

PRAXIS

DE LA

JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA



Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa

- LA JURISPRUDENCIA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
- LAS AGUAS NACIONALES COMO PATRIMONIO DEL ESTADO.
- LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. ALGUNOS ASPECTOS TEÓRICOS Y ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO.
- PATRIMONIO NACIONAL, TERRITORIO INSULAR.
- ESPECTRO RADIOELÉCTRICO (CAMBIAR)
- LA EXPLICACIÓN DE LA FECHA DEL BICENTENARIO ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL, MÉXICO Y LA DOCTRINA UTI POSSIDETIS.
- APLICACIÓN DEL PRINCIPIO "NON BIS IN ÍDEM" EN EL ÁMBITO FISCAL.
- LA (IN) DEFINICIÓN DEL DERECHO.
- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.
- EL PODER JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA EN 2009, ESTADO DE ARTE.

PRAXIS

DE LA

JUSTICIA FISCAL Y

ADMINISTRATIVA



Revista Núm. 4, Año II, 2010



Instituto de Estudios
sobre Justicia Fiscal
y Administrativa

PRAXIS
DE LA
JUSTICIA FISCAL Y
ADMINISTRATIVA

DIRECTORIO

Mag. Francisco Cuevas Godínez

Presidente del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

JUNTA DE GOBIERNO

Mag. Francisco Cuevas Godínez

Mag. Guillermo Domínguez Belloc

Mag. María del Consuelo Villalobos Ortíz

Mag. María Áurea López Castillo

Mag. Juan Ángel Chávez Ramírez

Editor: Lic. Minko Eugenio Arriaga y Mayés

Director del Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa

SUBDIRECCIÓN DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN

Maestra Xochitl Garmendia Cedillo

Directora de la Revista

Lic. Jessica Daniella Castro Casillas

C. Alejandra Abril Mondragón Contreras

Revisión y Cotejo

LDG. Dulce María Castro Robelo

Diseño Gráfico y Formación Editorial

CONSEJO EDITORIAL:

Mag. Maestra Adriana Cabezut Uribe

Mag. Doctor Gustavo Arturo Esquivel

Mag. Doctor Sergio Martínez Rosaslanda

Doctor Jorge Alberto Witker Velasquéz

Doctor Raymundo Gil Rendón

Doctor Miguel López Olvera

PRAXIS DE LA JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, año 2, Num. 4, mayo- septiembre 2010, es una publicación cuatrimestral editada por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Torres Adalid No. 21, Col. Del Valle Norte, Delegación Benito Juárez, C.P. 03100. Tel. 5003700, <http://www.tfjfa.gob.mx>, Editor Responsable: Lic. Minko Eugenio Arriaga y Mayés. Reservas de Derechos No. 04-2009-082810196600-106, Número ISSN -En Trámite- Licitud de Título -En Trámite- Licitud de Contenido -En Trámite-, ambos otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Responsables de la última actualización. Maestra Xochitl Garmendia Cedillo, Directora de la Revista, Subdirectora de Análisis e Investigación; Lic. Jessica Daniella Castro Casillas; C. Alejandra Abril Mondragón Contreras, Revisión y Cotejo; LDG. Dulce María Castro Robelo, Diseño Web y Formación Editorial. Torres Adalid No. 21, Col. Del Valle Norte, Delegación Benito Juárez, C.P. 03100. Tel. 5003700.

LAS OPINIONES EXPRESADAS POR LOS AUTORES NO NECESARIAMENTE REFLEJAN LA POSTURA DEL EDITOR DE LA PUBLICACIÓN.

QUEDA ESTRICTAMENTE PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LOS CONTENIDOS E IMÁGENES DE LA PUBLICACIÓN SIN PREVIA AUTORIZACIÓN DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.

CONTENIDO

La Jurisprudencia en el Juicio Contencioso Administrativo.	7
MAG. DOCTOR SERGIO MARTÍNEZ ROSASLANDA	
Las Aguas Nacionales como Patrimonio del Estado	33
MAG. MAESTRA ADRIANA CABEZUT URIBE	
LIC. NORMA TIENDA DÍAZ	
La Concesión Administrativa. Algunos aspectos Teóricos y Análisis de un caso práctico	56
MAG. MAESTRA LUZ MARÍA ANAYA DOMÍNGUEZ	
MAG. MAESTRA MARÍA CONCEPCIÓN MARTÍNEZ GODÍNEZ	
MAG. MAESTRA MARÍA TERESA OLMOS JASSO	
Patrimonio Nacional. Islas, Territorio Insular Mexicano	106
MAESTRA XOCHITL GARMENDIA CEDILLO	
"Regulación del Espectro radioeléctrico en México" Análisis de la Derogada Ley Televisa	198
MAESTRO MIGUEL ÁNGEL PÉREZ MARTÍNEZ	
MAESTRO FERNANDO PARDO HERNÁNDEZ	
LIC. GUADALUPE DEL CONSUELO ZURITA MEZQUITA	
La explicación de la fecha del Bicentenario ante el Derecho Internacional, México y la Doctrina Uti Possidetis.	244
DOCTOR JUAN DE DIOS GUTIÉRREZ BAYLÓN	
Aplicación del principio "Non Bis In Ídem" en el Ámbito Fiscal.	260
DOCTOR JOSÉ RAMÓN MORALES HERNÁNDEZ	
La (In) Definición del Derecho	323
MAESTRO ALFONSO E. OCHOA HOFMANN	
Los Derechos Fundamentales y la Impartición de Justicia	337
DOCTOR RAYMUNDO GIL RENDÓN	
El Poder Judicial Electrónico en Iberoamérica en el 2009, Estado del Arte.	358
DOCTOR JOSÉ MIGUEL BUSQUETS	

LA JURISPRUDENCIA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Magistrado Doctor Sergio Martínez Rosaslanda

Agosto 2010

ABSTRACT: La jurisprudencia constituye una fuente formal del Derecho y particularmente del Derecho Administrativo, constituye en su aspecto esencial una interpretación obligatoria de la ley, lo cual implica no sólo el conocimiento de su existencia, sino a su vez la debida interpretación de la propia jurisprudencia. A partir de 1981 se introdujo un precepto legal que no sólo establece la obligatoriedad de la jurisprudencia, sino que sanciona su incumplimiento. Este ensayo en su parte esencial, pretende demostrar que el incumplimiento de la jurisprudencia debe restablecerse, a través de la posibilidad de hacer valer un recurso procesal específico y por lo que toca a la sanción derivada del incumplimiento de la jurisprudencia, que esta última medida es contraria a la autonomía del juzgador que se desprende de los artículos 17, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

SUMARIO: Introducción. I.- La Evolución Histórica del Concepto de Jurisprudencia. II.- La Jurisprudencia. 1.- Concepto de Jurisprudencia. 2.- Interpretación Jurisdiccional de la Ley. 3.- Definición de Interpretación de la Ley. III.- Métodos o Escuelas de Interpretación. 1.- Escuela Exégetica o Método Tradicional de Interpretación Gramatical o Literal. 2.- Escuela Alemana del Derecho Libre o Jurisprudencia del Derecho Libre. 3.- Método de la Libre Investigación Científica del Derecho. IV.- La Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación. V.- La Jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. 1.- La Obligatoriedad de la Jurisprudencia. 2.- Recursos para Controvertir la Violación de la Jurisprudencia. 3.- El Restablecimiento de la Aplicación de la Jurisprudencia. 4.- La Sanción por Violación a la Jurisprudencia y la Autonomía del Juzgador. Bibliografía. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es el resultado de la problemática observada en el desempeño de mi condición de juzgador, la cual he ejercido durante más de treinta años en el Tribunal Fiscal de la Federación, actualmente denominado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en relación con la aplicación de la jurisprudencia.



La figura de la jurisprudencia es un tema apasionante no sólo desde el punto de vista doctrinario, sino también desde el punto de vista práctico. En el primer caso, de manera casi unánime se considera que la jurisprudencia constituye una fuente formal del Derecho y particularmente del Derecho Administrativo.

Por otra parte, desde el punto de vista práctico la jurisprudencia entraña un conjunto de problemas, tanto para los justiciables como para los impartidores de justicia. Por lo que toca a los primeros se discute si éstos se encuentran obligados a invocar la jurisprudencia, para que ésta les sea aplicada en un caso concreto, así como la problemática referente al momento en que surge la obligatoriedad de la misma. Sobre este último punto se discute si la jurisprudencia es obligatoria desde el momento en que se actualicen las hipótesis para su configuración, o bien, a partir de la publicación de la misma en el órgano oficial de difusión respectiva.

En lo que concierne a los juzgadores la jurisprudencia entraña la problemática derivada de su conocimiento, así como de su debida aplicación. El juzgador se encuentra obligado a conocer la ley e igualmente se encuentra obligado a conocer la existencia de la jurisprudencia en general y en particular las que versan sobre los temas sometidos a su consideración.

Por lo que toca a la ley, constituye un principio general del derecho, el consistente en que su desconocimiento no excluye su cumplimiento. Sin embargo, por lo que toca a la jurisprudencia ésta constituye en su aspecto esencial una interpretación obligatoria de la ley, lo cual implica no sólo el conocimiento de su existencia, sino a su vez la debida interpretación de la propia jurisprudencia.

En el juicio contencioso administrativo, en su regulación a partir de 1981* se introdujo un precepto legal que no sólo establece la obligatoriedad de la jurisprudencia, sino que sanciona su incumplimiento.

Este ensayo en su parte esencial, pretende demostrar que el incumplimiento de la jurisprudencia debe restablecerse, a través de la posibilidad de hacer valer un recurso procesal específico y por lo que toca a la sanción derivada del incumpli-

* Decreto del Código Fiscal de la Federación, vigente a partir del 1º de enero de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1981.



miento de la jurisprudencia, que esta última medida es contraria a la autonomía del juzgador que se desprende de los artículos 17, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

I.- LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA

A) Iuris prudentia en Roma

Ulpiano definía a la Jurisprudencia como:

“Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justis, atque iniustis scientia.”¹

“El pensamiento anteriormente expresado ha sido traducido de la siguiente manera: “la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.”

B) La jurisprudencia, desde el punto de vista de un autor iuspositivista.

He elegido como autor iuspositivista al Jurista Alfonso Nava Negrete, por ser un notable maestro universitario a quien el contencioso administrativo mexicano contemporáneo debe su impulso.

