JURÍDICA IBERO

NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

7

Rector
DAVID FERNÁNDEZ DÁVALOS, S. J.

Vicerrectora
SYLVIA IRENE SCHMELKES DEL VALLE

JURÍDICA IBERO NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Año 4, núm. 7 **julio-diciembre 2019**

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, A. C.

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Director
José Luis Caballero Ochoa

JURÍDICA IBERO

Director
Diego García Ricci

Coordinación Editorial
Iván Escoto Mora

CONSEJO EDITORIAL

Héctor Fix-Fierro
Mónica González Contró
José Luis Caballero Ochoa
Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Denise González Núñez
Geraldina González de la Vega
Arturo Cossío Zazueta
Gilberto Rita Tamés
Juan Federico Arriola Cantero
Rodolfo Gómez Alcalá
Rogelio Flores
Rosalinda Martínez Jaimes
Diego García Ricci

COMITÉ EDITORIAL

Diego García Ricci
Iván Escoto Mora

JURÍDICA IBERO, año IV, núm. 7 es una publicación semestral editada por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, A.C. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 5950-5000 ext. 4124. Editor responsable: Diego García Ricci. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor: 04-2016-072816404700-102. Número de Certificado de Licitud de Contenido y de Título: 16843 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Domicilio de la publicación: Dirección de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Impresión: Alfonso Sandoval Mazariego, Tizapán 172, colonia Metropolitana Tercera Sección, Nezahualcóyotl, Estado de México. C.P. 57750. Distribución: Universidad Iberoamericana, A.C. Prolongación Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 55-5950-5000 ext. 7600.

Todo artículo firmado es responsabilidad de su autor. Prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio o procedimiento, del contenido de la revista, sin autorización previa y expresa, por escrito, de la Universidad Iberoamericana: publica@ibero.mx.

Este número se terminó de imprimir en junio de 2019, con un tiraje de 300 ejemplares.

ÍNDICE

Página

Editorial 9

Responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen de responsabilidades administrativas, en perspectiva de justicia correctiva 13
José Roldán Xopa

Banco de México y sus facultades respecto de las instituciones de tecnología financiera en materia de criptoactivos 43
Valentín Ibarra Melero
Ernesto Silva González

Los derechos económicos y sociales en México: una nueva mirada a través del marco RIR (reconocimiento, institucionalización y rendición de cuentas / responsabilidad). 71
Alejandro Sánchez González

Comentario

Comentario a la reforma del artículo 28 de la Constitución federal en materia de suspensión en el juicio de amparo 95
Javier Bravo Soler

Reseña

Cossío Díaz, José Ramón, *Voto en contra,* México, Debate, 2019 119
Francisco González de Cossío

INDEX

Page

Editorial statement 9

State heritage responsibility and the administrative responsibilities regime, in corrective justice perspective 13
José Roldán Xopa

Mexican Central Bank and its regulation faculties on the financial technology institutions related to cryptocurrencies 43
Valentín Ibarra Melero
Ernesto Silva González

Economic and social rights in Mexico: a new gaze through the RIA framework (recognition, institutionalization and accountability). 71
Alejandro Sánchez González

Assessment

Assessment on the reform of article 28 of the federal Constitution on the suspension of the amparo proceeding 95
Javier Bravo Soler

Review

Cossío Díaz, José Ramón, *Voto en contra,* México, Debate, 2019 119
Francisco González de Cossío

EDITORIAL

Este segundo semestre de 2019 ha tenido lugar la ceremonia del 50º aniversario de *Jurídica* y *Jurídica Ibero*. Se trató de un acontecimiento histórico que nos ha dejado una enorme satisfacción. En él participaron la y los ex-directores del Departamento de Derecho, profesoras y profesores, egresadas y egresados, alumnas y alumnos, así como colegas de otros departamentos y revistas. El evento sirvió no sólo para rendirles homenaje a todas las personas que han aportado su tiempo, esfuerzo y cariño a las páginas de nuestra revista, sino, también, para presentar la investigación hemerográfica que hicimos sobre lo publicado por *Jurídica* y *Jurídica Ibero* a lo largo de estos cincuenta años de vida. También se presentó oficialmente al nuevo Comité Editorial de *Jurídica Ibero*, cuya misión será la de ayudar a la revista a seguir produciendo conocimiento jurídico de la más alta calidad. Todos los detalles sobre la conmemoración de los 50 años de *Jurídica* y *Jurídica Ibero* serán dados a conocer en nuestro número especial de aniversario.

En este número 7 quisimos continuar, no obstante, con el análisis iniciado en nuestra entrega anterior, el cual se había centrado en la sociedad y el derecho, así como en los órganos constitucionales autónomos. El resultado ha sido, a todas luces, más que revelador. No sólo nos ha permitido continuar la discusión sobre estos temas, sino que ha ido más allá, al ofrecer una reflexión reciente sobre la responsabilidad administrativa del Estado e, incluso, sobre la forma como éste ha venido regulando una cuestión fundamental para la sociedad mexicana: el uso de los criptoactivos.

El número inicia con el artículo de José Roldán Xopa, "Responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen de responsabilidades administrativas, en perspectiva de justicia correctiva". El texto somete a revisión la figura jurídica de responsabilidad patrimonial del Estado y su aplicabilidad en el ámbito judicial. La responsabilidad es colocada frente a la idea de funcionabilidad de la administración pública en el contexto de las reformas en materia de anticorrupción.

El análisis propuesto en el artículo permite plantear la categoría de "corrección funcional" como puente entre la actuación de los servidores públicos y el desarrollo de la gestión administrativa del Estado. Se explica la responsabilidad patrimonial del Estado a través de la relación causal existente entre el daño producido y las conductas irregulares atribuidas a un servidor público.

El artículo presenta un análisis teórico conceptual de las categorías sujetas a revisión desde la perspectiva de la dogmática jurídica, sin embargo, se nutren también del

estudio de diversos criterios jurisprudenciales. A lo largo de su investigación el autor repasa la estructura y funcionamiento de distintas instituciones jurídicas, indispensables para entender la responsabilidad patrimonial, lo que permite, hacia el final del trabajo, establecer la relación entre la "corrección funcional" y la protección de los derechos humanos vinculados al acceso a la justicia, al desarrollo social, y a la protección del interés público.

El segundo artículo, "Banco de México y sus facultades respecto de las instituciones de tecnología financiera en materia de criptoactivos", coautoría de Valentín Ibarra Melero y Ernesto Silva González, problematiza sobre las tecnologías de la información financiera y presenta un análisis de su estatus de regulación legal en México.

Se ofrecen algunos datos para esclarecer el significado e impacto de la tecnología *blockchain* como herramienta para incrementar la eficiencia de las transacciones y servicios financieros en el contexto de las relaciones económicas y jurídicas globales. Asimismo, se evalúan los desafíos y problemáticas que derivan de la implementación de las tecnologías de la información financiera, especialmente en el ámbito jurídico, no solo por la necesidad de establecer reglas claras y uniformes respecto de la conformación de nuevos canales para el desarrollo de transacciones, sino por la implementación de instrumentos de cambio electrónico que escapan de los alcances de regulación nacional, como son los criptoactivos.

Sobre el caso mexicano, tras revisar la Ley Fintech, así como la Circular 4/2019 emitida por el Banco de México, los autores realizan una crítica a la situación regulatoria sobre la materia en nuestro país, ya que existen vacíos e insuficiencias en el tratamiento legal de las instituciones de tecnología financiera.

El tercer artículo se titula "Los derechos económicos y sociales en México: una nueva mirada a través del marco RIR (reconocimiento, institucionalización y rendición de cuentas / responsabilidad)". En este trabajo, Alejandro Sánchez González reflexiona sobre la situación de los derechos económicos y sociales en México a través del marco desarrollado por Philip Alston (2016), denominado: "Reconocimiento, Institucionalización y Rendición de cuentas / Responsabilidad (RIR)".

El trabajo plantea la relación entre el "desarrollo social y económico" y la "reducción de los índices de pobreza". Esta relación causal permite enderezar una crítica a los Estados que consideran los derechos económicos y sociales (DES) como objetivos de los planes político-administrativos, pero no derechos en sí mismos, lo que implica para el autor pensarlos críticamente.

A partir de la revisión de resoluciones judiciales y legislación sobre la materia, el artículo muestra el marco RIR como una herramienta de análisis sobre el grado de materialización de los DES, lo que puede repercutir en la construcción de políticas públicas y reformas legislativas para mejoramiento y ampliación de estos derechos.

Este número incluye, además, el "Comentario a la reforma del artículo 28 de la Constitución federal en materia de suspensión en el juicio de amparo", de Javier Bravo Soler. El autor presenta una revisión de la reforma constitucional que da origen a la Comisión Federal de Competencia Económica y al Instituto Federal de Telecomunica-

ciones. La revisión realizada permite al autor cuestionar las razones por las que el Legislativo consideró pertinente limitar las posibilidades de impugnación de las resoluciones emitidas por estos organismos. El trabajo ofrece diversos argumentos en contra de la aplicación de los criterios que validan la suspensión de los actos de ejecución emitidos por el Instituto Federal de Telecomunicaciones, y brinda elementos para cuestionar estos criterios con base en el control de la convencionalidad y la interpretación progresiva de los derechos humanos.

La edición cierra con la reseña del libro del ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, *Voto en contra*, elaborada por Francisco González de Cossío.

Estamos seguros de que será de gran interés para nuestros lectores el número que ahora se entrega. Los invitamos a revisarlo.

La verdad nos hará libres

Prof. Dr. Diego García Ricci
Director de *Jurídica Ibero*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS, EN PERSPECTIVA DE JUSTICIA CORRECTIVA

STATE HERITAGE RESPONSIBILITY AND THE ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITIES REGIME, IN CORRECTIVE JUSTICE PERSPECTIVE

José Roldán Xopa*

Resumen

A más de una década de haber sido aprobada su inclusión en la Constitución, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado tiene ya aplicación en los tribunales mexicanos. La experiencia acumulada permite apreciar los avances, pero también las limitaciones. Entre estas últimas se encuentra la promesa incumplida de que contribuirá al mejoramiento de la función pública. Lo anterior no significa que la responsabilidad extracontractual del Estado no pueda tener tal finalidad, sino que es necesario revisar las

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor Investigador de la División de Administración Pública del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2019.
Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2019.

causas de tal déficit. Asimismo, las recientes reformas en materia anticorrupción destacan la relevancia de la actuación de los servidores públicos en el mal funcionamiento de la gestión pública. El artículo pretende, a partir de la idea de corrección funcional, comunicar ambas instituciones en la perspectiva de mejorar el desempeño institucional.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial, Estado, responsabilidad administrativa, justicia correctiva.

Abstract

More than a decade after its inclusion in the Constitution has been approved, the institution of the non-contractual responsibility of the State has already applied in the Mexican courts. The accumulated experience allows us to appreciate the progress, but also the limitations. Among the latter is the unfulfilled promise that it will contribute to the improvement of the public function. The foregoing does not mean that the non-contractual liability of the State cannot have such purpose, but that it is necessary to review the causes of such deficit. On the other hand, the recent reforms in the area of anti-corruption, highlight the relevance of the performance of public servants in the malfunction of public management. The article aims to communicate both institutions based on the idea of functional correction in order to improve institutional performance.

Keywords: *Patrimonial responsibility, State, administrative responsibility, corrective justice.*

I. Presentación

El sistema mexicano de responsabilidad patrimonial del Estado supone, como condición necesaria, una relación causal entre el daño y una actividad administrativa irregular atribuible a aquél. En tal contexto, es posible que la irregularidad causante del daño provenga de conductas atribuibles a servidores públicos que, a la vez, puedan configurar responsabilidades administrativas. Así, la irregularidad es el motivo que puede desencadenar dos tipos de imputación: una institucional (objetiva y directa) cuya función inmediata es reparadora (justicia conmutativa) y, otra, subjetiva de carácter disciplinario y cuya finalidad es la autoprotección de la organización a efecto de que ésta pueda realizar sus funciones de interés general. No obstante, la función reparadora de la responsabilidad patrimonial no es ajena, ni antagónica al buen funcionamiento de las organizaciones públicas, en sus fines la prevención, la corrección y el control de la función pública también forma parte de su conceptualización. De ahí la relevancia de examinar, a partir de la vinculación entre las actividades irregulares imputables a la organización y las infracciones disciplinarias atribuibles a los servidores públicos, la relación funcional entre las instituciones de la responsabilidad patrimonial y las responsabilidades administrativas.

En esta colaboración se analizará el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado desde una perspectiva de corrección de la función pública.[1] Lo anterior debe considerar, además de la reparación de los daños que se causen con la actividad administrativa irregular, las funciones de prevención, corrección y control que la responsabilidad tiene respecto del funcionamiento de las organizaciones públicas. Para tal efecto, se partirá de la consideración de que la responsabilidad patrimonial enfrenta situaciones de riesgos y daños; consecuentemente, apreciados estos como problemas públicos, la posibilidad de minimizar la probabilidad de riesgos y daños requiere examinar las causas de los mismos y, en su caso, el mejoramiento de la función administrativa. Un mejor desempeño institucional supone menores irregularidades.

Si se toma en cuenta que las irregularidades pueden provenir de causas atribuibles a la organización y causas de tipo personal (atribuibles al agente público) o una combinación de ambas, el análisis de la responsabilidad patrimonial, vinculado a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos es pertinente. Lo anterior resulta pertinente si se considera que, a pesar de tal vinculación, la responsabilidad patrimonial y la responsabilidad disciplinaria corresponden a normativas diversas, con ámbitos materiales diferenciados y principios propios. El tratamiento por separado tiene el riesgo de fragmentar un mismo objeto (la administración, incluidos sus agentes, y su funcionamiento) e incluso de posibles contradicciones de sentido. La existencia de diversas subdisciplinas administrativas no implica objetos de estudio inconexos, sino apreciación especializada de diversas facetas concernientes a instituciones y funciones públicas cuya finalidad es la garantía del interés general. En la racionalidad subyacente a la responsabilidad patrimonial del Estado está el control del funcionamiento de la administración;[2] en el caso del derecho disciplinario entendido como la garantía de autoprotección del funcionamiento de la organización, se está ante un referente común: la calidad del desempeño institucional.[3] De esta suerte, la coincidencia y, consecuentemente, el tratamiento de la responsabilidad patrimonial y el régimen disciplinario requieren una relación de concordancia o —dicho coloquialmente— de alineación a la funcionalidad de la organización pública del Estado democrático que tiene en el bienestar de la población, el horizonte común.

Así pues, el enfoque correctivo que aquí se adopta tiene como una primera faceta la corrección de los daños causados ilegítimamente (irregularidad de la actuación) y, en una segunda faceta, que el régimen de responsabilidad del Estado debe considerar las

---

[1] Las apreciaciones de la responsabilidad extracontractual desde perspectivas correctivas no son extrañas a la teoría; para Coleman, por ejemplo, lo correctivo reside en "la protección de la distribución de los bienes de las distorsiones que pudieran surgir a partir de pérdidas y de enriquecimientos injustos". Las pérdidas injustas, dice Coleman, se padecen debido a una falta o a una conducta injusta llevada a cabo por otra persona; las ganancias injustas, provienen de acciones incorrectas; véase Coleman, Jules, "La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa", en Rosenkrantz, Carlos, (comp.), *La responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Gedisa, 2005, pp. 58-59. En consecuencia, la responsabilidad extracontractual corrige los daños, atribuyéndoselos al responsable y, por otra parte, "demarca" los ámbitos de la conducta injusta, señalando, por ejemplo, los alcances de los deberes de cuidado y el estándar de diligencia.

[2] Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Montevideo, B de F, 2012, p, 207.

[3] Véase prólogo de García de Enterría, Eduardo en Bacigalupo, Enrique, *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*, Madrid, Colex, 1991, p. 5.

condiciones que harían posible el cumplimiento de las funciones de garantizar los bienes públicos y los derechos de las personas.

Esta colaboración tiene el propósito de desarrollar como vertiente de análisis los puntos de confluencia de los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado y de responsabilidad de los servidores públicos, considerando para tal efecto, principalmente, cuestiones en las que sea relevante la acción u omisión atribuible a los servidores públicos que sea susceptible de considerarse como irregular. En particular, se hará énfasis en los casos de negligencia y omisión.

II. Entre la irregularidad des la actividad y la antijuridicidad del daño

El sistema mexicano de responsabilidad patrimonial del Estado exige que haya actividad administrativa irregular, como condición necesaria, para que el Estado responda "directa y objetivamente" indemnizando los daños que se causen.[4] El énfasis que, para el objeto de este análisis se hace en la relevancia de la irregularidad de la actividad como condición necesaria es central no solamente para identificar el basamento del régimen constitucional, sino para identificar los posibles sesgos que pueden presentarse —y de hecho se presentan— en la implementación del sistema.

Tales sesgos se presentan cuando al valorar la irregularidad se considera la antijuridicidad del daño. Lo anterior obedece, en buena medida, al fraseo que tienen la ley federal y diversas leyes locales, en el sentido siguiente: "se entenderá por actividad administrativa irregular aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate".[5] Así pues, la significación que el daño antijurídico tiene para la calificación de la irregularidad de la actividad proviene de una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad.[6]

La razón de lo anterior obedece al contexto en el que se dio la reforma constitucional. En síntesis, a que siendo propuesto originalmente un modelo como el español de responsabilidad amplia (por actividad normal y anormal), en el proceso de discusión se decidió solamente considerar la responsabilidad indemnizatoria por actividad irregular, descartando la responsabilidad por actividad "normal".

Abundo en la explicación: un régimen de responsabilidad amplio como el español, en el cual el Estado (las administraciones) responde por la actividad normal y anormal,

---

[4] El último párrafo del artículo 109 de la Constitución establece: "La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa" (texto ubicado anteriormente en el artículo 113, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 27 de mayo de 2015).

[5] Segundo párrafo del artículo 1º de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

[6] Esta cuestión se trata con mayor amplitud en Roldán Xopa, José, "La responsabilidad patrimonial del Estado en México: hacia una interpretación constitucional alternativa", en Marín, Juan Carlos (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Ciudad de México, Porrúa, 2004, pp. 172 – 183.

tiene su fundamento en la existencia de un daño o perjuicio antijurídico. Esto es, que independientemente de que la actividad sea normal o anormal, regular o irregular, el deber de indemnizar se surte si quien sufre el daño tiene o no el deber jurídico de soportarlo. Lo anterior se basa en la explicación que García de Enterría —a quien se debe la idea seminal y la redacción de Ley de Expropiación española en la que se basó el actual régimen aplicable en ese país— formuló en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*: "…si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, ¿sobre qué apoyar esta? La misma Ley nos da un criterio: la lesión".[7]

En otros términos, ante la irrelevancia que la calificación de la actividad tiene en España como criterio para establecer la imputación obligacional al Estado, lo relevante es la lesión en el marco de los deberes/derechos del particular. Se trata, dice García de Enterría, de una lesión antijurídica, no de una lesión causada antijurídicamente. "La nota [que] la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente… al dato objetivo del patrimonio dañado".[8]

A diferencia del régimen de responsabilidad español, el mexicano se finca sobre la irregularidad de la actividad administrativa, por lo que la antijuridicidad proviene de la causa del daño. En tal sentido, el particular no tiene el deber jurídico de soportar el daño, en tanto éste sea causado por una actividad administrativa irregular. La interpretación alternativa, es decir aquella que prescinda de atender a la irregularidad de la actividad administrativa, terminaría por incluir, como en el caso español, tanto a la actividad irregular y regular (normal y anormal); ignorando con ello la decisión expresa del constituyente. Así, en el dictamen que los diputados emitieron a propósito de la reforma constitucional, se expresa:

> Por otra parte, los miembros de estas comisiones, después de haber deliberado sobre la pertinencia de establecer un régimen amplio y general de responsabilidad patrimonial del Estado, es decir de incluir como susceptible de responsabilidad del Estado, y por ende de las indemnizaciones respectivas, a toda actividad lesiva de la administración pública que fuese consecuencia del funcionamiento ya sea regular o irregular de la actividad administrativa del Estado, se ha considerado conveniente restringir, cuando menos por algún tiempo, la responsabilidad del Estado exclusivamente a su actividad administrativa irregular; máxime que se encuentran resistencias a aceptar que el Estado pudiese ser responsable de los daños y perjuicios que con su actuar irrigue a los particulares en el caso de haber actuado de acuerdo a los estándares medios de los servicios públicos, es decir, que sean consecuencia de sus actividad administrativa regular o normal.[9]

---

[7] García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 1989, p. 175.

[8] *Ibidem*, p. 177.

[9] Cámara de Diputados, Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados, 28 de abril de 2000, publicada en la *Gaceta*, año II, núm. 17, 29 de abril de 2000, p. 237.

Así, que la previsión legal establezca que por actividad administrativa irregular se entenderá que es aquella que cause daño sin que el particular tenga la obligación de soportarlo, no releva el análisis de la irregularidad de la actividad. Dicho de manera clara, nuestro orden constitucional no asume como aplicable la teoría del daño o lesión antijurídica.[10]

La jurisprudencia de la Suprema Corte precisa tal sentido:

> Responsabilidad patrimonial del Estado. Su regulación constitucional excluye la actividad administrativa regular o lícita de los entes estatales. De la razón legislativa que dio lugar a la adición de un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2002, se advierte que la intención expresa del Poder Revisor de la Constitución fue limitar la responsabilidad patrimonial del Estado al daño que produzca con motivo de su "actividad administrativa irregular"; ahora, si bien se aceptó que esa delimitación podría estar sujeta a revisión posterior con base en el desarrollo de la regulación de responsabilidad patrimonial en nuestro país, lo cierto es que extender su ámbito protector a los actos normales o regulares de la administración pública sólo puede tener efectos mediante reforma constitucional, por lo que esa ampliación protectora no puede establecerse a virtud de ley reglamentaria u otras normas secundarias, pues con ello se contravendría la esencia que inspiró esta adición constitucional. *De ahí que la regulación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado excluye los casos donde el daño es producto del funcionamiento regular o lícito de la actividad pública*.[11]

Tampoco resulta un argumento fundado considerar que tal definición de lo que se entiende por actividad administrativa irregular se introdujo en la ley con el fin de "conciliar" los conceptos de "irregularidad" con "responsabilidad objetiva". La razón anterior es injustificada ya que es posible considerar que la responsabilidad objetiva no es incompatible con la presencia de irregularidades o ilicitudes en la actividad del causante del daño, incluyendo las hipótesis de daño en las que esté presente la culpa. En el derecho comparado el régimen francés de responsabilidad por "falta en el servicio" supone irregularidades pero la imputación se desliga de la culpa "subjetiva" y se finca la responsabilidad objetiva de la administración.[12] El concepto tradicional de culpa en el derecho

---

[10] En sentido contrario véase Castro Estrada, Álvaro, "Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorpora la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 8, Ciudad de México, 1999, pp. 15 y 16.

[11] Segunda Sala, tesis 2a./J. 99/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 13, t. I, 27 de agosto de 2014, p. 297, registro 2008114, amparo directo en revisión 1338/2014. Javier Mendoza Pérez. Cinco votos de los ministros Sergio A. Valls Hernández, Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Luis María Aguilar Morales. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero.

Amparo directo en revisión 1195/2014. Roberto Castillo Madrigal. 27 de agosto de 2014. Cinco votos. Tesis de jurisprudencia 99/2014 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 3 de septiembre de 2014.

Nota: Esta tesis fue objeto de la denuncia relativa a la contradicción de tesis 242/2016 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desechada por notoriamente improcedente, mediante acuerdo de 4 de julio de 2016. Esta tesis se publicó el viernes 5 de diciembre de 2014 en el *Semanario Judicial de la Federación* y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 8 de diciembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

[12] En la "Introducción" al libro citado de Oriol Mir, García de Enterría refiere que, entre las consideraciones hechas en la

civil o penal se encuentra vinculada a las condiciones del ser humano al que se imputa la responsabilidad; en tal sentido se subjetiviza al tener como referente la concreta determinación de los deberes de cuidado exigibles y, por tanto, las condiciones de la reprochabilidad (considerando si podría haber actuado de otro modo).[13] La culpa objetiva, en cambio, tiene como referente la infracción de la norma objetiva de cuidado, desplazándola así de las condiciones de la persona. La norma, el derecho objetivo, establece modelos de conducta exigibles a partir de los cuales se establece la reprochabilidad. La falta de servicio francesa se basa en la culpa objetiva. La culpa administrativa "no debe predicarse del concreto agente sino de la Administración como aparato, vinculándola a los principios de imparcialidad, corrección y buena Administración".[14] La imputación, por eso se da a la persona pública responsable más que a los agentes públicos.[15]

Que sea el Estado el que responda por los daños causados por sus agentes, tampoco excluye que la causa sea una actividad o una omisión en la que se configure negligencia o incumplimiento de los deberes de cuidado por los servidores públicos. La omisión o la negligencia en sus agentes constituirían la irregularidad que da origen a la imputación al Estado.

La insistencia en precisar que el régimen constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se funda en la actividad administrativa irregular y no en el daño ilícito permite determinar sus implicaciones. En primer término, la anatomía de la actividad administrativa (considerando sus elementos orgánicos y funcionales); en segundo, la relevancia de la irregularidad (lo que conduce a su configuración normativa, la falla); tercero, la racionalidad de la relación de imputación de indemnización del daño atendiendo a los fines de interés general, de corrección y buena administración.

III. La anatomía de la actividad administrativa, sus elementos orgánicos y funcionales

La especificidad de la responsabilidad patrimonial del Estado requiere considerar no solamente a las peculiaridades de la actividad (acción u omisión), sino al sujeto, es decir, a la organización a la que se le atribuye tal actividad y, consecuentemente, se le imputa la responsabilidad.

Así pues, es el "Estado" el que en último término es el responsable, pero como una organización compleja, se estructura de órganos o unidades normativas dotadas de competencia que son las que en una relación de inmediatez realizan las actividades dañosas.

---

idea originaria de la institución, solamente podría hablarse de imputación de una responsabilidad objetiva en el caso de riesgo creado por la administración; pero también serían imputables responsabilidades derivadas de actuaciones ilícitas atribuibles al agente, pero asumidas por la administración, en las que está presente la culpa, véase Mir Puigpelat, Oriol, *op. cit*., p. XXV.

[13] *Ibidem*, p. 226.

[14] Sentencia de la Corte de Cassazione núm. 500/1999, citada por Mir, p. 225.

[15] Véase Rivero, J., *Derecho administrativo*, trad. de Allan Brewer *et al*., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.

Siendo esto así, son relevantes para precisar analíticamente los siguientes aspectos de la organización: *i*) los elementos competencial y personal del órgano, *ii*) los recursos materiales y económicos asignados; y *iii*) la actividad que origina el daño.

Los tres aspectos anteriores son relevantes para explicar de mejor manera la responsabilidad patrimonial y la consideración de sus efectos preventivos, correctivos o de buena gestión pública o distributiva. Los fines de calidad en los servicios está presente en diversas decisiones de los tribunales: al establecerse en la ley límites máximos a la indemnización, la Primera Sala de la Corte determinó que dicha regla propicia el traslado a los particulares de cargas que debería soportar el Estado, creando con esto un incentivo contrario a la adecuada calidad de los servicios públicos:

> El establecimiento de un tope máximo a las indemnizaciones a que puede ser condenado el Estado por daño moral, establecido en la fracción II del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, no es en sí mismo una garantía contra los reclamos injustificados y las indemnizaciones excesivas ──abusos contra los cuales deben actuar suficientemente otras reglas del régimen de responsabilidad── y puede entrar incluso en tensión *con los objetivos destacados por la exposición de motivos de dicha ley: cumplir con un imperativo de justicia, fortalecer el Estado de Derecho, elevar la calidad de los servicios públicos, profundizar o restablecer la confianza que el Estado merece a los gobernados y aumentar la respetabilidad del derecho como instrumento de solución de conflictos*. La exposición de motivos reconduce todos estos fines a dos, derivados del segundo párrafo del artículo 113 constitucional: *1)* el principio de que quien ocasione un daño que no hay obligación de soportar, debe repararlo y *2)* el principio de solidaridad social, que insta a repartir las cargas de la convivencia social entre los integrantes de la sociedad. Estos fines se logran si la indemnización obedece al principio de reparación integral del daño, en los términos del artículo 12 de la Ley, pues el particular obtiene una compensación *que se corresponde con el daño resentido y el Estado interioriza los costos de su actuación irregular. Ambos resultados favorecen los objetivos generales relacionados con la justicia y el mejoramiento de los servicios públicos*. Sin embargo, si el cálculo del monto está disciplinado no sólo por la entidad del daño y el grado de responsabilidad del sujeto que lo causa (en los términos del artículo 1916 del Código Civil Federal), sino también por el tope monetario máximo establecido en la fracción II del artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, *habrá daños desiguales que serán tratados de la misma manera. En esta categoría de casos, los particulares deberán asumir el costo que supere el tope máximo, lo cual no sólo impedirá la reparación integral de la violación sufrida en sus derechos, sino que le permitirá al Estado no asumir parte de las consecuencias de los daños que causa, dejándolo sin los incentivos necesarios para adoptar medidas que eliminen o aminoren la mala calidad de los servicios públicos.*[16]

[16] "Responsabilidad patrimonial del Estado. La fijación de un tope máximo para los montos indemnizatorios por daño moral, al ocasionar que en ciertos casos sean los particulares quienes asuman los costos y riesgos derivados de la actividad estatal, contraviene *LOS OBJETIVOS GENERALES DE LA LEY FEDERAL RELATIVA Y CREA INCENTIVOS*

Así la responsabilidad patrimonial del Estado se constituye a partir de que incorpora en su objetivo y fines la calidad en la prestación de los servicios públicos. Compensar, prevenir, mejorar los servicios y demarcar los linderos de la regularidad/irregularidad de las actividades son las funciones. Una clara expresión de lo anterior se encuentra en el siguiente criterio del Cuarto Tribunal Colegiado:

> RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU OBJETIVO Y FINES EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO. El segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la responsabilidad del Estado por los daños que cause a los particulares con motivo de su actividad administrativa irregular; esto es, aquella que por acción u omisión incumpla con los estándares promedio de funcionamiento de la actividad o servicio, por lo que en este supuesto el particular podrá demandar la indemnización directamente al Estado (responsabilidad directa), pues lo que determina la obligación y responsabilidad derivada es la realización objetiva del hecho dañoso, imputable al Estado, y no la motivación subjetiva del agente de la administración. Así, la razón de la responsabilidad patrimonial es propiciar y garantizar, en primer lugar, que la actividad administrativa sea regular y que *la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad, lo que encierra en sí mismo un derecho fundamental a una eficiente administración pública*, pues si se incumple con esos estándares se tiene garantizado el derecho a la indemnización. Por ello, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño en los bienes y derechos de los particulares por la actuación irregular de la administración pública, se configura, por una parte, la responsabilidad del Estado y, por otra, el derecho de los afectados a obtener la reparación, ya que la actividad administrativa irregular del Estado comprende también lo que la doctrina denomina *faute de service* ―funcionamiento anormal de un servicio público por falla o deficiencia―. *Bajo estas premisas, la responsabilidad patrimonial debe evaluarse y considerarse sistemáticamente dentro del orden jurídico, siendo que sus funciones y fines son principalmente cuatro, a saber: i) compensación de daños; ii) crear incentivos tendentes a la prevención de daños y accidentes; iii) control del buen funcionamiento de la acción administrativa; y, iv) demarcación de las conductas administrativas libres de la responsabilidad civil*.[17]

CONTRARIOS AL MANTENIMIENTO DE LA ADECUADA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS", Tesis aislada 1a. CLVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta***,** Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 456. Registro 166300, Primera Sala, Amparo en revisión 75/2009. Blanca Delia Rentería Torres y otra. 18 de marzo de 2009. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca María Pou Giménez.

[17] Tesis I.4o.A.35 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 2077. Registro 2003143, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 518/2012. María Silvia Matilde Barriguete Crespo y otro. 13 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

Nota: Por ejecutoria del 24 de septiembre de 2014, la Segunda Sala declaró improcedente la contradicción de tesis 71/2014 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que uno de los criterios en contradicción no ha causado ejecutoria.

Asumiendo lo anterior, se requiere examinar las bases sobre las que se finca la función pública y su buen funcionamiento.

En primer término, los órganos públicos se constituyen jurídicamente a partir de las competencias y los deberes que la norma establece. Es decir, les corresponde actuar en el marco de los apoderamientos, facultamientos, capacidades jurídicas, deberes u obligaciones, sea como autoridad, como prestador de servicios públicos prestacionales o como empresario público. Tal ámbito de actuación atribuida al órgano como abstracción formal, pero al cual se le imputa jurídicamente la obligación de indemnizar, tiene en sus elementos humanos o materiales la concreción de actuaciones o hechos que configuran las causas que activan la responsabilidad del Estado. Por ejemplo, una mala práctica de un médico de una clínica de salud de alguna institución de seguridad social es la actividad humana motivo de la responsabilidad patrimonial de tal Instituto; las lesiones a una persona por tortura de la policía son la causa de responsabilidad de la corporación correspondiente a la seguridad pública. Los servidores son los autores del daño el cual se imputa a los entes públicos que deben responder indemnizándolos; la responsabilidad se objetiviza, pero se origina subjetivamente (la culpa puede estar presente).

Se está, por tanto, ante una situación en la que existe una correspondencia directa entre las actividades atribuibles al órgano y la forma en que sus componentes humanos actúan (acciones u omisiones). No se trata de un tipo de relación jurídica por la cual el Estado responda por actos de un tercero, sino por actos de sus agentes (servidores públicos), por lo que existe entre el agente y el Estado una identidad orgánica en tanto aquel ocupa un cargo o rol. También es posible que la responsabilidad pueda derivarse de actos de terceros sin vinculación orgánica, por ejemplo, de concesionarios o de particulares respecto de los cuales se tienen deberes de vigilancia o de verificación; sin embargo, aun en tales supuestos es posible ubicar funciones públicas vinculadas directa o indirectamente a agentes públicos.

El servidor público puede ocupar diversas posiciones en la organización pública, por ejemplo, ser titular de un órgano público dotado de competencias (subsecretario, director general) o de unidades administrativas de apoyo (jefe de unidad departamental, o de apoyo, asesor, trabajador de base). En cualquier caso, los servidores públicos desempeñan un rol o función que activa un tipo de responsabilidad específica: la responsabilidad por el cargo o el rol. Esta es una diferencia específica de las responsabilidades personales en estricto sentido con las responsabilidades de los servidores públicos. En el derecho disciplinario, las responsabilidades de los servidores públicos son responsabilidades que atienden al rol o el cargo.[18]

Al respecto, Hart señala:

> …siempre que una persona ocupa una plaza específica o un oficio específico en una organización social, a la que se le asocian deberes específicos para resolver sobre el bienestar, o para hacer progresar, en determinada manera específica, los objetivos y

[18] Este concepto es desarrollado por Pablo Larrañaga a partir de la idea de Hart, véase Larrañaga, Pablo, "Responsabilidad de rol y directrices", *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 559-577.

> propósitos de la organización, resulta adecuado decir que es responsable del cumplimiento de esas funciones y de hacer lo que sea necesario para llevarlas a cabo.[19]

El lugar o puesto que ocupa la persona corresponde, en el caso de los titulares de un órgano, al cargo (sea unitario o colegiado); o bien a su calidad de servidor público. En el primer caso, el rol se determina por la competencia que la norma correspondiente asigna al órgano, así como los deberes u obligaciones del servidor público; en el segundo, la calidad de servidor público configura el rol al considerar las tareas posibles o los deberes u obligaciones genéricas del agente público.

La función de los órganos públicos y la responsabilidad por el rol están relacionados con la consecución de objetivos.[20] Tales objetivos están determinados por el propio concepto de responsabilidad en su sentido prospectivo que, en palabras de Isabel Lifante, son funciones públicas que se integran en un marco institucional formalizado y jerarquizado definidas por su conexión con fines o estados de cosas considerados valiosos que justifican comportamientos de cuidado y atención: "Ocupar un determinado rol o cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda de bienestar, las metas o propósitos de la institución".[21]

El buen funcionamiento institucional asociado al concepto de responsabilidad prospectiva, tiene también fundamento en el derecho positivo. Los principios constitucionales aplicables a los servidores públicos (honradez, eficiencia, legalidad),[22] los correspondientes a la buena administración de los recursos públicos.[23] Entendidos como directrices o principios, se está ante mandatos de optimización. La responsabilidad por rol tiene que optimizar el desempeño del servidor en el servicio público. Desde la perspectiva de los derechos, también se localizan referentes al desempeño y calidad, sea en las condiciones de cada derecho (educación de calidad, agua accesible asequible, saludable, suficiente, aceptable; vivienda digna y decorosa, etcétera), así como en sus condiciones generales (progresividad/no regresividad).

