislarse respecto a la igualdad. Como otro cimientito, y también con intención de reforzar la protección a la mujer en México, incluyo a continuación instrumentos del Derecho Internacional en forma convencional.

III. DERECHO INTERNACIONAL

Por su parte, el Derecho Internacional no permite que la mujer carezca de protección jurídica, algunos ejemplos son: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque no es innecesario mencionar que no solo recibe atención y cuidado de manera convencional; instituciones como Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos tienen programas, así como actividades referentes a las mujeres, *verbi gratia*, en el ámbito continental americano existe la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres y la Organización Mujeres de las Américas; concerniente al primer organismo citado está la presencia de ONU Mujeres.

Ya en lo documental, la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, que inició vigencia para México el 11 de agosto de 1954, determina en su Artículo 1o., que los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre.

Por su lado, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente desde el 24 de marzo de 1981, se pueden leer varios Artículos que, considero, se vinculan al análisis realizado en este documento¹⁰, entre los cuales destaca el siguiente

¹⁰ Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 17. Protección a la familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

Artículo 24. Igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En el Artículo 1o. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹¹ se advierte que discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil cualquier otra esfera. En ese tenor, el Artículo 2o. preceptúa:

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

Por su parte, en el Artículo 2o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹², que para México genera vigencia desde el 23 de junio de 1981, se lee:

¹¹ Artículo 16.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;

¹² Artículo 3.

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto. Artículo 23.

Artículo 2.

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Estos Artículos prueban la trascendente protección que el Derecho Internacional reconoce con toda claridad a los seres humanos, en este particular caso, a la familia, a las mujeres; *verbi gratia*, establece la no discriminación, la correcta legislación que tendrá como resultado el respeto y cumplimiento de tales derechos, que implica la adecuada labor de las instituciones legislativas pero, si las regulaciones civiles de Baja California y Baja California Sur permiten lo que ya en líneas previas se ha expresado, es notorio que se viola el Artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, específicamente de la segunda Convención, los incisos a), b) y f); debido a que las instituciones públicas, legislativas y/u otras que debieran cuidar la igualdad y evitar la discriminación, no logran proteger a la mujer de ser discriminada en algo relativo al matrimonio.

Este conjunto de disposiciones convencionales, en mi consideración, consolida la intención de negociadores de diversos tratados internacionales respecto a la familia, las mujeres y su protección.

IV. CONCLUSIÓN

Después del análisis realizado, considero que Derecho Internacional convencional y legislación mexicana diversa, incluida aquella contra la discriminación, son incumplidos por la ley civil de Baja California y Baja California Sur concerniente al matrimonio y la mujer; vislumbro diferencias inexplicables y jurídicamente insostenibles en esa regulación local entre varones y mujeres.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello.

Artículo 26.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

CARBAJAL SMITH, Julio Daniel, "México y las convenciones internacionales de sucesiones", *Iuris Tantum, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, Año XXVIII, Tercera Época, núm. 24, 2013.

2. Legislativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles.

Código Civil para el Estado de Baja California.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Ley para prevenir y erradicar la Discriminación en el Estado de Baja California.

Ley para prevenir y eliminar la Discriminación del Estado de Baja California Sur.

3. Sitios de Internet

<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/ley-general-para-la-igualdad-entre-mujeres-y-hombres#41649>.

<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/default.asp>.
<http://www.oas.org/es/temas/mujer.asp>.
http://www.oas.org/OMA/common_spa/queesoma.htm.

<http://www.rae.es>.
https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2018-08/CPEUM_27082018.pdf.

<http://www.unwomen.org/es/about-us/about-un-women>
https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142.

https://www.conapred.org.mx/leyes/Ley_para_Prevenir_y_Erradicar_la_Discriminacion_en_el_estado_de_Baja_California_Ax.pdf.

https://www.conapred.org.mx/leyes/Ley_Estatal_para_Prevenir_y_Eliminar_la_Discriminacion_del_estado_de_Baja_California_Sur_Ax.pdf.