Así pues, en el año de 1936 nuestro régimen jurídico positivista se vio seriamente modificado con la introducción de la figura de lo contencioso administrativo, para lo cual se inspiró en la doctrina francesa sobre el particular y siguiendo el ejemplo del funcionamiento del Consejo de Estado Francés -Corte Suprema en materia administrativa en Francia- y de los Consejos de Prefectura, transformados a partir de 1953 en Tribunales Regionales Administrativos.²

¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 23 Ed. Porrúa, México, 1977, p. 68.

² MARTÍNEZ ROSASLANDA, Sergio. *El Contencioso Administrativo*. Tribunal Fiscal de la Federación. 45 años. México, 1986, Tomo II. pp. 24 y 25.



El autor Nava Negrete, en unión de otros tan notables como Antonio Carrillo Flores^{2 bis} ha sido, desde mi punto de vista, de los juristas que con mayor nitidez se ha ocupado del estudio de la figura de lo contencioso administrativo y ambos tienen en común el haber sido Magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación.

En la obra de Alfonso Nava Negrete, intitulada *Derecho Procesal Administrativo*,³ la cual con el transcurso de los años se ha convertido en una obra clásica para conocer y comprender a la figura de lo contencioso administrativo se destaca el papel que la jurisprudencia juega en los Tribunales Administrativos Franceses y particularmente en el notable papel que desempeña el Consejo de Estado de ese país y debido a ello dicho autor en la obra antes citada destaca la función de la jurisprudencia como acto creador de derecho objetivo, postura que, como veremos constituye una peculiaridad respecto de las múltiples definiciones que sobre la figura de la jurisprudencia se han expresado.

Nava Negrete al referirse a la jurisprudencia en la Ley de Justicia Fiscal de 1936 se formula la siguiente interrogante:

¿Qué propósito perseguía el Ejecutivo Federal con su proyecto de Ley de Justicia Fiscal?

El propio Nava Negrete se contesta, en los siguientes términos:

“La respuesta es nítida en el penúltimo párrafo de la exposición de motivos de la Ley:

“El de que tome nacimiento y se desenvuelva un órgano que prestigie en México una institución como la de la justicia administrativa a la que tanto deben otros países en cuanto a la creación del derecho que regula los servicios públicos”.’ El medio idóneo para obtener este resultado creador de derecho era una jurisprudencia que se construya alrededor de principios uniformes capaces de integrar un sistema de manera que en el futuro venga a sustituir con ventaja a las disposiciones administrativas que actualmente está obligado a dar el propio Poder Ejecutivo para el buen funcionamiento y desarrollo de las actividades fiscales, tan ínti-

^{2 bis} VID. CARRILLO FLORES, Antonio. *La Defensa Jurídica de los Particulares frente a la Administración*. Tribunal Fiscal de la Federación. Colección de Obras Clásicas. México, 2000.

³ NAVA NEGRETE, Alfonso. *Derecho Procesal Administrativo*. Porrúa, México, 1959, pp. 310 y 311.



mamente ligadas con la vida del Estado y con la posibilidad de éste para hacer frente a las necesidades colectivas cuya satisfacción tiene encomendada. Así quedó confirmado en la resolución plenaria de 11 de julio de 1938: “Este Tribunal Pleno ya ha declarado que la labor que realiza en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 13, fracción VI de la Ley de Justicia Fiscal, fijando la jurisprudencia no es labor jurisdiccional, sino de creación de derecho objetivo (...) la mejor demostración de que la labor jurisdiccional del Pleno es de creación de normas objetivas, se encuentra en el artículo 11 de la Ley de Justicia Fiscal, que de una manera expresa permite que el Tribunal Pleno cambie su jurisprudencia (Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, página 114, resoluciones plenarias de los años 1937 - 1948).”⁴

Sobre las características de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación en la Ley de Justicia Fiscal de 1936, Nava Negrete destaca que dicha Ley tuvo el intento saludable de alcanzar esa fuente creadora de derecho administrativo que es la jurisprudencia pretoriana francesa, pero que el resultado ha sido otro, dado que se ha forjado un Tribunal Fiscal tutelador de los derechos de los administrados y sobre todo una garantía eficaz como controlador de la legalidad de la conducta de la administración, en el limitado campo que posee.⁵

En mi opinión, de las ideas anteriores se desprende que Nava Negrete atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación no sólo una labor jurisprudencial, sino de creación de derecho objetivo y en esa medida, esta última observación del referido jurista constituye a mi juicio, una modalidad importante respecto del papel de la jurisprudencia y particularmente de la creada por el Tribunal Fiscal de la Federación desde su creación, con apoyo en la Ley de Justicia Fiscal de 1936.

Debido a todo lo anterior las subsecuentes teorías que se sustentan sobre la jurisprudencia estarán encaminadas a realizar un análisis comparativo entre la postura de Ulpiano y la del iuspositivista procesalista en Materia Administrativa, Alfonso Nava Negrete.

⁴ *Ibidem*

⁵ *Ibidem*



Ley de Justicia Fiscal de 1936

“Artículo 11.- La jurisprudencia del Tribunal Fiscal será obligatoria para el propio Tribunal. Las Salas, sin embargo, podrán dejar de aplicarla siempre que hagan constar los motivos para la modificación. Cuando la jurisprudencia haya sido fijada por el Pleno, sólo éste podrá verificarla. Si alguna de las Salas dicta un fallo en contra de la jurisprudencia del Pleno, la parte perjudicada podrá ocurrir en queja dentro de los cinco días siguientes de la notificación. El Pleno, si encuentra fundado el agravio, revocará el fallo, salvo que éste deba subsistir por otros motivos legales o que el Tribunal resuelva cambiar su jurisprudencia. (el subrayado es mío)

“Artículo 13.- Serán facultades del Pleno:

“(…)

“VI.- Intervenir, a instancia de alguno de los Magistrados o de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para fijar la jurisprudencia del Tribunal cuando las Salas dicten resoluciones contradictorias;” (el subrayado es mío)

Para el maestro mexicano Don Eduardo García Máynez la palabra jurisprudencia posee dos acepciones distintas. En una de ellas equivale a ciencia del Derecho o teoría del orden jurídico positivo. En la otra sirve para designar al conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.⁶

En la primera parte del concepto de jurisprudencia, el autor antes citado la identifica con la ciencia del Derecho.

Por lo que hace a la segunda parte de la definición en comentario García Máynez la designa como el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los Tribunales, es decir, se refiere a la jurisprudencia como al sustento de los fallos emitidos por los Tribunales, pero sin referirse a la función interpretativa de la jurisprudencia sobre los ordenamientos ya existentes.

La definición de García Máynez, en sus dos acepciones se asemeja al concepto clásico romano de la jurisprudencia identificada como el derecho mismo.

⁶ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa. Séptima edición. México, 1956. p. 68.



Por lo que respecta a la idea de la jurisprudencia expresada por Nava Negrete, en el sentido de que la jurisprudencia es fundamentalmente creación de derecho objetivo, García Máynez no la refiere en esos términos.

Para León Méndez Berman la jurisprudencia es el criterio adoptado por los organismos jurisdiccionales, conforme al cual se aplica en los casos similares, una misma interpretación de la norma legal. Es una manifestación del hábito contraído del uso y de la costumbre. No es ley, pero sí es fuente de reglas jurídicas, obligatorias para los organismos que la elaboran y a través de ella para los intereses particulares a quien fija, como la ley misma, una norma determinada de conducta.⁷

Debo reconocer que escogí a este estudioso del Derecho por haberse desempeñado, al igual que Antonio Carrillo Flores y Alfonso Nava Negrete como Magistrado del Tribunal Fiscal de la Federación.

En mi opinión, la definición de Méndez Berman coincide con la de Nava Negrete asignando a la jurisprudencia el papel creador de derecho objetivo, que en la parte que afirma que la jurisprudencia es fuente de reglas jurídicas obligatorias para los organismos que la elaboran y para los intereses particulares a quien fija, al igual que la ley, una norma determinada de conducta.

En otra parte de la definición de jurisprudencia de Méndez Berman nos dice que es una manifestación de hábito contraído, del uso y de la costumbre y en esa parte se asemeja al concepto romano de la jurisprudencia entendida como un acto de los prudentes consistente en dictaminar sobre casos propuestos y sobre todo respecto del “responsum” que sirvió de precedente doctrinal ejemplar.

El tratadista francés René Chapus en su obra Derecho del Contencioso Administrativo⁸ sin expresar propiamente un concepto de jurisprudencia nos hace notar el papel fundamental que juega la jurisprudencia del Consejo de Estado en los procedimientos jurisdiccionales administrativos.

⁷ MÉNDEZ BERMAN, León. *El Tribunal Fiscal. Principios Básicos de su Jurisprudencia*. Tribunal Fiscal de la Federación. Colección de Estudios Jurídicos. Vol.3. México, 1953, p. 28.

⁸ CHAPUS, René. *Droit du Contentieux Administratif*. Montchrestien. 7e. Edition. Paris, 1997. p. 145.



LA CONSÉCRATION PAR LA JURISPRUDENCE DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA PROCÉDURE

Ce qui précède fait évidemment apparaître que le régime de la procédure juridictionnelle administrative comprend des règles de droit écrit.

Il est bien naturel qu'il en soit ainsi. Mais cela ne doit pas éclipser le fait, sur lequel il faut maintenant attirer l'attention, que les principes fondamentaux qui régissent cette procédure sont, pour la plupart, définis par la jurisprudence. C'est dans les arrêts du Conseil D'Etat qu'on en trouve la formulation.

Ansi, comme du droit administratif, on doit dire du régime procédural considéré qu'il est fondamentalement jurisprudentiel.

Considérant la procédure, juridictionnelle administrative du point de vue de ses sources, il y a lieu de s'arrêter sur le caractère réglementaire de la matière en cause; sur l'existence des principes jurisprudentiels de procédure (dont je viens de mentionner l'importance); enfin, sur les rapports de la procédure juridictionnelle administrative avec la procédure civile, c'est-à-dire, en fait, sur la question de l'autonomie de la première à l'égard de la seconde. (el subrayado es mío)

Este tratadista nos menciona que los principios fundamentales que regulan el procedimiento contencioso administrativo son originalmente definidos por la jurisprudencia sustentada por el Consejo de Estado en sus sentencias.