A la definición del mandato o función asignada al órgano público y el rol del servidor público se acompaña, por una parte, de la definición de las características y funciones del servidor público en la estructura de la organización pública, y, por la otra, de las relaciones que —atendiendo a la posición— se da entre los órganos y sus titulares en la relación de jerarquía.

---

[19] Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 212. La traducción corresponde a Jacobo Barja y León García en la versión española *Castigo y responsabilidad. Ensayos de Filosofía del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 201.

[20] Larrañaga, P., *op. cit.*, p. 560.

[21] Lifante Vidal, Isabel, "Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017, p. 122.

[22] El Artículo 109, fracción III, señala: "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".

[23] Artículo 134: "Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados".

Respecto al primer aspecto, el mandato al órgano implica un perfil del servidor público, sea explícito (perfil del cargo) o implícito (la aceptación por quien lo ocupa implica su conformidad y compromiso de que cuenta con las capacidades para desempeñarlo en las condiciones de la normativa); y quien lo nombra asume una responsabilidad en el nombramiento. El perfil del cargo y el servicio profesional de carrera se conciben como medios para procurar que, en la selección de los servidores públicos, la capacidad y el mérito sean decisivos. En los casos de libre selección, la adecuación de la persona que ocupa el cargo se confía a quien tiene la competencia para designarlo y, por lo mismo, se le responsabiliza. La responsabilidad en la designación (culpa *in eligendo*) y en la vigilancia (culpa *in vigilando*) son las consecuencias naturales de la organización pública estructurada jerárquicamente y a la que, como unidad, se le confía la buena gestión de los bienes públicos.

La estructura normativa, orgánica y de la función pública descritas, muestra la "alineación" existente entre el mandato de la organización y el rol o posición del servidor público. La estructura jerarquizada, y apreciada funcionalmente, "en engranaje" ubica al servidor público en la lógica de la eficacia y efectividad del servicio público. La función administrativa se realiza mediante procedimientos de formación de la decisión o de prestación de servicios a los que concurren diversas unidades administrativas (y servidores públicos) cada una de las cuales tiene el control de un tramo del proceso. Recurriendo a la afortunada metáfora empleada por Gargarella,[24] en la "Sala de máquinas" del Estado, los servidores públicos y las unidades administrativas a las que corresponden como elementos humanos son componentes de un engranaje que, en conjunto, debe garantizar buenos derechos, buenos servicios públicos, esto es, una buena administración.

Ahora bien, si la responsabilidad patrimonial de la Administración se actualiza cuando la irregularidad en su actividad causa daños en los particulares, es probable que tenga relación directa o indirecta con acciones u omisiones de servidores públicos. Las acciones u omisiones de los servidores públicos pueden, a la vez, ser causa de responsabilidad administrativa. Tanto la responsabilidad patrimonial del Estado, como la responsabilidad de los servidores públicos son tipos de responsabilidad retrospectiva, la cual en palabras de Isabel Lifante se emplea para: "…identificar o individualizar al sujeto al que se le van a atribuir ciertas consecuencias normativas que el sistema de referencia establece como reacción a la producción de cierto estado de cosas".[25]

Es en la responsabilidad retrospectiva en la que se distinguen los distintos planos en los que el sujeto de imputación es la organización (el Estado como responsable) y, en uno distinto, lo es el servidor público (el derecho disciplinario). Tal diversidad de regímenes de responsabilidad presenta puntos de conexión; por ejemplo, la posibilidad de repetir contra el servidor público cuando la obligación del Estado para indemnizar tenga

[24] Para Roberto Gargarella, el constitucionalismo latinoamericano ha puesto mayor atención a los derechos que a la organización del poder; al tener cerrada la "sala de máquinas", una parte de la Constitución "comienza a trabajar contra el éxito de la segunda", véase Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz editores, 2014, p. 7.

[25] Lifante Vidal, Isabel, *op. cit*., p. 108.

como causa una falta grave de aquel, o bien, que la sanción en caso de responsabilidad de servidor público considere los daños que haya causado al Estado.

No obstante, la disociación de regímenes requiere distinguir cuestiones tales como que la actuación irregular del Estado no implica necesariamente la configuración de faltas del servidor público; o bien, que la responsabilidad patrimonial del Estado es "directa y objetiva" y la responsabilidad del servidor público es subjetiva. La diversidad de regímenes de responsabilidad trae consigo también diferentes principios procesales (asociados al derecho civil en responsabilidad patrimonial, o bien al derecho penal en responsabilidad de servidores), diferencias de regulación en presunción de culpa y presunción de inocencia, en carga de la prueba y en estándares probatorios, para señalar algunos.

Atendiendo a la perspectiva de esta colaboración (las funciones preventiva y correctiva para la buena gestión pública) se examinarán algunos aspectos que se consideran relevantes para tales propósitos.

IV. Responsabilidad patrimonial y función pública

Para ilustrar la cuestión me apoyaré en el siguiente caso:

El ciudadano francés Paul Henri Giménez demandó al Estado mexicano (Secretaría de Gobernación y Secretaría de Comunicaciones y Transportes) por los daños causados por el impacto en tierra del avión, propiedad de la Secretaría de Gobernación, que transportaba a su titular, Juan Camilo Mouriño. El entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa determinó la responsabilidad considerando, entre otras cuestiones, que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes omitió "cumplir con las atribuciones a su cargo, relativas a la supervisión de los adiestramientos y capacitación recibidos por los pilotos de la aeronave",[26] pues se encontraron deficiencias e irregularidades en los expedientes de la tripulación relacionados con los entrenamientos obligatorios para la obtención de sus certificados de capacidad para operar aviones como el tripulado. La finalidad de la supervisión a cargo de la Administración es "garantizar el transporte seguro y eficiente de personas y bienes en el espacio aéreo mexicano", lo que en el caso no se realizó. La carencia del entrenamiento adecuado se estimó como una de las causas que contribuyeron a la desaceleración de la aeronave al realizar la maniobra del aterrizaje y a la falta de familiaridad con los sistemas de navegación.[27]

---

[26] Véase al respecto expediente juicio: 7002/11-17-01-1/1154/13-PL-08-04, p. 297-298, disponible en: *http://sentencias.tfjfa.gob.mx:8080/SICSEJLDOC/faces/content/public/consultasentencia.xhtml;jsessionid=DyfShSdhoBzXASEt9tzAK97O-HBFuu6G6GcFHJF3Qd3x_DCPKdh4l!1270312885*.

[27] La sentencia libera a la Secretaría de Gobernación con argumento débil. Esto debido a que, por una parte, valora como causa de responsabilidad las deficiencias halladas en la capacitación de los pilotos y considera que la SCT es responsable por omisiones en la vigilancia (culpa *in vigilando*); pero, por otra, libera a Gobernación que los contrató directamente y la cual tenía el deber de verificar que cumplían los requisitos de capacitación (culpa *in eligendo*).

La sentencia aprecia entre las causas de la responsabilidad a irregularidades que afectaron la capacidad de los pilotos para desempeñar adecuadamente su función. Lo anterior, teniendo como referentes las condiciones de capacitación y experiencia en la operación de aeronaves similares. Tal cuestión, apreciada en perspectiva, conduce a la posibilidad de valorar la relevancia de la adecuación del servidor público al perfil o rol del cargo.[28]

El perfil o rol del cargo tiene relación directa con la competencia y fines de la organización, así como los deberes y el desempeño esperado. En tal medida, determina el estándar de la responsabilidad y de la culpa objetivada en tanto liga al ser humano que acepta ocupar un cargo y, por tanto, asume los deberes y las responsabilidades del rol. Al ser humano le son exigibles los deberes y estándares de diligencia por razón del cargo. De esta suerte si, por ejemplo, para ocupar el cargo "x" se requiere contar con título profesional de "y" y "z" años de experiencia, y la persona que ocupa tal cargo no los reúne, o bien, tiene alguna dispensa para ser designado sin reunirlos, en principio, no tiene el efecto de relevarlo del estándar de desempeño y de diligencia exigibles al cargo. Es la persona la que debe adaptarse al cargo y no el cargo a la persona.

La aceptación/designación en el cargo de quien carece de las características requeridas para ocuparlo tiene relevancia jurídica en la determinación de responsabilidades por actividad irregular, pues, como en el caso descrito al inicio de este apartado, las deficiencias en la preparación, experiencia, méritos, pueden ser la causa de daños sea directa o aumentando el riesgo. Así mismo, tratándose de responsabilidad de servidores públicos, ésta igualmente es exigible considerando los estándares propios del cargo, independientemente de las circunstancias personales.

Lo anterior, es consecuencia natural de la función de garante exigible al Estado. La procuración de bienes públicos, la garantía de los derechos es exigible a la organización pública sólo bajo el supuesto de que sus órganos funcionan adecuadamente y de que hace el mejor uso de sus recursos disponibles. De esta suerte, la exigibilidad de comportamientos a los servidores públicos que correspondan a su rol supone que estos cuentan con las capacidades requeridas para ocupar el cargo. Al Estado le es exigible, por conducto de sus agentes, el cumplimiento de sus deberes de cuidado y diligencia, en tanto estándares de desempeño derivados de los derechos y principios que configuran su actuación (mandatos de optimización).[29]

El entendimiento descrito explica la relación jurídica que se establece entre los servidores públicos, el Estado y los gobernados en el Estado democrático. La interpretación más usual considera que la relación jurídica que vincula al servidor público con el Estado es de "derecho público" que, por su generalidad, tiene una capacidad explicativa limitada. Tratándose de servidores públicos de elección, el mandato —afirma Atria— es

[28] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en diversas sentencias la relevancia que para garantizar los derechos de las personas (investigación penal), el personal del Estado sea "idóneo y capacitado" (Fernández Ortega *vs*. México, 2010, párrafo 194; Rosendo Cantú *vs*. México, 2010, párrafo 178.

[29] Al respecto existe una amplia literatura que conceptualiza a los derechos humanos y a las normas de fin con mandatos de optimización. Por todos Alexy, Robert, 2008, pp. 63-146.

el concepto que explica de mejor manera la posición que se deriva de la elección ciudadana que encomienda la fiducia. Se encarga temporalmente la gestión de bienes públicos para los fines del interés general. Es un mandato de fin propicio para razonamientos e interpretaciones consecuencialistas. En los servidores públicos no electos pero designados por aquellos, se verifica una relación comisarial en la que, de igual manera, se encarga la gestión de bienes públicos.[30]

La responsabilidad del servidor público y, en general del político, está vertebrada sobre una racionalidad que corresponde al término acuñado por Weber: la ética de la responsabilidad, esto es, el deber de tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción.[31] El rol asignado al servidor público está predeterminado por una función pública asociada a estados de cosas como fines. El entorno institucional tiene también tal finalidad: las normas de fin, los derechos humanos de las personas; el presupuesto por resultados; la función de los indicadores para la evaluación de los programas, principalmente.

La estructura de la organización pública, en particular de aquella que atiende funciones administrativas, es jerarquizada, compuesta por unidades con funciones especializadas derivadas de la división de un trabajo que tienen a su cargo procesos. Así pues, las Administraciones tienen por sus propios cometidos constitucionales y legales de conducción y gestión un funcionariado que en sus rangos superiores es designado libremente y en los rangos inferiores los perfiles son técnicos y, es posible, que el reclutamiento y desarrollo esté sujeto al servicio profesional de carrera.

La organización jerárquica hace posible la cadena de mando y control. La instrucción puede transmitirse desde los mandos superiores hasta el extremo de su ejecución. Lo anterior, posibilita la exigibilidad de la responsabilidad política y de rendición de cuentas de los titulares de las dependencias y entidades ante los órganos congresionales; tal relación se despliega además en los poderes de nombramiento de ciertos cargos y de la vigilancia y control de la estructura. De lo anterior se desprenden diversas relaciones jurídicas orgánicas y subjetivas.

Por una parte, las relaciones funcionales propias de la estructura pública integrada por órganos controlando tramos en procesos administrativos de complejidad variable e integradas por elementos personales y materiales; por otra, los elementos personales tienen una posición subordinada a la funcionalidad de la organización conocida como relación de sujeción especial, esto es, su situación de derechos se adecua a las condiciones de efectividad requeridas por los propósitos de interés general de aquella.[32] En

---

[30] Véase al respecto de Atria, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 196: "…la principal dimensión que está siempre presente en la idea de que el presidente de la República recibe del pueblo un mandato es negativa, no positiva. Implica que, al gobernar, el presidente no está gestionando sus asuntos, sino asuntos ajenos (del pueblo). Por consiguiente, el estándar al que se somete es el estándar fiduciario del que actúa a nombre y por cuenta de otro".

[31] Véase Weber, Max, *La política como vocación*, Múnich, 1919, disponible en: *http://www.copmadrid.es/webcopm/recursos/pol1.pdf*. La ética de la responsabilidad se distingue de la ética de la convicción en la cual quien realiza las conductas "no se siente responsable de ellas, sino que responsabiliza al mundo, a la estupidez de los hombres o a la voluntad de Dios que los hizo así", p. 23.

[32] El concepto de relación de sujeción especial ha sido recogido en la interpretación jurisdiccional siguiente: tesis I.4o.A.165 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 67, t. VI, junio de 2019, p. 5351, "Res-

tal posición se activan los deberes que tienen los servidores públicos atendiendo a su jerarquía y función.

Una primera responsabilidad se encuentra en la designación o nombramiento de los servidores públicos en el cargo. La obligación a cargo de quien designa, vigila y es nombrado o designado consiste en satisfacer los requerimientos y condiciones del perfil del cargo. La correspondencia entre el perfil del cargo y el cumplimiento personal de tales requerimientos y condiciones, satisfacen las condiciones de regularidad y de aptitud para el desempeño y garantía del interés general. El incumplimiento de tales condiciones lleva a una situación en la que quien es designado acepta el nombramiento a sabiendas de que carece de los requisitos y condiciones y, por tanto, se beneficia indebidamente. Por otra parte, quien designa o debe vigilar la designación otorga un beneficio indebido en perjuicio del interés general. La consecuencia de lo anterior puede ser, una probable responsabilidad de los servidores públicos, así como una condición deficiente en el servicio público relevante para la determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado, en el caso de que haya una relación de causalidad con posibles daños. La deficiencia en el cumplimiento del perfil aumenta la probabilidad de actuaciones irregulares y aumenta el riesgo en la función pública.

Es posible, que en los ordenamientos que regulan la organización pública se prevean casos de dispensa de requisitos para que personas que no cumplan el perfil ocupen

---

ponsabilidad administrativa de los servidores públicos. Se actualiza por conductas que, sin afectar la debida prestación de la actividad administrativa, violen los principios y disciplina aplicables a aquéllos y se traduzcan en un abuso o ejercicio indebido del cargo para obtener beneficios que sólo con ese carácter se lograrían. El artículo 109, fracción III, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten los valores esenciales en sus relaciones orgánicas con la administración, determinando la aplicación de principios como los de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones; dichas sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados. Así, tanto el servicio público, que incluye satisfacer intereses públicos fundamentales a través de la función pública encomendada, como las relaciones de organización entre la administración y sus servidores públicos, deben regirse por los aludidos principios. Tomando como base lo anterior, no sólo aquellas conductas inherentes o directamente vinculadas con las atribuciones u obligaciones ejercidas en virtud del cargo o empleo desempeñado y que afecten de manera directa e inmediata el funcionamiento del servicio público son reprochables, sino también las inherentes a la buena marcha de la administración, que no son la esencia del servicio respectivo, pero que guardan un vínculo sistémico e instrumental, directo o inmediato, con las funciones ejercidas, en el entendido de que la disciplina es un principio organizativo de carácter esencial y de naturaleza estructural, que se manifiesta o expresa como un conjunto de relaciones de sujeción especial que se dan entre la administración y sus servidores, lo cual implica una vertiente institucional, pero también un conjunto de reglas que definen pautas de conducta interna de sus miembros, siendo su objetivo consolidar una organización jerárquica y eficaz que la Constitución Federal encomienda a la administración a través de la eficiente función pública que satisfaga el interés general. En este contexto, el derecho disciplinario y el régimen de responsabilidades se extienden a una serie de relaciones de sujeción especial, incluso de carácter instrumental, para facilitar la consecución de objetivos, incluyendo todo lo conducente y correlacionado a la obtención de fines institucionales, que, si bien no afectan directamente la función pública encomendada, sí derivan en responsabilidad disciplinaria. Por tanto, no únicamente las conductas que en el ejercicio de las funciones encomendadas afecten la debida prestación de la actividad administrativa actualizan una responsabilidad administrativa de los servidores públicos, sino también aquellas que, sin estar directamente vinculadas con el servicio público, afecten a la organización, al violar los principios y disciplina aplicables a aquéllos y se traduzcan en un abuso o ejercicio indebido del cargo para obtener beneficios que sólo con ese carácter se lograrían". Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Revisión administrativa (Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo) 81/2019. Titular de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la Función Pública, encargado de la defensa jurídica del titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en la Secretaría de Cultura. 2 de mayo de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tren Petit. Secretario: Marco Antonio Pérez Meza. Esta tesis se publicó el viernes 7 de junio de 2019 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

cargos públicos. Reglas de este tipo, caen en la excepcionalidad y deben tratarse como tales, esto es, la excepción implica un mayor grado de exigencia para quienes se involucran en la situación. La excepcionalidad requiere, por ejemplo, de una especial justificación y de motivación reforzada, condiciones de temporalidad, incrementa la exigencia de vigilancia y vincula en mayor medida a quien designa que a la vez se responsabiliza del desempeño del designado (*in eligendo* e *in vigilando*). No debe perderse de vista que la excepcionalidad es corrosiva para el interés general. Hay un costo de oportunidad público: la comunidad pierde la posibilidad de tener un administrador público capacitado.

La especial consideración del riesgo atendiendo al déficit de profesionalidad del agente público, lleva a considerar su valoración en la causalidad. Ésta es una relación entre el daño provocado y el hecho por el cual se responde.[33] Lo relevante para el estudio radica en la imputación normativa exigible al Estado por las consecuencias dañosas relacionadas con el riesgo del déficit de la profesionalidad. Que haya una relación necesaria y directa es un punto de partida para determinar la causalidad. El razonamiento central que subyace a la relevancia de tener o no servidores públicos que satisfagan el perfil: ¿existiría el evento dañoso si el servidor público fuere profesionalizado?[34] En supuestos en los que haya una pluralidad de causas, la presencia del déficit en el agente público, aumenta la probabilidad de que el daño sea atribuible al Estado al incrementar el riesgo. Se justifica aceptar la causalidad atendiendo a la probabilidad de manera que quien provoca el riesgo tenga incentivos proporcionales para evitarlos.[35]

La consideración del escenario de riesgos tratándose de responsabilidad patrimonial del Estado puede conducir a escenarios de tragedia de los comunes si se descuida la arquitectura de incentivos. La posible condena al Estado, sin que haya implicaciones a los servidores públicos puede llevar a estos a desentenderse de los efectos de los riesgos creados por ellos al no resentir sus consecuencias. Una alternativa para evitarlo es el ejercicio de la repetición del Estado contra ellos, siempre que se considere que el déficit de profesionalización implica la creación de un riesgo significativo atribuible al propio funcionario que acepta el nombramiento como a quien lo nombra (culpa *in eligendo*) y a quien lo vigila (culpa *in vigilando*). El riesgo no solamente lo crea quien ejerce el cargo sino también quien lo nombra y quien lo vigila deficientemente. La discrecionalidad en el nombramiento aumenta el riesgo mientras que lo disminuye el nombramiento realizado bajo un servicio profesional.

El énfasis colocado en el riesgo que se crea en la situación descrita, conduce a profundizar en relación de causalidad, sin que ello implique desplazar otros criterios útiles para su determinación, tales como los de la causa adecuada, eficiente o próxima; o bien,

---

[33] *Cfr.* Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 373.

[34] Esta idea es desarrollada extensamente en la literatura especializada al tratar la "doctrina de la equivalencia de las condiciones". Dice Barros Bourie al respecto: "Un buen método para determinar si un hecho es condición necesaria del daño consiste en intentar su supresión hipotética: si eliminado mentalmente el hecho, el daño no se habría producido, tal hecho es causa necesaria de ese daño. Al revés, si suprimido el hecho, el daño igualmente se habría producido, la causalidad no puede darse por establecida", *ibidem*, p. 377. En el caso citado de Paul Henri Giménez la formulación puede ser: ¿el jet se habría estrellado si los pilotos hubiesen tenido las capacidades adecuadas para tripularlo?

[35] Barros Bourie, Enrique, *op. cit*., p. 38.

la imputación del daño atendiendo al fin de la norma.[36] Tratándose del fin de la norma, la regla de conducta debe prever deberes de cuidado que sean transgredidos, la imputación de responsabilidad garantiza los fines preventivos; la regla de cuidado está prevista *ex ante*. En el derecho administrativo, los fines preventivos y de cuidado tienen un amplio campo en la regulación de funciones o deberes públicos. En la prestación de servicios públicos de educación, salud, personas en situación de vulnerabilidad, los deberes y obligaciones de los servidores públicos, las funciones de verificación y vigilancia, es posible que los entes públicos se encuentren en posición de garantes. La presencia de culpa infraccional no basta para imputar el deber de indemnizar, se requiere la relación de causalidad con el daño.[37] La culpa infraccional sola podría ser motivo de una responsabilidad administrativa del servidor público. El criterio de imputación atendiendo al fin de la norma requiere pues de una "conexión de ilicitud" entre una regla de conducta y el daño que la regla persigue prevenir.[38]

El riesgo negligente también puede estar presente en el funcionamiento deficiente de los servicios públicos. Barros Bourie expone como un ejemplo de esto el caso de un tren que no ha parado en la estación en que debía bajarse un pasajero: al bajarse en la siguiente estación y luego atravesar un camino despoblado en el que es asaltado, la consecuencia pertenece al riesgo creado por la negligencia.[39] En el ejemplo, la explicación de la causalidad atendiendo al riesgo es compatible con el de la causa adecuada, dice Barros, pero también es posible que otros criterios pudieran ser pertinentes atendiendo a la especificidad del caso. Los tribunales federales han empleado el criterio de causa adecuada, eficiente y próxima en diversas ocasiones.[40]

---

[36] El criterio de causa próxima atiende a que entre el daño y el hecho culpable haya una "razonable proximidad" y no remota; el criterio de la causa adecuada: "la adecuación se muestra en que el hecho culpable es apropiado, bajo un curso ordinario y no extravagante de los acontecimientos para producir las consecuencias dañosas".

[37] Barros Bourie, Enrique, *op cit.*, p. 389.

[38] *Ibidem*, p. 384. Una apreciación crítica del concepto de culpa infraccional puede apreciarse en Bassi Díaz, Francisco, "Culpa infraccional. Elementos para una perspectiva crítica sobre sus efectos jurídicos en el derecho civil chileno", Revista de estudios sobre la justicia, Santiago de Chile, núm. 27, 2017, pp. 37-59, disponible en: *https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/47960/50533*.

[39] Barros Bourie, Enrique, *op. cit*., p. 402.

[40] Tesis I.4o.A.37 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro XVIII, t. 3, marzo de 2013, p. 2075, "RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. NOCIÓN DE NEXO CAUSAL PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL PAGO INDEMNIZATORIO CORRESPONDIENTE. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado, uno de los elementos para la procedencia del pago indemnizatorio correspondiente lo es la demostración del nexo causal entre la lesión producida y la actividad administrativa irregular desplegada, pues tanto a nivel doctrinario como legal ―específicamente en el artículo 21 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado― se exige la demostración de tal aspecto. En este contexto, el nexo causal se concibe como un conector capaz de asociar dos o más eventos en una relación causa-efecto de correspondencia, basado en el principio de razón suficiente; esto es, supone que se constate o verifique la interrelación de determinados eventos ―antecedente y consecuente― a partir de un análisis fáctico para determinar si los sucesos ocurridos concurren y determinan la producción del daño. Es así que el concepto de relación causal resulta relevante e indispensable para verificar si se configura la responsabilidad patrimonial de la administración pública, lo cual implica el análisis, en su caso, de un conjunto complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, reduciéndose el problema en fijar qué hecho o condición puede ser relevante en sí mismo para obtener el resultado final; en otras palabras, poder anticipar o prever si a partir de ciertos actos u omisiones se da la concurrencia del daño era de esperarse en la esfera normal del curso de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de forma que sólo en el primer caso, si el resultado corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta y se encuentra en relación causal con ella, sirve de fundamento al deber de indemnizar, aunado a que debe existir una adecuación entre acto y evento, a lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo, y sólo cuando sea así, alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, lo cual excluye tanto a los actos indiferentes como a los

V. Los deberes de cuidado y de diligencia

Sin perjuicio de considerar que la responsabilidad patrimonial puede provenir de actos ilegales o arbitrarios, esta colaboración se detendrá en los deberes de cuidado y de diligencia como posibles causas de responsabilidad patrimonial. La posición de garante que constitucionalmente se asigna al Estado se expresa en el terreno de la política pública como un mandato de optimización (debe llegarse a un estado de cosas estimado como valioso): educación de excelencia, salud de las personas, medio ambiente sano y equilibrado, mercados eficientes, etcétera. Por otra parte, en la afectación de los derechos de las personas y en la asignación de cargas, existen deberes específicos tales como los de no regresividad de los derechos, trato no discriminatorio y prohibición de afectación de la dignidad de las personas,[41] proporcionalidad y equidad en las contribuciones públicas. Conforme a los anteriores referentes atribuibles al Estado y a su actividad, los servidores públicos están sujetos a deberes, obligaciones, directrices, principios, que construyen la forma de actuación como expresión de la acción humana que realiza los cometidos del Estado. En cuanto al estándar de diligencia o cuidado que el servidor público debe procurar en el ejercicio de su rol y le es exigible, a diferencia del comportamiento esperable de cualquier persona, las condiciones de las actividades asociadas al cargo. La presencia y alcances de los deberes de cuidado o el estándar de diligencia dependen del tipo de actividad administrativa y su contexto.

La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por actividad irregular tiene, como se ha afirmado, una función demarcatoria de las actividades (y, por ende, conductas de los servidores públicos) que, al causar un daño, debe ser indemnizado. Por el contrario, una actividad regular, aun cuando cause daño, no es indemnizable, al menos no por esta razón. Entre otras condiciones, la diferencia entre una actividad irregular de otra regular puede depender de la actuación en el marco de los deberes actuación, de cuidado y de diligencia de los servidores públicos.

Tal regularidad puede tener, dependiendo del ámbito de la actuación pública de que se trate (salud, medio ambiente, educación) sus propios referentes en los protocolos, normas técnicas, estándares de la profesión, etcétera. En el derecho administrativo las anteriores son formas para relacionar el riesgo con las conductas requeridas para mitigarlo, gestionarlo, o incluso, evitarlo, lo cual regula el estándar de diligencia y los deberes de cuidado requeridos. Sin embargo, ante la inevitabilidad del riesgo y la impo-

---

inadecuados o no idóneos, así como a los absolutamente extraordinarios". Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 518/2012. María Silvia Matilde Barriguete Crespo y otro. 13 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

41 En la sentencia Talía González *vs*. Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera como uno de los elementos para condenar al Estado el siguiente: "Otro aspecto de calidad en la asistencia sanitaria es reflejado en declaraciones consistentes de Talía, su madre y su hermano en el sentido que en el marco del sistema público de salud, específicamente en el hospital de Cuenca, la presunta víctima fue estigmatizada y tratada inapropiadamente en varias oportunidades por parte del personal de dicho hospital. En las declaraciones se alude a diversos problemas de confianza, calidad y calidez. Talía declaró que la atención la recibe en la provincia de Cañar y no en la provincia de Azuay, que es donde reside con su familia, porque ha sido maltratada por parte del responsable del programa de VIH de Cuenca. El médico que atiende en Cuenca, según la declaración de Talía "no sabe dar un trato de confianza, calidad y calidez, propio de un servidor público" (párrafo 204).

sibilidad de predeterminar referentes objetivos de la conducta debida, la calificación de diligencia y cuidado se da en un contexto de mayor incertidumbre.

Al respecto el criterio que el juez Hand en United *vs.* Caroll Towing Corp (1947) caracterizó la noción de culpa: "debe entenderse que quien contribuye al accidente es negligente sólo si el costo de las precauciones adecuadas para prevenir el accidente hubiera sido menor que el costo del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia".[42] En el caso de responsabilidad patrimonial del Estado, la posible aplicación del criterio de Hand tendría que considerar las peculiaridades de la función pública (interés general, disposición presupuestal, recursos técnicos y humanos). La posibilidad de aplicar tal criterio sería relevante para demarcar los alcances de la diligencia debida.

La responsabilidad puede también activarse en aquellos casos en los que el tratamiento a las personas sea desigual. Lo anterior abre la posibilidad de considerar la responsabilidad por inequidad en las cargas públicas o bien por tratamiento discriminatorio. La idea de que quienes reciben un beneficio, deben soportar sus costos dispersando las pérdidas, tiene un efecto distributivo.[43] El Estado democrático se legitima en tanto sus beneficios sean generales sin causar, en contrapartida, inequidad. La equidad de trato evita la inequidad en las cargas públicas o bien efectos discriminatorios hacia las personas. Dados los anteriores referentes, el trato inequitativo o discriminatorio, se configuraría como una actividad irregular.

La responsabilidad patrimonial al fondearse con recursos públicos, dispersa las pérdidas de los dañados entre los contribuyentes, o, dicho de otra forma, dispersa las cargas públicas. Por tanto, justifica responsabilizar al Estado por actuaciones de quienes administran y gestionan lo público. Tal responsabilidad puede generarse también cuando los concesionarios de servicios o bienes públicos actúen imperativamente por regulaciones que establezcan cargas desiguales o tratos discriminatorios.

En el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, la irregularidad y el deber de indemnizar tiene que considerar en su determinación, por una parte, los derechos de las personas a ser indemnizadas y, por la otra, la racionalidad de la institución atendiendo al interés general. Los linderos entre ambos extremos no siempre son definidos claramente y su alcance puede derivarse de una mutua tensión.

La persona es titular de sus derechos de propiedad, a la vida, al acceso a la salud, al plan de vida, a la dignidad; por otra parte, el Estado en sus deberes de garantizar derechos tiene la obligación de actuar regularmente, lo cual comprende que sus agentes actúen diligentemente y con el cuidado debido, así como que se provea de recursos en condiciones de eficiencia y oportunidad, con el máximo uso de los recursos presupuestales, en condiciones de progresividad y de prohibición de regresión.[44] De acuerdo con

---

[42] Rosenkrantz, Carlos F., "La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la filosofía del derecho y la economía se encuentran", *Introducción a La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Yale Law School, Universidad de Palermo, Gedisa, 2005, p. 31.

[43] Keren-Paz, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 124.

[44] Las obligaciones que la Constitución establece al Estado (artículo 1º) en materia de derechos humanos comprenden el principio de progresividad y, en contrapartida, la prohibición de no regresividad. Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas establecen como parámetro de deberes del Estado el

tales estándares, la reducción de recursos presupuestales destinados a la provisión de derechos, tiene que ser justificada por el Estado. Tiene, por tanto, la carga de acreditar la justificación, racionalizando de tal manera la discrecionalidad presupuestaria, proscribiendo la arbitrariedad.

La irregularidad de la actividad administrativa, como condición necesaria, para imputar la obligación de indemnizar al Estado, requiere también de la delimitación de cuestiones tales como el estándar de diligencia y de los deberes de cuidado a cargo de sus elementos o bien de las condiciones de equidad que en las cargas públicas deban tener las personas. Así pues, el derecho a ser indemnizado se reconstruye a partir de la definición de estándares que deben considerar cuestiones de interés general. El Estado tiene a su cargo, en la democracia constitucional, la gestión de bienes públicos que requieren protección al ser condiciones que posibilitan el bienestar de la sociedad; ante esto, se deben evitar efectos no deseados ante posibles riesgos de situaciones de tragedia de los comunes.[45] En este aspecto, la responsabilidad extracontractual del derecho civil se distingue de la exigible al Estado; los sujetos privados y públicos se relacionan con distinto tipo de interés: el sujeto de derecho privado concierne principalmente a la acción auto interesada; el sujeto público corresponde a los intereses generales, a la acción colectiva.

El estándar de diligencia, los deberes de cuidado y de trato equitativo, son exigibles al Estado y a sus agentes. Tales deberes, derivados de la función del Estado de garantizar derechos (propiedad, salud, integridad personal) como de lograr cierto estado de cosas (aquellas establecidas en normas de fin: eficiencia en los mercados, medio ambiente equilibrado, redistribución de la riqueza), etcétera, son reconducibles, a su vez, en acciones de implementación a cargo de los funcionarios públicos o sus agentes, cuyo rol debe, en principio, alinearse a los fines de la organización. Así pues, el modo de función exigible a la organización pública, lo es a la vez exigible a los servidores públicos.

De lo anterior, las normas de deberes y las condiciones de su realización son determinantes para calificar de "regular" la acción del Estado. Las condiciones de desempeño de la función pública se traducen, según sea el contexto de actuación de los servidores públicos, no solamente en una calificación de su actuación que derive del contraste for-

---

hacer el máximo uso de los recursos disponibles. Véase Observación general 3: "Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas", disponible en: *https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3*.

[45] La tragedia de los comunes es descrita por Hardin de la siguiente manera: "Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia". Es decir, el interés privado requiere ser limitado para hacer posible la subsistencia del recurso común.

Aplicada, en tanto metáfora, a la responsabilidad patrimonial del Estado, supondremos que el pastizal es propiedad del Estado, en consecuencia, para evitar tal tragedia, se requieren establecer límites a los intereses particulares, sea regulándolos o bien señalando deberes de cuidado correspondientes al Estadio y ejecutables por sus agentes, véase Hardin, Garret, "La tragedia de los comunes", *Política*, núm. 10, 2005, disponible en: *http://polis.ulagos.cl/index.php/polis/article/view/361*.

mal con la norma (apego o desapego a la regla), sino en la valoración de la calidad aun si se trata de una actividad discrecional.

Así pues, el servidor público está obligado a actuar según acuerdo a estándares de diligencia, deberes de cuidado y de trato equitativo. Tal configuración de roles reconstruye al servidor público, atendiendo a sus deberes posicionales: debe hacerse responsable de las consecuencias de sus actos, a la manera de una ética de la responsabilidad.[46] El matiz que en el tema que nos ocupa en la definición de la responsabilidad es que la ética que le es correspondiente, no deriva solamente de la asunción voluntaria de una "vocación", sino la ocupación de un cargo al que se asocia un rol que tiene que ser desempeñado.

La implicación de "hacerse responsable" como construcción ética/jurídica, no solamente concierne a las consecuencias *ex post* a la actuación, sino a las consideraciones que *ex ante* debe tomar en cuenta en las acciones u omisiones. De esta suerte, la responsabilidad patrimonial exigible al Estado y las responsabilidades de los servidores públicos son modalidades de establecer las responsabilidades por las consecuencias o daños a las personas o a los intereses públicos, según sea la actuación y sus efectos; pero, también se surte una responsabilidad *ex ante* que se expresaría en realizar acciones o no realizar omisiones contrarias a deberes de cuidado, diligencia, trato equitativo en la gestión pública orientada hacia las finalidades del interés público, o el bienestar de las personas y, consecuentemente, no causar daños o que los mismos no sean desproporcionados.

En los deberes de cuidado y de diligencia supone cierto grado de conocimiento de la materia en la que se actúa y de las consecuencias previsibles de la actuación. La presunción de conocimiento y de información para actuar tiene como base el conocimiento que requiere y asume tener el servidor público atendiendo al perfil del puesto. A los saberes individuales se agregan las condiciones institucionales de recursos materiales, económicos y de capital humano; las actuaciones públicas son el resultado de procesos internos en el que participan diversos órganos o unidades administrativas que aportan valor a la decisión.

El estado del conocimiento es también un referente de los alcances de tales deberes. Se exceptúa de la obligación de indemnizar cuando los daños se deriven de hechos no circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes al ocurrir. En contrapartida, lo anterior supone que la actuación de afectación debe basarse en evidencia al grado de considerar el estado del conocimiento disponible. Hay una presunción de conocimiento del riesgo, la previsibilidad o su evitación.

Así pues, la estructura de deberes, obligaciones y, por tanto, de responsabilidades, son atribuibles a la organización pública y a los servidores públicos como los elementos personales de aquella. Si bien es posible diferenciarlos como centros de imputación con

[46] La clásica formulación weberiana invoca hacer política "con la cabeza" de forma que se tengan en cuenta las consecuencias y, por tanto, se haga responsable. "… hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, tal como la que ordena (religiosamente hablando) 'el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios', o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de la propia acción", véase Weber, Max, *op. cit*., p. 23.

responsabilidades diferenciadas, tienen o deberían tener una misma lógica funcional. Los servidores públicos como sus elementos personales realizan las funciones estatales encomendadas por la Constitución y la normativa; sea en sus fines, para los cuales la conducción se realiza mediante políticas públicas, la planeación, o bien, en sus límites y deberes frente a los derechos de las personas (restricciones frente a los derechos negativos o prestaciones ante los positivos).

VI. La responsabilidad por omisión

La inactividad puede ser materia de responsabilidad si hay un nexo causal con el daño. No obstante, la inactividad debe ser calificada de irregular, lo cual sucede si existe un deber jurídico de actuar, sin que haya una excluyente de responsabilidad que justifique la no actuación. Así pues, se requiere calificar la inactividad como una omisión a un deber jurídico: una obligación de hacer o una omisión del deber de vigilancia. Se distingue entonces la omisión de la simple inactividad.[47] El deber jurídico puede ser explícito y de cumplimiento imperativo. La doctrina establece como elementos de la responsabilidad por omisión: *i)* la existencia de un deber de actuar, *ii)* la omisión del deber de actual por el Estado, y *iii)* que la actividad debida sea materialmente posible.[48]

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no siempre configura el deber de actuar mediante normas regulatorias cuyo contenido obligacional sea propio de un ejercicio de subsunción. Los deberes de actuar pueden ser establecidos mediante principios o deberes de cuidado o de diligencia, lo que conduce a la apreciación de estándares.

En el caso de omisión, la determinación de estándares de debida diligencia, es fundamental para determinar cuándo se surten deberes de un actuar que no se realizó. En el derecho francés, la distinción de supuestos de la falta en el servicio ocurre en los supuestos de *i)* mal funcionamiento del servicio, *ii)* ausencia o no funcionamiento del servicio y *iii)* servicio tardío. Tales referentes posibilitan, dice García de Enterría, un estándar de realización de los servicios.

En el terreno de las omisiones, las condiciones personales e institucionales pueden resultar relevantes para valorar las condiciones de posibilidad de la actuación y, por tanto, de su irregularidad. La omisión puede ser atribuible al servidor público y, por tanto, además generarle responsabilidad administrativa, o bien, puede deberse a las condiciones institucionales independientemente de las condiciones del servidor público. Si sucede esto último, la responsabilidad puede ser atribuible solamente al Estado (si debiendo proveer equipamiento no lo hace, si hay condiciones de regresividad de los derechos, etcétera).

---

[47] Ahumada Ramos, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 237.

[48] *Ibidem*, p. 238.

VII. La equidad ante las cargas públicas

La responsabilidad patrimonial por trato desigual como una de las causas posibles por actividad administrativa irregular, necesariamente conduce a identificar las razones de la irregularidad. La desigualdad en sentido amplio puede comprender tratos inequitativos o discriminatorios. La significación jurídica de tales implicaciones puede traducirse en violación a deberes de trato (sean prohibiciones o normas de fin). En tanto los deberes de trato que el Estado y, por tanto, los servidores públicos deben dar a las personas, requieren examinar los referentes normativos y de hecho de la desigualdad o inequidad. Al requerirse también el contraste con la situación o trato dado a otras personas, la posible indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial adquiere una función correctiva: eliminar o compensar la desigualdad/inequidad.

Los efectos correctivos de la institución requieren ser racionalizados mediante la conceptualización de criterios de corrección. Al respecto, resulta sugerente el análisis de Keren-Paz, desde una perspectiva igualitaria, señala que se requiere considerar, cuestiones tales como la necesidad, la igualdad y el merecimiento.[49]

Los anteriores referentes son útiles no solamente para concretar el *quantum* que puede corresponder a la corrección o compensación de la desigualdad o inequidad, sino para considerar criterios de política pública propicios para definiciones constitucionales distributivas. Así, ante situaciones de afectación a personas que se encuentren en diversas condiciones de desigualdad, la necesidad, la igualdad y el merecimiento, podrán ser criterios valiosos para distribuir las cargas.

La necesidad tiene como referente la capacidad de las personas para soportar la desutilidad (una persona pobre tendrá una menor capacidad de soportar la desutilidad que otra rica): "Según esta postura, debería asegurarles a los individuos una cantidad mínima de condiciones materiales para poderes satisfacer esas necesidades".[50] La igualdad supone, en principio, que las cargas y beneficios deben distribuirse igualmente entre los miembros de la sociedad;[51] sin embargo, el impacto es desigual entre quienes las soportan (utilidad marginal decreciente). El criterio, si bien es desarrollado por Keren-Paz teniendo como foco de atención a la diligencia exigible a personas en distinta situación para evitar daños o minimizarlos, puede ser trasladable a los casos en los cuales las cargas públicas requieren deberes de cuidado o de diligencia exigibles a personas en distinta posición:

> El sentido moral que subyace a este equilibrio es que el sujeto debe abstenerse de generar riesgos a otros sólo en cierta medida: hay un punto a partir del cual la exigencia de proteger los intereses de otros resulta en un coste que se considera demasiado elevado para la libertad del sujeto. Cuando se cruza esta línea, no se exige al sujeto evitar el riesgo hacia otra persona, simplemente porque la carga de hacerlo se considera excesiva.[52]

[49] Keren-Paz, Tsachi, *op. cit.,* p. 123.
[50] *Ibidem*, p. 133.
[51] *Ibidem*, p. 135.
[52] *Ibidem*, p. 136.

El merecimiento se refiere a la cualidad que puede tener la actividad realizada por el sujeto que causa el daño: quien causa el daño o puso en riesgo debe soportar la carga (indemnizar si se trata del obligado por los daños). Así pues, para valorar cargas públicas que implican deberes de diligencia debe considerarse el propósito de la actividad, los beneficios que produce y la forma en que se distribuyen sus beneficios y cargas.

La negligencia como la cara opuesta de la diligencia (y del cuidado) es un concepto que al ser mensurable como estándar y no como regla, es su flexibilidad y capacidad para atender circunstancias cambiantes, dice Keren-Paz, las reglas "adolecen de sobre inclusión o sub inclusión, mientras que los estándares permiten un resultado que se adapta a la lógica subyacente a la norma jurídica".[53]

Un caso que, para efectos de lo tratado en esta colaboración, resulta emblemático es el caso ya referido de Talía Gonzáles *vs*. Ecuador conocido por la Corte Interamericana. Como consecuencia de la transfusión de sangre con VIH, la estigmatización, discriminación, las dificultades de salud, economía y vivienda, afectación del derecho a la educación, condenó al Estado a la reparación integral de los daños consistente en, además de la atención médica, a obtener beca para solventar estudios, incluyendo posgrado, vivienda, desagravio público, indemnización económica, así como diversas medidas de no repetición. Para ello, una de las principales razones es la de "cambio en las condiciones de vida".[54] Así pues, la reparación integral tiene un efecto distributivo.

VIII. Sus efectos en la carga de la prueba

El ejercicio adecuado de la función pública implica, además, los cuidados y la diligencia para ordenar y documentar las actuaciones que permitan solventar los posibles requerimientos procesales ante los eventuales procedimientos de responsabilidad patrimonial. El principio procesal "quien afirma debe de probar" que, originalmente, asigna la carga de la prueba al demandante, tiene en el caso de la responsabilidad patrimonial una serie de salvedades.

Así, la prueba de actuación diligente recae en la institución pública, la cual para tal efecto debe contar con la documentación correspondiente a su actividad. Tratándose de servicios de salud, un área con mayor recurrencia en precedentes, la información consta en los expedientes clínicos a los que está obligada por la normatividad técnica, sanitaria, de información gubernamental y de datos personales. Tales deberes institucionales se reconducen hacia el servidor público quien además de tener la diligencia debida en su función médica debe registrar la información en condiciones de calidad, accesibilidad y veracidad.[55] En tal sentido, la primera Sala de la Suprema Corte, ha relacionado dichas condiciones reguladas en el sector salud con la proximidad y facilidad probatoria:

---

[53] *Ibidem*, p. 225.

[54] Párrafo 416.

[55] Para el caso, las previstas en la NOM-004-SSA3-2012.

> Responsabilidad patrimonial del Estado por prestación deficiente del servicio de salud público. La carga de la prueba de debida diligencia recae en el personal médico. A pesar de que se ha determinado que, en el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado, es necesario probar el actuar irregular del Estado, es posible señalar al tiempo, que en los casos en que esta responsabilidad emana de la prestación de un servicio de salud deficiente, la prueba de la debida diligencia recae en las instituciones médicas del Estado, en atención al derecho de indemnización de la víctima. En efecto, debido a la dificultad que representa para la víctima probar el actuar irregular de los centros de salud, se posibilita un desplazamiento de la carga de la prueba para que sea la institución del Estado la que demuestre que el procedimiento médico se realizó de acuerdo a los cuidados establecidos en la normatividad de la materia y al deber de diligencia que le exige la profesión médica. Lo anterior se justifica de acuerdo con los principios de facilidad y proximidad probatoria, con base en los cuales debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor coste para que pueda ser valorada por el juez.[56]

Además del criterio anterior, en el derecho comparado la aplicación, en ciertos casos, de la regla probatoria *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), posibilita crear una presunción de negligencia aún sin contar con pruebas directas de la misma, ésta se infiere. En la doctrina anglosajona la aplicación de esta regla requiere que *i)* el daño no pudo ocurrir si no hubiera mediado la negligencia de alguien, *ii)* no deben concurrir en la producción del daño otras causas distintas de la negligencia del demandado, *iii)* el hecho debe estar dentro de la esfera de control del demandado, *iv)* el demandante no debe haber concurrido en la producción del daño, *v)* el demandado es el que tiene mayor información respecto de las causas del accidente. En España la aplicación de la regla requiere *i)* que el hecho probado o evidente debe encontrarse entre los que normalmente no ocurren sin negligencia, *ii)* que la negligencia debe aparecer como la causa más probable o mejor aún como la única posible, *iii)* el imputado debe tener el control sobre quien sufre el daño y de los objetos que lo causan; si no hay control no hay causalidad, *iv)* no debe haber contribución causal o culposa de quien sufre el daño.[57]

La posibilidad de que la carga probatoria a la que se refiere el precedente citado (que por sí no constituye una presunción) evolucione a una presunción de negligencia, tiene como implicaciones: *a)* en sede administrativa, consigna los deberes de cuidado dada la posición de garante que tiene sobre las personas que se encuentran bajo su control (marcadamente, los pacientes en instituciones de salud); *b)* tratándose de la documentación de los procedimientos, se asignan consecuencias para el caso de que haya omisión en su debida integración. En consecuencia, hay deberes institucionales y personales para que

---

[56] Tesis 1a. CXXXII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XI, t. 1, agosto de 2012, p. 498. Amparo directo en revisión 10/2012. Giovanni David Chávez Miranda, 11 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

[57] *Cfr*. García Cremades, Gabriel, *La problemática de la prueba de responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso administrativo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 84-93.

el desempeño satisfaga los estándares de diligencia que posibiliten tanto hacer frente a la carga de la prueba como a la presunción de negligencia.

Un asomo de la regla *res ipsa loquitur* en el derecho mexicano se aprecia en la prueba del daño moral. La Segunda Sala de la Suprema Corte resolvió en el caso de Osbelia Cirigo, que se configura una excepción de la carga probatoria, "en los casos en que, acorde a la naturaleza trascendental de la lesividad causada en la libertad o integridad física o psíquica de la persona, sea evidente el menoscabo a sus bienes extra-patrimoniales o espirituales y, por ende, no se requiera que aporte pruebas para acreditar el daño moral, al resultar redundantes o innecesarias".[58] El precedente es relevante al considerar que el daño moral y, por tanto, la responsabilidad, es una consecuencia natural de una lesividad "trascendental" tratándose de bienes como la libertad, integridad física o psíquica. No obstante, a diferencia de la regla probatoria, no presupone negligencia necesariamente.

IX. Conclusiones

Constitucionalmente se establecen los deberes, obligaciones y responsabilidades del Estado y de los servidores públicos en sus relaciones con los gobernados: el deber de garantizar los derechos humanos en condiciones de universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad. Los derechos de los que son titulares las personas, deberán ser gozados en los términos que establece la Constitución, prohibiéndose la discriminación, la afectación de la dignidad y la anulación o menoscabo de los derechos. Los derechos, considerados como principios, contienen mandatos de optimización, requieren de capacidades institucionales y del mejor uso de los recursos disponibles, así como las condiciones de trato digno importan y de prohibición de la discriminación, configuran también deberes de cuidado y diligencia, así como de trato equitativo y no discriminatorio.

Al apresurado enunciado de la función garante del Estado y de algunas de las condiciones básicas de sus deberes son a su vez, modalizadas dependiendo del sector de referencia de que se trate (salud, educación, seguridad pública, etcétera) en los cuales las intervenciones públicas y los deberes de cuidado y diligencia tienen sus propias condiciones de regularidad. Consecuentemente, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado y de las responsabilidades administrativas de los servidores públicos tienen tal horizonte constitucional.

La institución de la responsabilidad patrimonial, en perspectiva constitucional, debe apreciarse no solamente en su función de justicia conmutativa, sino correctiva ha-

[58] Tesis 2a. LI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 19, t. I, junio de 2015, p. 1078, "Responsabilidad patrimonial del Estado. Carga de la prueba para demostrar el daño moral causado por la actividad administrativa irregular". Amparo directo 70/2014. Osbelia Cirigo Ramírez. 6 de mayo de 2015. Mayoría de tres votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., José Fernando Franco González Salas y Alberto Pérez Dayán. Disidentes: Juan N. Silva Meza y Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Georgina Laso de la Vega Romero. Esta tesis se publicó el viernes 26 de junio de 2015 en el *Semanario Judicial de la Federación*.

cia la evitación del daño y el mejoramiento de la función pública. Así pues, atendiendo a su función demarcatoria, la delimitación d ellos deberes de cuidado y los estándares de diligencia, son elementos que contribuyen a la certidumbre jurídica de las actuaciones indebidas y de aquellas en las que la actuación es debida.

Por otra parte, la discriminación, así como los tratos desiguales o inequitativos conduce a valorar las actuaciones públicas que, por ejemplo, pueden establecer cargas públicas, atendiendo a las condiciones de los sujetos sobre los cuales recaen. Tratándose de la inequidad en las cargas públicas, la institución de la responsabilidad extracontractual puede tener, además, funciones distributivas de las cargas y evitar situaciones discriminatorias o inequitativas. Lo anterior en el horizonte del Estado social.

El compromiso constitucional y el inevitable horizonte del interés general lleva a considerar a la responsabilidad (en el sentido de hacerse responsable de las consecuencias) en el bienestar presente y de las generaciones futuras, lo cual lleva a considerar incentivos no necesariamente compatibles, en particular entre el incentivo del político que ocupa una posición pública que busca votos en el corto plazo y el bienestar de la población que requiere consideraciones de política pública en el largo plazo. Respecto de lo anterior, la responsabilidad patrimonial del Estado y el régimen de responsabilidades de los servidores públicos puede contribuir a disminuir los riesgos de captura en el que los cargos públicos son apreciados como un botín, desplazando al conocimiento y al mérito como las condiciones para ocupar un cargo público. Que la designación en los cargos se realice en condiciones de discrecionalidad y sin observar los perfiles incrementa el riesgo y la responsabilidad en el nombramiento y en la vigilancia, por ejemplo.

El comportamiento, atendiendo a los deberes de cuidado, diligencia, trato equitativo, como condición de regularidad y la amenaza de responsabilidad en caso contrario, constituye a las instituciones de responsabilidad como propiciadoras de efectos disuasivos o preventivos.

Los sistemas de responsabilidad tienen también una función preventiva. Así, reducir la suma de los costos por los daños y de los costos por evitarlos. El análisis económico del derecho ha sido particularmente rico en este tipo de enfoques. Por tanto, debe entenderse, no solamente en la reducción de las causas que producen los daños y, por tanto, su coste, sino que tal reducción de costes para evitar daños e indemnizarlos, no debe ser a cualquier costo, sino aquellos que valga la pena evitar.[59]

Los criterios o teorías (justicia correctiva, justicia distributiva, análisis económicos del derecho, responsabilidad objetiva por riesgo especial), pueden dar diversas respuestas al mismo problema y ser apreciadas desde diversas racionalidades. El efecto correctivo de la institución no solamente se lograría reparando los daños causados, de manera que disminuye los efectos negativos de la actividad administrativa irregular, sino también un efecto de corrección institucional: reducir la probabilidad de actividades administrativas irregulares, mejorando el desempeño institucional.

[59] Mir Puigpelat, Oriol, *op. cit*., pp. 194-198.

En perspectiva del Estado social, la institución de la responsabilidad patrimonial puede tener una función distributiva y de equidad y el desarrollo de criterios como los expuestos por Keren-Paz proporcionan elementos valiosos al respecto, sin embargo, los costos de litigio para que sectores de población desfavorecidos puedan hacerlos efectivos. Al respecto, Oriol Mir da cuenta de ello:

> …los menos necesitados resultan ser quienes más aprovechan el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta no aparecerá ya sólo como una institución no apta para canalizar la solidaridad (como una institución de algún modo neutral), sino que deberá ser vista como una herramienta de sutil ensanchamiento de las diferencias sociales.[60]

Lo anterior implica para el Estado, y para el diseño del instituto de la responsabilidad, propiciar un mejor acceso a la justicia; pero, por otra parte, el desarrollo de políticas y de criterios de actuación en tal sentido. Esto último lleva a la necesidad de internalizar que la actuación pública, además de no ser arbitraria, debe atender a los principios de justicia correctiva, que, en palabras de Coleman, "indican qué debe hacerse con los resultados de los riesgos que nos imponemos unos a otros".[61]

X. Bibliografía

Ahumada Ramos, Francisco Javier, *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Navarra, Aranzadi, 2000.

Atria, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Bacigalupo, Enrique, *Sanciones administrativas (derecho español y comunitario)*, prol. de García de Enterría, Eduardo, Madrid, Colex, 1991.

Bassi Díaz, Francisco, "Culpa infraccional. Elementos para una perspectiva crítica sobre sus efectos jurídicos en el derecho civil chileno", *Revista de estudios sobre la justicia*, Santiago de Chile, núm. 27, 2017, disponible en: *https://revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/47960/50533*.

Castro Estrada, Álvaro, "Análisis jurídico de la reforma constitucional que incorpora la responsabilidad patrimonial del Estado a la Constitución mexicana", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 8, Ciudad de México, 1999.

Coleman, Jules, "La justicia correctiva y el enriquecimiento sin causa", en Rosenkrantz, Carlos, (comp.), La responsabilidad extracontractual, Buenos Aires, Gedisa, 2005.

[60] *Ibidem*, p. 216.

[61] Coleman, Jules, *op. cit*., p. 469.

García Cremades, Gabriel, *La problemática de la prueba de responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso administrativo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 1989 (Reimpresión de la edición de 1956 publicada por el Instituto de Estudios Políticos).

Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010),* Buenos Aires, Katz editores, 2014.

Hardin, Garret, "La tragedia de los comunes", *Política*, núm. 10, 2005, disponible en: *http://polis.ulagos.cl/index.php/polis/article/view/361*.

Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1988. Versión española *Castigo y responsabilidad. Ensayos de Filosofía del Derecho*, trad. Jacobo Barja y León García, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Keren-Paz, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Larrañaga, Pablo, "Responsabilidad de rol y directrices", *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001.

Lifante Vidal, Isabel, "Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2017.

Mir Puigpelat, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Montevideo, B de F, 2012.

Rivero, J., *Derecho administrativo*, trad. de Allan Brewer *et al*., Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984.

Roldán Xopa, José, "La responsabilidad patrimonial del Estado en México: hacia una interpretación constitucional alternativa", en Marín, Juan Carlos (coord.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Ciudad de México, Porrúa, 2004.

Rosenkrantz, Carlos F., "La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la filosofía del derecho y la economía se encuentran", *Introducción a La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Yale Law School, Universidad de Palermo, Gedisa, 2005.

Schauer, F. S. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Weber, Max, *La política como vocación*, Múnich, 1919, disponible en: *http://www.copmadrid.es/webcopm/recursos/pol1.pdf*.

BANCO DE MÉXICO Y SUS FACULTADES RESPECTO DE LAS INSTITUCIONES DE TECNOLOGÍA FINANCIERA EN MATERIA DE CRIPTOACTIVOS

MEXICAN CENTRAL BANK AND ITS REGULATION FACULTIES ON THE FINANCIAL TECHNOLOGY INSTITUTIONS RELATED TO CRYPTOCURRENCIES

Valentín Ibarra Melero*

Ernesto Silva González**

Resumen

La tecnología Blockchain ha sido, sin duda, uno de los avances más disruptivos en el sector financiero, cuya aplicación en el ámbito de los criptoactivos ha generado que diversos gobiernos alrededor del mundo se hayan dado a la tarea de emitir normatividad que regule su uso.

* Valentín Ibarra es licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana (1994-2004), en donde también ha cursado la Especialidad en Derecho Fiscal (2004-2005) y Maestría en Derecho Fiscal (2011-2012). Ha desempeñado su práctica profesional en Chevez, Ruiz, Zamarripa y Cía desde 2004, donde actualmente es socio, con especialización en litigio fiscal y administrativo, incluyendo el derecho de la tecnología financiera ("Fintech", materia que imparte en la Universidad Iberoamericana). Es miembro del comité fiscal de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A. C. y de la Asociación Mexicana Fintech. Ha publicado diversos artículos en revistas nacionales e internacionales especializadas, entre otros medios, incluyendo diversos libros.

** Ernesto Silva cursó la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana (2013-2018), y desde 2015 ha desempeñado su práctica profesional en Chevez, Ruiz, Zamarripa y Cía, con especialización en litigio fiscal y administrativo en diversos sectores.

Fecha de recepción: 2 de agosto de 2019.
Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2019.

En este contexto fue publicada en México la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera que, entre otras cuestiones, regula la constitución y operación de las Instituciones de Financiamiento Colectivo e Instituciones de Fondos de Pago Electrónico, así como la facultad de estas entidades para utilizar criptoactivos.

A través de dicho ordenamiento, el legislador buscó proporcionar un marco regulatorio general amplio y flexible, que permite a las autoridades supervisoras en el sector como lo son la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Banco de México, la emisión de la normatividad secundaria que regule los aspectos técnicos de la Ley, dentro del marco de esta última.

Ello dio lugar a que el 8 de marzo de 2019 el Banco de México haya emitido la circular 4/2019 aplicable a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera, a través de la cual restringió severamente el uso que dichas entidades pueden dar a los activos virtuales.

Las restricciones contenidas en dicha circular resultan ilegales e inconstitucionales, pues contravienen lo establecido por el legislador en la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera y viola en perjuicio de dichas instituciones los derechos fundamentales de legalidad jurídica, progresividad, libertad de trabajo, rectoría económica del Estado, desarrollo integral, de seguridad jurídica entre otros, con lo cual, el Banco de México excede por mucho sus facultades.

Palabras clave: Banco de México, tecnología financiera, fintech, criptoactivos.

Abstract

One of the most disruptive technologies in the financial sector has been the Blockchain technology, whose application related to cryptocurrencies has caused several governments around the world to issue regulation controlling their use.

In this context, in Mexico was published the "Fintech Law", which among other things, regulates the operation of Crowdfunding and Electronic Money Institutions, as well as the use of cryptocurrencies by such entities.

Through the Fintech Law, the Mexican Congress intended to provide a general and flexible framework, while the Mexican government supervising entities of this sector such as the Mexican Ministry of Finance, the Mexican Banking and Securities Commission and the Mexican Central Bank would be responsible for the issuing of secondary regulation concerning the technical aspects of the Law, within the aforementioned framework established by it.

On March 8, 2019, the Mexican Central Bank issued the Ruling Letter 4/2019 aimed at Banking, Crowdfunding and Electronic Money Institutions, through which the use of cryptocurrencies by such entities was heavily restricted.

The measures adopted by the Central Bank are illegal and unconstitutional, since they contravene the Fintech Law and infringe several fundamental and principles con-

tained in the Constitution and International Treaties, such as the principles of legality, legal certainty, non-regression, integral development, proper economic guidance, and the right to work, among others, through which the Mexican Central Bank exceeds its legal powers

Keywords: *Mexican Central Bank, financial technology, cryptocurrencies.*

I. Nota introductoria

Los avances tecnológicos han dotado a la industria financiera de un dinamismo nunca antes visto. Una de las tecnologías que ha generado mayor disrupción en el sector es la tecnología Blockchain, cuya capacidad para procesar transacciones de una manera más segura, rápida y menos costosa ha causado un cambio de paradigma en la manera en la que tanto empresas como particulares conciben la prestación de servicios financieros.

Posiblemente la aplicación más conocida de la tecnología Blockchain son los criptoactivos (también conocidos como criptomonedas o activos virtuales) que han sido utilizados como un medio de pago alternativo a las monedas fiduciarias, sobre todo para la realización de operaciones en el cada vez más relevante mercado del comercio electrónico.

El hecho de que los criptoactivos puedan ser utilizados como un medio de pago en sustitución del dinero fiduciario (también conocido como "fiat") y que para el procesamiento de aquellas transacciones que los involucren tecnológicamente resulte innecesaria la participación del sistema financiero tradicional, ha generado un grado considerable de preocupación entre los bancos, otras entidades del sistema financiero tradicional, y entidades gubernamentales.

Es por ello que distintos Estados alrededor del mundo se han enfrentado al desafío de emitir regulación que proteja al público participante en este tipo de transacciones, así como la estabilidad de sus sistemas financieros, y en la medida de lo posible, que no restrinja en exceso y, por ende, sofoque un sector con tal potencial de innovación como lo es el sector de la tecnología financiera, también conocido como "Fintech".

México no ha sido la excepción, y con la publicación de la Ley Fintech, los legisladores buscaron regular la prestación de servicios financieros a través de esquemas innovadores como aquellos utilizados por las instituciones de financiamiento colectivo e instituciones de fondos de pago electrónico y, por supuesto, el uso de criptoactivos.

Si bien la Ley Fintech emitida por el Congreso mexicano ha sido un paso en la dirección correcta, pues constituye un esfuerzo regulatorio amplio y flexible, la falta de comprensión de estas nuevas tecnologías ha ocasionado que la regulación secundaria y, en especial, la Circular 4/2019 emitida por el Banco de México, imponga cargas y severas restricciones a las operaciones de las instituciones antes señaladas y, específicamente, al uso de criptoactivos por parte de las mismas, perdiendo de vista que dichas limitantes resultan contrarias a los objetivos de la Ley Fintech y, lo que es más grave

aún, a diversos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales.

II. Antecedentes del sector "Fintech" y de los criptoactivos

Pocos sectores de la economía han sufrido cambios tan significativos en los últimos años como la industria financiera. Tanto empresas como particulares han aprovechado los avances tecnológicos para transformar la manera en la que prestan los servicios financieros, creándose modelos de negocio disruptivos en la banca y en los sectores de inversión (plataformas de financiamiento colectivo), procesamiento de pagos (plataformas de fondos de pago electrónico), seguros, entre muchos otros, a lo cual se denomina genéricamente tecnología financiera o "Fintech" (*Financial Technology*).

El término Fintech en consecuencia, se refiere a todas aquellas empresas que "ofrecen productos y servicios financieros, haciendo uso de tecnologías de la información y comunicación, como páginas de internet, redes sociales y aplicaciones para celulares. De esta manera, prometen que sus servicios sean menos costosos y más eficientes que los que ofrecen la banca tradicional".[1]

Según la Asociación Fintech de México, dentro de los servicios financieros que actualmente las empresas Fintech prestan se encuentran los servicios de procesamiento de medios de pago y transferencias, infraestructura para servicios financieros, finanzas personales y asesoría financiera, financiamiento colectivo, *insurtech* y de otorgamiento de créditos.[2]

Una de las tecnologías financieras que ha generado mayor disrupción en el sector ha sido la tecnología Blockchain, concebida por primera vez por Stuart Haber y W. Scott Stornetta en 1991 y aplicada originalmente en un sistema informático por Satoshi Nakamoto en 2009 a partir de la publicación de *"*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*"*.

Blockchain es un sistema informático que hace posible la creación de un registro de transacciones distribuido, compartiéndolo en una red integrada por partes independientes.[3] Los sistemas Blockchain se comprenden de tres partes:

> a) Boques: Listas de transacciones registradas en un libro mayor.
> b) Cadena: Un *hash* que une un bloque a otro.
> c) La Red: Conformada de nodos o computadoras independientes que llevan a cabo el algoritmo a través del cual corre el sistema Blockchain.[4]

---

[1] Véase "¿Qué son las fintech", *Revista Proteja su dinero,* 2017, disponible en: *https://www.condusef.gob.mx/Revista/PDF-s/2017/203/buro.pdf*?.

[2] Véase "¿Qué es fintech?", 2019, disponible en: *https://www.fintechmexico.org/qu-es-fintech.*

[3] Laurcence, Tiana, *Blockchain for Dummies*, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc, 2017, p. 7.

[4] *Ibidem*, p. 10.

Medularmente, Blockchain proporciona un sistema descentralizado que utiliza el consenso entre los usuarios o nodos de dicho sistema para procesar transacciones sin la necesidad de contar con un intermediario o tercero de "buena fe" que certifique la validez de la información contenida en las transacciones que se lleven a cabo.[5]

Esto es, para que en un sistema tradicional exista confianza entre los usuarios participantes, es necesario que en la realización de cualquier transacción se cuente con un tercero de buena fe que avale cuestiones como la identidad de los participantes, la transmisión de la propiedad de bienes y servicios, entre otras.

Por ejemplo, en el sistema bancario de procesamiento de pagos, los terceros de buena fe lo constituyen los bancos, quienes validan los saldos iniciales y finales de las cuentas que participan en una determinada transferencia bancaria, así como los propietarios de los fondos depositados en dichas cuentas.

Sin embargo, en un sistema Blockchain resulta innecesaria la participación de un tercero de buena fe, ya que los propios usuarios, al contar con los registros relacionados con la operación, pueden verificar su autenticidad y realizar la anotación correspondiente en las cadenas de bloques.

Originalmente, con la tecnología Blockchain se buscó crear un sistema de pagos electrónico que hiciera posible el comercio entre particulares sin la necesidad de contar con la participación de ningún tipo de institución financiera centralizada. Dicho sistema fue ideado para funcionar de manera completamente independiente de agentes externos, al grado de que utiliza como medio de cambio su propia moneda criptográfica (Bitcoin).[6]

El sistema creado por Satoshi Nakamoto fue el primero en utilizar criptoactivos como medio de pago, convirtiéndose en el primer eslabón de una larga cadena de innovación que ha resultado, al día de hoy, en la creación de miles de tipos diferentes de criptoactivos, aunque actualmente, la tecnología Blockchain es útil para múltiples aplicaciones que de ninguna manera se encuentran limitadas al ámbito de los criptoactivos.

Un criptoactivo puede entenderse en sus términos más amplios como "un activo digital que es construido para funcionar como medio de pago, con base en tecnología criptográfica que protege el flujo transaccional y controla la creación de unidades de medida adicionales".[7]

Sin embargo, no todos los criptoactivos persiguen el mismo objetivo ni comparten las mismas características, por lo que éstos pudieran tener fines diversos al de fungir como medios de pago.

Por ejemplo, criptoactivos como el Bitcoin, Ripple, Dash e IOTA cuentan con un protocolo que limita su emisión a cierto número, por lo que el valor de dichos criptoactivos se determinará partiendo de la relación existente entre su aceptación y uso por parte del público en general (demanda) y su número limitado (oferta); no obstante, existen

---

[5] Nakamoto, Satoshi "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*"*, marzo de 2009, disponible en: *https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.*

[6] *Idem*.

[7] Chonan, Usman W., "Bitcoin: Cryptocurrencies: A Brief Thematic Review"*, SSRN*, 2017, disponible en: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024330.*

criptoactivos cuya emisión no se encuentra restringida a un número máximo, tal y como sucede con los casos de Ether o Monero.

Por otra parte, ciertos criptoactivos cumplen un propósito específico dentro del sistema en el que son creadas, como sucede en el caso de Ether dentro de la plataforma digital "Ethereum", en donde es utilizado para la creación y compraventa de aplicaciones, la participación en contratos inteligentes, etcétera.

Incluso existen criptoactivos que utilizan tecnología Blockchain, pero que su emisión no es descentralizada (lo cual pareciera desvirtuar, en un primer momento, el objetivo inicialmente propuesto y, por ello, han sido objeto de críticas por parte de la comunidad Blockchain), como ocurre en el caso de Ripple, cuya compañía desarrolladora Ripple Labs, posee la mayor parte de las "tokens" necesarios para su emisión.

A la fecha, el desconocimiento de la tecnología y funcionamiento de Blockchain y los criptoactivos ha provocado cierto temor en el sistema financiero tradicional y en muchos gobiernos, lo que ha traído diversas consecuencias indeseables como regulaciones excesivas, incorrectas o defectuosas, así como intentos fallidos de regular todos los criptoactivos por igual, a pesar de que su naturaleza y objetivos en muchos casos sean distintos.

La lenta adopción inicial de criptoactivos por parte de los particulares en un principio significó que no existiera mayor necesidad para los gobiernos de emitir normas que regularan su uso. La baja capitalización que existía en Bitcoin durante los primeros años posteriores a su lanzamiento se hace evidente si tomamos en consideración que el 22 de mayo de 2010 fueron necesarias 10,000 Bitcoins para comprar 2 pizzas y, en noviembre de ese mismo año, la capitalización total de Bitcoin alcanzaba apenas el millón de dólares.[8]

Para febrero de 2011 Bitcoin había aumentado su valor inicial de cotización de 1,309.03 Bitcoins por $1 USD y en mayo de ese mismo año fue lanzado BitPay, un procesador de pagos para comerciantes que deseaban aceptar Bitcoins en lugar de moneda fiduciaria, lo que permitió que dicho criptoactivo pudiera ser utilizado con mayor facilidad como medio de pago.[9]

Menos de un año después, Bitcoin había superado los $100 USD y BitPay había reportado tener más de 1000 comerciantes utilizando su servicio. Para 2015 se habían consolidado las casas de intercambio de criptoactivos, también conocidos como *exchanges*, que manejaban diariamente millones de dólares en operaciones de compra y venta de Bitcoin, así como criptoactivos de reciente creación como Ether y Litecoin.[10] La capitalización de mercado de criptoactivos a mediados de 2015 ya alcanzaba los 3.89 mil millones de dólares USD, cifra que hoy en día asciende a 328 mil millones de dólares.[11]

Según un estudio publicado por la Universidad de Cambridge en 2017, el promedio de transacciones diarias en el mundo realizadas con Bitcoin ha subido de 201,595 tran-

---

[8] "History of Bitcoin", 2019, disponible en: *http://historyofbitcoin.org/*.

[9] *Idem*.

[10] *Idem*.

[11] CoinMarketCap, "Historical", 2019, disponible en: *https://coinmarketcap.com/es/historical/*.

sacciones diarias realizadas en el primer cuatrimestre de 2016, a 286,419 transacciones diarias en enero y febrero de 2017, lo que significa un crecimiento del 82% en tan sólo un año.[12] Incluso, actualmente existen distintas empresas como Paypal, Microsoft, Dell, Expedia, Wikipedia Foundation, Greenpeace, Virgin Galactic, entre otras, que aceptan Bitcoin como medio de pago.

Tomando en consideración la creciente importancia de los criptoactivos en la economía global, distintos gobiernos alrededor del mundo comenzaron a emitir regulación con diferentes grados de aceptación o restricción para el uso de criptoactivos. Países como China, Colombia, Indonesia y Tailandia han prohibido el comercio de criptoactivos, mientras que países como Alemania y Japón han reconocido que dichos activos constituyen unidades de cuenta y medios de pago, respectivamente.

En este contexto, el gobierno mexicano a través del Congreso Federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en conjunto con diversos agentes del sector privado, comenzaron a desarrollar la regulación que atendiera al sector "Fintech".

III. Regulación del Sector "Fintech" en México

El 9 de marzo de 2018 se publicó la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera o "Ley Fintech", con lo cual México se convirtió en el primer país en Latinoamérica y uno de los primeros en el mundo en emitir legislación formal dirigida exclusivamente a regular el sector de tecnología financiera.

Según se desprende del propio ordenamiento y sus antecedentes legislativos, la Ley Fintech está basada en los principios de inclusión e innovación financiera, promoción de la competencia, protección al consumidor, preservación de la estabilidad financiera, prevención de operaciones ilícitas y neutralidad tecnológica.[13]

Dicha Ley establece que la supervisión de su cumplimiento y de las disposiciones que de ella emanen corresponderá a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) y al Banco de México, entre otros, en el ámbito de sus respectivas competencias, en términos de la propia Ley y las demás disposiciones jurídicas aplicables.[14]

En términos generales, Ley Fintech establece un marco regulatorio para las instituciones de tecnología financiera (ITF), que incluyen a las instituciones de financiamiento colectivo y a las instituciones de fondos de pago electrónico, así como para las operaciones con activos virtuales, las interfaces de programación de aplicaciones informáticas estandarizadas y ciertos esquemas de modelos novedosos.