La idea que subyace sobre la figura de la jurisprudencia coincide básicamente con el pensamiento del tratadista mexicano Nava Negrete, en el sentido de que la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Fiscal en sus inicios, 1937, es una actividad creadora de derecho objetivo.

No encuentro en las ideas de Chapus semejanza alguna con el concepto de jurisprudencia en el sentido romano de identificación con la ciencia del Derecho, sino en todo caso, como creación del derecho administrativo o más bien de sus principios fundamentales a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado.



El tratadista mexicano Adolfo Arrijoa Vizcaino⁹ define a la jurisprudencia “como la interpretación habitual, constante y sistemática que llevan a cabo los Tribunales con motivo de la resolución de los casos que son sometidos a su jurisdicción y que, por disposición de la ley, se convierte en precedente de observancia obligatoria para fallos posteriores, tanto para el órgano jurisdiccional que la establece, como para los Tribunales que substancian existencias anteriores”.

La definición anterior hace énfasis fundamentalmente en el papel de la jurisprudencia como interpretación obligatoria de determinadas normas jurídicas efectuada por los Tribunales y que dicha interpretación se convierte de observancia obligatoria para fallos posteriores, tanto para el órgano que la creó como para los Tribunales inferiores.

En el pensamiento de Arrijoa Vizcaíno no encontramos la mención en su definición de jurisprudencia del papel que juega la misma como forma creadora de derecho objetivo, características que hemos desprendido del pensamiento de Nava Negrete.

En todo caso el pensamiento de Arrijoa Vizcaíno coincide con las definiciones comunes que sobre la jurisprudencia se han vertido en el sentido de que por este medio la interpretación llevada a cabo por los Tribunales se convierte en obligatoria, tanto para el órgano que la creó, así como para las instancias inferiores. Este autor no identifica a la jurisprudencia con la ciencia del Derecho, tal y como se concibió originalmente en el sentido romano.

En su obra “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, Hans Kelsen¹⁰ al hablar sobre el positivismo jurídico y la doctrina del derecho natural señala que el derecho positivo es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, es decir, por órganos legislativos, judiciales y administrativos o por la costumbre constituida por actos de seres humanos. Agrega que, ya que las normas del derecho positivo son creadas por actos de voluntad de seres humanos, pueden modificarse arbitrariamente, y efectivamente son diferentes en distintos tiempos y en-

⁹ ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo. *Derecho Fiscal*. Themis. México, 1994, p. 61.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. (traducción de Emilio O. Rabasa). Publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 1960. pp. 65 y 66.



tre pueblos diferentes. Concluye que una teoría que limite su objeto a estas normas corresponde al principio del positivismo jurídico y que en esa medida la Teoría Pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico.

Para Kelsen el derecho positivo es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por los órganos legislativos, judiciales y administrativos, es decir, de acuerdo con esta postura no se confiere únicamente al Poder Legislativo la posibilidad de crear normas jurídicas, sino también se confiere a los poderes judicial y administrativo dicha facultad.

Ahora bien, por lo que toca a la jurisprudencia sustentada por el Tribunal Fiscal de la Federación a la que alude Nava Negrete en su obra *Derecho Procesal Administrativo*,¹¹ cabe decir que el Tribunal Fiscal es un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de justicia delegada, inspirado en el Consejo de Estado Francés y en los Tribunales Administrativos Regionales, el cual se encuentra ubicado dentro del marco del Poder Ejecutivo, sin pertenecerle; y en ese orden de ideas la jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal viene a ser la creación del derecho objetivo, por parte de un órgano formalmente administrativo, pero materialmente jurisdiccional.

En otras palabras Nava Negrete coincide con Kelsen en el sentido de que el derecho objetivo, particularmente el derecho positivo, puede ser creado no sólo por el poder Legislativo, sino también por los poderes Ejecutivo y Judicial y en el caso concreto del Tribunal Fiscal de la Federación por un órgano formalmente administrativo, pero materialmente jurisdiccional.

El iusfilósofo Jorge Adame Goddard, en su obra *Filosofía Social para Juristas*,¹² sostiene que el derecho es una ciencia prudencial o jurisprudencia, lo que quiere decir que es una ciencia orientada, como toda prudencia, a emitir juicios sobre la conducta humana. Para dicho tratadista saber derecho significa no saber una teoría, sino saber juzgar conductas concretas o casos. Para el propio autor la prudencia, en general, es el hábito intelectual que juzga la conducta humana libre, a la que también se le llama obrar humano, desde el punto de vista de su conveniencia o inconveniencia para un bien. El juicio que emite la prudencia no es un juicio enunciativo, sino un juicio precep-

¹¹ Op. Cit.

¹² ADAME GODDARD, Jorge. *Filosofía Social para Juristas*. Mc.Graw Hill. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998. pp.10, 11 y 12.



tivo, es decir, un juicio que prescribe u ordena realizar una cierta conducta en tanto que constituye un medio para alcanzar un fin.

Para el autor en mención la prudencia, como hábito de juzgar la conducta humana, se especifica en razón del bien conforme al cual juzga: la prudencia que contempla el bien de la persona humana es la prudencia ética o moral, la que contempla el bien de la comunidad o bien común, es la prudencia política y la que contempla la justicia es la prudencia jurídica o jurisprudencia.

Desde nuestro punto de vista la postura de Adame se identifica en principio con el concepto romano de identificar a su vez la jurisprudencia con la ciencia del Derecho; y en segundo lugar, como una ciencia prudencial orientada a emitir juicios sobre la conducta humana.

En suma, Adame concibe a la jurisprudencia como la prudencia jurídica.

La jurisprudencia ha sido identificada con la ciencia del Derecho y en esa medida me llama particularmente la atención el concepto de Derecho proporcionado por Mariano Azuela Güitrón.

El Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su obra "Derecho, Sociedad y Estado" ¹³ nos dice que el Derecho puede definirse "como aquella parte del orden moral universal que regula autoritativamente, esto es, de manera absolutamente obligatoria, las relaciones del hombre con sus semejantes, en cuanto éstas afectan a lo mío y lo tuyo para la consecución plena del bien común" agrega el propio autor que su definición no se opone en modo alguno al orden moral y que por ello, la norma jurídica, exactamente igual que los preceptos religiosos o morales en sentido estricto, posee fuerza moral obligatoria. Agrega que la obligación moral significa una llamada a la voluntad libre y racional del hombre, llamada que éste debe atender incondicionalmente y que dicha incondicionalidad no es ciertamente una necesidad natural como la incondicionalidad de las leyes naturales físicas y concluye que la voluntad humana es libre de atender su imperativo, pero no queda a su decisión el seguirla o no seguirla, está obligada a seguir libremente la necesidad impuesta por la ley.

¹³ Azuela Güitrón, Mariano. *Derecho, Sociedad y Estado*. Universidad Iberoamericana. Departamento de Derecho. México 1991, pp. 328 y 329.



La concepción del Derecho de Azuela, se aparta, en mi opinión, de las mayormente expresadas, puesto que para otros autores – e igualmente en mi opinión personal – el Derecho es una ciencia que regula las relaciones humanas, a lo cual debe añadirse que todos los fenómenos humanos, es decir los políticos, los económicos y los sociales se encuentran regulados por un conjunto de normas jurídicas, es decir, por el Derecho, pero sin que dentro de dicho orden deba atenderse a cuestiones de orden moral, aun cuando debo reconocer que existen infinidad de normas que lo mismo guardan un carácter moral que jurídico, pero no invariablemente, ni tampoco puede pensarse que el Derecho quede sujeto a la Moral.

En consecuencia, si bien en la concepción romana la jurisprudencia puede entenderse como la ciencia del Derecho, debe aceptarse que ésta es una ciencia autónoma, que no forma parte de la Moral.

Para María Luisa de Alba Alcántara¹⁴ la jurisprudencia “es un conjunto de criterios o consideraciones jurídicas, reiterados, uniformes e ininterrumpidos emanados de la interpretación e integración de las disposiciones legales, es decir, es un conjunto de consideraciones jurídicas, en donde se fija en forma abstracta e impersonal la manera en que ha de entenderse y aplicarse un precepto legal ”.

La definición de la autora antes citada coincide con el concepto romano en el sentido de que la jurisprudencia es un conjunto de criterios o consideraciones jurídicas aplicados a un caso concreto, pero de dicha definición se desprende que considera a la jurisprudencia no sólo como un conjunto de criterios reiterados e ininterrumpidos emanados de la interpretación de las leyes, sino también como una forma de integrarlas, es decir, cubrir los vacíos que ha dejado el legislador.

En esta medida De Alba Alcántara, sin mencionarlo expresamente, coincide con la postura de Nava Negrete en el sentido de que la jurisprudencia es una forma de integrar la norma, es decir, es una forma de crear derecho objetivo, particularmente en el caso de la jurisprudencia sustentada por el Tribunal Fiscal de la Federación.

¹⁴ DE ALBA ALCÁNTARA, María Luisa. La Función Interpretativa e Integradora de la Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación y su influencia en la Legislación Administrativa. Tesis profesional. Universidad Iberoamericana. Departamento de Derecho, México, 1989. p. 217.



En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación relacionada con ciertos temas ha tenido el mérito no sólo de interpretar las disposiciones jurídicas existentes, sino de integrar las disposiciones legales cubriendo los vacíos que ha dejado el legislador, es decir, tal y como lo refiere Nava Negrete el papel de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación ha sido la creación de derecho objetivo.

La figura de la negativa ficta,^{14 bis} pieza clave del Derecho Procesal Administrativo y Fiscal, se ha visto beneficiada con esta forma de establecer jurisprudencia, puesto que el legislador del Tribunal Fiscal de la Federación al regular dicha figura lo hizo de manera incipiente y debido a ello el Tribunal Fiscal de la Federación a través de su labor jurisprudencial ha colmado acertadamente los vacíos dejados por el Legislador.

LA JURISPRUDENCIA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, los cuales transcribo a continuación establecen lo siguiente:

“Artículo 192.- La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del trabajo, locales o federales.

“Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas.

“También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.”

^{14 bis} Vid. Martínez Rosaslanda, Sergio. *La Negativa Ficta*. Tribunal Fiscal de la Federación, 50 Años. México, 1986. Tomo VI.