---

[12] Hileman, Garrick & Rauchs, Michel, "Global Cryptocurrency Benchmarking Study", *University of Cambridge Judge Business School,* Cambridge, 2017.

[13] Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, artículo 1º.

[14] *Ibidem*, artículo 3º.

1. *Regulación de las ITF*

El primer tipo de ITF regulado por la Ley Fintech es el de las instituciones de financiamiento colectivo, las se cuales definen como aquellas entidades que se dedican de manera habitual y profesional a poner en contacto a inversionistas y solicitantes, para que éstos últimos obtengan financiamientos de deuda, capital o copropiedad en sus proyectos.[15]

Conforme a dicha Ley, tales instituciones podrán realizar las operaciones de financiamiento colectivo de deuda, de capital o de copropiedad, con activos virtuales en los casos y sujeto a los términos y condiciones que el Banco de México establezca mediante disposiciones de carácter general.[16]

El otro tipo de ITF lo constituyen las "instituciones de fondos de pago electrónico", que se dedican a la emisión, redención y transmisión de fondos de pago electrónico, a través de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet o cualquier tipo de comunicación electrónica o digital.[17] Se consideran fondos de pago electrónico, en términos generales, los fondos contabilizados en un registro electrónico de cuentas transaccionales que: *i*) queden referidos a un valor monetario equivalente a una cantidad de dinero en moneda nacional o extranjera; o en activos virtuales *ii*) correspondan a una obligación de pago a cargo de su emisor por la misma cantidad de dinero o activos virtuales; *iii*) sean emitidos contra la recepción de una cantidad de dinero o activos virtuales con el propósito de abonar, transferir, o retirar dichos fondos; o bien, *iv*) sean aceptados por un tercero como recepción de la cantidad de dinero o de activos virtuales respectiva.[18]

Entre otras actividades, las instituciones de fondos de pago electrónico pueden abrir y llevar una o más cuentas de fondos de pago electrónico por cada cliente, en las que se realicen registros de abonos equivalentes a la cantidad de fondos de pago electrónico emitidos contra la recepción de una cantidad de dinero o de activos virtuales determinados; realizar transferencias de determinadas cantidades de dinero en moneda nacional, extranjera o de activos virtuales; así como entregar una cantidad de dinero o activos virtuales equivalente a la misma cantidad de fondos de pago electrónico en una cuenta de fondos de pago electrónico, mediante el cargo respectivo en dicha cuenta.[19]

Asimismo, la ley en análisis señala que las instituciones de fondos de pago electrónico, pueden poner en contacto a terceros con la finalidad de facilitar la compra, venta o cualquier otra transmisión de activos virtuales, comprar, vender o, en general, transmitir activos virtuales por cuenta propia o de sus clientes, entre otras, con lo cual se da sustento legal a los "exchanges".[20]

---

15 *Ibidem*, artículo 15.
16 *Ibidem*, artículo 16.
17 *Ibidem*, artículo 22.
18 *Ibidem*, artículo 23.
19 *Ibidem*, artículo 22.
20 *Ibidem*, artículo 25.

Incluso, la Ley Fintech establece que las instituciones de fondos de pago electrónico podrán emitir fondos de pago electrónico referidos a moneda extranjera o activos virtuales, con previa autorización del Banco de México, siempre que se observen los términos y condiciones que éste establezca mediante disposiciones de carácter general.[21]

De conformidad las disposiciones del análisis previo, no queda lugar a dudas que la Ley Fintech permite a las ITF el uso de criptoactivos para múltiples transacciones, estableciendo un marco regulatorio consistente con el objetivo de proteger a los gobernados, así como al sector financiero, y, al mismo tiempo, promover el sector Fintech y la innovación.

2. *Regulación de operaciones con activos virtuales*

Adicionalmente, la Ley Fintech define a los activos virtuales como "la representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público como medio de pago para todo tipo de actos jurídicos y cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos".[22]

Como se puede advertir, la Ley Fintech no distingue entre las diferentes características y aplicaciones que puede tener cada criptoactivo, sino que prevé una definición general de activos virtuales a partir del uso que se dé a los mismos como medio de pago, por lo que, en principio, podría ser discutible si los criptoactivos que no cumplan con todos los elementos de dicha definición, pudieran ser o no considerados como activos virtuales.

Dicho ordenamiento también señala que las ITF que operen con activos virtuales deberán estar en posibilidad de entregar al Cliente respectivo, cuando lo solicite, la cantidad de activos virtuales de que este sea titular o bien, el monto en moneda nacional correspondiente al pago recibido de la enajenación de los activos virtuales que corresponda.[23]

Las ITF que operen con activos virtuales deberán divulgar a sus Clientes los riesgos que existen por celebrar operaciones con dichos activos, informando, cuando menos, que el activo virtual no es moneda de curso legal y no está respaldado por el gobierno federal ni por el Banco de México, así como la imposibilidad de revertir las operaciones una vez ejecutadas, la volatilidad del valor del activo virtual y los riesgos tecnológicos, cibernéticos y de fraude, inherentes a los activos virtuales.[24]

De lo anterior podemos concluir que, en términos de la Ley Fintech, las ITF pueden llevar a cabo un gran rango de actividades y operaciones con activos virtuales, bajo ciertos parámetros e informando de los riesgos existentes a sus clientes.

---

[21] *Ibidem*, artículo 26.
[22] *Ibidem*, artículo 30.
[23] *Ibidem*, artículo 31.
[24] *Ibidem*, artículo. 34.

Asimismo, la Ley establece que las ITF podrán operar con los activos virtuales que sean determinados por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, y en los plazos, términos y condiciones que éste establezca.[25]

Así, la Ley Fintech regula las operaciones con activos virtuales que realicen las ITF, por lo que el uso que el público general o cualquier entidad no regulada otorgue a dichos criptoactivos, no es objeto de regulación por parte de la Ley Fintech, aunque ello no los exime de cumplir, en las operaciones que efectúen con activos virtuales, con las obligaciones en materia de prevención de lavado de dinero, al ser consideradas actividades vulnerables en términos de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.[26]

Dicho lo anterior, resulta importante señalar que no fue intención de los legisladores establecer en la Ley Fintech un marco que regulara cada aspecto técnico de las materias antes señaladas y mucho menos restringir el uso de estas nuevas tecnologías, sino su propósito fue establecer un marco general que genere un ambiente financiero seguro pero promotor del crecimiento e innovación en el sector, por lo que las entidades supervisoras debieron emitir regulación secundaria respetando tales objetivos y, sobre todo, en atención a lo establecido por la Ley Fintech.

En efecto, tal y como se advierte de la iniciativa de decreto que dio lugar a la publicación del ordenamiento en análisis, el entonces Ejecutivo Federal reconoció que la sobrerregulación del sector podría tener consecuencias indeseables al mercado financiero y un desincentivo en la inclusión financiera, además de crear barreras que pudieran resultar insuperables para los emprendedores, razón por la cual a efecto de contar con mayor flexibilidad en la regulación y evitar las consecuencias antes señaladas, estableció que la Ley Fintech sólo pretende establecer las bases y una regulación mínima para las instituciones de tecnología financiera, dejando que, con base en los lineamientos del Congreso de la Unión, lo demás se regulara en disposiciones secundarias.[27]

Así, por mandato del Congreso de la Unión, el Banco de México debía definir las características de los activos virtuales, así como las condiciones y restricciones de las operaciones y demás actos que se pueden realizar con dichos activos, así como establecer las medidas a las que deberán sujetarse las ITF para la custodia y control que sobre los activos virtuales ejerzan al realizar tales operaciones y actos.[28]

Conforme a esta disposición, el Banco de México, para la determinación de los activos virtuales debía tomar en cuenta, entre otras cosas, el uso que el público dé a los activos virtuales como medio de cambio y almacenamiento de valor, el tratamiento que

---

[25] *Idem*.

[26] Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, artículo 17.

[27] Peña Nieto, Enrique, "Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Mercado de Valores, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita", Ciudad de México, 2017.

[28] Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, artículo 32.

otros países le den a unidades digitales particulares como activos virtuales, así como los protocolos que permitan generar, identificar, fraccionar y controlar la replicación de dichas unidades.[29]

Lamentablemente, el Banco de México en un ejercicio excesivo de sus facultades y sobrepasando el marco regulatorio, así como el mandato que le fue señalado en la Ley Fintech, emitió regulación secundaria sumamente restrictiva por lo que hace al uso de criptoactivos por parte de las ITF.

IV. Contenido de la Circular 4/2019 del Banco de México

El 8 de marzo de 2019 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Circular 4/2019 "Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera en las Operaciones que Realicen con Activos Virtuales" ("La Circular 4 /2019 de Banco de México").

En dicha Circular, el Banco de México básicamente restringió cualquier operación externa que las IFT pudieran haber realizado con criptoactivos en términos de la Ley Fintech, argumentando riesgos financieros y legales que, en realidad, a través de una regulación correcta pudieron haberse controlado al igual que se hace con otras cuestiones del propio sector financiero.

Como preámbulo y justificación de dichas restricciones, el Banco de México en la propia Circular refiere medularmente que los activos virtuales se han caracterizado por ser volátiles, costosos para celebrar transacciones y difícilmente escalables.[30]

Además, señala que existen riesgos para los tenedores de dichos activos, pues la complejidad y la tecnología que los soporta puede tener como consecuencia que los tenedores no conozcan cabalmente los posibles problemas que podrían presentarse y dar lugar a la pérdida de sus recursos.[31]

Asimismo, el Banco de México manifiesta que el uso de activos virtuales conlleva un riesgo importante en materia de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, debido a la facilidad para transmitir los activos virtuales a otros países, así como la ausencia de controles y medidas de prevención homogéneos en el mundo.[32]

Con base en las consideraciones anteriores, el Banco de México concluye que, resulta necesario mantener una distancia sana entre los activos virtuales y el sistema financiero, por lo que su uso deberá limitarse a procesos internos que no conlleven riesgos para el consumidor final de las instituciones que los utilicen.[33]

---

[29] *Idem*.

[30] Circular 4/2019 "Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera en las Operaciones que Realicen con Activos Virtuales".

[31] *Idem*.

[32] *Idem*.

[33] *Idem*.

Cabe recordar que la Ley Fintech encomendó al Banco de México, como órgano constitucional autónomo encargado de promover el sano desarrollo del Sistema Financiero, la emisión de la regulación secundaria que: *i*) defina las características de los activos virtuales; y *ii*) establezca las condiciones y restricciones de las operaciones y demás actos que se pueden realizar con dichos activos.

Derivado de lo anterior, en la Circular se establecieron las características de los activos virtuales con los cuales las ITF podrán realizar operaciones, a saber: que estos sean unidades de información, unívocamente identificables, incluso de manera fraccional, registradas electrónicamente; que no representen la titularidad o derechos de un activo subyacente o bien, que representen dicha titularidad o derechos por un valor inferior a estos; que existan controles de emisión definidos mediante protocolos determinados, a los que se puedan suscribir terceros; que cuenten con protocolos que impidan que las réplicas de las unidades de información o sus fracciones se encuentren disponibles para ser transmitidas más de una vez en un mismo momento.[34]

En estos términos, podremos advertir que aquellos criptoactivos que se encuentran dentro de la definición de activos virtuales establecida por la Ley Fintech y que, por lo tanto, se encuentren reguladas por ella, deberán cumplir con las características anteriores para que puedan ser utilizadas por las ITF en sus operaciones.

Ahora bien, en relación con las condiciones y restricciones de las operaciones y demás actos que las ITF pueden realizar con activos virtuales, el Banco de México determinó que las ITF sólo podrán celebrar las operaciones con activos virtuales que correspondan a "operaciones internas" sujeto a autorización. [35]

Las operaciones internas según lo establecido en la propia Circular, son aquellas actividades que las ITF "realicen internamente para llevar a cabo las operaciones activas, pasivas y de servicios que éstas celebran con sus Clientes o que éstas realicen por cuenta propia…"[36], con lo cual, en nuestra opinión, el Banco de México restringe a las ITF de realizar cualquier tipo de operaciones con activos virtuales en transacciones que involucren a terceros externos a la institución, como pudieran ser sus clientes. La restricción general anterior se encuentra prevista de manera específica para los servicios de intercambio, transmisión o custodia de activos virtuales, sobre los cuales las ITF no podrán obtener autorización para prestar de manera directa.[37]

Asimismo, en la Circular se determinó que las ITF deberán impedir en todo momento que se transmita directa o indirectamente, el riesgo de las operaciones que realicen con activos virtuales a sus clientes.[38] Al respecto, el Banco de México aclaró, mediante publicación en su sitio de internet, que no busca restringir el uso de tecnologías como registros distribuidos o cadenas de bloques, en tanto éstas sean utilizadas en el contexto de una operación interna por parte de instituciones financieras o ITF, lo que no impide

[34] *Ibidem*, artículo 4º.
[35] *Ibidem*, artículo 3º.
[36] *Ibidem*, artículo 2º.
[37] *Ibidem*, artículo 3º.
[38] *Idem*.

según su dicho, que los clientes puedan obtener los servicios relacionados con activos virtuales como el caso de servicios de compra y venta, de empresas distintas a las mencionadas, esto es, empresas que no se encuentren reguladas por la Ley Fintech, mas no así, de instituciones de tecnología financiera.[39]

En términos de la Circular anterior, el Banco de México se encuentra restringiendo en gran medida las operaciones con activos virtuales que ya permitía la propia Ley Fintech, lo cual implica un ejercicio excesivo de facultades y una violación a diversos principios y derechos fundamentales en nuestro país.

V. Facultades legales del Banco de México para regular criptoactivos

El artículo 25 de la Constitución establece que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, teniendo la obligación de velar por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a la generación de condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo; para lo cual, planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, así como, también, llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga la Constitución.[40]

Por su parte, el artículo 28 de la Constitución establece en sus párrafos sexto y séptimo, que el Estado tendrá un Banco Central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración, cuyo objetivo prioritario será el procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Dicho Banco Central, en los términos que establezcan las leyes, se encontrará facultado para regular la intermediación y los servicios financieros.[41]

La Ley del Banco de México, al reglamentar el artículo 28 de la Constitución, establece, en sus numerales 24 y 26, que el Banco de México tendrá como objetivos prioritarios procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos, proteger los intereses del público, entre otros, para lo cual, éste podrá expedir disposiciones cuando tengan por propósito cumplir dichos objetivos.[42]

La protección a los intereses del público deberá entenderse en el contexto de las facultades constitucionales del Banco de México, referentes a velar por la estabilidad

---

[39] Véase "Sobre los activos virtuales, los riesgos relevantes y el posicionamiento del Banco de México", 2019, disponible en: *https://www.banxico.org.mx/sistemas-de-pago/sobre-activos-virtuales-rie.html.*

[40] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25.

[41] *Ibidem*, artículo 28.

[42] Véase Ley del Banco de México, artículos 24 y 26.

del sistema financiero y de las finanzas públicas, el soporte para el crecimiento económico, así como la procuración de la estabilidad de la moneda nacional. Esto es, el Banco de México no es el órgano encargado a proteger los intereses del público en el ámbito financiero privado como lo sería la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, sino que su esfera de operación será el ámbito macroeconómico.

Ahora bien, conforme a su marco legal y constitucional, el Banco de México cuenta con la facultad de expedir disposiciones de carácter general, cuando tengan por propósito, entre otras cosas, el sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento del sistema de pagos, y la protección del interés del público, sin perjuicio de las demás disposiciones que los preceptos de otras leyes faculten al Banco a expedir en las materias ahí señaladas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha denominado a este tipo de disposiciones "cláusulas habilitantes" ya que confieren a la autoridad facultades para regular una materia concreta y específica, precisándole las bases y parámetros generales que deberá seguir en su actuación. Dicho órgano ha señalado que la razón por la cual se justifica que el Poder Legislativo dote a funcionarios ajenos a él de atribuciones de naturaleza normativa, consiste en que el Estado no es un fenómeno estático y que la entidad pública (administrativa), al encontrarse cerca de situaciones dinámicas y fluctuantes, adquiere información y experiencia que le permite afrontar las disyuntivas con agilidad y rapidez.[43]

---

[43] Al respecto, pueden consultarse los siguientes criterios:

"Cláusulas habilitantes. Constituyen actos formalmente legislativos. En los últimos años, el Estado ha experimentado un gran desarrollo en sus actividades administrativas, lo que ha provocado transformaciones en su estructura y funcionamiento, y ha sido necesario dotar a funcionarios ajenos al Poder Legislativo de atribuciones de naturaleza normativa para que aquél enfrente eficazmente situaciones dinámicas y altamente especializadas. Esta situación ha generado el establecimiento de mecanismos reguladores denominados "cláusulas habilitantes", que constituyen actos formalmente legislativos a través de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado, principalmente de la administración pública, para regular una materia concreta y específica, precisándole bases y parámetros generales y que encuentran su justificación en el hecho de que el Estado no es un fenómeno estático, pues su actividad no depende exclusivamente de la legislación para enfrentar los problemas que se presentan, ya que la entidad pública, al estar cerca de situaciones dinámicas y fluctuantes que deben ser reguladas, adquiere información y experiencia que debe aprovechar para afrontar las disyuntivas con agilidad y rapidez. Además, la adopción de esas cláusulas tiene por efecto esencial un fenómeno de ampliación de las atribuciones conferidas a la administración y demás órganos del Estado, las cuales le permiten actuar expeditamente dentro de un marco definido de acción, susceptible de control a través del principio de legalidad; en la inteligencia de que el establecimiento de dicha habilitación normativa debe realizarse en atención a un equilibrio en el cual se considere el riesgo de establecer disposiciones que podrían propiciar la arbitrariedad, como generar situaciones donde sea imposible ejercer el control estatal por falta de regulación adecuada, lo que podría ocurrir de exigirse que ciertos aspectos dinámicos se normen a través de una ley", Tesis P. XXI/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, diciembre de 2003, p. 9.

"Cláusulas habilitantes. Su fundamento constitucional reside en los artículos 73, fracción xxx, y 90 de la constitución política de los estados unidos mexicanos. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXI/2003, esgrimió las razones por las cuales se justifica que el Poder Legislativo dote a funcionarios ajenos a él, principalmente insertos en la Administración Pública, de atribuciones de naturaleza normativa (cláusulas habilitantes) para hacer frente a situaciones dinámicas y altamente especializadas. Asimismo, precisó que tales cláusulas tienen la naturaleza jurídica de actos formalmente legislativos por medio de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado para regular una materia concreta y específica precisando un cuadro o marco de acción definido en donde aquél se deberá desenvolver. En ese sentido, la atribución de dichas facultades normativas a través de un acto formalmente legislativo tiene su fundamento en los artículos 73, fracción XXX, y 90 de la Ley Fundamental que prevén, por una parte, la facultad (residual e implícita) del Congreso de la Unión para expedir toda clase de leyes que estime necesarias con el objeto de hacer efectivas las facultades que se le atribuyen y que le son propias, e incluso, para hacer efectivas todas las demás facultades concedidas por el mismo texto constitucional a los Poderes de la Unión y, por otra, que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el mismo Congreso, que regulará la distribución de los negocios del orden administrativo y definirá las bases generales de creación de los órganos administrativos", Tesis 1a.

Asimismo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria de la contradicción de tesis 84/2001–SS, ha señalado que las reglas generales administrativas, al ser expedidas con base en una habilitación legal o reglamentaria, se encuentran por debajo de las leyes y los reglamentos, por lo que no pueden derogar, limitar o excluir lo previsto en los mismos y, en todo caso, deben acatar los diversos derechos fundamentales que tutela la Constitución.[44]

En este sentido, de un análisis a lo establecido por los artículos 25 y 28 Constitucionales, en relación con los artículos 24 y 26 de la Ley del Banco de México antes analizados, si bien dicho órgano constitucional autónomo se encuentra facultado para expedir normatividad de carácter general para regular ciertas materias relacionadas con la política económica y monetaria del país, lo cierto es que dicha regulación siempre se encontrará sujeta a lo que dispongan las leyes.

Por ello, si bien el Banco de México cuenta con la facultad de regular el uso de los activos virtuales por parte de las ITF, así como las características que deberán contar con los mismos, las cláusulas habilitantes establecidas en la Ley Fintech no son ilimitadas, pues el órgano constitucional en ningún caso debe derogar, limitar, excluir o de modo alguno modificar las hipótesis normativas previstas en la Ley, con independencia de la finalidad que persiga dicha regulación.

Tomando en consideración lo anterior, es claro que al emitir la Circular 4/2019 el Banco de México excedió sus facultades, pues contraviene lo expresamente previsto en la Ley Fintech, aunado a que sus disposiciones resultan violatorias de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual será materia de análisis en el siguiente apartado.

VI. Ilegalidad e inconstitucionalidad de la Circular 4/2019 del Banco de México

1. *Insuficiente justificación de las medidas adoptadas en la Circular 4/2019 del Banco de México*

Como se ha mencionado, de la exposición de motivos de la Circular 4/2019 se advierte que la razón principal por la cual el Banco de México restringe las operaciones con activos virtuales por parte de las ITF es en virtud de que los mismos supuestamente se han caracterizado por ser volátiles, costosos para celebrar transacciones y difícilmente escalables, por lo que existen riesgos para los tenedores de estos activos pues, derivado de la complejidad de la tecnología que los soporta, podrían no conocer cabalmente los problemas susceptibles a presentarse y dar lugar a la pérdida de sus recursos.[45]

XXII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro V, t. 1, febrero de 2012, p. 649.

[44] Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 84/2001-SS, México, 2004.

[45] Circular 4/2019 "Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera en las Operaciones que Realicen con Activos Virtuales".

Sin embargo, lo anterior deriva de un aparente desconocimiento por parte del Banco de México del funcionamiento de los activos virtuales, pues las transacciones con este tipo de activos son rápidas y económicas. Es decir, una de las razones por las cuales las operaciones con activos virtuales han sido adoptadas, es su gran eficiencia y bajos costos comparado con las transacciones efectuadas por entidades del sistema financiero tradicional.

Por otra parte, si bien es cierto que algunos activos virtuales son volátiles, ésta es una característica que comparten un gran número de inversiones en valores, activos de negocios y otros instrumentos financieros; sin embargo, en tales casos no se prohibieron ni restringieron dichas operaciones, sino que se regularon para crear un ambiente de inversión seguro, en el que los particulares pudieran tomar decisiones informadas y aceptar diferentes grados de riesgos para obtener un determinado nivel de retorno, lo cual se cumple en el presente caso, a través de regulación que obliga a las entidades participantes de informar los riesgos existentes, tal y como lo establece la Ley Fintech.

En efecto, la Ley Fintech expresamente establece que las ITF que operen con activos virtuales deberán divulgar a sus clientes los riesgos que existen por celebrar operaciones con dichos activos, informando que el activo virtual no es moneda de curso legal y no está respaldado por el gobierno federal ni por el Banco de México. Asimismo, dichas instituciones se encuentran obligadas a informar sobre la imposibilidad de revertir las operaciones una vez ejecutadas, la volatilidad del valor del activo virtual, así como los riesgos tecnológicos, cibernéticos y de fraude inherentes a este tipo de activos.

De lo anterior, se advierte que el legislador ha establecido en la Ley Fintech una serie de medidas para proteger los intereses del público, las cuales, a consideración de los autores, resultan suficientes para asegurar que los clientes de las ITF tomen decisiones informadas y conozcan los riesgos inherentes a la realización operaciones con activos virtuales.

Bajo este orden de ideas, si bien una de las finalidades del Banco de México es salvaguardar los intereses del público, lo cierto es que ello no puede justificar que se restrinja a las ITF de realizar operaciones con activos virtuales con sus clientes, privándoles a éstos últimos de oportunidades de inversión, o de utilizar activos virtuales en la realización de aquellas operaciones financieras que resulten acordes a sus intereses, a través de instituciones reguladas como lo son las ITF o las instituciones financieras.

Esto es, si bien no existe una disposición que expresamente limite al Banco de México en sus facultades de protección a los intereses del público, lo cierto es que ello no significa que sus facultades no se encuentren limitadas bajo el principio de subordinación jerárquica o reserva de ley, así como en atención a la protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y Tratados Internacionales.

Por otra parte, la Circular de manera infundada pretende justificar la restricción argumentando que los activos virtuales conllevan un riesgo importante en materia de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita y financiamiento al terrorismo, debido a la facilidad para transferir los activos virtuales a distintos países, así como la ausencia de controles y medidas de prevención homogéneos a nivel global.[46]

[46] *Idem*.

Sin embargo, contrario a lo señalado por el Banco de México, la tecnología "Blockchain" tiene la capacidad de registrar y dar seguimiento al historial de las transacciones que se llevan a cabo a través de activos virtuales, lo que permitiría a las autoridades financieras rastrear las operaciones que se realicen con dichos activos y, en consecuencia, combatir de manera eficiente el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo que pudiera realizarse, a diferencia de lo que sucede con el efectivo.

Incluso, el Banco de México pierde de vista que en nuestro país existe una regulación sumamente estricta en el sector de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita y financiamiento al terrorismo que, como fue señalado, ya prevé a la realización de operaciones con activos virtuales como una actividad vulnerable consecuencia del riesgo teórico que existe derivado de la posibilidad que permiten los sistemas Blockchain de transferir activos virtuales fuera del sistema financiero.

Dicha regulación permite reducir de manera importante los riesgos en la materia, sin embargo, en caso de no considerarse suficiente, se estima que prohibir las operaciones con activos virtuales podría provocar que las mismas se realicen a través de plataformas no reguladas, nacionales o extranjeras, lo cual en todo caso aumentaría los riesgos existentes en la materia que se desea prevenir.

Por todo lo anterior, es claro que las razones por las cuales el Banco de México justifica la Circular 4/2019 no resultan suficientes para justificar la prohibición de que las ITF realicen operaciones con activos virtuales que no correspondan a operaciones internas.

2. *Violación de la Circular 4/2019 al principio de legalidad y reserva de ley*

Los artículos 14 y 16 de la Constitución federal contemplan el principio de legalidad jurídica, conforme al cual, todo acto de autoridad debe encontrarse fundado y motivado en una norma legal vigente, la cual a su vez debe ajustarse a lo establecido en la Constitución y a las leyes que de ella emanen.[47]

La fundamentación debe entenderse en el sentido de que los actos de autoridad deben encontrarse amparados por una ley que resulte exactamente aplicable al caso, siendo menester que dicha fundamentación sea además clara y precisa, esto es, la fundamentación está constituida por los preceptos jurídicos que permiten a la autoridad apoyar la procedencia de su actuación en razones legales que se encuentran establecidas en un cuerpo normativo.

Por motivación legal se entiende la conducta que vierte la autoridad, en el sentido de especificar por qué causas considera que una determinada disposición normativa que se cita como fundamento legal en un acto de molestia es aplicable al caso concreto, es decir, el razonamiento lógico jurídico mediante el cual la autoridad adecua la norma legal invocada en el acto de molestia, respecto a los hechos y circunstancias por las

[47] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 14 y 16.

que considera que, en el caso concreto, la misma resulta aplicable a la conducta del particular.

Lo anterior ha sido confirmado por el Poder Judicial de la Federación señalando medularmente que es necesario que exista una perfecta adecuación entre los motivos aducidos y la configuración de éstos en las hipótesis normativas correspondientes, a efecto de considerar que un determinado acto de molestia de la autoridad se encuentra debidamente fundado y motivado en términos del artículo 16 de la Constitución federal.[48]

Uno de los principios que derivan de la concepción de legalidad jurídica es el principio de subordinación jerárquica, conforme al cual, una norma jurídica reglamentaria debe ser precedida por una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemente, detalle y, en la que se encuentra su justificación y medida, sin que resulte válido exceder la disposición a reglamentar, ni mucho menos contravenirla.

Al respecto, la doctrina ha señalado que "el proceso de creación de una norma inferior está previsto en una norma superior, puesto que el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en otra norma. Si éstas son creadas de acuerdo con los procesos previstos en el estrato superior del propio ordenamiento, se está ante reglas válidas".[49]

Por su parte, Hans Kelsen señala que el orden jurídico "no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano y ordenadas de modo equivalente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas… El Estrato superior jurídico positivo está representado por la Constitución".[50]

Al respecto, cabe señalar que la Circular 4/2019 del Banco de México se encuentra fundada, entre otras disposiciones, en los artículos 24 y 26 de la Ley del Banco de México, que le otorgan la posibilidad de emitir disposiciones de carácter general, así como en los artículos 16, 30, 32 y 88 de la Ley Fintech.

En términos del principio subordinación jerárquica, en relación con el principio de legalidad jurídica, dicha disposición de carácter general debe ser congruente con lo establecido por la Ley Fintech, pues de lo contrario, el Banco de México se encontraría extralimitando la cláusula habilitante establecida en la misma.

---

[48] "Fundamentación y motivación. El aspecto formal de la garantía y su finalidad se traducen en explicar, justificar, posibilitar la defensa y comunicar la decisión. El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el 'para qué' de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción", Tesis I.4o.A. J/43, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, mayo de 2006, p. 1531.

[49] Álvarez Alcalá, Alil, *Lecciones de derecho fiscal*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2010, p. 33.

[50] *Idem*, Kelsen, Hans, "La teoría pura del Derecho", citado por Álvarez Alcalá, Alil en *Lecciones de derecho fiscal*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2010.

No obstante, la Circular restringe a las ITF el derecho que les otorga la Ley Fintech de llevar a cabo un gran número de operaciones con activos virtuales, a pesar de que éstas se encontraban expresa y previamente permitidas.

Lo anterior, cuando la Ley Fintech expresamente prevé en distintos artículos que las ITF pueden realizar operaciones con activos virtuales que de ninguna manera se limitan a operaciones internas, siendo que dichas operaciones, por su propia naturaleza, requieren la participación de terceros externos a las ITF como son sus clientes.

En efecto, como fue detallado anteriormente, la Ley Fintech expresamente prevé que las ITF pueden realizar operaciones con activos virtuales con sus clientes, para lo cual se tienen que encontrar en posibilidad de entregar al cliente respectivo, cuando lo solicite, la cantidad de activos virtuales de que este sea titular.

Asimismo, se prevé que las ITF reciban cantidades de dinero para la celebración de operaciones de compra de activos virtuales.

Adicionalmente, contempla que las ITF que operen con activos virtuales deberán divulgar a sus clientes los riesgos que existen por celebrar operaciones con dichos activos.

Específicamente, para el caso de instituciones de fondos de pago electrónico se prevé la posibilidad de que éstas abran y lleven cuentas de fondos de pago electrónico por cada cliente, emitidos en contra de la recepción de activos virtuales determinados, encontrándose autorizadas para realizar transferencias de dichos activos mediante los abonos y cargos respectivos, o para entregar a sus clientes la cantidad de activos virtuales equivalente a los fondos de pago electrónico que mantengan, en una cuenta de fondos de pago electrónico.

Incluso, las instituciones de fondos de pago electrónico cuentan con la facultad de poner en contacto a terceros con la finalidad de facilitar la compra, venta o cualquier otra transmisión de activos virtuales, sujeto a lo dispuesto en la Ley Fintech.

De lo anterior, se puede advertir con suma claridad que el legislador contempló expresamente en la Ley Fintech diversas operaciones que las ITF pueden realizar, cuya naturaleza no es la de operaciones internas. Tan es así, que obligó a las ITF a comunicar a sus clientes los diversos riesgos que se actualizan con la realización de operaciones con activos virtuales.

Por ello, si hubiese sido voluntad del legislador prohibir que el público general realizara operaciones con activos virtuales con las ITF, entonces ello hubiera sido establecido expresamente en la Ley Fintech.

No obstante, con la Circular 4/2019, el Banco de México impide que las ITF realicen cualquiera de las operaciones antes señaladas, a pesar de que las mismas se encuentran previstas en la Ley Fintech.

Lo anterior, sin que dicha privación haya sido precedida de un juicio ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplieran las formalidades esenciales del procedimiento de conformidad con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, por lo que la disposición reglamentaria de referencia es ilegal e inconstitucional por ir más allá de lo establecido por la Ley Fintech, restringiendo derechos previstos en la misma y, por ende, por ser violatoria del principio de legalidad.

En efecto, si bien el Banco de México debe promover el sano desarrollo del sistema financiero y cuenta con facultades para regular los servicios financieros y proscribir las reglas que permitan su debido desarrollo, protegiendo los intereses del público, lo cierto es que, de conformidad con el principio de legalidad, estas facultades habilitantes se encuentran limitadas por las leyes que lo autorizan a emitir disposiciones de carácter general, como lo es, en el caso, la Ley Fintech.

En efecto, las finalidades legales y constitucionales previstas para el Banco de México no resultan suficientes para que dicho órgano constitucional autónomo emita normatividad que resulte contraria o exceda los alcances de la norma habilitante pues en todo caso, las inferiores deben someterse a lo que señalan las normas superiores.

Cabe señalar que la cláusula habilitante otorgada al Banco de México por el legislador en la Ley Fintech únicamente consistió en que este órgano constitucional autónomo definiera las características de los activos virtuales que pueden ser utilizados por las ITF en sus operaciones, así como las condiciones y restricciones de las operaciones que se pueden realizar con tales activos, lo que no implica que esas restricciones puedan tener un alcance a tal grado que prohíban la realización de las operaciones previstas por la propia ley.

Por ello, como fue señalado, el Banco de México se encontraba legal y constitucionalmente impedido para modificar, excluir o derogar lo previsto en la Ley Fintech, lo que tiene como consecuencia que la Circular 4/2019 haya sido emitida de manera contraria al principio de legalidad consagrado en el artículo 14 constitucional, pues su contenido contraviene y excede lo establecido en las normas que lo habilitan para emitir disposiciones de carácter general para regular a los activos virtuales.

3. *Violación al derecho fundamental de libertad de trabajo*

El artículo 5º de la Constitución establece el derecho fundamental a la libertad de trabajo, conforme al cual, a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, por lo que el ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.[51]

Al respecto, el maestro Ignacio Burgoa, en su libro *Las garantías individuales* señala que la garantía contenida en el artículo 5º de la Constitución federal es "la facultad que tiene el individuo de elegir la ocupación que más le convenga para conseguir sus fines vitales, es la manera *sine qua non*, para el logro de su felicidad y bienestar".[52]

El maestro Burgoa sostiene que la libertad de trabajo se hace extensiva "a todo gobernado, a todo habitante de la República, independientemente de su condición particular (sexo, nacionalidad, raza, edad, etcétera)".[53]

---

[51] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 5º.

[52] Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, Ciudad de México, Porrúa, 2002, p. 311.

[53] *Ibidem*, p. 313.

Por su parte, el ex ministro Juventino V. Castro en su libro *Garantías constitucionales y amparo* señala que la "Garantía de Libertad de Trabajo es uno de los primeros derechos del hombre, porque corresponde a uno de sus primeros deberes; importa como todos los derechos del hombre, una condición indispensable de su naturaleza; por consiguiente, la ley que impida el trabajo, que lo restrinja, que le imponga condiciones irracionales, viola los derechos de la humanidad".[54]

Sobre el particular, a través de la jurisprudencia P./J. 28/99, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha señalado los límites de la garantía de libertad de comercio consagrada en el citado artículo 5º constitucional, estableciendo que existen tres supuestos en los cuales las autoridades pueden restringir el libre ejercicio del comercio siendo estos: *i*) la licitud en las actividades; *ii*) que dichas actividades no perjudiquen los derechos de terceros; *iii*) que no se afecten los derechos de la sociedad en general.[55]

En esos términos, podemos concluir que la garantía contenida en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a que todo individuo, sin importar su sexo, nacionalidad, raza, edad, etcétera, tiene la libertad para ejercer la profesión, industria, comercio o trabajo, para conseguir sus fines vitales, siendo únicamente restringible esa libertad, cuando no se trate de actividades lícitas, se afecten derechos de terceros o se afecten derechos de una colectividad.

Por otra parte, cabe señalar que en la normatividad internacional también se ha reconocido a la libertad de trabajo como un derecho fundamental.

Tal es el caso del numeral 1, del artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual refiere que toda persona tiene derecho al trabajo, y a la libre elección de éste, en condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo.[56]

Asimismo, el artículo 6º del Protocolo de San Salvador[57] establece que toda persona tiene derecho al trabajo, teniendo la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, a través del desempeño de una actividad lícita, libremente escogida o aceptada.

---

[54] Castro Juventino V., *Garantías constitucionales y amparo*, Ciudad de México, 1986, Porrúa, p. 78.

[55] "Libertad de trabajo. No es absoluta de acuerdo con los principios fundamentales que la rigen (artículo 5o., párrafo primero, de la constitución política de los estados unidos mexicanos). La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5o., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: *a)* que no se trate de una actividad ilícita; *b)* que no se afecten derechos de terceros; y, *c)* que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado", Tesis P./J. 28/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 260.

[56] La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.

[57] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", artículo 6º.

Por último, el artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[58] establece que los Estados partes del referido Protocolo, reconocen el derecho al trabajo, el cual comprende el derecho a toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

De conformidad con lo anterior, podemos advertir que en la normatividad internacional también se reconoce que el derecho fundamental al trabajo es aquel en que los individuos tienen la oportunidad de elegir libremente los medios para llevar una vida digna y decorosa, en condiciones equitativas y satisfactorias, siendo dichos medios de carácter lícito y, además, se obliga a los Estados a que respeten ese derecho fundamental.

Sin embargo, la Circular 4/2019 restringe el derecho fundamental a la libertad de trabajo, en virtud de que prohíbe a las ITF realizar operaciones con activos virtuales, constituyendo dichas operaciones parte de su ocupación profesional lícita y permitida por la Ley Fintech, sin que en el caso concreto se actualicen los supuestos por virtud de los cuales podrá vedarse el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de trabajo.

En efecto, la Ley Fintech autoriza la realización de operaciones con activos virtuales a las ITF, incluso de naturaleza externa a las propias entidades. Sin embargo, atendiendo a la restricción establecida en la Circular 4/2019 las ITF no podrían dedicarse a la compraventa, intermediación, custodia, transacción y o a la realización de cualquier otra operación con activos virtuales con sus clientes, al no tratarse de operaciones internas.

En este sentido, la Circular 4/2019 claramente se encuentra restringiendo actividades lícitas que las ITF pueden realizar conforme a la Ley Fintech para desarrollar el sector y, a la vez, obtener ingresos, coartando su libertad de trabajo.

De igual forma, es importante señalar que las operaciones realizadas por las ITF con sus clientes no afectan derechos de terceros ni de la colectividad, pues cualquier efecto adverso se generará únicamente en perjuicio de los participantes, considerando que quienes intervienen en tales operaciones lo hacen con pleno conocimiento de los riesgos inherentes a las mismas, pues dichas instituciones incluso tienen la obligación de informarles de los riesgos.

Asimismo, la realización de estas operaciones no tiene como consecuencia una afectación a la colectividad o la inestabilidad del sistema financiero. En caso de considerar lo contrario, lo cual no se acepta, la restricción de un derecho fundamental, como lo es la libertad de trabajo, tendría que haber sido ordenada por un juez competente y no por el Banco de México, por lo que la Circular en análisis es claramente violatoria de derechos fundamentales.

4. *Violación al principio de progresividad*

El artículo 1º de la Constitución establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los de-

[58] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6º.

rechos humanos "de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".[59]

El principio de progresividad implica que todas las autoridades del Estado Mexicano están obligadas a incrementar de manera gradual, la promoción, respeto, y protección de los derechos fundamentales, encontrándose impedidos para adoptar medidas que disminuyan el nivel de protección de estos derechos.

Tal y como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la tesis de jurisprudencia 2a./J. 35/2019 (10a.) emitida en relación con este punto, "el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos humanos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual…".[60]

En el presente caso, la Circular restringe de manera injustificada una serie de actividades con activos virtuales que ya se encontraban previamente permitidas de forma expresa por la Ley Fintech, por lo que adopta medidas que, sin justificación constitucional, disminuyen el nivel de protección a derechos fundamentales de las personas e instituciones que se encuentran reguladas por este ordenamiento.

Es decir, de forma regresiva, se les prohíbe llevar a cabo determinadas actividades y operaciones que la Ley Fintech ya les permitía realizar legalmente, tales como la intermediación en la compra de activos virtuales, la facultad de mantener registros de cuentas a nombre de clientes denominadas en activos virtuales, así como la facultad para efectuar la entrega o transferencia de dichos bienes, entre otras.

Tomando en consideración lo anterior, la Circular 4/2019 resulta inconstitucional, pues, además de tratarse de una disposición de carácter general que incumple con la obligación del Estado mexicano de incrementar el grado de tutela en la promoción de derechos fundamentales, la misma, unilateralmente, restringe la realización de operaciones con activos virtuales que ya se encontraban permitidas por la ley.

---

[59] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º.

[60] "Principio de progresividad de los derechos humanos. Su naturaleza y función en el estado mexicano. El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano", Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 980.

5. *Violación al principio de rectoría económica del Estado*

El principio de rectoría económica estatal se encuentra previsto en el artículo 25 de la Constitución,[61] el cual señala que la rectoría económica del Estado conlleva, entre otros conceptos, la responsabilidad de éste para el fomento al crecimiento económico y al empleo; la productividad que impulsará las empresas del sector privado; y, además, el aliento y la protección a la actividad económica que realicen los particulares.

En el ámbito internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José Costa Rica en noviembre de 1969 establece en su artículo 26 el deber que tiene el Estado mexicano, así como los demás Estados Partes de la Convención, de adoptar cualquier medida o providencia necesaria tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional económica y técnica, para lograr la plena efectividad de los derechos que deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.[62]

Con base en las disposiciones anteriormente señaladas, resulta claro que el Banco de México es la entidad a través de la cual el Estado Mexicano debe garantizar el crecimiento y desarrollo económico del país, sobre todo si tomamos en consideración el texto del artículo 28 Constitucional que señala que el objetivo del Banco de México será "procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado".[63]

En este sentido, la Circular 4/2019 resulta violatoria de los artículos 25 y 28 Constitucionales, así como del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la prohibición o restricción de las operaciones con activos virtuales de ninguna manera persigue el objetivo mencionado, sino que restringe injustificadamente un sector económico en perjuicio del desarrollo nacional.

Como fue señalado en el capítulo I, la volatilidad que ha sufrido el valor de los criptoactivos ha causado que los mismos se hayan convertido en instrumentos deseados de inversión para quienes buscan un grado alto de riesgo a cambio de márgenes de ganancia amplios.

De igual forma, los criptoactivos han alcanzado un gran nivel de aceptación como medios de pago por una gama creciente de negocios, sobre todo aquellos dedicados al comercio electrónico y modelos de negocio digitales.

La prohibición de realizar operaciones con criptoactivos por parte de las ITF tendría como consecuencia que mexicanos con capital para invertir en dichos activos acudan a empresas del extranjero, retirando para ello sus recursos de nuestro país y evitando que empresas mexicanas reciban los correspondientes recursos, ya sea de inversionistas mexicanos o de inversionistas en el extranjero.

Como fue señalado con anterioridad, el valor del mercado de los criptoactivos ha tenido un crecimiento acelerado en los últimos años que actualmente asciende a la canti-

[61] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25.
[62] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26.
[63] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 28.

dad de 328 mil millones de dólares, por lo que prohibir a las ITF e instituciones financieras para proporcionar servicios de compraventa, intermediación, custodia, y transacción de los mismos, se le impone a nuestro país una barrera para participar en dicho mercado.

De igual forma, los criptoactivos constituyen un medio a través del cual, mexicanos en el extranjero, envían recursos a nuestro país, derivado a los bajos costos de efectuar transacciones a través de la tecnología Blockchain,[64] por lo que con la Circular 4/2019, que prohíbe a las Instituciones de Fondo de Pago Electrónico efectuar estos servicios, se establecen obstáculospara que las personas puedan utilizar un servicio de transferencias de fondos más eficiente, en perjuicio de sus finanzas personales y las del país.

En efecto, actualmente el 2% de las remesas que llegan a nuestro país de Estados Unidos son realizadas mediante la transferencia de criptomonedas, advirtiendo que la comisión que normalmente paga un usuario por una transferencia bancaria de 304 dólares asciende al 4.3%, mientras que la comisión pagada por un usuario que realiza una transferencia utilizando el activo virtual XRP asciende al 1% (0.5% pagado por el emisor y .05% pagado por el receptor).[65]

Asimismo, la regulación restrictiva en análisis podría tener como consecuencia la configuración, en nuestro país, de un "mercado negro" de operaciones con activos virtuales, mediante la creación y uso de plataformas no reguladas, lo que implicaría un riesgo tanto al sistema financiero como a los usuarios de dichas plataformas, logrando con ello alejarse del objetivo que debe perseguir el Banco de México en términos del artículo 28 constitucional.

En ese sentido, es claro que la sobrerregulación que restringe al sector Fintech, específicamente en el caso de las operaciones con activos virtuales, traerá como consecuencia resultados opuestos al fin que persigue la Ley Fintech y la propia Constitución, pudiendo perjudicar el mercado y desincentivando la inclusión financiera, en contravención al principio de rectoría económica del Estado.

6. *Violación al principio de desarrollo integral*

La Carta de la Organización de los Estados Americanos establece en su capítulo VII, artículos 30 a 52, el derecho a un desarrollo integral, señalando que dicho desarrollo debe abarcar los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales debe obtenerse las metas que cada país define para lograrlo.

Sobre el particular, los artículos 33 y 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establecen que es responsabilidad de cada país la creación de un orden económico y social justo que permita distribuir equitativamente la riqueza y el ingreso, esta-

---

[64] Gutiérrez Fernando, "El bitcoin ya participa en el negocio de las remesas: Bitso", 22 de mayo de 2019, disponible en: *https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/El-bitcoin-ya-participa-en-el-negocio-de-las-remesas-Bitso-20190522-0168.html.*

[65] Franco Fernando, "Criptomonedas, nueva vía de remesas", 19 de noviembre de 2019, disponible en: *https://heraldodemexico.com.mx/mer-k-2/criptomonedas-nueva-via-de-remesas/.*

bleciendo entre otras metas u objetivos básicos para lograr el desarrollo integral, sistemas impositivos adecuados (proporcionales) y equitativos.[66]

Como se desprende de dichas disposiciones, el "derecho a un desarrollo integral" constituye una responsabilidad primordial del Estado Mexicano y de cada Estado Parte de la Convención, cuyo objetivo es la creación de un orden económico y social justo.

En relación con lo anterior, el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, establece la obligación de los Estados a efecto de alcanzar un orden social justo acompañado de desarrollo económico, garantizando que todas las personas sin distinción tengan igualdad de oportunidades y seguridad económica.[67]

Derivado de que la Carta de la Organización de los Estados Americanos no establece una definición de lo que se debe entender por seguridad económica, se podría interpretar como la certeza o protección que debe brindar el Estado en la distribución y administración de manera adecuada, razonable y eficaz los bienes o recursos materiales que integran la riqueza dé una colectividad o individuo.

En este sentido, el derecho fundamental al "desarrollo integral" se logra siempre que el Estado mexicano, o cualquier Estado Parte logre los objetivos básicos de dicho derecho, como lo son el garantizar la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, y establecer sistemas impositivos adecuados y equitativos que aseguren a las personas un ambiente de igualdad de oportunidades y seguridad económica.

Tomando en consideración lo anterior, tenemos que la Circular 4/2014 viola el derecho fundamental a un desarrollo integral regulado en los artículos 33, 34 y 45 de la Carta de Organización de los Estados Americanos, en relación con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que sus efectos generan consecuencias económicas y sociales contrarios a los buscados a nivel constitucional y legal, que no permite el desarrollo integral de la industria de tecnología financiera.

Lo anterior, pues resulta claro que la Ley Fintech no busca prohibir las operaciones con activos virtuales efectuadas por las ITF, sino por el contrario, desarrollar la industria de tecnología financiera a través de regulación que promueva la realización segura de dichas operaciones y la promoción del sector.

Como se señaló previamente, la tecnología Blockchain y los criptoactivos son herramientas importantes para la innovación y el desarrollo de nuevos modelos de negocio. Si bien la implementación de todo cambio implica un riesgo, es claro que la solución para prevenir o mitigar dicho riesgo debe ser de tal forma que no se restrinja la innovación y el desarrollo, y nunca mediante la imposición de prohibiciones arbitrarias, sobre todo si se trata de actividades lícitas como el caso en estudio.

Dicho lo anterior, la Circular 4/2019 resulta violatoria del principio de desarrollo integral, pues impide el desarrollo de la industria tecnológica financiera y constituye un obstáculo serio para la invocación y el desarrollo tecnológico de nuestro país.

---

[66] Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículos 33 y 34.

[67] Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 45.

VII. Propuesta

Tomando en consideración que las razones expuestas por la Circular 4/2019 son injustificadas e insuficientes, así como que la misma contraviene el principio de subordinación jerárquica y diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución y Tratados Internacionales, estimamos que el Banco de México debería dejar sin efectos dicha Circular y emitir una nueva en la que regule debidamente el uso de activos virtuales para las ITF, sin prohibir de manera absoluta las operaciones externas con los mismos.

VIII. Conclusiones

La emisión de legislación dirigida específicamente a regular el sector de la tecnología financiera constituye un gran acierto del gobierno mexicano, pues proporciona certeza jurídica en un sector de la industria sumamente dinámico e innovador.

Las operaciones con criptoactivos, tal y como ocurre con cualquier tipo de activos financieros o con cualquier divisa, siempre conllevarán un riesgo inherente a su naturaleza para los participantes.

Sin embargo, el Estado puede establecer medidas para proteger a los usuarios de aquellas consecuencias desmedidas que deriven de la operación de dichos activos, lo cual, a consideración de los autores, se cumple en el presente caso con las distintas obligaciones establecidas en la Ley Fintech para las ITF, las cuales aseguran que los miembros del público general tengan certeza de las posibles implicaciones de las operaciones realizadas con criptoactivos.

Consideramos que la finalidad de proteger a los intereses del público y preservar la estabilidad del sistema financiero no puede llevar a un órgano constitucional autónomo a prohibir a las ITF e instituciones financieras para operar con activos virtuales, pues éstas son operaciones legítimas que además se encuentran permitidas en la propia Ley Fintech, por lo que esta situación conllevaría una violación a diversos derechos fundamentales.

Por ello, se considera que la sobrerregulación emitida recientemente en materia de criptoactivos o "activos virtuales", materializada en la Circular 4/2019 del Banco de México, evidencia un profundo desconocimiento por parte de dicha entidad de la tecnología que respalda a este tipo de activos, así como de sus posibles usos, e implica un exceso en el ejercicio de sus facultades que contraviene no solo a la Ley Fintech, sino múltiples derechos fundamentales previstos en la Constitución federal y diversos Tratados Internacionales celebrados por nuestro país.

Derivado de lo anterior, se estima que el Banco de México debería dejar sin efectos las restricciones establecidas en la Circular 4/2019 para que las ITF y entidades financieras puedan realizar operaciones externas con activos virtuales, con lo cual se respetarían lo establecido en la Ley Fintech, así como los derechos fundamentales de dichas entidades.

IX. Bibliografía

Álvarez Alcalá, Alil, *Lecciones de derecho fiscal*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2010.

Banxico, "Sobre los activos virtuales, los riesgos relevantes y el posicionamiento del Banco de México", 2019, disponible en: *https://www.banxico.org.mx/sistemas-de-pago/sobre-activos-virtuales-rie.html.*

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, Ciudad de México, Porrúa, Trigésima Quinta Edición, 2002.

Castro Juventino, V., *Garantías constitucionales y amparo*, Ciudad de México, Porrúa, 1986.

Chonan, Usman W., "Bitcoin: Cryptocurrencies: A Brief Thematic Review", *SSRN*, 2017, disponible en: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024330.*

CoinMarketCap, "Historical", 2019, disponible en: *https://coinmarketcap.com/es/historical/.*

Condusef, ¿Qué son las fintech", *Revista Proteja su dinero*, 2017, disponible en: *https://www.condusef.gob.mx/Revista/PDF-s/2017/203/buro.pdf?*

Fintech México, "¿Qué es Fintech?", disponible en: *https://www.fintechmexico.org/ques-fintech*, 2019.

Franco, Fernando, "Criptomonedas, nueva vía de remesas", 19 de noviembre de 2019, disponible en: *https://heraldodemexico.com.mx/mer-k-2/criptomonedas-nueva-via-de-remesas/.*

Gutiérrez, Fernando, "El bitcoin ya participa en el negocio de las remesas: Bitso", *El Economista*, Ciudad de México, 2019, disponible en: *https://www.eleconomista.com.mx/sectorfinanciero/El-bitcoin-ya-participa-en-el-negocio-de-las-remesas-Bitso-20190522-0168.html.*

Hileman, Garrick & Rauchs, Michel, "Global Cryptocurrency Benchmarking Study", University of Cambridge Judge Business School, Cambridge, 2017.

History of Bit coin org., "History of Bitcoin", 2019, disponible en: *http://historyofbitcoin.org/.*

Laurcence, Tiana, "Blockchain for dummies", New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2017.

Nakamoto, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", marzo de 2009, disponible en: *https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.*

LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN MÉXICO: UNA NUEVA MIRADA A TRAVÉS DEL MARCO RIR (RECONOCIMIENTO, INSTITUCIONALIZACIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS / RESPONSABILIDAD)

*ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS IN MEXICO: A NEW GAZE THROUGH THE RIA FRAMEWORK (RECOGNITION, INSTITUTIONALIZATION AND ACCOUNTABILITY)**

Alejandro Sánchez González*

Resumen

Vivimos en un mundo de creciente inequidad. El sistema económico neoliberal ha aumentado la brecha entre ricos y pobres, concentrando la riqueza en unas cuantas manos. Esto pone en riesgo la vida de millones de personas y amenaza la subsistencia del propio sistema neoliberal. Para revertir esta inercia, resulta esencial la promoción de los dere-

* El autor Philip Alston lo denominó así en inglés (RIA). RIR es una traducción propia. Al no encontrar una palabra con la doble significación implícita en *accountability*, se optó por la expresión compuesta rendición de cuentas/responsabilidad.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Maestro en Derecho por la Universidad de Melbourne, Australia. Estudiante del Doctorado en Derecho en la Universidad de Monterrey. Abogado penalista. Profesor de Derecho procesal penal en la Universidad Iberoamericana.

Fecha de recepción: 31 de julio de 2019.
Fecha de aceptación: 13 de diciembre de 2019.

chos económicos y sociales (DES). No obstante, los DES han sido tratados como derechos de segunda clase, como normas programáticas sin contenido legal. Por ello, mientras no sean tratados como cualquier otro derecho humano, la efectividad de las estrategias para su implementación será muy limitada. Siguiendo esta idea, en 2016 Philip Alston, relator especial de las Naciones Unidas sobre la pobreza extrema y los derechos humanos, desarrolló el marco RIR (Reconocimiento, Institucionalización y Rendición de cuentas/ Responsabilidad) como una herramienta que permite identificar los componentes necesarios para la exitosa implementación de los DES.

Así, este artículo propone una nueva mirada a la situación de estos derechos en México, y a la vez explora los alcances del marco RIR, como modelo de análisis que no ha sido suficientemente discutido en nuestro país, el cual recorre integralmente el reconocimiento legal de los DES, su grado de institucionalización y los mecanismos de rendición de cuentas que se tienen para que los titulares de deberes tomen responsabilidad de sus actos. De esta manera, se llega a la conclusión de que el régimen legal e institucional de México cumple con suficiencia los estándares del marco RIR, por lo que la falta de progreso en este ámbito no está determinada por una falla estructural. Sin embargo, a nivel operativo, esto es, en el desempeño de las agencias estatales, problemas crónicos como la impunidad, la corrupción y la falta de voluntad política, obstaculizan la realización de los DES

Palabras clave: derechos económicos y sociales en México, derechos humanos, inequidad.

Abstract

We live in a world of increasing inequality. The neoliberal economic system has widened the gap between the rich and the poor, concentrating wealth in just a few hands. This puts the lives of millions of people at risk and threatens the subsistence of the neoliberal system itself. To reverse this inertia, the promotion of economic and social rights (ESR) is essential. However, ESR have been treated as second-class human rights, or as programmatic norms deprived of legal content. Therefore, if ESR are not treated like any other human right, the effectiveness of the strategies to implement them will be very limited. Following this idea, Philip Alston, United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, developed in 2016 the RIA framework (Recognition, Institutionalization and Accountability) as a tool to identify the components for the successful implementation of ESR. Thus, this article proposes a new perspective on the situation of ESR in Mexico, and explores the scope of the RIA framework, as an analytical model that has not been sufficiently discussed in the country, which integrally traverses the legal recognition of ESR, their level of institutionalization and the accountability mechanisms that exist so the duty bearers take responsibility for their actions. We will conclude that Mexico's legal and institutional regime sufficiently complies with the RIA framework standards, so the lack of progress in this field is not determined by a structural failure. However, at the

operational level, that is, in the performance of state agencies, chronic problems such as impunity, corruption and lack of political will, hinder the realization of ESR..

Keywords: *economic and social rights in Mexico, human rights, inequality.*

I. Introducción

Vivimos en un mundo de creciente inequidad. El sistema económico neoliberal ha aumentado exponencialmente la brecha entre ricos y pobres, concentrando la riqueza global en unas cuantas manos.[1] Este modelo se basó en la idea de que una marea creciente elevaría a todos los botes, que el crecimiento económico beneficiaría a todos los sectores de la sociedad.[2] No obstante, como afirma Joseph Stiglitz, "la marea creciente ha levantado solo a los grandes yates, mientras las embarcaciones pequeñas han sido estrelladas contra las rocas".[3]

En el año de 2018, al tiempo que las diez personas más acaudaladas del mundo incrementaron su riqueza en una cantidad suficiente para acabar siete veces con la pobreza extrema,[4] casi la mitad de la población global está viviendo sin el adecuado acceso a la alimentación, al agua, a la vivienda, a la educación, a los servicios médicos y al trabajo.[5] En el caso de México, de sus 120 millones de habitantes,[6] 53 millones viven en pobreza y 10 millones más, en pobreza extrema.[7] Mientras tanto, diversos empresarios mexicanos aparecen en los primeros lugares de la lista de Forbes.[8]

La extrema inequidad no sólo pone en riesgo la vida de millones de personas, sino que también amenaza la subsistencia del propio sistema neoliberal, al debilitar la demanda agregada de productos y servicios.[9] En consecuencia, para revertir esta inercia, resulta esencial la promoción de los derechos económicos y sociales (DES),[10] pues éstos tienen como objetivo asegurar una vida digna para todos los miembros de la familia humana.[11]

---

1 Moyn, Samuel, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2018, p. 2.

2 Stiglitz, Joseph, "Standard Economics is Wrong. Inequality and Unearned Income Kills the Economy", *Evonomics*, 9 de septiembre de 2016, disponible en: *http://evonomics.com/joseph-stiglitz-inequality-unearned-income/*.

3 *Idem.*

4 Oxfam, "Reward work, not wealth", enero de 2018, disponible en: *https://whatshemakes.oxfam.org.au/wp-content/uploads/2018/02/bp-reward-work-not-wealth-220118-en_EMBARGO-2.pdf*.

5 MacNaughton, Gillian y Frey, Diane, *Economic and social rights in a neoliberal world*, Nueva York, Cambridge University Press, 2018, 1.

6 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, "Población", 2019, disponible en: *http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/*.

7 Consejo Nacional de Evaluación de la Política Social, "Medición de la pobreza", 2017, disponible en: *https://www.coneval.org.mx/ Medicion/Pobreza.aspx*.

8 Forbes, "The World's billionaires", 2019, disponible en: *https://www.forbes.com/billionaires/list*.

9 Stiglitz, Joseph, *op. cit.*

10 Alston, Philip, *Informe del Relator Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, 32 periodo de sesiones, tema 3 de la agenda, documento de la ONU A/HRC/32/31, 28 de abril de 2016, p. 1.

11 Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, preámbulo.

Esta tarea no ha sido simple. Desde la adopción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) los DES han sido tratados como derechos humanos de segunda clase, por detrás de los derechos civiles y políticos, o como normas programáticas privadas de contenido legal.[12] A pesar de los esfuerzos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para especificar la naturaleza de las obligaciones que se derivan del tratado,[13] la mayoría de los Estados todavía los consideran como objetivos de desarrollo y no como derechos en sí mismos.[14] En este sentido, mientras los DES no sean tratados como cualquier otro derecho fundamental, la efectividad de las estrategias para mejorar la situación de las personas será muy limitada.[15]

Esta idea fue expuesta por Philip Alston, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la pobreza extrema y los derechos humanos, en un informe que rindió en 2016 al Consejo de Derechos Humanos, en el que desarrolló el marco de Reconocimiento, Institucionalización y Rendición de cuentas/Responsabilidad (marco RIR), como una herramienta que permite identificar los componentes necesarios para la exitosa implementación de los DES.[16] Si bien Philip Alston reconoce que el marco RIR no constituye una solución infalible a todos los problemas, y que por tanto no debe desplazar otras iniciativas para promover los DES,[17] sus parámetros resultan centrales para determinar si un país los está tomando en serio y si existen las condiciones adecuadas para reforzar su implementación.[18]

A través de una metodología jurídico social, este artículo ofrece una nueva mirada a la situación de los DES en México, a través de la lente del marco RIR, la cual recorre de manera integral su reconocimiento legal, su grado de institucionalización y los mecanismos de rendición de cuentas que se tienen para que los titulares de deberes tomen responsabilidad de sus acciones u omisiones. Asimismo, y a diferencia de otros diagnósticos que existen en la materia, este texto explora los alcances del marco RIR, como herramienta analítica que no ha sido suficientemente discutida por la academia mexicana.

En el capítulo II, estudiaremos el marco RIR y justificaremos su relevancia y utilidad como modelo de análisis. En el capítulo III, examinaremos cada uno de los pilares del marco RIR en correlación con la situación actual de los DES en el país. Así, estudiaremos su reconocimiento legal en tratados internacionales, en la Constitución federal y en la legislación secundaria. Después, evaluaremos su grado de institucionalización a través de los órganos de gobierno, y finalmente, abordaremos los mecanismos de rendición de cuentas, internacionales y nacionales, que tienen impacto en la satisfacción de los DES. De esta manera, llegaremos a la conclusión de que el régimen legal e institucio-

---

[12] Uprimny Yepes, Rodrigo, "La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada", en Cervantes Alcayde, Magdalena (comp.), ¿Hay justicia para los *DESC?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 68.

[13] *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general número 3: la índole de las obligaciones de los estados partes*, 5 periodo de sesiones, 1 de enero de 1991.

[14] Alston, Philip, *Informe del Relator Especial…*, *cit*., p. 2.

[15] *Ibidem*, p. 6.

[16] *Ibidem*, p. 9.

[17] *Ibidem*, p. 7.

[18] *Ibidem*, p. 12.

nal de México cumple con suficiencia los estándares del marco RIR, por lo que la falta de progreso en este ámbito no está determinada por una falla estructural. Sin embargo, a nivel operativo, esto es, en el desempeño de las agencias estatales, problemas crónicos como la impunidad y la corrupción, así como la falta de voluntad política, obstaculizan la realización de los DES.

II. El marco RIR

1. *Contexto*

El sistema de los derechos humanos no sólo se preocupa por las libertades fundamentales de los individuos, sino también por las condiciones necesarias para alcanzar la justicia social. Por ello, la satisfacción de los DES es indispensable para contrarrestar la pobreza e inequidad extremas. No obstante, muchos países desdeñan los DES al evitar su reconocimiento legal, al no desarrollar instituciones adecuadas para su implementación y al no responsabilizar a nadie cuando éstos son descuidados o violados.[19]

Así, algunos Estados reconocen los DES con el fin de incrementar su legitimidad política, pero sin la voluntad de cubrir los costos necesarios para cumplir con sus obligaciones. Por ejemplo, de los cerca de 200 Estados miembros de la ONU, 170 son parte del PIDESC, pero sólo 24 (México no incluido) han ratificado su protocolo facultativo, el cual contempla un mecanismo de quejas ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la trasgresión de los DES.[20]

La displicencia hacia los DES también puede verse a nivel doméstico, pues incluso cuando los países los reconocen en sus constituciones, posteriormente no expiden la legislación secundaria para su implementación, o bien, cuando ésta existe, las instituciones y Cortes de justicia se rehúsan a actuar sobre estos derechos.

Esta situación es incompatible con los principios básicos de los de los derechos humanos, de conformidad con los cuales éstos son indivisibles e interdependientes, por lo que deben ser tratados de igual manera y con el mismo énfasis.[21] En consecuencia, para resaltar la importancia de los DES, Philip Alston propuso el marco RIR como una plataforma desde la cual nuevos esfuerzos para su promoción pueden partir.[22] Analicémoslo a continuación.

---

[19] Alston, Philip, "Phantom Rights: The Systemic Marginalization of Economic and Social Rights", *Open Global Rights*, 4 de agosto de 2016, disponible en: *https://www.openglobalrights.org/phantom-rights-systemic-marginalization-of-economic-and-social-rights/*.

[20] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Tabla de ratificaciones", junio de 2019, disponible en: *http://indicators.ohchr.org/*.

[21] Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 25 de junio de 1993, parte I, punto 5.

[22] Alston, Philip, *Informe del Relator Especial…*, *cit*., p. 1.

2. *El marco RIR*

Philip Alston desarrolló el marco RIR después de identificar, entre diferentes enfoques nacionales e internacionales, los elementos clave para la adecuada implementación de los DES. El marco está construido sobre tres pilares, cada uno representado por su letra inicial: Reconocimiento, Institucionalización y Rendición de cuentas/Responsabilidad.[23]

La primera columna consiste en el reconocimiento legal de los derechos. Desde la adopción del PIDESC, los DES han sido incorporados en las Constituciones de la mayoría de los países democráticos.[24] No obstante, el contenido y alcance de este reconocimiento varía de un lugar a otro. No todos los DES están presentes en todas las constituciones, ni todos los Estados los consideran justiciables.[25] En este sentido, señala Alston, el reconocimiento debe hacerse no sólo en las constituciones, sino también en legislación secundaria que confiera a las personas derechos ejecutables.[26]

El segundo pilar del marco parte de la idea de que el simple reconocimiento de los derechos es insuficiente para mejorar las circunstancias de las personas. Para ello, es necesario construir instituciones que faciliten la realización de los derechos.[27] Si esto no es llevado a cabo, es muy probable que el reconocimiento de los derechos no produzca ningún efecto práctico. Por ello, la institucionalización de los DES debe realizarse a través de agencias especializadas o instituciones nacionales de derechos humanos.[28]

Finalmente, la tercera columna requiere de la existencia de mecanismos de monitoreo y rendición de cuentas en la implementación de la política social, la imposición de responsabilidades a quienes descuidan o violan derechos humanos, así como la provisión de remedios adecuados en favor de las víctimas.[29] Este pilar opera tanto a nivel internacional como local y, en el plano doméstico, debe involucrar a las tres ramas de gobierno.[30] Asimismo, en esta columna entra en juego la justiciabilidad de los derechos, así como la participación y movilización de la sociedad civil para exigir su cumplimiento.[31]

3. *Utilidad del marco RIR*

Una vez que hemos estudiado los componentes del marco RIR, y antes de contrastarlos con la situación actual de nuestro país, es necesario justificar por qué este análisis vale la pena.

---

[23] *Ibidem*, p. 9.

[24] Jung, Courtney *et. al.,* "Economic and Social Rights in National Constitutions", *American Journal of Comparative Law*, Nueva York, núm. 62, 2014, p. 1044.

[25] *Idem*.

[26] Alston, Philip, *Informe del Relator Especial…*, *cit*., p. 1.

[27] *Ibidem*, p. 11.

[28] *Idem*.

[29] *Idem*.

[30] *Ibidem*, p. 14.

[31] *Idem*.

Es cierto que, como Philip Alston señala, el marco RIR no es una bala de plata capaz de solucionar cualquier problema. No obstante, los parámetros comprendidos por esta estructura son esenciales para identificar los elementos indispensables para el fortalecimiento de los DES, sin los cuales cualquier esfuerzo estaría condenado al fracaso. Por lo tanto, al analizar la situación de un determinado país a la luz del marco RIR es posible determinar, primero, si existen los cimientos necesarios para la promoción de los DES y, segundo, cuáles son las circunstancias que obstruyen o facilitan la realización de los mismos.

Por lo tanto, como abordaremos en el siguiente capítulo, a través de este análisis será posible obtener un diagnóstico integral de la situación de los DES en México, a partir del cual se pueden desarrollar y priorizar nuevas medidas para su efectiva implementación.

III. Análisis de los DES en México

Dada la estructura del marco RIR, en este segmento dividiremos el análisis en sus tres pilares.

1. *Reconocimiento*

El reconocimiento de los derechos humanos debe realizarse en tres distintos niveles: tratados internacionales, constituciones y legislación secundaria. Analicemos cada uno de ellos por separado.

A. Tratados internacionales

En la arena internacional, México está sujeto tanto al sistema universal como al sistema interamericano de derechos humanos. Dentro del sistema universal México ha firmado y ratificado los principales pactos y convenciones.[32] En relación específica con los DES, México se adhirió al PIDESC, aunque aún no ha ratificado su protocolo facultativo.[33]

A nivel regional, México se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1981. Si bien este tratado no contiene un catálogo específico de DES, su reconocimiento se desprende de la remisión que su artículo 26 hace a la Carta de la OEA.[34] Asimismo, México también ratificó el Protocolo Adicional a la Convención Americana

[32] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Estado de Ratificación", junio de 2019, disponible en: *https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=112&Lang=SP*.

[33] *Idem*.

[34] *Cfr.* Courtis, Christian, "La protección de los DESC a través del artículo 26 de la CADH", noviembre de 2005, disponible en: *http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_proteccion_de_derechos.pdf*.

sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, el cual prevé una lista integral de DES así como un mecanismo de monitoreo.[35]

B. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Nuestra constitución de 1917 fue la primera en el mundo en reconocer los DES.[36] Este documento, producto de la revolución, reemplazó a la constitución de 1857, cuyos principios liberales, en cierta medida, causaron las asimetrías sociales que detonaron el conflicto armado.[37] A partir de su promulgación, nuestra constitución paulatinamente ha reconocido diferentes DES, desde los derechos a la educación, al trabajo y a la seguridad social, hasta el derecho al agua y al saneamiento. Además, este reconocimiento ha sido reforzado por los principios incorporados en su artículo primero, a partir de la reforma de 2011, respecto de los cuales existe una nutrida bibliografía.[38]

C. Legislación secundaria

En adición a los derechos reconocidos por los tratados internacionales y la constitución, México cuenta con una copiosa legislación secundaria, en la cual se detallan las obligaciones específicas que el estado tiene en relación con cada DES, por ejemplo: la Ley Federal del Trabajo, la Ley General de Salud, la Ley de Vivienda, la Ley General de Educación, entre muchas otras.

D. Evaluación del pilar de reconocimiento

Como se ha demostrado en este apartado, en México, el pilar del reconocimiento está bien sustentado en tratados internacionales (universales y regionales), en una constitución que reconoce DES, establece su indivisibilidad y aplicabilidad directa, así como en legislación secundaria que, en su mayoría, confiere a las personas derechos ejecutables. Por lo tanto, los estándares requeridos por esta columna se encuentran satisfechos casi en su totalidad. Sin embargo, esta es solamente la primera parte de la estructura, así que continuemos con el análisis del segundo pilar del marco RIR.

---

[35] *Idem*.

[36] Carbonell, Miguel, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Editorial Flores, 2014, p. 16.

[37] Sánchez Vázquez, Rafael, "La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (Caso México)" *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 27, 2012, p. 309.

[38] Por ejemplo, Carbonell, Miguel, *Las obligaciones del estado en el artículo 1° de la Constitución mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

2. *Institucionalización*

Con el fin de mejorar la situación de las personas, el reconocimiento legal de los derechos debe complementarse con un adecuado apoyo institucional, el cual puede brindarse a través de agencias gubernamentales o instituciones nacionales de derechos humanos.[39] Revisemos estas dos alternativas.

A. Institucionalización de los DES a través de agencias gubernamentales

México es un país con una robusta burocracia; sin embargo, el tamaño de las agencias gubernamentales no está directamente relacionado con su eficacia.[40] En relación con los DES, existen numerosas instituciones, quizá demasiadas, tanto a nivel federal como local. Por lo tanto, para los fines de este artículo sería impráctico analizar cada una de ellas. Por ende, de manera ilustrativa, nos referiremos al derecho a la vivienda, para tener una idea general sobre la forma en que los DES son institucionalizados en México.

El derecho a la vivienda fue reconocido constitucionalmente en 1983.[41] En 2006, se expidió la Ley de Vivienda y, en ese mismo año, se creó la Comisión Nacional de Vivienda, organismo encargado del desarrollo e implementación de la política federal en este ámbito.[42] De igual manera, cada una de las entidades federativas cuenta con un organismo de vivienda, los cuales, en conjunto, conforman el Consejo Nacional de Organismos Estatales de Vivienda.[43] Tanto la Comisión Nacional de Vivienda como el Consejo Nacional de Organismos Estatales de Vivienda trabajan en conexión con la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano, dependiente del ejecutivo federal. De manera paralela, existen también diversas agencias gubernamentales que proveen financiamiento para la vivienda como el INFONAVIT, el FOVISSSTE, entre otros.