“Artículo 193.- La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del fuero común de los Estados y del distrito Federal, y los Tribunales Administrativos y del trabajo, locales o federales. “Las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado.”

De la transcripción anterior se advierte que el legislador de la Ley de Amparo confirió a los Tribunales Colegiados de Circuito la facultad de sustentar jurisprudencia a través de la reiteración de fallos, sin interrupción.

Por otra parte, el propio legislador al referirse a la facultad que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas le confirió la posibilidad de constituir jurisprudencia, además del método tradicional de reiteración de fallos, al dilucidar las contradicciones de tesis de las Salas y de los Tribunales Colegiados de Circuito, es decir, en mi opinión la facultó para crear derecho objetivo tal y como lo sostiene el pensamiento de Nava Negrete, al referirse a la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación.

El Código Fiscal de la Federación en su artículo 259 el cual a la letra dice:

“Artículo 259.- Las tesis sustentadas en las sentencias pronunciadas por la Sala Superior, aprobadas por lo menos por siete magistrados, constituirán precedente una vez publicados en la Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. “También constituirán precedente las tesis sustentadas en las sentencias de las Secciones de la Sala Superior, siempre que sean aprobadas cuando menos por cuatro de los magistrados integrantes de la Sección de que se trate y sean publicados en la Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. “Las Salas podrán apartarse de los precedentes establecidos por el Pleno o las Secciones, siempre que en la sentencia expresen las razones por las que se apartan del mismo, debiendo enviar al Presidente del Tribunal copia de la sentencia.”



Por otra parte, el artículo 261 del señalado Código Fiscal de la Federación establece lo siguiente:

“Artículo 261.- En el caso de contradicción de sentencias, cualquiera de los Magistrados del Tribunal o las partes en los juicios en las que tales tesis se sustentaron, podrán denunciarla ante el Presidente del Tribunal para que éste la haga del conocimiento del Pleno, el cual con un quórum mínimo de diez Magistrados, decidirá por mayoría la que debe prevalecer, constituyendo jurisprudencia.

“La resolución que pronuncie el Pleno del Tribunal, en los casos a que este artículo se refiere, sólo tendrá efectos para fijar jurisprudencia y no afectará las resoluciones dictadas en los juicios correspondientes.”

De la transcripción de los preceptos anteriormente señalados, particularmente del segundo, se advierte que la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación se conforma a través de la reiteración de precedentes, concepto que se explica en el segundo párrafo del artículo 259 supratranscrito, del cual se advierte que una de las formas de constituir precedente es a través de la resolución de la contradicción de sentencias, puesto que dicho precepto confiere al pleno de dicho Tribunal la facultad para fijar precedente cuando resuelva las contradicciones de las sentencias emitidas por el propio Tribunal.

En otras palabras, si bien de los preceptos antes transcritos no se advierte de manera nítida, como sí lo era en la Ley de Justicia Fiscal de 1936, la facultad del pleno del Tribunal Fiscal de la Federación, al realizar su función jurisprudencial, de crear derecho objetivo, no puede negarse que tal posibilidad actualmente existe.

II.- LA JURISPRUDENCIA

1.- CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA

En nuestra opinión, la jurisprudencia es interpretación e integración de la ley, llevada a cabo por la autoridad facultada para hacerla, y es también la posibilidad de crear derecho objetivo.



2.- INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL DE LA LEY

La solución de las controversias en materia administrativa en nuestro país, en materia federal, está confiada en primera instancia al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, inicialmente denominado Tribunal Fiscal de la Federación y a partir del año 2000, como consecuencia del incremento de su competencia en materia administrativa, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

La solución de los litigios sometidos a la consideración del Tribunal anteriormente mencionado, implica fundamentalmente la interpretación jurisdiccional de la ley a los casos concretos sometidos a su consideración.

La interpretación de la ley implica no sólo interpretar su verdadero significado sino también la armonía que un determinado precepto jurídico guarda con todo el régimen legal al cual pertenece.

Por tanto, las normas jurídicas no pueden ser aplicadas en forma mecánica, sino que requieren ser interpretadas por el juzgador al resolver la conflictiva planteada, auxiliándose para tal fin de las interpretaciones realizadas por los tribunales facultados por la ley, a través de las jurisprudencias respectivas.

En todo caso, la interpretación jurisdiccional de la ley, se ve completada con la interpretación a su vez de las jurisprudencias respectivas.

3.- DEFINICIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

La interpretación de la ley puede realizarse desde el punto de vista gramatical, así como también desde el punto de vista lógico y jurídico.

Al respecto comparto el pensamiento de García Máynez en relación con la interpretación de la ley, conforme a la cual, a juicio de este autor, consiste en descubrir el sentido que encierra.

Existen pluralidad de pensamientos sobre lo que debe entenderse por la interpretación de la ley, desde el denominado criterio decimonónico consistente en desentrañar su verdadero significado, hasta los pensamientos contemporáneos como el del



autor argentino Rodolfo Luis Vigo, el cual estima que la interpretación consiste fundamentalmente en un ejercicio de ponderación.¹⁵

Desde mi punto de vista, puede definirse a la interpretación de la ley, como el esfuerzo intelectual que debe realizar el juzgador no sólo para desentrañar el verdadero significado de la propia ley, sino su aplicación a los casos concretos sometidos a su consideración.

III.- MÉTODOS O ESCUELAS DE INTERPRETACIÓN

1.- ESCUELA EXEGÉTICA O MÉTODO TRADICIONAL DE INTERPRETACIÓN GRAMATICAL O LITERAL

Este método interpretativo es respetuoso del texto legal, el cual se atiene a las partes escritas allí, tomándolas radicalmente en su significado literal o gramatical.¹⁶

2.- ESCUELA ALEMANA DE DERECHO LIBRE O JURISPRUDENCIA DEL DERECHO LIBRE

Para esta escuela la función de interpretar la norma jurídica consiste en proteger a la justicia, en cada caso concreto, “del anonimato, inflexibilidad e imprevisión de la ley”.

Esta postura constituye la antítesis del positivismo jurídico.

3.- MÉTODO DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO

El principal exponente de esta escuela es el autor francés François Géný, la cual tiene como finalidad el guiar al juez en los casos de lagunas, así como orientarle en la elección de la decisión, cuando existan varias soluciones posibles dadas por el orden jurídico.

¹⁵ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993. pp.29 y 30.

¹⁶ VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estado del Derecho*. Porrúa. México, 1966, p. 486.



Se le califica a esta Escuela como libre, porque no está sometida a una autoridad positiva y que es científica porque solamente puede hallar bases sólidas en los elementos objetivos descubribles por la ciencia.¹⁷

IV.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN.

En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación, la cual se encontraba regulada en los artículos 231 a 233 del Código Fiscal de la Federación, de 30 de diciembre de 1966, de los cuales se desprendían los siguientes conceptos:

1.- La jurisprudencia del entonces Tribunal Fiscal de la Federación se formaba al decidir el Tribunal en pleno las contradicciones en las resoluciones dictadas por las salas o cuando al conocer el pleno del recurso de queja, resolvía modificar su jurisprudencia.

2.- La jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación era obligatoria para las salas del propio Tribunal, y sólo el Pleno podría variarla.

3.- Las salas del Tribunal si bien estaban obligadas a acatar la jurisprudencia, también podrían dejar de hacerlo siempre y cuando hicieran constar los motivos para ello.

Las violaciones a la jurisprudencia podían combatirse a través del recurso de queja, previsto en el artículo 237 del citado Código Fiscal de la Federación.¹⁸

¹⁷ VILLORO TORANZO, Miguel. *Ibíd*em

¹⁸ Cfr.- Análisis Crítico y Sugerencias de Reformas Legislativas sobre las figuras de la Sentencia, los Recursos Contenciosos, la Facultad de Atracción y la Jurisprudencia, regulados en el Código Fiscal de la Federación. Sergio Martínez Rosaslanda. *Autonomía y Competencia del Tribunal Fiscal de la Federación. Tercera Reunión Nacional de Magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación. México. Diciembre 1994. pp. 117 a 127.*



V.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA

1.- La obligatoriedad de la jurisprudencia.

El Código Fiscal de la Federación de 30 de diciembre de 1966 fue abrogado por el Código Fiscal de la Federación de 1981, en los términos de su artículo Primero Transitorio.

El nuevo ordenamiento introdujo algunos cambios en la regulación del juicio contencioso administrativo; y por lo que toca a la jurisprudencia los cambios resultaron verdaderamente acentuados.

El texto del Código Fiscal de la Federación arriba citado relativo a la figura de la jurisprudencia marca algunas diferencias notables, no sólo por lo que hace a las formas de constituir jurisprudencia, sino que introduce un aspecto novedoso y que es el consistente en sancionar el incumplimiento a la obligatoriedad de la jurisprudencia.

En efecto, el artículo 263 del Código Fiscal de la Federación citado, en la parte que nos interesa, establece que cuando se conozca que una Sala del Tribunal dictó una sentencia contraviniendo la jurisprudencia, el Presidente del Tribunal solicitará a los Magistrados que hayan votado a favor de dicha sentencia un informe, para que éste lo haga del conocimiento del Pleno y una vez confirmado el incumplimiento, el Pleno del Tribunal los apercibirá.

En el propio precepto supracitado se agrega que en caso de reincidencia se les aplicará la sanción administrativa que corresponda en los términos de la ley de la materia.

Como se advierte de lo anterior, a partir de la promulgación del Código Fiscal de la Federación en mención, se introdujo la figura novedosa consistente en sancionar las violaciones a la jurisprudencia sustentada por el Tribunal Fiscal de la Federación y a partir del año 2000 por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

En relación con la facultad sancionadora del Pleno respecto de las violaciones de jurisprudencia, cabe decir que en la Ley de Amparo, si bien en sus artículos 192 y 193 establece la obligatoriedad de la jurisprudencia sustentada por el Pleno y las Salas de



la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por los Tribunales Colegiados de Circuito, no prevé sanción alguna en caso de incumplimiento.

Ahora bien, en lo personal comparto la idea respecto de la obligatoriedad de la jurisprudencia, pero disiento en relación con la posibilidad de establecer una sanción para los casos de su incumplimiento, a lo cual me referiré en el punto subsecuente.

En relación con el tema que nos ocupa la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo en su artículo 79, establece lo siguiente.