Como se puede analizar, en la cima del andamiaje se encuentra un órgano político que organiza y supervisa la operación de los órganos técnicos. Es positivo que estos últimos tengan relativa autonomía para el desarrollo e implementación de la política de vivienda. Sin embargo, resulta preocupante que la actividad estatal en este campo se haya reducido a la formulación de políticas y al otorgamiento de créditos, cuando anteriormente también involucraba la construcción de vivienda, lo cual ahora depende exclusivamente de la iniciativa privada.[44] Como consecuencia de ello, las empresas están construyendo casas bajo una lógica estrictamente comercial, enfocada en maximizar la

---

[39] Alston, Philip, *Informe del Relator Especial*..., *cit*., p. 10.

[40] Márquez, Ricardo, "La burocracia a discusión. Del tamaño y la eficiencia a la democracia", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales,* Ciudad de México, núm. 39, 1994, p. 114.

[41] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4º, séptimo párrafo.

[42] Ley de Vivienda, artículo 19.

[43] Consejo Nacional de Organismos Estatales de Vivienda, "CONOREVI", junio de 2019, disponible en: *http://www.conorevi.org.mx/quienessomos.html*.

[44] Leal, Jorge, y López, Raúl, *Estructura institucional de la política de vivienda de interés social en México*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013, p. 13.

utilidad en demérito de la calidad, mientras el papel de las instituciones públicas está desapareciendo gradualmente.[45]

Claramente, las particularidades de la institucionalización del derecho a la vivienda no son idénticas para el resto de los DES. No obstante, de su análisis se pueden identificar inercias generales hacia la creación de órganos técnicos, enfocados por sector, lo cual nos parece acertado. Sin embargo, también se advierte una tendencia hacia minimizar la actividad del estado en la política social, la cual pone en riesgo la satisfacción de los DES. En nuestra opinión, si bien es positivo alentar la iniciativa privada en la medida de lo posible, los estados deben permanecer sustancialmente involucrados en los campos donde más se les necesita, ya que su legitimidad depende de la paz y bienestar que puedan brindar a las personas. En consecuencia, no deben ignorar o descuidar sus obligaciones en materia de derechos humanos, con independencia del sistema político o económico que hayan adoptado.

Por otro lado, se debe hacer referencia al severo problema de corrupción que aqueja a la mayoría de las agencias gubernamentales. Según Transparencia Internacional, México ocupa el vergonzoso lugar 138, de 180 países, en el Índice de Percepción de la Corrupción 2018, con una puntuación de 28 puntos en una escala de 100, es decir, un punto menos que el año anterior.[46] Asimismo, en el Barómetro Global de la Corrupción, elaborado por esta misma organización, México es considerado el país más corrupto de América Latina.[47] Por lo tanto, aunque el diseño institucional con el que se cuenta es adecuado, resulta imposible avanzar en la agenda de los DES si los fondos públicos siguen cayendo en los bolsillos de funcionarios corruptos, en lugar de ser invertidos en servicios públicos.

B. Institucionalización de los DES a través de Organismos Nacionales de Derechos Humanos

Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) son organismos independientes, constitucionalmente reconocidos, con la responsabilidad de proteger y promover los derechos humanos.[48] La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos trabaja con las INDH y las apoya para cumplir con su mandato.[49] En el contexto mexicano, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) está reconocida como una de las 122 INDH que conforman la Alianza Global de INDH, al cumplir con los Principios de París, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1994.[50]

---

45 *Idem*.

46 Transparencia Internacional, "Índice de percepción de la corrupción 2018: México", junio 2019, *https://www. transparency.org/country/MEX.*

47 *Idem*.

48 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Instituciones nacionales de derechos humanos", junio de 2019, *https://www.ohchr.org/en/countries/nhri/pages/nhrimain.aspx*.

49 *Idem*.

50 Organización de las Naciones Unidas, *Instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos*,

Durante sus primeros años, las recomendaciones de la CNDH se enfocaron a violaciones de derechos civiles y políticos.[51] No obstante, a partir de 1996 la CNDH empezó a involucrarse con los DES.[52] A la fecha, este organismo ha emitido recomendaciones relacionadas con políticas fiscales socialmente injustas, con violaciones a derechos laborales y de seguridad social, así como con programas inadecuados de vivienda, educación y salud.[53] Sin embargo, en opinión de Amnistía Internacional México, la labor de la CNDH sigue siendo burocrática y tímida, ya que a menudo no completa sus investigaciones ni asegura el cumplimiento de sus recomendaciones.[54]

De acuerdo con su programa anual de actividades, la CNDH se ha enfocado en la atención a víctimas, en la realización de visitas de supervisión a centros de reclusión, en la investigación de violaciones a derechos humanos y en la emisión de recomendaciones.[55] En este sentido, la pregunta aquí es: ¿por qué estamos analizando la función de la CNDH en el pilar de la institucionalización y no en el de la rendición de cuentas/responsabilidad? La respuesta se encuentra en los Principios de París, ya que, de conformidad con ellos, también se espera que las INDH cooperen con las agencias gubernamentales en la promoción y protección de los derechos humanos.[56] Sin embargo, esta función no ha sido completamente desarrollada por la CNDH, pues no aparece de manera consistente en sus reportes.

En este sentido, es muy positivo que exista en México una institución como la CNDH, así como que en su labor se estén considerando a los DES cada vez más. Sin embargo, sigue pendiente reforzar los mecanismos para hacer cumplir sus recomendaciones, así como explorar con más ahínco la cooperación institucional que puede entablar con las agencias gubernamentales.

Una vez que se ha analizado el pilar de la institucionalización en sus dos ramas, pasemos ahora al estudio de la última columna del marco RIR.

3. *Rendición de cuentas y responsabilidad*

Las obligaciones de derechos humanos pierden su significado si no existe respuesta a su incumplimiento. Por ello, después de las etapas de reconocimiento e institucionalización, es necesario desarrollar mecanismos de rendición de cuentas, a fin de que los titulares de deberes tomen responsabilidad de sus acciones u omisiones, las expliquen, justifiquen, y sean sancionados en caso de que hayan incurrido en una violación.[57]

Asamblea General, resolución 48/134, 48 periodo de sesiones, tema 114 de la agenda, 4 de marzo de 1994, anexo 1.

[51] García Ramírez, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 9, 2003, p. 140.

[52] *Idem*.

[53] *Idem*.

[54] Amnistía Internacional México, "México, aumento de violaciones a derechos humanos", 1 de marzo de 2013, disponible en: *http://amnistia.org.mx/nuevo/wp-content/uploads/2014/07/Mexico_Aumento_Violaciones.pdf*.

[55] Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Reporte anual de actividades", 2018, disponible en: *http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf*.

[56] Organización de las Naciones Unidas, *Instituciones nacionales para la promoción…, cit.,* anexo I, párrafo 4.

[57] Organización de las Naciones Unidas y Centro para los Derechos Económicos y Sociales, "Who will be accountable? Hu-

Los mecanismos de rendición de cuentas juegan un papel tanto preventivo como correctivo, toda vez que, a través de ellos, no sólo es posible evaluar los esfuerzos de los estados y proporcionar orientación para su mejora, sino también atender quejas, sancionar abusos y proveer remedios efectivos para las víctimas.[58]

Como se refiere anteriormente, este pilar opera tanto a nivel nacional como internacional. Por lo tanto, dividiremos su análisis en estas dos arenas.

A. Mecanismos internacionales de rendición de cuentas

Dentro del sistema universal de derechos humanos, la rendición de cuentas por parte de México en relación con los DES se realiza a través del Examen Periódico Universal, conducido por el Consejo de Derechos Humanos, y por el mecanismo de monitoreo a cargo del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En relación con el primer procedimiento, el informe nacional del tercer ciclo por parte de México contuvo una sección específica en relación con los DES, la cual comprendió cuatro de las veintidós páginas del documento.[59] De igual forma, en el informe del grupo de trabajo sobre el examen periódico universal, de doscientas sesenta y cuatro recomendaciones, sólo alrededor de cincuenta están directamente relacionadas con los DES.[60] Por lo que hace al segundo mecanismo, en las observaciones finales sobre el quinto y sexto informe por parte de México, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales recibió con beneplácito la implementación de medidas para satisfacer el derecho a la alimentación, pero expresó su preocupación por la creciente tasa de desempleo y de economía informal, entre otras cuestiones.[61]

Ahora bien, dentro del sistema interamericano de derechos humanos, México se encuentra sujeto a diversos mecanismos de rendición de cuentas, conducidos por diferentes organismos supranacionales, como veremos a continuación.

En primer lugar, se encuentra la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, facultada para monitorear el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, realizar visitas a los estados miembros, publicar informes, atender quejas individuales o colectivas, promover amigables composiciones, emitir recomendaciones y remitir casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[62] En el comunicado de prensa que siguió a la visita a México en 2015, este organismo expresó su alarma sobre la seria crisis en materia de derechos humanos, determinada principalmente por

man rights and the post-2015 development agenda", 2013, disponible en: *https://www.ohchr.org/Documents/Publications/WhoWillBeAccountable.pdf*.

[58] *Idem*.

[59] Consejo de Derechos Humanos, *Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos, México*, 31 periodo de sesiones, documento de la ONU A/HRC/WG.6/31/MEX/1, 23 de agosto de 2018.

[60] Consejo de Derechos Humanos, *Informe del grupo de trabajo sobre el examen periódico universal, Mexico*, 40 periodo de sesiones, tema 6 de la agenda, documento de la ONU A/HRC/40/8, 27 de diciembre de 2018.

[61] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe por parte de México*, segunda y tercera reunión, documento de la ONU E/C.12/MEX/CO/5-6, 17 de abril de 2018.

[62] Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículos 41, 44 y 50.

la desaparición forzada de personas, ejecuciones extrajudiciales y el uso generalizado de la tortura.[63] Sin embargo, y quizá por la extrema gravedad de estas violaciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no hizo especial referencia a los DES.[64]

En segundo lugar, se encuentra el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, encargado de revisar informes por parte de los estados y desarrollar indicadores para medir el progreso en relación con los DES.[65] En su informe anual de actividades de 2017, este organismo señaló que, dada la escasa capacitación técnica y falta de recursos, de los dieciséis países que han ratificado el protocolo, sólo siete de ellos habían sido evaluados.[66] A la fecha, México ha presentado sus informes nacionales y ha recibido observaciones y recomendaciones finales, dentro de las que destaca la preocupación por el alto nivel de informalidad laboral, la baja cobertura del servicio de salud, la mala calidad de la educación en los estados, entre otras.[67] En este sentido, aunque la labor de este grupo de trabajo es modesta e incipiente, es positiva la colaboración activa de México.

Por último, se tiene a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya labor ha sido de innegable trascendencia en la imposición de responsabilidades por la violación a derechos humanos. A partir del reconocimiento de su jurisdicción contenciosa en el año de 1998, la Corte ha emitido resoluciones que han motivado importantes cambios constitucionales en México.[68] Asimismo, en relación con los DES, la Corte ha tenido significativos avances en la última década. Anteriormente, la protección de los DES se llevaba a cabo en conexión con algún derecho civil, por ejemplo: la protección del derecho a la salud a través del derecho a la vida.[69] Sin embargo, con posterioridad al caso "Acevedo Buendía y otros contra Perú", en 2009, el cual estaba relacionado con el recorte a pensiones de retiro, la Corte ha protegido los DES de manera directa.[70] Un ejemplo reciente es el caso de "Cuscul Piraval y otros contra Guatemala", en el cual la Corte declaró la responsabilidad del estado por la violación al derecho a la salud en relación con personas con VIH.[71] Asimismo, por primera vez, la Corte declaró violado el principio de progresividad en relación con los DES, dado que Guatemala ha incumplido con su obligación de satisfacer gradualmente el derecho a la salud.[72] De igual forma, por lo que hace a reparaciones en materia de DES, la Corte se ha involucrado en cuestiones presupuestarias y de política

---

[63] Organización de los Estados Americanos, "CIDH culmina su visita *in loco a* México", 2015, disponible en: *http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/112.asp.*

[64] *Idem*.

[65] Organización de los Estados Americanos, "Grupo de trabajo del protocolo de San Salvador", 2018, disponible en: *http://www.oas.org/en/sare/social-inclusion/protocol-ssv/working-group.asp*.

[66] Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, "Reporte anual 2017", 2018, disponible en: *http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/informes.asp.*

[67] *Idem*.

[68] García Ramírez, Sergio, "Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, vol. III, 2008, p. 190.

[69] Carbonell, Miguel, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Derechos Sociales…, cit.*, p. 65.

[70] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Acevedo Buendía y otros contra Perú", 2018, disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf.*

[71] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Cuscul Piraval y otros contra Guatemala", 2018, *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf.*

[72] *Idem*.

pública, como sucedió en el caso "Acevedo Buendía y otros contra Perú", al ordenar el pago de pensiones vencidas,[73] en "Cuscul Piraval y otros contra Guatemala", al ordenar tratamiento médico gratuito a las víctimas,[74] y principalmente, en "Aloeboetoe y otros contra Surinam", en el cual se condenó al estado a reabrir una escuela en la comunidad y a equiparla con recursos humanos y materiales para que operara de manera permanente.[75]

B. Evaluación de la rendición de cuentas ante mecanismos internacionales

Después de revisar los mecanismos internacionales de rendición de cuentas, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Primero, que el énfasis en los DES sigue siendo escaso, así como que los organismos a cargo de su supervisión específica no cuentan con suficiente personal o fondos. Consecuentemente, esta situación no representa el tratamiento igualitario que estos derechos merecen.

Segundo, que la crisis de violencia en México es abrumadora, ya que involucra los abusos más severos a derechos humanos, como ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas. Por lo tanto, los organismos internacionales centran casi toda su atención en estas graves violaciones, pasando por alto que la promoción de los DES es indispensable para atender las causas que originan la violencia, como la pobreza extrema y la desigualdad.[76]

Tercero, que a pesar de la problemática por la que está pasando México, se requiere de un gran compromiso democrático para someterse a estos procedimientos de rendición de cuentas, y aún más, para aceptar como vinculantes las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se involucra cada vez más con los DES y emite resoluciones audaces para su protección.

C. Mecanismos nacionales de rendición de cuentas

Hemos dicho antes que el pilar de Rendición de cuentas/Responsabilidad, en su vertiente nacional, requiere la participación de las tres ramas del gobierno. Por ello, en el presente capítulo revisaremos los mecanismos que residen en las diferentes funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Adicionalmente, haremos referencia a la labor que en este ámbito desempeñan la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la sociedad civil.

a. Rendición de cuentas/responsabilidad a cargo del Poder Legislativo

En los últimos años, la promoción de los derechos humanos en México ha sido mejorada sustancialmente por el poder legislativo, principalmente, a través de la reforma

---

[73] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Acevedo Buendía y otros contra Perú", *cit.*

[74] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Cuscul Piraval y otros contra Guatemala", *cit.*

[75] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *"*Aloeboetoe y otros contra Surinam", 2018, disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_11_esp.pdf.*

[76] Marks, Susan, "Human Rights and Root Causes", *Modern Law Review*, Londres, núm. 74, 7 de enero de 2011, p. 74.

constitucional del 10 de junio de 2011, la cual colocó a los derechos humanos en el nivel normativo más alto. Asimismo, en 1995, el Congreso de la Unión promulgó una ley que creó dos acciones diferentes para defender el contenido de la constitución,[77] las que, junto con el juicio de amparo, cuya regulación se reestructuró significativamente en 2013,[78] conforman los principales mecanismos de protección de los derechos humanos en México. Por otra parte, se han expedido diferentes leyes federales para la promoción específica de los DES.[79]

Asimismo, dentro de la Cámara de Diputados se encuentra la Auditoría Superior de la Federación, que se encarga de supervisar la aplicación de recursos públicos por parte de las tres ramas del gobierno, tanto a nivel federal como local.[80] En consecuencia, esta institución es de suma importancia, ya que su propósito es confirmar que el presupuesto asignado a las políticas sociales se gaste adecuadamente y, en caso de que no sea así, iniciar acciones legales contra los funcionarios públicos que incurrieron en irregularidades. [81]

De igual forma, debemos recordar que, si una autoridad se niega a cumplir con una recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, debe justificar sus razones ante el Congreso de la Unión.[82] Así, este requisito conforma una función más de rendición de cuentas/responsabilidad a cargo del poder legislativo.

b. Rendición de cuentas/responsabilidad a través del Poder Ejecutivo

Dentro de la administración pública federal, destaca como órgano de rendición de cuentas/responsabilidad la Secretaría de la Función Pública, la cual se encarga de supervisar la actuación de los funcionarios públicos federales, realizar investigaciones y sancionar por la vía administrativa las infracciones a la ley.[83] Por lo tanto, dado que los DES se institucionalizan a través de agencias gubernamentales, la labor de esta autoridad es esencial para responsabilizar a los funcionarios públicos que incurren en violaciones a derechos humanos.

Además, el Poder Ejecutivo es responsable del Sistema Nacional para la Evaluación del Cumplimiento de los Derechos Humanos, que es una plataforma que desarrolla indicadores, monitorea el progreso en la implementación de los derechos humanos.[84] Asimismo, como órgano descentralizado de la administración pública federal, se cuenta con el Consejo Nacional para la Evaluación de la Política Social, el cual se preocupa

---

[77] Ley Reglamentaria a las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[78] Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[79] Por ejemplo: Ley Federal del Trabajo, Ley General de Salud, Ley de Vivienda, Ley General de Educación, Ley del Seguro Social, entre otras.

[80] Véase Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación.

[81] *Idem*.

[82] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 102, apartado B.

[83] Véase Ley General de Responsabilidades Administrativas.

[84] Secretaría de Gobernación, "Sistema nacional de evaluación del cumplimiento de los derechos humanos", disponible en: 2018, *https://snedh.segob.gob.mx/*.

por revisar la implementación de los programas y generar información relevante para la generación de políticas públicas.[85]

c. Rendición de cuentas/responsabilidad a través del Poder Judicial

Por lo que hace al poder judicial, la protección de derechos humanos se realiza a través de lo que se conoce como control difuso y control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad.[86]

No es propósito de este artículo analizar a detalle estos temas, toda vez que sobre ellos ya existe una rica bibliografía. No obstante, para los efectos de esta investigación baste señalar que, por virtud del control difuso, los jueces en cualquier proceso deben confirmar que la norma a aplicarse sea respetuosa a los derechos humanos. De no ser así, deben interpretarla de conformidad con la constitución y los tratados internacionales a fin de armonizarla con ellos y, si esto no es posible, deben inaplicarla.

Por su parte, el control concentrado es el que realizan ciertos órganos del poder judicial en procesos cuyo objeto es, precisamente, determinar la constitucionalidad o convencionalidad de leyes, actos u omisiones de la autoridad.[87] Para este efecto, en México se cuenta, principalmente, con las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el juicio de amparo.

A través de las acciones de inconstitucionalidad, el Poder Judicial Federal ha invalidado leyes violatorias a los DES, como por ejemplo al derecho a la salud.[88] Asimismo, en la controversia constitucional 38/2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó a una entidad federativa proporcionar recursos a un municipio para construir un hospital.[89] De igual forma, el juicio de amparo se ha utilizado en infinidad de ocasiones para proteger los DES, como sucedió en los juicios ADR 1200/2014,[90] AR 323/2014[91] y ADR 3516/2013,[92] resueltos por nuestro máximo tribunal en relación con el derecho a la alimentación de los adultos mayores, el involucramiento de la sociedad civil en programas educativos y la provisión de recursos para vivienda en zonas marginales, respectivamente.

---

[85] Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, 2018, disponible en: *https://coneval.org.mx*.

[86] García Ramírez, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional…", *cit.*, p. 131.

[87] Carbonell, Miguel, *Las obligaciones del estado… cit.,* p. 70.

[88] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Acción de Inconstitucionalidad 1/99", 2018, disponible en: *https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=5950&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=193370*.

[89] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Controversia Constitucional 38/2015", 2018, disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/sinopsis_asuntos_destacados/documento/2017-06/1S-240517-AZLL-0038.pdf*.

[90] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "ADR 1200/2014", 2018, disponible en: *https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2012362&Semanario=0*.

[91] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "AR 323/2014", 2018, disponible en: *https://emiliano-zapata.scjn.gob.mx/sites/default/files/derechos/2019-04/04.4EducacionTIAR323-2014.pdf*.

[92] Suprema Corte de Justicia de la Nación "ADR 3516/2013", 2018, disponible en: *https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2006171&Clase=DetalleTesisBL*.

d. Rendición de cuentas/responsabilidad a través de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Como se señaló anteriormente, la CNDH es un organismo autónomo, y su labor como mecanismo de rendición de cuentas ha sido más significativa que su colaboración con agencias gubernamentales para la institucionalización de los derechos humanos.

Dado que ya se ha analizado parte de su trabajo en un apartado anterior, en este segmento sólo recordaré que las facultades de la CNDH se han ampliado y actualmente puede investigar violaciones graves a los derechos humanos, iniciar acciones de inconstitucionalidad y emitir recomendaciones no vinculantes a las autoridades.[93] A través de estas atribuciones, la CNDH ha podido responsabilizar a funcionarios públicos y, aunque la mayor parte de su trabajo se ha centrado en los derechos civiles y políticos, los DES están siendo contemplados cada vez más en sus recomendaciones.[94]

e. Rendición de cuentas/responsabilidad a través de la sociedad civil

La rendición de cuentas requiere que las autoridades proporcionen a la población una justificación razonable de su actuar.[95] En consecuencia, es necesario que los gobernantes y los gobernados participen en un diálogo continuo.[96] Por este motivo, el estado debe aceptar críticas, brindar información sobre el diseño, implementación, costos y financiamiento de las políticas públicas, así como permitir la participación de la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones.

En México esta interacción es posible, ya que, en cierta medida, se respeta la libertad de expresión, la libertad de reunión y de asociación, así como el derecho a la información pública.[97] Además, porque el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales se encarga de proporcionar cierta información a las personas que la soliciten. Estas herramientas han sido utilizadas por la sociedad civil para monitorear el desempeño y presionar a las agencias gubernamentales. Además, el trabajo de las ONG, los grupos de derechos humanos y las organizaciones comunitarias ha sido esencial para identificar, informar y hacer visibles las violaciones de los derechos humanos, incluidos los DES. Como ejemplo de esto, podemos mencionar el caso del Observatorio Ciudadano de la Educación, organización que monitorea y critica la política educativa en México y, a través de la presión civil, ha podido brindar orientación y participar en su desarrollo.[98]

---

[93] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 102, apartado B.

[94] García Ramírez, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional…", *cit.*, p. 140.

[95] Organización de las Naciones Unidas y Centro para los Derechos Económicos y Sociales, "Who will be accountable…", *cit.*, p. 14.

[96] *Idem*.

[97] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 6º, 7º y 9º.

[98] Latapí Sarre, Pablo, "La participación de la sociedad en la definición de políticas públicas de educación: el caso de Observatorio Ciudadano de la Educación", *Perfiles Educativos*, Ciudad de México, vol. 27, núm. 107, enero de 2005, p. 35.

D. Evaluación de los mecanismos nacionales de rendición de cuentas/responsabilidad

Después de analizar los mecanismos internos de rendición de cuentas, se puede decir que, en su diseño, están alineados con los parámetros del marco RIR, ya que involucran a los tres poderes del gobierno, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la participación de la sociedad civil. Además, estos mecanismos tienen propósitos preventivos y correctivos, han incluido a los DES en particular y, en algunos casos, han podido proporcionar un remedio para las víctimas.

Sin embargo, aunque se han logrado avances, el rendimiento general de estos mecanismos es absolutamente deficiente, como lo ilustramos ahora:

Con respecto al poder legislativo, la Auditoría Superior de la Federación ha presentado 981 denuncias desde su establecimiento en 1998.[99] Sin embargo, en muy pocas ocasiones los imputados han sido condenados.[100] Lo anterior, además de poner en evidencia el índice extremo de impunidad, que en México rebasa el 98%,[101] revela una falta de voluntad política para sancionar los hechos de corrupción. Indica que, una vez iniciados, los procedimientos son abandonados o descuidados.

Por lo que hace al poder ejecutivo, la Secretaría de la Función Pública carece de imparcialidad. Los servidores públicos encargados de la implementación de los DES son supervisados por una instancia de la misma rama de gobierno a la que pertenecen. En consecuencia, hay muy poco interés para realizar investigaciones serias e imponer sanciones, más aún cuando los altos niveles de corrupción sugieren que ésta no es llevada a cabo por individuos aislados, sino por grupos estructurados que involucran los niveles más altos de la administración pública.

En cuanto al Poder Judicial, si bien el control difuso es útil para la protección de los derechos humanos, éste rara vez es aplicado por los jueces inferiores, quienes prefieren que las instancias superiores tomen las decisiones difíciles. Asimismo, aunque a través de las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales se han logrado significativos avances en relación con los DES, éstas no pueden ser iniciadas por los gobernados, por lo que su interposición depende de la voluntad política. De igual forma, el juicio de amparo es un procedimiento muy técnico que no puede ser promovido fácilmente por personas sin conocimiento jurídico, por lo que está demasiado lejos de las personas que más lo necesitan. En este sentido, si bien es positivo que los jueces mexicanos estén protegiendo los DES, su justiciabilidad aún es incipiente, en parte por la resistencia de los tribunales, pero también porque muchos abogados desconocen cómo iniciar acciones de esta naturaleza.

Acerca de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ya hemos dicho que necesita fortalecer la exigibilidad de sus recomendaciones y aumentar la atención en DES.

---

[99] Auditoría Superior de la Federación, "Denuncias penales", 2018 disponible en: *https://www.asf.gob.mx/Section/65_Denuncias_penales*.

[100] *Idem*.

[101] INEGI, "Encuesta nacional de victimización", 2018, disponible en: *http:// www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/envipe2018_09.pdf*.

Finalmente, en relación con la sociedad civil, debemos apreciar todos los esfuerzos que se han realizado, pero también reconocer que su participación aún es insuficiente. Las personas deben estar más preocupadas por las decisiones políticas, organizarse y movilizarse para exigir la rendición de cuentas. Entre más personas estén involucradas, menos áreas en la agenda de los derechos humanos se dejarán desatendidas. Desafortunadamente, uno de los problemas que disuade la participación de la sociedad civil es la creciente inseguridad que sufren los defensores de derechos humanos en México, la cual requiere una solución urgente.[102]

Después de evaluar los tres pilares del marco de RIR en el contexto mexicano, a continuación, se presentan las conclusiones finales de esta investigación.

IV. Conclusiones

El sistema económico actual está aumentado radicalmente la brecha entre ricos y pobres. Para prevenir la extrema desigualdad, causa raíz de muchos de los problemas globales, es necesario proveer las condiciones para que las personas puedan tener una vida con dignidad. Por ello, la promoción de los DES es indispensable.

Este artículo demuestra que el marco RIR es una herramienta valiosa para determinar cómo se tratan los DES en un país determinado, confirmar si existen los cimientos indispensables para su implementación e identificar qué se está haciendo bien y qué se debe mejorar para la realización de tales derechos.

Al analizar cada uno de sus pilares, se comprobó que el régimen jurídico e institucional de México cumple satisfactoriamente con los parámetros del marco RIR, como se sintetiza a continuación:

—Reconocimiento: Los derechos humanos están plenamente reconocidos en tratados internacionales, en la constitución y en legislación secundaria. En este sentido, los DES se encuentran en la parte más alta de la jerarquía normativa.

—Institucionalización: Los DES se institucionalizan a través de agencias gubernamentales, especializadas por sector, que operan coordinadamente a nivel federal y local. Además, la Comisión Nacional de Derechos Humanos tiene la facultad de colaborar en la promoción institucional de los DES.

—Rendición de cuentas/Responsabilidad: Dentro del sistema de derechos humanos de la ONU, México participa en el Examen Periódico Universal y en el mecanismo de monitoreo del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. A nivel regional, es supervisado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el ámbito nacional, la rendición de cuentas con respecto a los DES se lleva a cabo por las tres ramas del gobierno y por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Además,

[102] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe por parte de México*, segunda y tercera reunión, documento de la ONU E/C.12/MEX/CO/5-6, 17 de abril de 2018.

existen diversas organizaciones de la sociedad civil que monitorean la labor de las autoridades y se esfuerzan por mejorar la transparencia, la rendición de cuentas y reducir la impunidad de quienes violan derechos humanos.

Por lo tanto, si en México los pilares del marco RIR están bien sustentados, la falta de progreso en la satisfacción de los DES no está determinada por una falla estructural. Por el contrario, como se identificó en este análisis, los principales obstáculos se encontraron a nivel operativo, es decir, en el desempeño de las agencias estatales. Estos problemas, que corroen transversalmente los cimientos del marco de RIR, se pueden recapitular de la siguiente manera:

—Impunidad: Si la tasa de impunidad en México sigue siendo del 98%, los mecanismos de rendición de cuentas/responsabilidad serán de muy poca utilidad.[103]

—Corrupción: Si en México no se sancionan los delitos, no se disuade a la población de incurrir en hechos de corrupción. Por ello, la alta tasa de impunidad explica por qué México es considerado el país más corrupto de América Latina.[104] Este problema derriba por completo el pilar de la institucionalización, ya que los funcionarios se apoderan de los fondos en lugar de invertirlos en servicios públicos.

—Falta de voluntad política: Identificamos este problema en la tendencia del estado a abandonar campos de la política social en los que antes estaba involucrado, como ocurrió con la construcción de vivienda. En estos casos, la inversión en programas sociales no se hace por falta de recursos, sino por la decisión de minimizar el papel estatal en áreas cada vez mayores.

—Insuficiente atención a los DES: Aunque se reconocen los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, en la práctica los DES no reciben el mismo énfasis por parte de los organismos nacionales e internacionales. Si bien las violaciones más graves a los derechos humanos en México están relacionadas con los derechos civiles y políticos, los DES merecen igual consideración, ya que atienden las causas originarias de la violencia, como la pobreza y la desigualdad extremas.

En consecuencia, el impacto y posible remedio de estos problemas deben ser objeto de futuras investigaciones, ya que, mientras no se resuelvan de manera integral, a pesar de tener un régimen legal sólido, un diseño institucional adecuado y múltiples mecanismos de rendición de cuentas/responsabilidad, en México no habrá terreno fértil para la satisfacción de los DES.

V. Bibliografía

CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Ciudad de México, Editorial Flores, 2014.

[103] INEGI, "Encuesta nacional de victimización…", *cit.*

[104] Transparencia Mexicana, "Barómetro de Corrupción para América Latina y el Caribe", 2017, disponible en: *https://www.tm.org.mx/barometro-al-2017/.*

Carbonell, Miguel, *Las obligaciones del estado en el artículo 1º de la constitución mexicana*, Ciudad de México, unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

García Ramírez, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, núm. 9, 2003.

García Ramírez, Sergio, "Cuestiones de la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, vol. III, 2008.

Jung, Courtney *et. al.,* "Economic and social rights in national constitutions", *American Journal of Comparative Law*, Nueva York, núm. 62, 2014.

Latapí Sarre, Pablo, "La participación de la sociedad en la definición de políticas públicas de educación: el caso de Observatorio Ciudadano de la Educación", *Perfiles Educativos*, Ciudad de México, vol. 27, núm. 107, enero de 2005.

Leal, Jorge, y López, Raúl, *Estructura institucional de la política de vivienda de interés social en México*, Nuevo León, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013.

Macnaughton, Gillian y Frey, Diane, *Economic and social rights in a neoliberal world*, Nueva York, Cambridge University Press, 2018.

Marks, Susan, "Human rights and root causes", *Modern Law Review*, Londres, núm. 74, 2011.

Márquez, Ricardo, "La burocracia a discusión. Del tamaño y la eficiencia a la democracia", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales,* Ciudad de México, núm. 39, 1994.

Moyn, Samuel, *Not enough: human rights in an unequal world*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2018.

Sánchez Vázquez, Rafael, "La trascendencia del constitucionalismo social en América Latina (caso México)", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Ciudad de México, núm. 27, 2012.

Uprimny Yepes, Rodrigo, "La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada", en Cervantes Alcayde, Magdalena (comp.), ¿Hay justicia para los DESC?, Ciudad de México, unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

Alston, Philip, "Phantom Rights: The systemic marginalization of economic and social rights", *Open Global Rights*, 4 de agosto de 2016, *https://www.openglobalrights.org/phantom-rights-systemic-marginalization-of-economic-and-social-rights/*.

Courtis, Christian, "La protección de los DESC a través del artículo 26 de la CADH", noviembre de 2005, *http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/la_proteccion_de_derechos.pdf*.

Stiglitz, Joseph, "Standard Economics is Wrong. Inequality and Unearned Income Kills the Economy", *Evonomics*, 9 de septiembre de 2016, disponible en: *http://evonomics.com/joseph-stiglitz-inequality-unearned-income/*.

COMENTARIO

COMENTARIO A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN MATERIA DE SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO

ASSESSMENT ON THE REFORM OF ARTICLE 28 OF THE FEDERAL CONSTITUTION ON THE SUSPENSION OF THE AMPARO PROCEEDING

Javier Bravo Soler*

La educación es el arma más poderosa
que podemos usar para cambiar el mundo.
Nelson Mandela

I. Introducción

Previo a entrar en materia, resulta muy interesante empezar recordando que con la iniciativa presidencial el Poder Constituyente —a través de la reforma publicada el 11 de junio de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*— dotó a la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) de autonomía

* Maestro en Derecho procesal constitucional por la Universidad Panamericana, con mención honorífica y donde actualmente es titular de la cátedra de Juicio de Amparo; cursó el diplomado sobre "El Nuevo Marco Constitucional en Derechos Humanos y Amparo" en la Escuela Libre de Derecho; cuenta con diversos cursos de Argumentación Jurídica; es ponente en diversos Diplomados impartidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; ha publicado diversos artículos en revistas jurídicas nacionales y extranjeras; licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana donde fue titular de la cátedra de Argumentación Jurídica. Los comentarios y análisis vertidos por medio del presente reflejan solo la opinión del autor y no así de las instituciones en las que se desempeña de modo profesional o académico.

constitucional con atribuciones tendentes al fortalecimiento de la rectoría económica del Estado.

Vale la pena mencionar que la reordenación de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión encuentra sustento en el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que dio origen al IFT como un órgano autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones en México, además de ejercer de forma exclusiva las facultades en materia de competencia económica en dichos sectores, conforme a lo establecido en la Constitución federal.

Al respecto, dicho instituto tiene un compromiso con los gobernados, ya que en el ejercicio de sus facultades debe contemplar la inclusión de los intereses, derechos y comportamiento de los usuarios y de las audiencias, en la emisión de las políticas regulatorias, así como el desarrollo y la competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones y de la radiodifusión.

Asimismo, debe realizar las labores correspondientes para garantizar a los mexicanos el acceso equitativo a las tecnologías de la información y la comunicación, incluido internet, para colaborar en el desarrollo y crecimiento de la sociedad de la información y del conocimiento, lo que implica la obligación de vigilar que estos servicios sean prestados en condiciones de calidad y que no exista ningún tipo de discriminación que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas o atente contra la dignidad humana.

En esa línea, cuenta con una Unidad de Competencia Económica, cuyas atribuciones principales son admitir, turnar y tramitar —hasta su conclusión— y presentar los proyectos de resolución a consideración del Pleno los asuntos en materia de notificación y avisos de concentraciones; evaluación de interesados para participar en licitaciones; opiniones formales y solicitudes de orientación general en materia de competencia económica. Emite opiniones en procedimientos de licitaciones que soliciten otras Unidades u otras autoridades públicas en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión; imposición de medidas a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial de mercado. También se encarga de sustanciar procedimientos de desincorporación de activos, derechos o partes sociales de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos en los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión.

Lo anterior, trae como consecuencia que, al igual que la COFECE, cuente con las atribuciones a que se refiere la Ley Federal de Competencia Económica, por lo que también realiza todos los actos necesarios para sustanciar los procedimientos seguidos en forma de juicio, determinar insumos esenciales, barreras a la competencia o condiciones de mercado.

Ahora bien, debe decirse que para lograr la eficacia de las resoluciones de esos órganos (COFECE e IFT), la citada reforma, suprimió los recursos ordinarios y previó como

único medio de defensa el juicio de amparo indirecto, asimismo, prohibió de manera absoluta el otorgamiento de suspensión alguna.

Ello da vida al presente comentario referente a la reforma al artículo 28 de la Constitución Federal, cuyo objetivo principal es el análisis legal y jurisprudencial respecto de los alcances y limitantes en materia de suspensión en el juicio de amparo, en donde quedará asentado que existen interpretaciones (precedentes judiciales) que deben dejar de aplicarse por estimarse contrarias al texto constitucional y a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

En específico se atenderán las consideraciones más relevantes respecto del control constitucional y convencional, para evidenciar que los precedentes de los Tribunales Colegiados Especializados en las materias, han dejado a los agentes económicos sin un recurso viable y efectivo para suspender, aplazar o diferir la ejecución de multas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, lo que no sucede en materia de competencia económica y ello atiende a una discriminación injustificada que debe reflexionarse nuevamente.