79.- Obligatoriedad de la jurisprudencia (1)

Las Salas del Tribunal están obligadas a aplicar la jurisprudencia del Tribunal, salvo que ésta contravenga jurisprudencia del Poder Judicial Federal.

Como se advierte de la transcripción anterior el referido ordenamiento reproduce en lo sustancial lo previsto en el capítulo VI, intitulado Del Procedimiento Contencioso Administrativos del Código Fiscal de la Federación y en esa virtud todos los comentarios y análisis críticos que se han realizado respecto de dicho código se reitera en relación con el ordenamiento regulador y actualmente del juicio contencioso administrativo.

2.- Recursos para controvertir la violación de la jurisprudencia

Según expresé en el apartado precedente es innegable la conveniencia del acatamiento de la jurisprudencia, pero disiento en cuanto a que ante su incumplimiento se deba sancionar al juzgador. En todo caso, debe propugnarse por la observancia de la jurisprudencia, estableciendo un mecanismo que restablezca la aplicación de la misma.

Lo anterior obedece a que la justicia se alcanza reparando las transgresiones en que se hubiere incurrido al dictar una sentencia, en lugar de sancionar la violación de una jurisprudencia.

Aunado a lo anterior, debe tenerse presente que el Derecho al ser una ciencia humana, no se rige por principios rígidos ni exactos, los cuales son propios de otro tipo de ciencias, en las cuales la conducta humana es ajena a su resultado.



Dicho de otra manera, si bien los juzgadores al emitir una sentencia deben hacerla observando la ley, cuyo desconocimiento no les es permitido, también lo es que la propia ley aplicable en cada caso concreto es susceptible de interpretación.

La responsabilidad de los juzgadores se centra precisamente en la interpretación de la ley, como una facultad que el Estado les confiere y que tiene un valor supremo en relación con la interpretación que de la propia ley hagan los contendientes.

Por otra parte, por lo que toca a la jurisprudencia debe tenerse presente que ésta no es una ley, sino la interpretación de la misma realizada por el órgano expresamente facultado por la ley, la cual a su vez es susceptible de interpretarse por sus destinatarios, particularmente por los juzgadores.

En suma, la jurisprudencia existente como interpretación de la ley, al momento de su aplicación también es susceptible de interpretarse.

De acuerdo con lo anterior, se propone que ante la transgresión constatada de la violación de una jurisprudencia, en lugar de sancionar su incumplimiento debe procurarse su restablecimiento a través del mecanismo procesal respectivo.

Sobre el punto hago mío el contenido del artículo 237 del Código Fiscal de la Federación de 31 de diciembre de 1966, el cual establecía que en contra de las resoluciones violatorias de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación la parte perjudicada podía ocurrir en queja al Tribunal en Pleno.

Como el Jurado tiene presente a partir del año de 1988 desapareció la figura del Pleno del entonces Tribunal Fiscal de la Federación, la cual fue sustituida por la Sala Superior del propio Tribunal y posteriormente por la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

En este orden de ideas, estimamos que para restablecer la aplicación de la jurisprudencia debe restablecerse al conocido como recurso de queja en el Código Fiscal de la Federación de 30 de diciembre de 1966, con las modalidades propias de la estructura actual del denominado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, de donde se desprende que el conocimiento del recurso respectivo, con las características del recurso de queja, antes mencionado, quedaría a cargo de las Secciones o



del Pleno del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, según se distribuyera la competencia para conocer de dicho recurso.

3.- La sanción por violación a la jurisprudencia y la autonomía del juzgador

El artículo 263 del Código Fiscal de la Federación, vigente, según quedó relatado anteriormente, establece la facultad sancionadora del Pleno, en relación con la transgresión de la jurisprudencia.

En nuestra opinión la facultad sancionadora, con independencia de los vicios de legalidad que a continuación menciono, es inconstitucional, como pretendo demostrarlo.

La facultad sancionadora del Pleno del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa presenta los siguientes vicios:

a) Privilegia la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, respecto de la sustentada por el Poder Judicial Federal, dado que solo prevé como infracción susceptible de sancionarse, la transgresión de la jurisprudencia del propio Tribunal Administrativo y no así la del Poder Judicial Federal, que es de una jerarquía superior.

b) No establece a las partes la obligación de invocar en la demanda o en la contestación, la jurisprudencia aplicable.

c) Se establece como una primera sanción la consistente en el apercibimiento; sin embargo, se establece que en caso de reincidencia se aplicará la sanción administrativa que corresponda, sin precisarse cuál es dicha sanción administrativa, en los términos de la ley de la materia, sin que igualmente tampoco se precise cuál es dicha ley de la materia.

d) Si se entiende como ley de la materia el propio Código Fiscal de la Federación, regulador del juicio contencioso administrativo, de su contenido no se advierte ninguna sanción específica para la reincidencia en la transgresión de la jurisprudencia.

e) Si se entiende algún otro ordenamiento, al no precisar éste en el artículo 263 del Código Fiscal de la Federación deja al arbitrio de la autoridad sancionadora la



invocación de la ley que estime aplicable, lo que despoja de su naturaleza objetiva a la figura de la sanción y la torna eminentemente subjetiva.

Con independencia de todo lo anterior, estimamos que la facultad sancionadora de la transgresión de jurisprudencia es inconstitucional.

Lo anterior se apoya en el contenido de los artículos 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y 17, párrafo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El primero de los preceptos anteriormente señalados establece que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, es un Tribunal Administrativo dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, de tal suerte que si se estima que al dictar una sentencia se interpretó de una manera diferente una jurisprudencia, se estaría sancionando no de manera objetiva, sino de la subjetiva derivada de la interpretación de la jurisprudencia que haga la autoridad sancionadora, en este caso, el Pleno del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Más aún, la autonomía del juzgador tiene rango de garantía constitucional, no sólo en beneficio de los justiciables, sino también a favor de los impartidores de justicia, dado que dicha autonomía es la forma idónea de protegerlos de la fuerza de los poderosos.

La tarea de juzgar es notable, pero ciertamente difícil y no debe limitarse estableciendo sanciones, a las reales o supuestas transgresiones de jurisprudencia.

En todo caso reitero, como lo expresé en nuestro ensayo “La Autonomía del Juzgador,”¹⁹ debe tenerse presente como un valor supremo la autonomía del juzgador, la cual debe verse complementada en el caso concreto de la jurisprudencia y su violación, con el establecimiento de un recurso procesal, a través del cual pueda restablecerse la aplicación de la jurisprudencia violada, y no con la imposición de una sanción administrativa al juzgador.

¹⁹ MARTÍNEZ ROSASLANDA, Sergio. *La Autonomía del Juzgador*. Tribunal Fiscal de la Federación, VIII. Reunión Nacional de Magistrados. México, 1999. pp. 13 a 19.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- La jurisprudencia es una fuente formal del Derecho y, particularmente, del Derecho Administrativo.

SEGUNDA.- La jurisprudencia es interpretación e integración de la ley, pero sobre todo es creadora de derecho objetivo.

TERCERA.- El contencioso administrativo, particularmente en Francia y en México, debe a la jurisprudencia los principios fundamentales que regulan su procedimiento.

CUARTA.- La jurisprudencia no es una norma jurídica nueva equiparable a la ley, pues no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, por tanto, su aplicación no viola el principio de irretroactividad.

QUINTA.- La ignorancia de la ley no excluye su cumplimiento; sin embargo, tal principio no se aviene a la jurisprudencia, en virtud de que ésta no es una ley.

SEXTA.- Se sugiere se establezca como carga a las partes, la obligatoriedad de la invocación de la jurisprudencia.

SÉPTIMA.- El juzgador puede y debe sustentar sus fallos en la jurisprudencia; sin embargo, ante la violación a la jurisprudencia, debe establecerse un recurso procesal que permita su restablecimiento, en lugar de la imposición de una sanción al propio juzgador.

OCTAVA.- La imposición de sanciones, en el juicio contencioso administrativo, por infracción a la jurisprudencia, viola la autonomía del juzgador.



BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, Jorge. *Filosofía Social para Juristas.* Mc.Graw Hill – UNAM. México, 1998.

DE ALBA ALCÁNTARA, María Luisa. La Función Interpretativa e Integradora de la Jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Federación y su influencia en la Legislación Administrativa. Tesis profesional. Universidad Iberoamericana. Departamento de Derecho, México. 1989.

ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo. *Derecho Fiscal.* Themis. México, 1994.

AZUELA GÜITRÓN, Mariano. *Derecho, Sociedad y Estado.* Universidad Iberoamericana. Departamento de Derecho. México, 1991.

CARRILLO FLORES, Antonio. *La Defensa Jurídica de los Particulares frente a la Administración.* Tribunal Fiscal de la Federación. Colección de Obras Clásicas. México 2000.

CHAPUS RENÉ. *Droit du Contentieux Administratif.* Montchrestien. 7e. Edition. Paris, 1997.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho.* Porrúa. Séptima edición. México, 1956.

KELSEN, HANS. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho.* (Traducción de Emilio O. Rabasa). Publicación de la UNAM. México, 1960.

MARTÍNEZ ROSASLANDA, Sergio. *El Contencioso Administrativo.* Tribunal Fiscal de la Federación. 45 años. México 1986, Tomo II.

—*La Negativa Ficta.* Tribunal Fiscal de la Federación. 50 años. México, 1986. Tomo VI.

—Análisis Crítico y Sugerencias de Reformas sobre las figuras de la Sentencia, los Recursos Contenciosos, la Facultad

de Atracción y **La Jurisprudencia**, regulados en el Código Fiscal de la Federación. Tercera Reunión Nacional de Magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación. México. Diciembre 1994.

— La Autonomía del Juzgador. Tribunal Fiscal de la Federación. Tomo VIII. Reunión Anual de Magistrados. México, 1999.

MÉNDEZ BERMAN, León. El Tribunal Fiscal. Principios Básicos de su Jurisprudencia. Tribunal Fiscal de la Federación. Colección de Estudios Jurídicos. Vol. 3. México, 1953.

NAVA NEGRETE, Alfonso. *Derecho Procesal Administrativo.* Porrúa. México, 1959.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional Abeledo Perrot.* Buenos Aires. 1993.

VILLORO TORANZO, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho.* Porrúa. México, 1966.



LAS AGUAS NACIONALES COMO PATRIMONIO DEL ESTADO

Mag. Maestra Adriana Cabezut Uribe

Lic. Norma Tienda Díaz

Primera Sala Regional del Noroeste

Mayo 2010

ABSTRACT: El agua es un recurso indispensable, por ello su aprovechamiento debe ser vigilado y protegido por el Estado. En el desarrollo del presente trabajo señalaremos lo que se concibe como patrimonio del Estado, las aguas nacionales, los derechos de uso de aguas y finalizando se aplican todos los conceptos analizados a un caso en concreto sometido a la jurisdicción del TFJFA. Se analiza a la caducidad como una de las causas de extinción de la concesión de derechos de explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales

I. PATRIMONIO DEL ESTADO, BIENES DE DOMINIO DIRECTO Y PROPIEDAD ORIGINARIA DEL ESTADO. II. ADMINISTRACIÓN DEL AGUA. III. DERECHOS DE USO DE AGUAS. ANÁLISIS DE UN CASO CONCRETO. IV. ANÁLISIS DE UN CASO CONCRETO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se circunscribe sólo al tema de las Aguas Nacionales como integrantes del patrimonio del Estado por una razón específica: el agua es un recurso indispensable para el desarrollo de cualquier sociedad, es un factor de progreso, pero también de decadencia, por ello su aprovechamiento debe ser vigilado y protegido por el Estado, éste debe ejercer su poder soberano imponiéndole las modalidades que le dicta el interés público y le exige el interés social.

En el desarrollo del presente trabajo, dedicamos el Capítulo I, a los aspectos generales de lo que se concibe como patrimonio del Estado, los diferentes bienes que lo constituyen y la legislación que los regula.



El Capítulo II, particulariza ya en el tema de las Aguas Nacionales, precisando las autoridades titulares de la administración de estos bienes y sus atribuciones.

Los Derechos de Uso de Agua son analizados en el Capítulo III, especificando que, los particulares pueden usar, aprovechar y explotar las aguas nacionales a través de concesiones que la autoridad les otorga temporalmente, describiendo las características de la concesión y los derechos y obligaciones del concesionario.

En el Capítulo IV, aplicamos todos los conceptos analizados en los capítulos precedentes a un caso concreto, sometido a la jurisdicción del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en el que la autoridad del agua, en el ejercicio de sus facultades, decreta la caducidad parcial del derecho al uso, explotación y aprovechamiento previamente concesionado a un particular, proporcionado al final, nuestro comentario y aportando una propuesta.

Por último, se dan las conclusiones finales.



CAPÍTULO I

PATRIMONIO DEL ESTADO, BIENES DE DOMINIO DIRECTO Y PROPIEDAD ORIGINARIA DEL ESTADO

PATRIMONIO DEL ESTADO. Según la doctrina está constituido por un conjunto de bienes inmuebles, muebles, tangibles e intangibles, derechos e ingresos, tanto del dominio público como privado, que pertenecen en plena propiedad a la nación para satisfacer sus necesidades colectivas, los cuales están regulados, administrados y controlados por los poderes del mismo Estado, incluyéndose los bienes y derechos detentados por los particulares, bajo un régimen jurídico de derecho público y privado.¹

Para el Doctor Andrés Serra Rojas, el patrimonio del Estado se halla constituido por la universalidad de los derechos y acciones de que es titular, los cuales pueden valorarse pecuniariamente, sumados a las obligaciones que los gravan, encaminados a la realización de sus fines.²

Miguel Acosta Romero señala que el patrimonio del Estado es el conjunto de bienes de toda índole, y de derechos valuables pecuniariamente de que dispone en un momento dado, para cumplir con su actividad y objeto en la persecución de sus fines.³

Entre los elementos del patrimonio del estado, según Rafael Martínez Morales, están el titular del patrimonio que viene a ser el Estado, como persona jurídica colectiva; así el patrimonio se integra por cosas, derechos y recursos financieros cuya finalidad es de naturaleza diversa: interés común, interés general, la justicia social, la hegemonía de la clase dominante y el beneficio social.⁴

¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *"Segundo Curso de Derecho Administrativo"*, Porrúa, México. Segunda edición. 1988. p. 4.

² SERRA ROJAS, Andrés, *"Derecho Administrativo. Segundo Curso"*. Porrúa, México 1996. p. 247.

³ ACOSTA ROMERO Miguel, *"Teoría General del Derecho Administrativo"*. Primer Curso, Porrúa, Sexta Edición, México 1984. p. 47.

⁴ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. *"Derecho Administrativo"*, Segundo Curso. p. 21.



En la Ley de Bienes Nacionales de 2004, su artículo 3 hace una clasificación de los bienes nacionales de la siguiente forma: Aquéllos señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; artículo 42 fracción IV y 132 constitucionales; los bienes de uso común; los bienes muebles e inmuebles de la federación; los bienes muebles e inmuebles propiedad de las entidades paraestatales; los bienes muebles e inmuebles propiedad de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propio a las que la institución les otorga autonomía (organismos autónomos) y los demás bienes considerados nacionales por otras leyes.

Por otra parte y de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el territorio nacional (elemento principal con que cuenta el Estado para ejercer sus atribuciones y realizar sus fines), comprende:

“I. Las partes integrantes de la federación (las entidades federativas); II. Las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes; III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo; IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, los cayos y arrecifes; **V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional, y las marítimas interiores**; VI. El espacio situado sobre el territorio nacional con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.”

PROPIEDAD ORIGINARIA DEL ESTADO: La propiedad originaria de las tierras y aguas comprendida dentro de los límites del territorio nacional corresponde a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de esos bienes en favor o no de los particulares constituyendo así la propiedad privada; este tipo de propiedad, se encuentra comprendida en el párrafo primero del artículo 27 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

El artículo 27 constitucional, en su primer párrafo, establece básicamente el principio de que a la Nación corresponde originalmente la propiedad de las tierras y aguas del territorio, y que, ellas sólo pueden ser adquiridas mediante título que ésta otorgue, concediéndole la facultad de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.

Sobre el tema, Urbano Farías en su obra *Derecho Mexicano de Aguas Nacionales* señala que la realidad es que el artículo 27 constitucional tiene un sentido y razón



de ser evidente, misma que deriva de su texto expreso, estimando que en 1917, a iniciativa de Venustiano Carranza, la Constitución nacionalizó las tierras y aguas, considerando a la propiedad pública como un medio y no como un fin, es decir, un medio para que la Nación cumpliera su cometido.⁵

Hablando de aguas nacionales, y siguiendo la misma línea de Urbano Farías, hay dos principios implícitos en el quinto párrafo del artículo 27 Constitucional:

“1º. Las aguas que no son nacionales se consideran parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos;

“2º. En el caso anterior, en el que se ligan tierra y agua, cuando se localicen en dos o más predios, el aprovechamiento se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los estados.”

BIENES DE DOMINIO DIRECTO. Constituyen otro elemento característico del patrimonio estatal, que también se encuentra regulado en la Constitución por el propio numeral 27, respecto de las sustancias minerales, incluyendo en éstas los carburos de hidrógeno.

De acuerdo con Gabino Fraga, el dominio directo de las aguas del territorio tiene los mismos antecedentes que el dominio de las tierras; pero entre las aguas que podían entrar a formar parte del dominio privado de los particulares mediante una merced real, y reuniendo ciertos caracteres especiales, éstas eran irreductibles a dicha propiedad.

En el actual sistema legislativo, las aguas están sujetas a dos regímenes: uno, que permite su adquisición por particulares, y otro, que establece la propiedad de la Nación con el carácter de inalienable, concepto, este último que en opinión de Urbano Farías significa que están fuera del comercio, por lo que no pueden ser vendidas o cedidas, ni hipotecadas, ni puede constituirse sobre ellas ningún derecho real, ni realizarse ningún acto que implique traslación de dominio.

Además, son inembargables resultando, en consecuencia, que los jueces carecen de autoridad y jurisdicción para afectar a los bienes del dominio público, para

⁵ FARÍAS, Urbano, *Derecho Mexicano de Aguas Nacionales*. Porrúa, México. p. 41.



trabar embargo y/o proceder a su remate. Otra consecuencia es que son imprescriptibles los bienes del dominio público, pues los particulares no pueden poseerlos si no tienen título legalmente expedido que permita su explotación. También son generalmente concesionables dada su naturaleza o su importancia económica, como es el caso del espacio aéreo, la zona marítima terrestre, los yacimientos minerales y las aguas interiores.

De conformidad con el artículo 1º de la Ley de Aguas Nacionales, que es reglamentaria del artículo 27 Constitucional y de observancia general en todo el territorio nacional, sus disposiciones son de orden público e interés social y su objeto es regular la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad.

La Ley de Aguas Nacionales no contiene todas las disposiciones legales sobre esta materia, sino que existen otras regulaciones que se refieren a cuestiones ecológicas, mineras y regulatorias del mar y la pesca, como son la Ley Federal del Mar, Ley de Navegación y Comercio Marítimos, Ley de Puertos, Ley de Pesca, Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley de Salud, Ley Minera, Ley Federal de Derechos, etc.

En el quinto párrafo del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establece como propiedad de la Nación: las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cause en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cause de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o de la



República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

La Ley de Aguas Nacionales es una ley especializada, mientras que la Ley General de Bienes Nacionales, es una ley de carácter general que rige a todos los bienes nacionales que conforman el patrimonio nacional. Para Urbano Farías, la Ley de Aguas Nacionales es una ley constitucional que emana o es prolongación formal y material del artículo 27 constitucional, cuyo ámbito espacial de validez o de aplicación es todo el Territorio Nacional.

II. ADMINISTRACIÓN DEL AGUA

La Administración del agua y la autoridad encargada de llevarla a cabo se encuentran reguladas por la Ley de Aguas Nacionales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 1º de diciembre de 1992, la que en el artículo 4º establece que es al Ejecutivo Federal a quien corresponde la administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes, quien la ejercerá directamente o a través de la Comisión Nacional del Agua, organismo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, creado en 1989.