Así, debemos tener claro que, en opinión del legislador, la intención de restringir la suspensión de las sanciones de la COFECE y el IFT se debía al abuso de los mecanismos de impugnación que existían para combatir las resoluciones en las materias de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, lo que impedía la aplicación efectiva de la actividad reguladora del Estado en perjuicio del interés social, mediante la promoción excesiva de los juicios a su alcance contra decisiones tendentes a reducir su poder de mercado o detener prácticas anticompetitivas, a efecto de detener la ejecución de sanciones y medidas correctivas y, así, eludir la regulación o al menos diferir su aplicación en perjuicio del consumidor.

Por lo anterior, en el actual y reformado artículo 28, vigésimo párrafo, fracción VII, de la Constitución Federal, se establecieron reglas específicas y categóricas tratándose de actos en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, según se aprecia de la reproducción siguiente:

> Artículo 28. …La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, serán independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y se regirán conforme a lo siguiente:
>
> …
>
> VII. Las normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones podrán ser impugnados únicamente mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva. Cuando se trate de resoluciones de dichos organismos emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por vio-

> laciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida. Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales especializados en los términos del artículo 94 de esta Constitución. En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales…

Del texto del precepto constitucional tenemos que —por regla general— en el juicio de amparo indirecto no sería procedente la suspensión de los actos reclamados, aunque también se advierte que el Poder Constituyente estableció como una posible excepción a esa regla que únicamente en los casos en que la COFECE imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.

Se advierte que la reforma al actual artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII, constitucional, obedeció a la ineficacia de la función regulatoria en los sectores de telecomunicaciones y competencia económica ocasionada por los supuestos abusos de los agentes económicos al emplear todos los recursos, juicios ordinarios y el juicio de amparo, que les permitía la suspensión de las decisiones emitidas por las extintas Comisión Federal de Competencia y Comisión Federal de Telecomunicaciones, frustrando o retrasando con ello el proceso de regulación efectiva con la consecuente afectación al interés social y en particular, a los consumidores de los sectores afectados por dichas supuestas violaciones procesales, sin menoscabo de los posibles daños al proceso de competencia y a la libre concurrencia.

Ya es posible advertir que en el texto constitucional no se hace mención respecto de una paralización en la ejecución de las sanciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión sino única y exclusivamente cuando se trata de sanciones en materia de competencia económica impuestas por la COFECE, pasando por alto —injustificadamente— que el IFT también es un órgano de competencia y no nada más como regulador sectorial.

II. Autonomía constitucional de la COFECE y del IFT: ¿Prohibición absoluta de suspender sus multas? la excepción en materia de competencia económica

Para entender el espíritu del reformador constituyente y hacer una debida interpretación del artículo 28 de la norma suprema que dio vida a la COFECE y al IFT como órganos constitucionales autónomos, es necesario atender a lo expuesto en el proceso de la reforma, que resulta orientador para atribuir al texto constitucional el sentido de su significación.

A continuación, se hace un breve análisis de la iniciativa de reforma y el dictamen formulado por las comisiones del Senado de la República que tuvieron participación en su elaboración:

1) La iniciativa, de 11 de marzo del 2013, presentada por el Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, indica lo siguiente:

> … El 2 de diciembre de 2012, se firmó el Pacto por México como un acuerdo político que tiene por objeto concretar las acciones y reformas que requiere nuestro país. En dicho acuerdo se coincidió en la necesidad de legislar en las materias de radiodifusión, telecomunicaciones, a fin de garantizar su función social y modernizar al Estado y la sociedad, a través de las tecnologías de la información y la comunicación, así como para fortalecer las facultades de la autoridad en materia de competencia económica.
> …
> 3. Creación de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones como órganos constitucionales autónomos.
> Actualmente, la figura que la legislación emplea para la mayoría de los órganos que regulan la actividad económica (telecomunicaciones, competencia, banca, energía, etcétera) es la de órganos administrativos desconcentrados, los cuales se encuentran jerárquicamente subordinados a las secretarías de Estado a las que estén adscritos.
>
> La relevancia y trascendencia de la actividad reguladora en las materias de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, hacen conveniente que cuenten con absoluta autonomía en el ejercicio de sus funciones, sujetos a criterios eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro interés. Al respecto, la OCDE ha considerado importante que los Estados cuenten con organismos reguladores independientes de todas las partes interesadas para asegurar una competencia justa y transparente en el mercado.
> …
> 4. Tribunales especializados y efectividad de las resoluciones.
> Una parte importante de la regulación en materia de competencia y de telecomunicaciones es su aplicación efectiva. La mejor regulación será incapaz de lograr sus objetivos si no se puede aplicar por la interposición de medios de impugnación y litigios múltiples, que en muchas ocasiones tienen la intención de ganar tiempo para eludir la regulación u obtener un beneficio económico.
> …
> El problema esencial no es la existencia de acceso a la justicia, el cual es un derecho fundamental de toda persona, sino evitar que las empresas en mercados vitales como los del sector de las telecomunicaciones y la radiodifusión, abusen del sistema de justicia para frenar la regulación que busca reducir su poder de mercado o detener prácticas anticompetitivas. Las decisiones de las autoridades en esta materia deben estar sujetas a revisión, *sin embargo, lo que debe evitarse es que las impugnaciones tengan como principal objetivo la suspensión de la acción reguladora y detengan o retrasen las decisiones tomadas por los órganos competentes, prevaleciendo el interés particular sobre el interés de la sociedad.*
> …
> *Por lo anterior, es urgente dotar a las autoridades del sector de las herramientas necesarias para llevar a cabo su labor. Se requiere que los tribunales que conozcan de*

> *impugnaciones contra resoluciones de órganos reguladores en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión no suspendan su aplicación, con el objeto de salvaguardar el interés de la sociedad en la prestación de estos servicios.*
> Con el objeto de atender esta problemática y especializar el control jurisdiccional sobre las resoluciones de los órganos colegiados encargados de la regulación en materia de telecomunicaciones, radiodifusión y competencia económica, así como clausurar las vías de litigiosas que propician actualmente la posibilidad de controvertir dichas resoluciones a través del juicio contencioso administrativo federal, el juicio ordinario administrativo en materia de competencia económica y el juicio de amparo, la iniciativa propone reformar el artículo 28 constitucional para establecer que las normas, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones sólo podrán ser impugnados mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión… (énfasis añadido).

Se propuso establecer como único medio de defensa el juicio de amparo indirecto, así como establecer una regla de prohibición absoluta, al señalar de manera taxativa, que las actuaciones de la COFECE y del IFT, no serán objeto de suspensión en dicho medio de control constitucional, con el objeto de salvaguardar el interés de la sociedad.

La reforma constitucional aludida incluyó las conclusiones del estudio que a petición del gobierno mexicano realizó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 2012, respecto de políticas y regulación de telecomunicaciones en México.

2) El dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Comunicaciones y Transportes; de Radio, Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos, con la opinión de las Comisiones de Gobernación y de Justicia del Senado de la República, mediante sesión del 18 de abril del 2013, respecto de la minuta con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Telecomunicaciones, sostuvo, en lo que interesa, lo siguiente:

> …7. Consideraciones relativas a la determinación constitucional de negar la suspensión en tratándose de normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones.
> Durante la discusión de la minuta que nos ocupa, se hicieron varias observaciones respecto de las implicaciones jurídicas que conlleva la disposición constitucional que dispone una excepción absoluta al otorgamiento de la suspensión en la tramitación de amparos indirectos en contra de las normas generales, actos u omisiones emitidos por la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones. Dicha porción normativa se encuentra prevista en el texto propuesto de la minuta para el artículo 28, fracción VII que establece lo siguiente: "(transcribe)".

De la lectura de la porción normativa del artículo 28, fracción VII, que se propone reformar en la minuta que nos ocupa, se desprenden dos supuestos:

1. El reconocimiento del juicio de amparo indirecto como recurso idóneo para impugnar las normas generales, actos u omisiones de las autoridades en cuestión y,
2. La excepción absoluta a la procedencia de la suspensión en dichos amparos.
Dichos supuestos buscan atender la protección dual que implica la materia de competencia económica y las telecomunicaciones, pues en dichas materias se involucran, por una parte, los derechos de los agentes económicos quienes representan a los entes activos de las materias en cuestión, y por otro, a los consumidores, quienes representan los entes pasivos. En este sentido, en los apartados A y B siguientes, se desarrolla de forma puntal las razones por las que se estima que vedar la suspensión en el juicio de Amparo, en los términos que se precisan en la Minuta que se ha sometido a nuestra consideración, no se ha atendido la protección de ambos entes a través de la ponderación de derechos y la protección equilibrada de los intereses particulares y el interés social.
…
B. La excepción absoluta a la procedencia de la suspensión en el amparo indirecto mediante el cual se impugnen los actos de las autoridades competentes en materia de telecomunicaciones y competencia económica.
Por cuanto hace a la excepción constitucional absoluta al otorgamiento de la suspensión en la tramitación del amparo indirecto mediante el cual se impugnen los actos de las autoridades en materia de competencia económica y telecomunicaciones, se considera que dicha medida atiende a la protección del interés social, pero omite reconocer que existen supuestos bajo los cuáles es posible la no ejecución de los actos de la COFECE para proteger los derechos de los agentes económicos sin afectar el interés social, dado que, no reconocerla implicaría una afectación irreparable para el mismo, de tal forma que se encuentre un equilibrio proporcionado entre la protección de los agentes económicos con intereses particulares, y el interés colectivo o social.
…
Adicionalmente a lo expuesto por la OCDE en el estudio que se cita, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que, en tratándose de temas relacionados con competencia económica y telecomunicaciones, la suspensión es improcedente debido a que su otorgamiento implica daños al interés social, a saber: "(transcribe)".

De las tesis citadas se desprende el reconocimiento que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la afectación que se generaría al interés social el otorgamiento de la suspensión en materia de competencia económica y telecomunicaciones, pues las disposiciones constitucionales y legales en la materia son de interés público y buscan proteger el interés social frente a prácticas monopólicas, entre otros supuestos.
…
Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atinadamente ha emitido jurisprudencia reconocido (sic) que la suspensión en el amparo, en tratándose de multas y disposiciones en materia de competencia económica que puedan causar un daño irre-

parable para el agente económico es procedente. A saber: "Suspensión provisional. Es procedente contra la ejecución de las multas administrativas impuestas por la Comisión Federal de Competencia para sancionar las conductas señaladas en el artículo 10, fracción vii, de la Ley Federal de Competencia Económica, en relación con el artículo 7º, fracción v, de su Reglamento (transcribe)".

Así pues, estas comisiones dictaminadoras advierten la necesidad de modificar la redacción de la fracción VII del artículo 28 que se estudia, de tal forma que se prevea que la ley contemplará los supuestos de excepción en los que la ejecución de las resoluciones de la COFECE será hasta que se resuelva el juicio de amparo que en su caso se promueva a los casos donde se impongan multas o desincorporación de activos, a fin de ser consistentes en la protección equilibrada el interés social y el interés particular de los agentes económicos.

Sobre el particular, y como ya quedó ampliamente expuesto en las consideraciones de la colegisladora, la intención del Constituyente es que no se vuelva a usar más la figura de la suspensión para detener, dilatar o de plano, nulificar las resoluciones de los órganos reguladores en materia de telecomunicaciones y en materia de competencia económica. Asimismo, también volver a resaltar que este tema de la suspensión fue objeto de una amplia discusión recientemente con motivo de la aprobación de la nueva Ley de Amparo.

Por lo anterior, sólo cabe concluir que estas comisiones dictaminadoras del Senado de la República retoman los considerandos expuestos por la Cámara de Diputados y resuelven modificar la fracción VII del artículo 28, para reconocer la posibilidad de determinar supuestos en los que la ejecución de las determinaciones de la COFECE (imposición de multas y/o desincorporación de activos), se actualice hasta en tanto se resuelva el juicio de amparo que en su caso se promueva, por los razonamientos y en los casos que se exponen a continuación.

Es pertinente enfatizar que la porción normativa del texto de la minuta que se estudia, 'no serán objeto de suspensión', no debe implicar de ninguna manera negar el derecho de los regulados a que sean objeto de alguna resolución del nuevo órgano responsable de regular la competencia económica a gozar de la no ejecución en tratándose de la imposición de multas o desinversión, ya que dichas imposiciones por parte de las autoridades reguladoras pudieran generarles un daño irreparable.

…

Por estas razones, las Comisiones Dictaminadoras consideran que las multas y las desinversiones, al ser las sanciones más extremas que contempla el marco jurídico para proteger la libre competencia, su aplicación debe ser cauta y responsable. No se omite señalar que estas comisiones dictaminadoras no están incorporando la suspensión en el marco jurídico para los actos de la COFECO, sino que, en su lugar, están contemplando una medida que evite la ejecución de multas y/o desincorporación de activos, para evitar la actualización de condiciones que causen un daño irreparable para el agente que en su caso, promueva un amparo… (énfasis añadido).

En otras palabras, para privilegiar los intereses sociales y nacionales sobre los particulares se estimó adecuado establecer en el precepto constitucional aludido algunas medidas normativas que dejan un único mecanismo de impugnación y sin el beneficio de la medida de suspensión cuando se impugnan las normas generales, así como los actos y omisiones de la COFECE y del IFT.

Se secundó la iniciativa del Ejecutivo que establece una regla de prohibición, al señalar de manera taxativa que las actuaciones de los multicitados órganos constitucionales autónomos no serán objeto de suspensión en el juicio de amparo, aunque se propuso, como se adelantaba, una supuesta regla de excepción, que establece que en los casos en los que la autoridad de competencia económica imponga multas u ordene la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo, con la finalidad de evitar daños de difícil reparación a los agentes económicos, tomando en cuenta que las sanciones pecuniarias pueden ser altas para disuadir la comisión de prácticas anticompetitivas, y que la obligación de desincorporar un activo conlleva a que toda la estrategia de negocios y la rentabilidad de una empresa obligadamente se tiene que modificar, esto es, un aplazamiento de ejecución pero no una suspensión en materia de amparo.

Las circunstancias apuntadas hacen evidente que el objetivo trazado por el órgano reformador de la Constitución fue establecer como regla general la prohibición absoluta de la suspensión en el juicio de amparo tratándose de actos de los órganos constitucionales autónomos COFECE e IFT; tan es así, que el indicado proceso legislativo fue enfático en cuanto a que era menester inhibir el abuso del sistema judicial, específicamente de la paralización de los actos de autoridad por virtud de la promoción del juicio de amparo, dado que restaba eficacia a la rectoría del Estado, entre otras, en las materias de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, en la que se tenían que tomar, precisamente, decisiones tendentes a reducir el poder de mercado de determinados agentes o detener prácticas anticompetitivas.

El texto del artículo 28, fracción VII, párrafo vigésimo, de la norma suprema, y los propósitos expuestos por el Poder Constituyente, dan pauta para considerar que, con la salvedad expresa que el propio dispositivo constitucional consigna, establece una regla de prohibición respecto de los actos emitidos por la COFECE y por el IFT, que no serán objeto de suspensión en el juicio de amparo; aspecto que fue reiterado en la Ley de Amparo en su artículo 128, último párrafo.[1]

Así, de las reglas emitidas por el Órgano Reformador al expedir el decreto de 11 de junio de 2013, se desprende una regla de prohibición. En efecto, cuando la Ley Fundamental señala que solamente cabe el "diferimiento" en la ejecución de actos sancionato-

---

[1] Artículo 128. "Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias salvo las señaladas en el último párrafo de este artículo, siempre que concurran los requisitos siguientes:
…
Las normas generales, actos u omisiones del Instituto Federal de Telecomunicaciones y de la Comisión Federal de Competencia Económica, no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva."

rios de la COFECE establece una regla de excepción al principio de ejecutividad y eficacia inmediata de las resoluciones de ese órgano constitucional autónomo con motivo de la promoción del juicio de amparo; esto es, modifica el carácter ejecutivo que es propio de tales actos administrativos.

Sin embargo, de la reforma constitucional aludida, y del texto íntegro del multicitado artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII de la carta magna, no se desprende que dicha excepción de suspensión, inejecución o aplazamiento, sea extensible a las multas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión impuestas por parte del IFT, situación que tampoco regula la Ley de Amparo y que da pie al siguiente capítulo de análisis.

III. Ejecución de multas entre órganos constitucionales autónomos

Sobre este punto, tenemos que de la minuta con proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º, 7º, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la finalidad fue establecer que la suspensión ha sido el instrumento por el cual se ha abusado para detener los efectos de las resoluciones y cumplimiento de las legislaciones en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, y que por ello se prohibió tajantemente en la norma suprema y secundariamente en la Ley de Amparo.

Estas ideas que prohibieron la suspensión en materia de amparo, se vieron dirigidas exclusivamente a las normas generales, actos u omisiones de la COFECE y del IFT y no así respecto de autoridades distintas a ellas.

Es de extrema importancia identificar que entre los citados órganos constitucionales autónomos, la ejecución de sus multas sigue caminos distintos, puesto que la propia Ley Federal de Competencia Económica[2] y la diversa Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión,[3] expresan claramente que las multas que impongan se harán efectivas por el Ejecutivo Federal, esto es, a través del Servicio de Administración Tributaria.

Hasta este punto, es inconcuso que la autoridad exactora en multas de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión es el Servicio Administración Tributaria, lo que implica que dichos órganos autónomos, no pueden ejecutar sus propias multas, pues ello atentaría directamente contra su propio ordenamiento jurídico donde ha quedado especificado de manera clara y precisa que una autoridad distinta a éstas ejecutará tales sanciones.

---

[2] Artículo 127. "La Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones:
…
El Ejecutivo Federal ejecutará las multas previstas por este artículo, así como las previstas en el artículo 126 de esta Ley".

[3] "Artículo 302. Las multas que imponga el Instituto serán ejecutadas por el Servicio de Administración Tributaria, a través de los procedimientos y disposiciones aplicables por dicho órgano".

No debería existir razón por la que deba considerarse que la suspensión del cobro (ejecución) de las multas pueda ser un acto atribuible a la COFECE o al IFT, sino más bien a la autoridad exactora del Ejecutivo Federal, porque precisamente es ésta quien tiene las facultades para hacer efectivo el cobro.

Por lo que no debemos confundir entre la emisión de las multas y la ejecución de las mismas, o bien, de los aprovechamientos, puesto que, además de ser actos administrativos diferentes, son atribuibles a distintas autoridades y se rigen por diversos ordenamientos jurídicos y con ello es suficiente para reconocer su independencia.

Pensar diferente o dar una diversa interpretación daría lugar a las ociosas conclusiones que señalan que en contra de la ejecución de las multas impuestas por la COFECE y el IFT: *(i)* no procede la suspensión por mandato constitucional (artículo 28), a pesar de que no hace referencia al cobro de las multas, sino a su imposición; *(ii)* ni tampoco procede esa medida cautelar en contra de la autoridad exactora, no obstante que su ejecución no se atribuya a los órganos constitucionales autónomos, y, peor aún, *(iii)* tratándose de multas del IFT, tampoco es válido acudir al "aplazamiento" constitucional, puesto que éste quedó reservado para actos en materia de competencia económica, exclusivamente de la COFECE, lo cual de suyo parecieran interpretaciones contrarias (o en exceso) del mandato constitucional.

IV. Precedentes judiciales desfavorables en materia de telecomunicaciones y radiodifusión

Respecto de la suspensión de multas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y jurisdicción en toda la República, emitió la siguiente tesis aislada:

> INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. LA REGLA DE INEJECUCIÓN DE LAS MULTAS O LA DESINCORPORACIÓN DE ACTIVOS, DERECHOS, PARTES SOCIALES O ACCIONES QUE IMPONGA LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, HASTA QUE SE RESUELVA EL JUICIO DE AMPARO QUE, EN SU CASO, SE PROMUEVA EN SU CONTRA, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 28, VIGÉSIMO PÁRRAFO, FRACCIÓN VII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES INAPLICABLE A SUS ACTOS. La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, que dio lugar al texto actual del artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII, de la propia Norma Suprema, tuvo como antecedente, según se aprecia en su exposición de motivos, una franca situación de falta de regulación en los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión, ocasionada por el abuso del sistema de justicia en que diversos agentes incurrieron, lo cual les permitió frenar o dilatar medidas que buscaban evitar prácticas anticompetitivas e incentivar el procedimiento de competencia, con claro deterioro en

> la eficacia y definitividad de las decisiones de los órganos reguladores. Así, para privilegiar los intereses sociales y nacionales sobre los particulares, se estimó adecuado establecer en el precepto constitucional referido, que las normas generales, actos y omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones únicamente pueden impugnarse mediante el juicio de amparo indirecto, en el cual, ya no puede hacerse uso de la suspensión, con la finalidad, por una parte, de establecer como mecanismo defensivo la revisión judicial respecto de los actos de esos órganos y, por otra, no dejar disponible la medida cautelar utilizada anteriormente para generar la dilación y la ineficacia de la función regulatoria. Cabe señalar que la iniciativa de la reforma constitucional indicada, signada por el presidente de la República, los coordinadores de los diputados de los partidos políticos Acción Nacional (PAN), Revolucionario Institucional (PRI), de la Revolución Democrática (PRD) y Verde Ecologista de México (PVEM) y los presidentes de los primeros tres, en el marco del "Pacto por México", incluyó las conclusiones del estudio que a petición del gobierno mexicano realizó en 2012 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), sobre políticas y regulación de las telecomunicaciones en México. Adicionalmente, con base en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes; de Radio, Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos, con la opinión de las de Gobernación y de Justicia de la Cámara de Senadores, respecto de la minuta con proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones, se incorporó un matiz a la regla mencionada, consistente en que solamente cuando la Comisión Federal de Competencia Económica imponga, con el carácter de sanciones, multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva en su contra, lo cual constituye una excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos. En consecuencia, esta última disposición, contenida en la porción normativa inicialmente citada, no admite una interpretación analógica o extensiva que permita ampliar la cobertura del derecho a la suspensión de la ejecución a los actos emitidos por el Instituto Federal de Telecomunicaciones pues, como se vio, la intención del Poder Reformador de la Constitución es exactamente contraria, a fin de priorizar la efectividad de las medidas regulatorias, en tanto son instrumento para satisfacer intereses públicos, calificados como de mayor entidad y tutela, destacando en especial las ventajas para consumidores y sociedad, a partir de una eficiente y adecuada regulación, como concreción de la rectoría del desarrollo nacional.[4]

Por su parte, también en el año 2015, el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y

[4] Tesis I.1o.A.E.95 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, t. IV, noviembre de 2015, p. 3533.

Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República, emitió la siguiente jurisprudencia:

> SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DEL COBRO COACTIVO ATRIBUIDO AL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, EN EJECUCIÓN DE CRÉDITOS FISCALES DETERMINADOS POR EL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES. Los artículos 28, párrafo vigésimo, fracción VII, de la Constitución Federal y 128, párrafos primero y último, de la Ley de Amparo, establecen que las normas generales, actos u omisiones del Instituto Federal de Telecomunicaciones no son objeto de suspensión. Dicho órgano constitucional autónomo tiene, entre sus múltiples facultades, la de determinar créditos fiscales dentro de su ámbito competencial, empero, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, atribuye al Servicio de Administración Tributaria el cobro coactivo de tales créditos, esto es, es la autoridad fiscal quien debe materializar la resolución emitida por el órgano regulador; en consecuencia, la exacción no es un acto independiente sino que es la ejecución o materialización de una resolución determinante emitida por el Instituto Federal de Telecomunicaciones, por lo tanto, no es susceptible de suspenderse de conformidad con los preceptos constitucional y legal antes precisados".[5]

De los criterios que anteceden se advierte que para ese año (2015), la entonces integración de los únicos Tribunales Colegiados Especializados —que actualmente existen— resolvieron que *(i)* la excepción prevista en el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII, de la norma suprema, únicamente es aplicable en materia de competencia económica y no así en telecomunicaciones y radiodifusión y *(ii)* que tampoco es procedente conceder la suspensión en contra de la ejecución de una multa por parte del Servicio de Administración Tributaria y emitida por el IFT, porque, bajo su criterio, la emisión de la multa y su ejecución no son actos independientes.

Sin embargo, hasta este punto, sería importante reflexionar que, si bien el "aplazamiento" o "diferimiento" en la ejecución de multas únicamente se reservó a los actos sancionatorios de la COFECE, ¿qué pasa con los del IFT cuando sanciona como un órgano de competencia económica? ¿Qué hace distinto el cumplimiento de una multa emitida por un órgano del otro considerando que su fundamento de creación, como se vio anteriormente, es el mismo?

Dicha distinción es por lo menos enigmática puesto que pareciera que, en un primer momento, sería lógico pensar que el Órgano Reformador se olvidó de prever su inejecución hasta en tanto culmine el juicio de amparo indirecto (tal y como lo hizo para las sanciones de la COFECE), o por otro lado, que la verdadera intención del Constituyente fue que sí se concediera la suspensión pero respecto de la ejecución (cobro) atribuible al Servicio de Administración Tributaria y no al órgano constitucional autónomo de la materia.

---

[5] Tesis I.2o.A.E. J/1 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, T. IV, noviembre de 2015, p. 3364.

V. Control constitucional y convencional en miras de una tutela judicial efectiva

Para este momento, vale la pena recordar que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial de la Federación.

En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control y, en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas.

Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional, tomando siempre en consideración la interpretación más favorable en protección de derechos humanos.

Una vez definido el control constitucional de manera sucinta, es importante puntualizar que la tutela judicial efectiva como un derecho humano está reconocido en el orden nacional en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,[6] y en el internacional en el arábigo 8, numeral 1, y el diverso 25, numeral 1, ambos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[7] los cuales forman parte del, por así decirlo, "bloque de constitucionalidad" del sistema judicial mexicano. Este concepto ha sido introducido a nuestro sistema como consecuencia de las reformas constitucionales de junio de 2011, cuya inspiración fue, en primer lugar, la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 por parte del máximo tribunal.

---

[6] Artículo 17. "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

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

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales…".

[7] "Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter…".

Artículo 25. "Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...".

En esa misma línea, dicho derecho humano, implica, entre otras cosas, la obligación para los juzgadores de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la defensa auténtica.

Así, el ejercicio de control de convencionalidad implica que existan normas tutelares de derechos humanos de fuente nacional que entren en conflicto con aquellas de orden internacional. Los pasos por seguir consisten en: identificar los derechos humanos en conflicto, y determinar cuál es el marco jurídico aplicable al caso concreto, tanto de orden nacional como internacional.

También será necesario allegarse de los criterios jurisprudenciales nacionales y del ámbito interamericano aplicables al caso concreto. Asimismo, se debe de hacer una investigación de los criterios de interpretación de los tratados y convenciones multilaterales que resulten aplicables, lo que en teoría se conoce como el *soft law*.[8]

Concluida esa etapa, se debe hacer un ejercicio de interpretación conforme, a efecto de armonizar las normas de fuente nacional con las de carácter internacional. Solamente cuando ello no fuera posible, entonces se podrá ejercer el control de convencionalidad que implica para las autoridades del Poder Judicial de la Federación la posibilidad de invalidar o inaplicar la norma nacional por contravenir la de fuente internacional.[9]

No pasa inadvertido que la materia de telecomunicaciones es una facultad explícita reservada de manera exclusiva a la Federación en cuanto a su regulación, lo que implica de toda necesidad que las entidades federativas no pueden intervenir en esta materia y que por ello existen jueces de distrito y tribunales colegiados especializados por mandato constitucional, y al respecto, estos órganos jurisdiccionales pueden declarar la invalidez del marco jurídico normativo ejercitando el control de convencionalidad.[10]

Al entrar en materia, tenemos que no obstante las consideraciones previstas en los criterios del año 2015 por parte de los Tribunales Colegiados Especializados y que han quedado transcritos en líneas precedentes, todo apunta a que dichos criterios pudieran ser inconstitucionales e inconvencionales, y en consecuencia, deberían inaplicarse por parte de los órganos jurisdiccionales que conozcan de los incidentes de suspensión en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, pues de no hacerlo, estarían violentando el derecho humano a la tutela judicial efectiva de los agentes económicos que sean sancionados por parte del IFT como máximo órgano en la materia.

---

[8] Criterios de interpretación que realizan los comités implementadores y supervisores de los tratados y convenciones internacionales. No se trata de normas jurídicas, sino de criterios orientadores útiles para realizar labor interpretativa.

[9] Tesis P. LXIX/2011(9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 552, de rubro: "Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos".

[10] Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, abril del 2014, p. 204, de rubro: "Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona", y Tesis: 2a./J. 69/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 555, de rubro: "Control de constitucionalidad y convencionalidad. Condiciones para su ejercicio oficioso por los órganos jurisdiccionales federales".

Ello se afirma, siendo que se atenta contra la esfera jurídica de los concesionarios sancionados por el IFT, puesto que dichas interpretaciones lograron encasillar y dejar sin salida la posibilidad de detener la ejecución (no la emisión) de las multas, cuando lo cierto es que el Órgano Reformador, al momento de emitir la reforma aludida, omitió regular la suspensión, inejecución, o aplazamiento cuando se refieren a las materias de telecomunicaciones y radiodifusión, siendo la única posibilidad de detener la ejecución a través del acto atribuible al Servicio de Administración Tributaria. De ahí que dicha interpretación jurisprudencial no pueda prevalecer en el marco jurídico por haber dejado sin un recurso efectivo a los agentes económicos sancionados.

También se apunta a que dicha jurisprudencia es violatoria de derechos humanos porque restringe todas las posibilidades de acceder efectivamente a una suspensión como medio de defensa respecto de la ejecución de las multas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, aunque, se insiste, es un acto atribuible al Ejecutivo Federal y no al IFT, situación sobre la que, por cierto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se ha pronunciado todavía, sino que únicamente se ha interpretado por parte de los Tribunales Colegiados Especializados.

La razón por la cual en la Constitución federal no se encuentra prevista la inejecución de las multas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión se debe porque el IFT, al no ser la autoridad competente para su ejecución —sino únicamente para su imposición— hace evidente que el aplazamiento de su cobro no debía preverse en dicha norma constitucional, siendo obvio que en contra de la ejecución procede la suspensión por tratarse de la actuación de una autoridad diversa a dicho Instituto y de otra naturaleza muy distinta a la de telecomunicaciones y radiodifusión.

Por lo anterior, salta el siguiente cuestionamiento: ¿Si no procede el aplazamiento constitucional en contra de multas impuestas por IFT, entonces qué recurso efectivo procede?

La respuesta es advertible a todos sentidos, y lo que procede es exactamente la suspensión en materia de amparo, pues bien, no se está paralizando una norma, acto u omisión del IFT porque ello sería caer en la prohibición absoluta del artículo 28 constitucional, pero el cobro de esa multa sí es perfectamente sujetable a suspensión por tratarse de un acto única y exclusivamente atribuible al Servicio de Administración Tributaria, por lo que de ninguna manera puede entenderse que la emisión de la multa y la ejecución del aprovechamiento son dependientes o atribuibles a la misma autoridad responsable.

Se podría llegar a la conclusión que en contra de la ejecución de la autoridad exactora no procede la inejecución ni tampoco la suspensión, lo que es abiertamente contrario a la tutela judicial efectiva como un derecho humano y de ahí se desprende la inconstitucionalidad e inconvencionalidad que reviste, al menos, la jurisprudencia emitida por parte del Segundo Tribunal Colegiado Especializado, razón más que suficiente para demostrar que su inaplicabilidad es válida de conformidad con el propio texto del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicha interpretación podría llegar al extremo de que los gobernados tenemos que situarnos en un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica en el sentido que —du-

rante la tramitación del juicio de amparo— en cualquier momento podría el Servicio de Administración Tributaria cobrar y ejecutar las multas que imponga el IFT, lo que se traduciría en daños de difícil o hasta imposible reparación, y en consecuencia, dejar sin materia el juicio biinstancial, cuando exactamente la intención del legislador fue permitir que la ejecución fuera suspendida en virtud de tratarse de una autoridad totalmente diversa al citado órgano constitucional autónomo y que con ello se daría un *swing* de respiro a los gobernados.

Al respecto, y en un primer momento, pareciera que los juzgadores de amparo (órganos de primera instancia) se encuentran imposibilitados para inaplicar una jurisprudencia que le es obligatoria de conformidad con lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Amparo, al menos, por la que respecta a la emitida por parte del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República.[11]

En esa misma línea, tampoco debe perderse de vista que la obligación de acatar esa jurisprudencia se desprende del propio texto constitucional, en específico, mediante el artículo 94, décimo párrafo, de la Ley Fundamental.[12]

Además, de ninguna manera se omite referir que en la Contradicción de Tesis 299/2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.[13]

Contrario a lo referido, tampoco se puede perder de vista que en lo resuelto por el Tribunal Supremo únicamente se hizo referencia a la jurisprudencia emitida por esa Superioridad, pero no así respecto de los criterios emitidos por órganos jerárquicamente

---

[11] Artículo 217. "La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decrete el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito…".

[12] Artículo 94. "Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

…

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución".

[13] Tesis P./J. 64/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, p.8, de rubro: "Jurisprudencia de la Suprema Corte De Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía".

inferiores. En otras palabras, en la citada Contradicción de Tesis 299/2013, se resolvió que la jurisprudencia del Tribunal Máximo no puede someterse al control constitucional ni tampoco al control convencional. Sin embargo, ello no se hizo extensivo hacia la jurisprudencia emitida por parte de los Tribunales Colegiados de Circuito, como es la emitida por parte del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República.

Así, opuesto a los criterios indicados, se propone que cuando los Juzgadores Federales Especializados conozcan de los incidentes de suspensión en contra de la ejecución de multas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, se encuentran facultados constitucionalmente para inaplicar la jurisprudencia emitida por parte de la entonces integración del multicitado Segundo Tribunal Colegiado Especializado en el año 2015, sin que ello implique una violación al artículo 94, décimo párrafo, de la Norma Suprema ni tampoco al artículo 217 de la Ley de Amparo, puesto que solo así se estaría respetando el nuevo paradigma de derechos fundamentales.

Se afirma que esos órganos están facultados para no aplicar dicha jurisprudencia, en virtud de que es el propio artículo 1° de la Constitución federal que los faculta para hacerlo después de realizar un control constitucional y convencional y que haya sido reprobado por violatorio de derechos humanos, lo que supera las normas que prevén la obligatoriedad de la jurisprudencia de acuerdo a una debida ponderación.

Cuando estemos en presencia de una jurisprudencia no emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación —como es el precedente citado— y que atente contra el orden nacional e internacional en materia de derechos humanos, los Órganos Federales, en el ámbito de su competencia, deberán someterla a los multicitados controles y de no pasarlos o no ser compatible con el bloque constitucional, se debe expulsar de la esfera jurídica de los gobernados a través de su inaplicación y hasta en tanto no se emita una nueva jurisprudencia que desaparezca la violación de derechos humanos.

VI. El aplazamiento constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión

El "aplazamiento constitucional", una nueva figura fruto de la interpretación de la reforma constitucional al multicitado artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII, que pudiera —*lato sensu*— tener como sinónimo una suspensión, inejecución o diferimiento, pero se encuentra previsto expresamente para las multas impuestas por parte de la COFECE, pero la idea central de esta opinión es que esa interpretación sea haga extensible a los actos del IFT en materia de telecomunicaciones y radiodifusión después de una nueva reflexión respecto de la jurisprudencia que lo prohíbe.

Para ello, debemos ir un paso atrás, atender a las notas del citado Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Comunicaciones y Transportes; de

Radio, Televisión y Cinematografía y de Estudios Legislativos, con la opinión de las Comisiones de Gobernación y de Justicia, del Senado de la República, mediante sesión del 18 de abril del 2013**,** respecto de la minuta con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6º , 7º , 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Telecomunicaciones.

De dicha exposición de motivos se advierte de manera inequívoca que el concepto "las autoridades reguladoras" se manejó como un término en plural para toda la reforma en materia de competencia económica, telecomunicaciones y radiodifusión, esto es, por lo que hace a los actos tanto de la COFECE como a los del IFT.

Si bien es cierto que sus actos (en plural) no serán objeto de suspensión como actualmente lo prevé la Constitución Federal y como se ha abordado a lo largo del presente, lo cierto es que la imposición de multas o desinversión de activos, entre otras sanciones, gozaran de la no ejecución durante la tramitación del juicio de amparo, o lo que ya he adelantado como la nueva figura del "aplazamiento constitucional".

En principio no existe razón por la cual deba considerarse que las multas impuestas por el IFT no están sujetas a ese aplazamiento, o, dicho de otra manera, que los agentes económicos no puedan gozar de ese derecho constitucional que les garantiza certeza y seguridad en cuanto a que no se van a ejecutar las multas sino hasta que concluya el juicio de amparo indirecto que, en su caso, se promueva.