El artículo 6º de la Ley en mención establece que gobierno y administración de las aguas nacionales se ejercen directamente por el Poder Ejecutivo Federal en materias específicas como: **reglamentar** el control de la extracción, explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales del subsuelo (incluso las que hayan sido libremente alumbradas) y las superficiales; **expedir** los **decretos** para el establecimiento, modificación o supresión de zonas reglamentadas para garantizar la sustentabilidad hidrológica o cuando se comprometa la sustentabilidad de los ecosistemas vitales en áreas deter-



minadas en acuíferos, cuencas o regiones hidrológicas; expedir los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas de veda; **expedir las declaratorias** de zonas de reserva de aguas nacionales superficiales o del subsuelo, así como los decretos para su modificación o supresión; **expedir, por causas de utilidad o interés públicos, declaratorias de rescate**, en materia de concesiones para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales o de sus bienes públicos inherentes, con objeto de construir, equipar, operar, conservar, mantener, rehabilitar y ampliar la infraestructura hidráulica federal y la prestación de los servicios respectivos, **mediante el pago de la indemnización** correspondiente; **aprobar el Programa Nacional Hídrico**, conforme a lo previsto en la Ley de Planeación; emitir políticas y lineamientos que orienten la gestión sustentable de las cuencas hidrológicas y de los recursos hídricos; **adoptar las medidas** necesarias **para el cumplimiento de acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas**, tomando en cuenta el interés nacional, regional y público y **nombrar al Director General de la Comisión y al Director General del Instituto Mexicano de Tecnología del Agua**. Todos estos actos de autoridad sólo los puede ejercer directamente el Presidente de la República.

La Comisión Nacional del Agua como órgano desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, no tiene personalidad jurídica ni patrimonio propios, pero sí cuenta con autonomía técnica, administrativa y financiera y la propia Ley de la materia la erige como Órgano Superior con carácter técnico, normativo y consultivo de la Federación en materia de gestión integrada de los recursos hídricos, lo que incluye la administración, regulación, control y protección del dominio público hídrico nacional.

Para el ejercicio de sus atribuciones, la Comisión se organiza a nivel Nacional y a nivel Regional hidrológico, a través de los Consejos de Cuenca y múltiples son estas atribuciones, previstas en el artículo 9º de la Ley, por lo que únicamente se hará mención de algunas de ellas, mismas que se consideran las más relevantes: **fungir como la autoridad** en materia de la cantidad y la calidad de las aguas y su gestión en el territorio nacional; **formular la política hídrica nacional** y el **programa nacional hídrico** y proponerlos al titular del poder ejecutivo federal; **atender los proyectos estratégicos y de seguridad nacional en materia hídrica**; formular y aplicar lineamientos técnicos y administrativos para jerarquizar inversiones en obras públicas federales de infraestructura hídrica; programar, estudiar, construir, operar, conservar y mantener las obras hidráulicas federales directamente o a través de contratos o



concesiones con terceros; fomentar y apoyar los servicios públicos urbanos y rurales de agua potable, alcantarillado, saneamiento, recirculación y reúso en el territorio nacional; **expedir títulos de concesión, asignación o permiso** de descarga, **reconocer derechos**, así como llevar el Registro Público de Derechos de Agua; conciliar y, en su caso, **fungir como árbitro**, en la prevención, mitigación y solución de conflictos relacionados con el agua y su gestión; **promover** en el ámbito nacional **el uso eficiente del agua y su conservación** en todas las fases del ciclo hidrológico e **impulsar el desarrollo de una cultura del agua** que la considere como elemento y recurso vital, escaso y de alto valor económico, social y ambiental; **ejercer las atribuciones fiscales** en materia de administración, determinación, liquidación, cobro, recaudación y fiscalización de las contribuciones y aprovechamientos que se le destinen conforme a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación; emitir disposiciones sobre la expedición de títulos de concesión, asignación o permiso de descarga o de otra índole; promover y propiciar la investigación científica y el desarrollo tecnológico con objeto de mejorar la calidad de sus servicios; proponer las Normas Oficiales Mexicanas en materia hídrica; mantener actualizado y hacer público el inventario de las aguas nacionales y sus bienes públicos inherentes; **clasificar las aguas de acuerdo con los usos**; integrar el Sistema Nacional de Información sobre cantidad, calidad, usos y conservación del agua; **vigilar el cumplimiento y aplicación de la Ley**, interpretarla para efectos administrativos, **aplicar las sanciones** y ejercer los actos de autoridad que no estén expresamente reservados al titular del Ejecutivo Federal.

Como es de observarse en la Ley de Aguas Nacionales, se hace una clara distinción entre las atribuciones del poder del Ejecutivo Federal, que incluye el ejercicio de actos de autoridad, que son actos de gobierno, como lo son la fijación de la política, la estrategia económico-social y la gestión en materia de aguas y la administración que realiza el Estado, a través de la Comisión Nacional del Agua, la que sujeta a un régimen legal determinado, es la que se encarga de aplicar la ley a través de actos materiales que rigen situaciones jurídicas concretas e individuales, convirtiéndose así en la autoridad normativa y ejecutiva para la administración directa y la prestación de servicios públicos en materia de aguas nacionales.



III. DERECHOS DE USO DE AGUAS

Quedó ampliamente precisado en el Capítulo I del presente trabajo, que la Constitución en su artículo 27, párrafo primero, establece que la Nación tiene el derecho pleno (propiedad originaria), sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, así como el derecho de transmitir su dominio directo a los particulares.

Es preciso destacar, sin embargo, que el tratamiento que se da a tierras y aguas es diferente, debido a su propia naturaleza, así las tierras son propiedad privada y, por excepción pública y social; en cambio, las aguas, se presumen nacionales, salvo prueba en contrario, es decir, son propiedad pública y excepcionalmente pueden entrar al dominio directo de los particulares; se trata de un régimen de excepción, de interpretación y aplicación estricta.

El dominio que se otorga a los particulares respecto de las aguas nacionales es *sui generis* debido a la naturaleza inaprehensible de éstas: las aguas son cambiantes, están en constante devenir y son fugitivas, por ello más que un derecho de propiedad, se trata de un derecho a su explotación, uso o aprovechamiento.⁶

El párrafo sexto del artículo constitucional en cita establece que la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales por parte de las personas físicas o morales o de las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, estatal o municipal o el Distrito Federal y sus organismos descentralizados, se realiza mediante la concesión o la asignación otorgada por el Ejecutivo Federal a través de la Comisión Nacional del Agua por conducto de los Organismos de Cuenca.

La Ley de Aguas Nacionales en el Capítulo II del Título Cuarto regula expresamente el otorgamiento de concesiones o asignaciones para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales a los particulares.

Es pertinente aclarar que la concesión es un acto de la autoridad administrativa, previsto en la ley - en el presente caso la Ley de Aguas Nacionales, Capítulo II, del Título Cuarto - por medio del cual el Poder Ejecutivo Federal encomienda a los particulares, por

⁶ FARÍAS, Urbano, *Derecho Mexicano de Aguas Nacionales*. Op. Cit., p. 42.



tiempo determinado, la organización y funcionamiento de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes de dominio del Estado (aguas nacionales).

La concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales no otorga al particular concesionario la titularidad de éstas, sólo le otorga un derecho personal (subjetivo) respecto de las mismas, para explotarlas, usarlas o aprovecharlas por un tiempo determinado (mínimo cinco años y no más de treinta).

El Estado no tiene la obligación de otorgar concesiones, se trata de una facultad discrecional reglada, por lo que al presentarse la solicitud, se debe valorar ésta cuidadosamente, que sea en beneficio de los intereses público y social, vigilando que esté garantizada la utilización del agua y que se eviten fenómenos de concentración; también se debe atender a que no se afecten derechos adquiridos por terceros y que se tomen en cuenta las modalidades y limitaciones en la extracción y aprovechamiento conforme a las zonas de veda o reglamentadas por el interés público, procurando que la explotación de riquezas públicas beneficie a la colectividad y que esa explotación se realice en forma efectiva y con rendimientos.

El artículo 21 de la Ley de la materia señala los requisitos que toda solicitud de concesión debe contener, como son el nombre y domicilio del solicitante; precisar la ubicación de la cuenca hidrológica, acuífero en su caso, región hidrológica, municipio y localidad a que se refiere; el volumen de extracción y consumo requeridos; el uso inicial que se dará al agua y si son varios los usos, deberán desglosarse; el punto de descarga de las aguas residuales con las condiciones de cantidad y calidad; el proyecto de obras a realizar o las características de las ya existentes para su extracción y aprovechamiento, así como las relativas a su descarga, incluyendo el tratamiento de aguas residuales y los procesos y medidas para el reúso del agua y la restauración del recurso hídrico; además la duración de la concesión que se solicita.

El otorgamiento de la concesión crea derechos y obligaciones al concesionario (artículos 28, 29 de la Ley de Aguas Nacionales), así éste tiene el derecho y el deber de explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales en los volúmenes concesionados; podrá cambiar definitivamente el uso del agua, total o parcialmente, sin afectar la cantidad ni la calidad del agua, previo aviso a la autoridad, si se afecta la calidad y la cantidad de ésta, se requerirá autorización previa de la propia autoridad; podrá proporcionar a terceros, en forma provisional el uso total o parcial de las aguas



concesionadas previo aviso a la autoridad; está obligado a realizar a su costa, las obras o trabajos para ejercitar su derecho y para cumplir con los requisitos de uso eficiente del agua y realizar su reuso en los términos de las Normas Oficiales Mexicanas; pagará puntualmente los derechos fiscales que deriven de las extracciones, consumo y descargas volumétricas que realice en relación con la explotación, uso o aprovechamiento que le haya sido concesionado; debe permitir que a su costa, la autoridad instale dispositivos para la medición del agua explotada, usada o aprovechada; proporcionará la información y documentación que le sea solicitada por la autoridad del agua, apegándose estrictamente a los plazos que para ello le sean fijados, a efecto de que se verifique el cumplimiento de la Ley y de los términos de la concesión; tiene el derecho a solicitar que su concesión le sea prorrogada por igual término que le fue concedida originalmente, pero en ningún caso podrá disponer del agua en volúmenes mayores a los autorizados por la autoridad.

El artículo 29 BIS 3 de la ley de la materia señala las causales de extinción de la concesión: por vencimiento de la vigencia de la concesión o de su prórroga; la renuncia del titular de la concesión; el cegamiento del aprovechamiento a petición del concesionario; la muerte del concesionario, salvo que se demuestre algún derecho sucesorio; la nulidad declarada por la Comisión en caso de que se haya proporcionado información falsa para la obtención del título o haya mediado error o dolo del concesionario; o que el funcionario que otorgó la concesión sea incompetente y por caducidad parcial o total declarada por la Comisión cuando se deje de explotar, aprovechar o usar.