No obstante que el artículo 28 constitucional únicamente hace referencia a los actos de competencia económica, ello no quiere decir que se esté excluyendo a las materias de telecomunicaciones y radiodifusión, porque el Poder Constituyente tuvo que haberlo restringido expresamente, por lo que la interpretación del Primer Tribunal Colegiado Especializado es no solo poco flexible, sino que, como se refirió anteriormente, actúa en perjuicio de los gobernados.

Ello es así porque la intención del reformador consiste en evitar que, durante la vigencia de los juicios de amparo, se ejecuten las multas impuestas por las autoridades reguladoras (en plural COFECE e IFT), toda vez que de lo contrario podrían acarrear daños de imposible reparación a los agentes económicos, razón por la cual no existe una justificación —constitucional— para no diferir la ejecución de las multas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.

VII. Conclusiones

Con base en las consideraciones más relevantes respecto del control constitucional y convencional previamente apuntadas, es inconcuso que la jurisprudencia emitida por el Segundo Tribunal Colegiado Especializado de Circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República de rubro: "SUS-

pensión en el juicio de amparo. Es improcedente en contra del cobro coactivo atribuido al Servicio de Administración Tributaria, en ejecución de créditos fiscales determinados por el Instituto Federal de Telecomunicaciones",[14] debiera resultar inaplicable por atentar contra el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, porque deja sin un recurso efectivo al alcance de los gobernados para lograr paralizar el cobro de las multas impuestas por el IFT.

Se estima que si los jueces de amparo continúan con la aplicación de dicha jurisprudencia, podrían afectar negativamente el manejo financiero de los agentes económicos a quienes se les ejecuten las multas impuestas por el IFT, puesto que, el haber promovido el juicio de amparo indirecto y solicitado la suspensión en contra del cobro de dicho aprovechamiento debería ser —se insiste, para efectos de la ejecución— única y exclusivamente atribuible al Servicio de Administración Tributaria, por tratarse de una autoridad exactora y no emisora.

Así, resulta de suma importancia que los juzgadores vuelvan a interpretar el texto constitucional. El no hacerlo, por las razones aducidas, pondría en una franca afectación la tutela judicial efectiva de los concesionarios quejosos, a quienes se han dejado sin un recurso viable y efectivo para suspender, aplazar o diferir la ejecución de multas en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, sin que pase desapercibido que las mismas se imponen con base en los ingresos acumulables, por lo cual, además, los montos de sanción son considerablemente altos y quizás, constituyan de suyo daños irreparables.

Por último, no se deja de lado que el tema de referencia pueda, incluso, suscitar una nueva reforma al multicitado artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que, esta vez, sea claro que sí existe el aplazamiento constitucional a las sanciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión pues sólo así los agentes económicos encontrarían seguridad y certeza jurídica.

En concordancia con lo anterior, sería también necesario que el criterio del Primer Tribunal Colegiado Especializado de Circuito en Materia Administrativa, Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República de rubro: "Instituto Federal de Telecomunicaciones. La regla de inejecución de las multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones que imponga la Comisión Federal de Competencia Económica, hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva en su contra, contenida en el artículo 28, vigésimo párrafo, fracción VII, de la constitución federal, es inaplicable a sus actos",[15] se convierta en inaplicable por atentar contra el artículo 1° de la Constitución federal.

No puede considerarse que el interpretar la figura del "aplazamiento constitucional" a las sanciones del IFT sea contrario a la norma suprema, puesto que no es una restricción elevada a ese rango jerárquico, y en todo caso, debe atenderse al espíritu del

[14] Tesis I.2o.A.E. J/1 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo IV, p. 3364.

[15] Tesis I.1o.A.E.95 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo IV, p. 3533.

constituyente para darse cuenta de que no existe razón para diferenciar la inejecución de multas de COFECE y las del IFT, pues de existir justificación se hubiera prohibido constitucionalmente y de manera expresa. Por tanto, no parecería que sea válido cerrar la puerta de la interpretación extensible a las sanciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión.

Tal y como lo ha reconocido la distinguida Suprema Corte de Justicia de la Nación, es válido colmar una laguna en la Constitución federal siempre y cuando se trate de disposiciones que —por su naturaleza— puedan aplicarse de manera extensiva, sin que ello signifique que proponga su aplicación analógica o por mayoría de razón, pues en todo momento debe acatarse la voluntad del Constituyente.[16] Dicha situación se actualiza en el caso que nos ocupa, pues no se puede afirmar que su intención haya sido el excluir a las sanciones impuestas por el IFT porque de haber sido así, se insiste, se hubiera tenido que restringido expresamente.[17]

Es válido concluir que si bien es cierto el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción VII de la norma suprema prevé el "aplazamiento constitucional" para las sanciones impuestas por la COFECE, también lo es que si no se previó expresamente la prohibición hacia las actuaciones del IFT, es correcto sostener que tratándose de la imposición de multas por ese órgano constitucional autónomo, también cabe la inejecución hasta en tanto no culmine el juicio de amparo, por tratarse de la misma razón donde debe imperar el principio general de derecho *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* y lo que pondría fin a parte al menos del enigma de la suspensión en las materias especializadas recientemente reformadas.[18]

---

[16] Tesis P. LVI/2006, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 13, de rubro: "Interpretación constitucional. La regulación establecida en un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no puede aplicarse por analogía cuando prevé excepciones a reglas generales establecidas en la propia norma fundamental".

[17] Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, de rubro: "Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional".

[18] Dado que, naturalmente, existen otros enigmas que resolver como puede ser la interpretación del concepto de multa y si diversas sanciones previstas en la Ley Federal de Competencia Económica o la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, así como programas de desinversión marcados por las autoridades titulares de dichas leyes, podrían ser o no materia de suspensión en el juicio de amparo.

RESEÑA

Cossío Díaz, José Ramón, *Voto en contra*, México, Debate, 2019.

Francisco González de Cossío*

Voto en contra de José Ramón Cossío: un ejemplo a seguir

Voto en contra por *José Ramón Cossío* (Debate, Penguin Random House Grupo Editorial, 2019, 181 páginas) es muchas cosas. Podría concebirse como testimonio, como disquisición, inclusive como un rendimiento de cuentas. El motivo obedece al recuento de instancias de diferencia de opinión que dicho jurista tuvo respecto de sus hermanos juzgadores en nuestro máximo tribunal. Cualquiera que sea el género literario que prevalezca, lo cierto es que, dado su lenguaje sencillo y elegancia expositiva, es una lectura agradable, además de una aportación erudita.

Concluida su lectura no puedo resistir poner en palabras algunas reflexiones que su obra provoca. Ello incluirá mis pasajes favoritos de *Voto en contra* (§I), así como un reconocimiento por sus aportaciones a mi área de especialización (arbitraje) (§II), finalizando con una apreciación sobre lo que la obra y trayectoria de Don José Ramón Cossío ejemplifica (§III).

I. Pasajes destacados

Dentro de la enorme cantidad de reflexiones que me provocó *Voto en contra*,[1] destacan la postura de don José Ramón Cossío respecto del caso de *cannabis* y su explicación sobre cómo realizar adecuadamente la técnica de interpretación conforme.

[1] Admito que la decisión no fue fácil. Me fascinó la propuesta respecto de la necesidad de contar con traductores e intérpretes en los procesos que involucren a indígenas (capítulo 1) a efecto de cerciorar que el proceso sea "debido", misma que empezaría a tomar pasos para colmar la deuda social existente. Su descripción sobre la cuestión de los tratados internacionales (capítulo 2) me parece profunda. También lo fueron las reflexiones que me propició la cuestión de privacidad y la geolocalización (capítulo 3), el repudio que merece la praxis actual sobre el arraigo (capítulo 4). Pero una reseña no tiene que *agotar*, y más cuando hacerlo implicaría una disquisición extensa dada la profundidad y sabiduría de la obra en comento.

* Doctor y maestro en Derecho por la University of Chicago Law School, licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, especialista en arbitraje y competencia económica.

1. Cannabis

En el capítulo 9 don José Ramón Cossío critica los efectos de la sentencia de amparo de 2015 que resolvió sobre el uso lúdico de la marihuana. Su crítica me parece atinada en varios niveles.

Comencemos con la premisa: la política prohibicionista de las drogas de los últimos 50 años ha fracasado.[2] ¡Eureka! Hasta que un actor social trascendente lo reconoce. La clase preparada lleva mucho tiempo advirtiendo cómo la política pública actual (nacional e internacional) respecto de la droga no sólo no resuelve el problema, sino que lo exacerba. Muchos pensadores llevan tiempo haciendo ver que la solución incluye la despenalización, y una aproximación diversa al problema. Luego entonces, como punto de partida para dar una respuesta que el máximo tribunal debe dar al cuestionamiento implícito en el amparo resuelto, me parece atinado.

Segundo, la decisión de la Corte implicaba un pronunciamiento general respecto de la política nacional de las drogas. El doctor Cossío opinó que no debía otorgarse una autorización sin acompañarla de lineamientos para el establecimiento de una política pública integral en materia de drogas.[3] Las observaciones tienen como trasfondo la concepción de dicho pensador de lo que es, debe, y puede ser un Tribunal Constitucional. Para quien ha seguido con emoción la trayectoria de nuestro máximo tribunal como tribunal constitucional desde 1994, y quien siente orgullo por lo que se ha logrado, las observaciones del doctor Cossío se erigen en una estrella polar de lo que sigue. Es hora que nuestro máximo tribunal exija más de los otros poderes. *La mediocridad y ambivalencia en el diseño de políticas públicas puede ser inconstitucional*. Si el Constituyente hace un mandato, debe ser acatado. Y su determinación puede corresponder al tribunal constitucional. Contestar que ello es difícil no es aceptable. La respuesta es conformista; y nos perpetuaría en un estado deplorable de las cosas. Además, descuida la capacidad (preciosa) que tenemos de resolver problemas y la profundidad de la ciencia de las políticas públicas (*public policy*, como se le conoce en las mejores universidades del mundo).

Don José Ramón Cossío critica: "Nuestra sentencia se quedó corta".[4] Su sugerencia de que:[5]

> La Suprema Corte exhorte a todas las autoridades del Estado mexicano involucradas en la política pública nacional en materia de drogas a revisar el modelo prohibicionista a fin de replantear el marco normativo para evitar la violación de los derechos humanos de los gobernados y enfocar el problema desde el punto de vista de la salud pública integral…

---

2 Cossío Díaz, José Ramón, *Voto en contra*, México, Debate, 2019, p. 129.
3 *Ibidem*, p. 134.
4 *Ibidem*, p. 136.
5 Ibidem, p. 139.

Es nada menos que emocionante. El que un poder le abra los ojos a los otros dos respecto de un yerro crónico es algo que no debe reprocharse, sino agradecerse. Implica aceptar que los poderes colaboran en la finalidad última de nuestro gobierno *in toto*: hacer un México mejor. Que nuestro Poder Judicial *qua* tribunal constitucional no es sólo un "legislador negativo". Es la auténtica garantía jurisdiccional de la Constitución. La forma en que la Constitución cobra vida. El mecanismo a través del cual se filtran sus cánones en toda nuestra sociedad. La forma de cerciorar que, si el Constituyente originario o permanente dirige una instrucción a los poderes constituidos, ello no quedará en poesía. Dicha visión hace de la Constitución un instrumento vivo, vibrante y exigente para todos.

México necesita un Tribunal Constitucional no sólo reactivo, sino proactivo. Uno que lleve la idea de la Constitución a todas las esquinas de nuestro sistema jurídico, que exija más de los otros poderes. El doctor Cossío tiene razón: el problema del tráfico de drogas es tal que se requiere una política pública nueva y comprensiva. Totalitaria. No soluciones casuistas. Parches y remaches que lo único que crean son situaciones disonantes con el resto de la realidad, y espacios que propician otros problemas que agravan el *quid* medular. Por lo anterior, considero atinado el título que le confirió al capítulo: "La necesidad de pensar en grande".[6]

Es mi esperanza que los efectos de la sentencia de amparo que Don José Ramón Cossío hubiera querido para la cuestión de la marihuana algún día persuadan a la mayoría (y de preferencia unanimidad) de los ministros de nuestro máximo tribunal en este y otros problemas delicados que aquejan. La sociedad se los agradeceríamos.

2. Interpretación conforme

El doctor Cossío considera cuestionable el análisis que en ciertos casos ha efectuado la Suprema Corte sobre lo que se conoce como "interpretación conforme". La explica así:[7]

> El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución consiste en la apreciación de que una ley no ha de ser declarada nula cuando alguna de las interpretaciones posibles que se le puedan dar esté en consonancia con la Constitución. Para ello, se aplica una técnica que consiste en determinar las diversas posibilidades de interpretaciones que tienen una norma y se escoge la que está más acorde con la Constitución, rechazando aquellas que la vulneran.

Al respecto, hace una advertencia y una aclaración que merecen eco. La *advertencia* es que "su aplicación debe ser clara y escrupulosa, sin que se generen fraudes a la ley o francas tergiversaciones a la obra legislativa".[8] La *aclaración*: "los operadores del derecho también son ciudadanos". La implicación: *todos hacemos interpretación*

---

[6] *Ibidem*, pp. 127 y ss.
[7] *Ibidem*, pp. 177 y 178.
[8] *Ibidem*, p. 179.

conforme. Esto es importante tener en mente, pues mucha reticencia sobre cómo usarla descansa en malentenderla. En la Décima Época todos hacemos interpretación conforme.

La *interpretación conforme* es, antes que nada, *interpretación*. Y cuando ante una norma que admite más de una interpretación, su intérprete —quienquiera que sea— está constitucionalmente obligado a preferir la interpretación que pone la norma en línea con nuestra Constitución.

De seguirse, el postulado encierra un ideal precioso, además de útil: la Constitución vive y circula en toda la sociedad, gracias a que todos somos agentes de la misma.

II. El Dr. Cossío y el arbitraje

En su trayectoria el doctor José Ramón Cossío realizó aportaciones importantes en mi área de especialización y actividad profesional: el arbitraje (§A). No encuentro mejor manera de honrar las ideas que dicho jurista defiende que comunicar algunas instancias de desacuerdo (§B) en aras de lograr el propósito último de *Voto en contra*: la esperanza que ello pueda llegar a ser un elemento de reflexiones futuras.[9]

A) Aportación al arbitraje

El doctor Cossío realizó aportaciones importantes sobre la noción e implementación del principio *compétence-compétence* (§1), la naturaleza del arbitraje (§2), la definición de orden público (§3), y la relación entre acciones colectivas y el arbitraje (§4). A continuación, las resumo.

1) *Compétence*

José Ramón Cossío y Olga Sánchez Cordero hicieron un voto particular (disidente) en el caso mexicano emblemático sobre *compétence de la compétence*: el principio de derecho arbitral que sostiene que el árbitro es el primer juez de su jurisdicción. Opinaron que:[10]

> …para dilucidar lo que jurídicamente debe ocurrir en los casos en que una de las partes ejerce la acción de nulidad de la cláusula compromisoria y, a su vez, la relativa al cumplimiento del contrato … sólo los árbitros … son quienes, única y exclusivamente, deben resolver toda controversia, suscitada o suscitable, incluyendo aquélla que pueda

[9] *Ibidem*, p. 14.

[10] "Voto de minoría que formulan los ministros Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz, en relación con la contradicción de tesis 51/2005-ps, suscitada entre los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo en Materia Civil del Primer Circuito". Decisión de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 11 de enero de 2006.

> suscitarse respecto de la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral…
>
> Así, el artículo 1424 del Código de Comercio, mismo que establece: "El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible…", no debe interpretarse en el sentido absurdo de que los jueces o tribunales estatales son los únicos competentes para resolver sobre la acción de nulidad ejercida por alguna de las partes respecto de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral… toda controversia… incluyendo aquélla relativa a la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberá ser resuelta, única y exclusivamente, por el árbitro o tribunal arbitral designado, pues se evidencia que la voluntad de las partes tiene como inminente propósito renunciar a la jurisdicción del Estado…
>
> [la] resolución emitida por jueces o tribunales estatales [sobre] la validez, nulidad o inexistencia de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral… acabaría violentando el principio de autonomía de la voluntad de las partes, de modo tan alarmante, que se vería pisoteado tanto su sano albedrío…

La postura es correcta. La mayoría de la Sala erró al decidir la contradicción 51/2005 como lo hizo.[11] Afortunadamente, el criterio fue corregido siguiendo la visión del doctor Cossío mediante la inclusión en enero 2011 de los artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio.

2) *Naturaleza del arbitraje*

Durante la saga *Infored* existió una intervención aguda por parte del (entonces) ministro Cossío. La Suprema Corte ejerció la facultad de atracción y emitió una explicación de 12 párrafos sobre la naturaleza del arbitraje.[12] El doctor Cossío fue el ministro ponente. De la misma, destaca:[13]

> Concepto y naturaleza jurídica del juicio arbitral
>
> …no debe entenderse que tal atribución de administrar e impartir justicia es única y exclusiva de los jueces o tribunales estatales, pues la propia legislación instituye el de-

[11] Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006, Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito, cuyo rubro resume el razonamiento: "Arbitraje comercial. Competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 1,424 del Código de Comercio, corresponde al juez y no al tribunal arbitral".

[12] Amparo en Revisión 2160/2009, Primera Sala, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 8 de septiembre de 2010, Unanimidad de 4 votos.

[13] *Ibidem,* pp. 35 – 38.

> recho de los particulares de someter determinados conflictos a alguno de los referidos procedimientos alternos de solución de controversias…
>
> …el arbitraje… el medio alterno de solución de controversias con mayor desarrollo, demanda e instauración en el ámbito mercantil, tanto en la esfera nacional como internacional representa un instrumento viable y eficaz…
>
> Deben destacarse dos aspectos fundamentales del acuerdo de arbitraje, primero: La validez y el reconocimiento de la jurisdicción cierta y determinada del árbitro o tribunal arbitral designado por las partes y, segundo: La incompetencia de los jueces o tribunales estatales para conocer de aquellos conflictos que hayan sido explícitamente sometidos a procedimiento arbitral.
>
> …la jurisdicción de un árbitro… se demuestra la intencionalidad de las partes de prescindir del Poder Judicial del Estado.

La visión expuesta está en línea con la mejor visión del concepto jurídico "arbitraje".

3) *Definición de "orden público"*

La sentencia emitida con motivo del *amparo en revisión 755/2011 (Derivado de la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 78/2011)* de 13 de junio 2012, nutriendo su razonamiento de un ensayo publicado en la revista del Club Español del Arbitraje,[14] adoptó la siguiente noción sobre "orden público", uniéndose —en opinión de este autor— a la corriente mundial "minimalista" de dicho concepto:

> …un laudo arbitral es *contrario al orden público* y que, por ende, constituye una causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.

El paso es analíticamente acertado y ha establecido un derrotero que ha sido plausiblemente seguido por el resto del Poder Judicial mexicano, inclusive en casos difíciles (como ocurrió en el amparo directo 71/2014).

4) *Acciones colectivas y arbitraje*

El de 24 septiembre de 2014, al atender el amparo directo 33/2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se hizo la siguiente pregunta: "¿Puede la autoridad judicial de primera instancia fundar oficiosamente su incompetencia para no

[14] Gonzalez de Cossío, Francisco, "Hacia una definición mexicana de «orden público»", *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 4, Madrid, 2009.

conocer del procedimiento colectivo en la existencia de una cláusula arbitral contenida en el contrato base de la acción?". La sentencia contestó que *no*. Razonó:

> La respuesta a la anterior interrogante es en sentido *negativo*, pues … privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que buscan obtener con la promoción de una acción colectiva y los cuales no se pudieran conseguir con el trámite de procedimientos individuales. Entre estos beneficios se encuentran la oportunidad de que otros miembros de la colectividad que están en la misma situación se adhieran y así lograr desincentivar posibles abusos y malas prácticas por parte del proveedor, así como el beneficio de una sentencia que brinde un estatus homogéneo a la colectividad y de este modo evitar posibles fallos contradictorios que se pueden generar con la promoción de diversos procedimientos individuales.
>
> El hecho de que la acción sea divisible significa que existe un vínculo jurídico obligacional independiente entre cada miembro de la colectividad y el demandado. Por tanto, se puede determinar individualmente el daño o la afectación que sufrió cada miembro de la colectividad. Los derechos, en este caso, son esencialmente individuales y sólo incidentalmente colectivos. Los miembros de la colectividad se agrupan por economía procesal y para dar oportunidad a otros afectados de adherirse a la demanda, siempre y cuando prueben que son titulares del derecho y que éste fue vulnerado; lo anterior en aras de brindar una vía procesal para las personas que han sido afectadas, pero no cuentan con los medios para ejercer su derecho**.** Los derechos individuales homogéneos son auténticos derechos individuales; éstos pueden ser objeto de las acciones colectivas porque existen de manera plural; tienen un origen fáctico común, y su contenido sustantivo es homogéneo.
>
> En el caso en concreto, considerar al arbitraje como el medio idóneo para la resolución de controversias entre las partes haría nugatorio los derechos de la colectividad consumidora, toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses; y segundo se le estaría privando de todas los beneficios que traen aparejados los procedimientos colectivos, tales como la determinación de los derechos de una forma uniforme, pues la sentencia que concluye el procedimiento colectivo brinda el mismo estatus al grupo frente al mismo hecho. Esta situación no se podría lograr mediante procedimientos arbitrales independientes, pues los laudos que concluyan dichos procedimientos podrían llegar a ser contradictorios.

Sostuvo que:

> …esta Primera Sala determina que la respuesta a la segunda interrogante, como ya se adelantó, es en sentido *negativo*, pues la cláusula arbitral no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia se niegue a conocer de la acción colectiva individual homogénea, toda vez que, en primer término, la aplicación irrestricta de disposiciones civiles y mercantiles desconocería que estamos frente a una

> relación de consumo regulada en disposiciones constitucionales y legales; en segundo, se estaría privando a la colectividad consumidora del medio idóneo establecido en el texto constitucional para defender sus derechos como consumidores y, finalmente, se estaría contribuyendo a que se acentúe la asimetría existente entre proveedores y consumidores, en la cual este último generalmente es la parte débil.

La respuesta ha sido malentendida por algunos. La idea que propuso el doctor Cossío, quien actuó como ponente de la Sala, es profunda y atinada. Es la que en *Arbitraje*[15] he llamado la "tesis de coexistencia": el derecho a seguir un proceso arbitral y el de ser parte de una acción colectiva coexisten. Pero *electa una vía, non datur recursus ad alteram*. Es la solución más profunda al dilema que enfrentaba la Corte, y que ha generado decisiones sub óptimas en otras jurisdicciones.

B) Diferencias

Son pocas las instancias en que he detectado diferencia de opinión con el doctor Cossío. A continuación, comento un par que versan sobre temas profundos y sutiles, y cuyo relieve está en el centro del huracán del debate del gremio arbitral mexicano: el arbitraje y la constitución (§1) y el nivel de revisión de laudos (§2).

1) *Arbitraje y constitución*

Recientemente, en lo que algunos consideramos una de las sentencias más atinadas y progresivas que ha emitido nuestro Poder Judicial respecto de arbitraje, Don José Ramón Cossío se apartó de la mayoría en un párrafo conciso pero preñado de contenido. Su primera oración dice:[16] "Respetuosamente disiento con las consideraciones del proyecto respecto a las consecuencias de la constitucionalización de los medios alternativos de solución de conflicto pues no acarrean consecuencias prácticas al asunto en cuestión ni tampoco su constitucionalización ha creado una libertad nueva".

Don José Ramón Cossio difiere respecto de las consecuencias sobre la constitucionalización de los mecanismos alternativos de solución de controversias ("MASC"), considerando que *(1)* no acarrean consecuencias prácticas y *(2)* no se ha creado una nueva libertad.

Sobre *(1)* propongo que existen consecuencias positivas de aceptar la idea que existe un derecho constitucional dentro de la oración "las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias" contenida en la primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución. En la medida en que se acepte que el texto —cotejado con la voluntad legislativa que lo antecede y le dio origen— encierra un derecho constitucional, las consecuencias serían que existe un derecho que el Constituyente

[15] González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 5a., México, Porrúa, 2018, p. 466.
[16] Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo 71/2014.

permanente nos ha conferido, que el Poder Judicial como intérprete de nuestro texto constitucional debe discernir. Al respecto, he propuesto que este derecho tiene un núcleo duro y un área de penumbra.[17] El núcleo duro sería (*i*) *compétence*, (*ii*) remisión, (*iii*) el principio de no intervención contenido en el artículo 1421 del Código de Comercio. El área de penumbra es una cuya importancia no debe menospreciarse, particularmente dada la energía e ingenio que algunos muestran para entorpecer acciones enderezadas en su contra en arbitraje.

Sobre *(2)*, diversas jurisdicciones han adoptado la visión que el derecho al arbitraje es una expresión de la libertad. En ello, Don José Ramón tiene razón pero no es claro que nuestro constitucionalismo haya adoptado esta visión. Es cierto que la Constitución de Cádiz contenía una mención del arbitraje, pero la Constitución de 1917 no la tenía. Fue hasta la modificación de 2008 que se incluyó. Previo a ello, existieron cuestionamientos sobre la constitucionalidad del arbitraje, todos los cuales fueron rechazados. El argumento que prevaleció fue que el arbitraje era producto de la libertad contractual, y no hay nada en la Constitución o ley secundaria que lo vede. Por ende, de la misma manera que el contrato de arrendamiento no tenía que contar con zoclo constitucional para considerarlo válido, tampoco era necesario que el arbitraje lo tuviera. Está implícito dentro de la autonomía de la voluntad.

Ante dicho trasfondo, debe evaluarse el contenido y trascendencia de la inclusión de la oración: "las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias" en el cuarto párrafo del artículo 17. Concluir que es reiterativa de un derecho ya existente sería contrario a principios de hermenéutica legal y constitucional.[18] Se trataría de una interpretación vacua. Mejor lectura —propongo— es considerar que, leídos los antecedentes de nuestro Constituyente Permanente, existe una voluntad legislativa: el brindar un derecho *de rango constitucional* utilizable en instancias diversas para cerciorar que el pacto de las partes de usar arbitraje es respetado.

Esto último es lo pragmático de la idea. No deja de sorprender lo que están dispuestos a hacer quienes desean derrocar una acción. El que se proporcione un arma de calibre constitucional a quien desea que el pacto de arbitrar se respete no debe menospreciarse. Piénsese por ejemplo en un amparo legalidad en contra de una medida precautoria judicial que tenga por objeto suspender un proceso arbitral (las vilipendiadas *anti-suit injunctions*). Otro ejemplo puede ser un amparo legalidad en contra de una decisión judicial que busca destazar de contenido un proceso arbitral al ordenar que se tomen ciertos pasos para resguardar una *litis* en vías de ser conocida por un tribunal arbitral.[19] Otro puede ser defender la jurisdicción de un árbitro recusado y hostigado por la parte

---

[17] He propuesto esta idea en "El derecho humano arbitral: el derecho fundamental a contar con procesos arbitrales libres de interferencia Judicial", para luego explayarla en "Dando contenido al derecho humano arbitral" (que fue mi presentación ante el XV Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C.) y en *Arbitraje* (*cit.*, capítulo XV). Me es grato reportar que la idea ha ganado adeptos, y creo que es un desarrollo positivo en nuestro parque legal dadas las consecuencias que puede arrojar. Dado el respeto intelectual que le tengo al ministro en retiro Don José Ramón Cossío, me interesará conocer su opinión.

[18] Por ejemplo, el principio *pro homine*.

[19] Como ocurrió en un caso que por motivos de confidencialidad no detallo.

que desea derrocar un proceso arbitral.[20] Los casos no son teóricos, han ocurrido en la experiencia mexicana y han puesto a pensar a unos, y a temblar a otros.

Aceptar que en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución existe un derecho de raigambre constitucional con un núcleo duro preciso, y con un área de penumbra así como linderos que deben ser discutidos y judicialmente tejidos,[21] es un paso que acarrearía consecuencias deseables. Buena teoría jurídica.

2) *Estándar de razonabilidad y la revisión de laudos*

Don José Ramón Cossío hace una apreciación atinada e interesante, pero matizable, respecto del estándar de razonabilidad de los laudos. Dice:[22]

> …el estándar de razonabilidad manejado por el proyecto respecto a la revisión judicial de los laudos vulnera el principio pro arbitraje y, el principio de la competencia, pues el juez sólo se encuentra obligado a la verificación de los supuestos de nulidad previstos en el artículo 1457 del Código de Comercio y no a realizar un ejercicio de razonabilidad que involucra una interpretación jurídica que podría convertir al juez en una peligrosa segunda instancia, lo que va en contra del espíritu mismo del arbitraje.

Tengo tres observaciones sobre la cita. Primero, el párrafo es un llamado enérgico que todo juzgador debe tener en mente: "el juez… no [puede] realizar un ejercicio… que podría convertir al juez en una peligrosa segunda instancia… va en contra del espíritu del arbitraje". No sólo porque rebasa su jurisdicción, sino porque sería contrario al pacto de las partes.

Segundo, el doctor Cossío tiene razón que el *quid* en el juicio de nulidad y ejecución de laudos, no es si su contenido es *razonable*, sino si se actualiza una causal para anular o rehusar ejecutar.

Tercero, cuando la sentencia del amparo directo 71/2014 en comento presenta el estándar de razonabilidad, lo hace no para analizar la validez o no-ejecutabilidad de un laudo, sino como estándar de análisis de una decisión jurisdiccional.[23] Y ello toca un dilema profundo: el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción, ello es aceptado. (Ello es *compétence*: el primer juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro). Pero, el segundo juez (el juez definitivo) es el juez competente. Ello detona una paradoja: si se toma la postura que los laudos son definitivos y no-revisables de fondo más que para determinar si se actualiza una causal de nulidad o no ejecución, ello querría decir que no hay forma de controlar si la decisión de jurisdicción del árbitro es correcta. Siendo cosa juzgada,

---

[20] Como me ocurrió en un caso por una parte que mal-recusó (por varios motivos) aduciendo cosas falsas, y solicitando la ayuda del poder judicial para que me ordenara a no emitir laudo. Al defenderme esgrimí el derecho humano arbitral en la forma descrita. Me es grato reportar que los cinco juzgadores que conocieron de las recusaciones rechazaron la táctica.

[21] Desarrollo esta idea en *Arbitraje*, *cit.*, p. 1187 y ss.

[22] Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo 71/2014.

[23] De conformidad con el tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio, y artículos 1457(I)(a) y artículos 1462(I)(a) del Código de Comercio.

los laudos jurisdiccionales no pueden ser revisados en cuanto al sustento analítico de su conclusión. Ello sería contrario al tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio; sería contrario a *compétence*; y, sobre todo, querría decir que se confiere un cheque en blanco a los árbitros al decidir sobre su jurisdicción.

Ello no puede ser correcto. Ello no puede ser lo que significa *compétence*. La respuesta al dilema está en aceptar que, *en materia de jurisdicción, y* 'sólo' *jurisdicción*, el juez puede analizar si la decisión del árbitro es correcta. Pero esto, en sí, encierra una problemática: ¿cómo cerciorarse de que el juez no sobrepone su criterio al del árbitro? (lo cual es la advertencia materia del primer comentario). No es lo mismo analizar si la decisión es incorrecta a si la decisión es la que el juez hubiera adoptado. Lo primero es lo que se desea permitir; lo segundo no. La respuesta al dilema que adoptó la Primera Sala es interesante:[24]

> …esta Sala precisa que cuando en sede judicial se resuelva sobre la validez o nulidad de un acuerdo arbitral, o bien, sobre el exceso en la competencia de un tribunal arbitral sobre lo pactado en el acuerdo arbitral, la autoridad judicial, ante una duda razonable sobre la actualización de la competencia del tribunal arbitral, no debe preferir fallar en favor de la jurisdicción del Estado, esto es, no cabe afirmar *ex ante* la existencia de un principio *pro actione* en favor de la jurisdicción del estado, pues, a diferencia de antes de la reforma de junio de dos mil ocho, ahora lo que se busca es la optimización de dos derechos de naturaleza constitucional —de acceso a la justicia y de acceso a los medios alternativos de conflictos cuando la legislación lo permita—…
>
> los jueces no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino simplemente verificar si la interpretación del tribunal arbitral es *razonable* y declarar inválido el laudo si la determinación en que se basa la afirmación de su competencia es *caprichosa o arbitraria.*[25]

Explica que:[26]

> …cuando un tribunal arbitral interpreta los términos de un acuerdo arbitral debe hacerlo sobre la base de un método interpretativo razonable; sin embargo, no debe sentirse compelido a seguir la metodología de interpretación escogida por el poder judicial, ni debe buscar anticipar cuál de las opciones interpretativas será la preferida por la autoridad judicial encargada eventualmente de reconocer su validez y ordenar su ejecución o de someter a evaluación su invalidez.
>
> Un mero desacuerdo interpretativo entre métodos igualmente razonables no es fundamento para que un juez determine la invalidez de un laudo arbitral.

---

[24] Sentencia derivada del Amparo directo 71/2014, § 285.
[25] Sentencia derivada del Amparo directo 71/2014, § 325 *in fine*.
[26] Sentencia derivada del Amparo directo 71/2014, § 326 y 327.

Finaliza con una síntesis de su propia ruta analítica:[27]

> …al evaluar si un laudo arbitral es nulo sobre la base de lo establecido en la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio, ya sea porque *1)* se resuelva una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o bien, se resuelva una cuestión que exceda los términos del dicho acuerdo o *2)* cuando el procedimiento arbitral no se ajuste al acuerdo celebrado entre las partes …el juez …debe …acudir al texto del acuerdo arbitral …y determinar si los términos empleados por las partes son claros y precisos respecto de los límites de la competencia de los árbitros… De resultar incorrecta la decisión del tribunal arbitral, el laudo debe declararse nulo. Sin embargo, si los términos utilizados por las partes son ambiguos, vagos o indeterminados, entonces la autoridad judicial debe evaluar si la interpretación del tribunal arbitral es *razonable* y de ser el caso, reconocer su validez y sólo declarar nulo en laudo en caso de resultar arbitraria o caprichosa (énfasis añadido).

Lo plausible del análisis propuesto por la sentencia, y que, gracias al ojo de águila del ministro en retiro, don José Ramón Cossío, podemos depurar analíticamente, es que *tiene que haber un estándar de análisis de un laudo jurisdiccional que no implique apelación, pero tampoco sustituya el criterio del árbitro por el del juez*. El propuesto por la mayoría de la Primer Sala es "razonabilidad": si la interpretación del tribunal arbitral sobre el texto que motiva el cuestionamiento jurisdiccional es *razonable*, no caprichosa o arbitraria, es respetable. El laudo será válido.

Esto es —en mi opinión— una solución que no desdice derecho arbitral. Una aportación inteligente del Poder Judicial mexicano a un dilema profundo del derecho arbitral. Habrá que ver cómo se vive en la praxis judicial dicho estándar. Por lo pronto, este autor considera que el paso es interesante.

III.Comentario final: la obra y trayectoria de Cossío a la luz de la coyuntura nacional y mundial

Tenemos todo para prosperar; todo para ser felices. Observo, sin embargo, a un mundo en retroceso. En decadencia inclusive, plagado de ira y de pasos que sólo se explican por la misma, pero que lejos de apaciguar, lamentablemente la acentuarán. Los motivos son varios, y no son objeto de esta nota. Lo que motiva que cite nuestra coyuntura con preocupación es que una solución a los problemas que vivimos es la que comunica la obra materia de esta reseña.

Mucha de nuestra problemática actual reside en que muchos actores sociales importantes usan retórica bonita para hacerse de puestos importantes para luego usarlos

[27] Sentencia derivada del Amparo directo 71/2014, § 328.

en *su* beneficio propio, no aquel para el que se les confió. En vez de citar los (muchos) ejemplos que justifican la apreciación, y que seguramente le pasan por la mente al lector de estas líneas, prefiero citar el ejemplo inverso: personajes como el doctor José Ramón Cossío Díaz.

Lo que a este autor le comunica la vida y obra de Don José Ramón Cossío, y que su libro da una ocasión para reconocer, es justamente lo que nos falta: *institucionalidad*. Necesitamos gente inteligente y preparada que tome con seriedad e idealismo las responsabilidades que asumen. Personas que comulgan con la convicción de que *estamos todos juntos en esto*. Y cada quien tenemos un papel que jugar, si hacemos lo que debemos hacer, ponemos nuestro granito de arena para mejorar, y nos hacemos parte de un proceso mayor que nos beneficia a todos.

Ese es, en mi opinión, el ejemplo que comunica la vida y obra de José Ramón Cossío en general, y *Voto en contra* en particular, y que tanto nos falta en el mundo que estamos viviendo.