Como ha quedado señalado arriba, el concesionario no sólo tiene el derecho a explotar, usar o aprovechar el agua concesionada, sino que tiene la obligación de hacerlo, pues en caso contrario y no explota, usa o aprovecha el agua durante dos años consecutivos sin mediar causa justificada prevista en la Ley, su derecho se extingue por caducidad.

Es necesario precisar que si sólo se utiliza una parte del agua concesionada, caducará, mediante declaración de la autoridad, sólo la que no haya sido explotada, usada o aprovechada (fracción VI).

La propia Ley, en el numeral en cita prevé excepciones a la caducidad parcial o total, así, no se aplicará cuando, entre otras condiciones, el concesionario acredite a la autoridad que la falta de uso total o parcial del volumen concesionado obedece a



caso fortuito o fuerza mayor; se haya emitido mandamiento judicial o resolución administrativa por causa no imputable al concesionario que le impidan disponer temporalmente de los volúmenes de agua concesionados; que el concesionario pague una cuota de garantía de no caducidad con objeto de no perder sus derechos, antes de dos años consecutivos sin explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales, hasta por el total del volumen concesionado; en caso de que transmita temporalmente sus derechos de uso, explotación y aprovechamiento a favor de la propia Comisión, a fin de que ésta atienda situaciones extraordinarias de sequía, sobreexplotación grave o situaciones similares de necesidad o urgencia; cuando haya realizado inversiones tendientes a elevar la eficiencia en el uso del agua, por lo que sólo utilice una parte del volumen concesionado o bien se encuentre realizando las inversiones o ejecutando obras autorizadas, dentro del plazo otorgado para ese efecto, para la explotación, uso o aprovechamiento del volumen autorizado.

El concesionario que considere que se encuentra en alguna de estas excepciones deberá presentar dentro de los quince días siguientes a que surta la excepción, un escrito en el que la acredite ante la Comisión, acompañando las pruebas que estime pertinentes para demostrar que efectivamente se encuentra dentro de alguno de los supuestos de excepción. Si la excepción es por caso fortuito o fuerza mayor o bien se trata de la realización de obras, el escrito deberá presentarse dentro de los quince días siguientes a que cese el supuesto de excepción respectivo. La falta de presentación oportuna del escrito da lugar a que se considere que no se tenga por suspendido el plazo de la caducidad, salvo que el concesionario acredite que el supuesto cesó antes del plazo de dos años.

El artículo 47, fracción III, del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, por su parte, extiende un año más (tres) el lapso en que se configura la caducidad, y obliga a presentar el aviso dentro de los 30 días hábiles a que se surta el supuesto, con el objeto de que la Comisión Nacional del Agua, compruebe la existencia del supuesto y emita la constancia respectiva, y que en caso de que no emita respuesta dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la fecha en que se presentó el aviso, se tendrán por acreditados los supuestos.

Estas disposiciones se apoyan, dice Urbano Farías, en dos principios generales de derecho, el de mayoría de razón y el de quien puede lo más puede lo menos, pues la intención del legislador, dentro de una interpretación sistemática de la ley, es que se



ahorre el agua y no que se fomente el desperdicio o el aprovechamiento innecesario de toda el agua concesionada, ante el temor que de no utilizarla toda, caducaría todo el derecho y no sólo la parte no utilizada.⁷

Luego, debemos considerar que la caducidad parcial de la concesión otorgada originalmente, tiende a apoyar y fomentar el ahorro del agua, evitando su desperdicio innecesario.

Si bien la caducidad no es la única causa de extinción de la concesión de derechos de explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, le hemos dedicado especial atención, en virtud de que el caso concreto que analizaremos en el Capítulo siguiente del presente trabajo, trata sobre la declaración de caducidad parcial de la concesión decretada por la Comisión Nacional del Agua en perjuicio de un particular titular de una concesión.

⁷ FARÍAS, Urbano. Op. Cit., p. 96.



IV. ANALISIS DE UN CASO CONCRETO

En el caso que a continuación analizaremos la figura de la caducidad es determinante para el planteamiento de la demanda y para la resolución del mismo, por ello se estima pertinente partir de su concepto: la caducidad ha sido definida por la Teoría General de las Obligaciones como la pérdida de un derecho (facultad), porque su titular ha dejado de observar dentro de determinado plazo, la conducta que la norma jurídica imponía como necesaria para preservarlo.

La parte actora acudió a juicio ante el Tribunal Federal Justicia Fiscal y Administrativa, Primera Sala Regional del Noreste, demandando la nulidad de la resolución (...) de fecha (...), emitida por la Dirección de Administración del Agua del Organismo de Cuenca Río Bravo de la Comisión Nacional del Agua, a través de la cual se declaró la caducidad parcial de 5,101.00 metros cúbicos anuales concesionados mediante el título de concesión número. (...)

En el capítulo de Antecedentes de su demanda, la actora manifestó que para el desarrollo de su objeto social cuenta y opera con una planta industrial, la que para el desarrollo de sus procesos productivos requiere el uso de aguas nacionales, por lo que cuenta con el título de concesión número (...) de fecha (...) de 1997, otorgado por la Comisión Nacional del Agua, para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales del subsuelo por un volumen de 53,148 metros cúbicos anuales. Que la Dirección de Administración del Agua del Organismo Cuenca Río Bravo de la Comisión Nacional del Agua, le dio a conocer el oficio por el que daba inicio al procedimiento administrativo de caducidad de volumen concesionado; por el cual presentó escrito en el que hizo valer los argumentos tendientes a desvirtuar todos y cada uno de los de la autoridad, exhibiendo las pruebas procedentes, entre ellas la inspección ocular de su planta industrial, misma que no fue admitida por la autoridad. Que en la resolución que impugna la autoridad declaró la caducidad parcial de un volumen que significa la diferencia entre el volumen concesionado y el volumen máximo utilizado durante el periodo comprendido del 1 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2007; asimismo ordenó la entrega del original de la inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua del título de concesión para su modificación y ordenó la inscripción de la resolución en dicho Registro, a fin de que una vez que cause ejecutoria se lleve a cabo la modificación del título.



En su demanda, la actora hizo valer diversos agravios, pero sólo nos avocaremos al relativo a la ilegalidad de la resolución impugnada por la que se le caducó parcialmente el volumen de agua que le fue concesionado originalmente, así en su segundo agravio, esencialmente manifestó que era ilegal la declaratoria de caducidad parcial de la concesión Núm (...), debido a que la autoridad arribó a tal decisión, bajo premisas y afirmaciones infundadas.

Señaló que aun y cuando se ubicó en las hipótesis contempladas en los numerales 29 Bis 3, fracción VI, punto 5 de la Ley de Aguas Nacionales y 47, fracciones III y IV de su reglamento, ello no era motivo suficiente para declarar la nulidad parcial referida, bajo el razonamiento de que no se dio el aviso a que se refiere el artículo 23 Bis 3, fracción VI, de la Ley en cita, pues sostuvo haber presentado el aviso con fecha 8 de octubre de 2003, por el que hizo del conocimiento de la autoridad, encontrarse en los supuestos de excepción previstos en los numerales en comento.

Añadió que al emitirse el oficio número (...) de 3 de noviembre de 2004, la Gerencia Regional Río Bravo, resolvió que "*demonstró un uso eficiente del agua*", lo que a su juicio, es una manifestación expresa de encontrarse en el supuesto del último párrafo del numeral 47 del Reglamento invocado, precepto que prevé la no operancia de la caducidad parcial al concesionario cuando se ubique en dicho supuesto, y que cuando ello aconteciera era menester dar a la autoridad el referido aviso para que emitiera la constancia respectiva dentro del plazo de 60 días, pues de no emitirla en ese plazo se configuraría la afirmativa ficta.

Continúa diciendo la actora que, en su caso, no procedía la declaratoria de caducidad parcial de la concesión, al haber hecho del conocimiento de la autoridad desde el 8 de octubre de 2003, la actualización del supuesto de excepción.

Al respecto, la autoridad al momento de contestar la demanda, adujo que con el escrito de 8 de octubre de 2003, el actor no acreditó la petición de encontrarse en el supuesto de excepción que prevé el numeral 47 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, pues ese escrito se refería a la respuesta que se dio al oficio por el cual esa autoridad le comunicó el inicio de Procedimiento Administrativo para declarar la caducidad de volumen detectado durante los años 2000 a 2002, en donde la actora explotó parcialmente el volumen concesionado; por ello, la promoción de fecha 22 de septiembre de 2003, no puede constituir el aviso y solicitud de interrupción de la caducidad de volumen respecto de los años 2005 a 2007.



Estima también, que no es un capricho de la autoridad el declarar la caducidad parcial de la concesión, ya que tanto en el procedimiento anterior, como en el que dio lugar a la resolución impugnada, ya se había configurado la caducidad de volumen, al haber transcurrido los términos con que contaba legalmente el concesionario para dar aviso oportuno e interrumpir con ello la caducidad, por lo que aun y cuando manifestara en ambos casos contar con la infraestructura, nunca demostró haber dado aviso en términos de la ley.

La Sala en su sentencia, resolvió infundado el agravio en análisis, sustentándose básicamente, en lo siguiente:

1.- Que el escrito presentado en ejercicio del derecho de audiencia en un procedimiento de caducidad anterior, no puede considerarse como el aviso que establece la legislación de la materia, que se comunica a la autoridad para efectos de que no se aplique la extinción por caducidad parcial o total de la concesión.

Que en el caso concreto, la actora apoya su accionar en el escrito presentado ante la Gerencia Regional Río Bravo de la Comisión Nacional del Agua el 8 de octubre de 2003, con el que sostiene que dio aviso a la autoridad de la actualización del supuesto contemplado en la fracción III, del numeral 47 del Reglamento de la ley de la materia.

Al respecto, la Sala estimó que dicho documento no tiene el carácter de un aviso en términos de la legislación citada anteriormente, en primer lugar porque el mismo se formuló con un objetivo específico, esto es, dar contestación al oficio en el que se le comunicaba el inicio del procedimiento administrativo para declarar la caducidad de volumen de 5,744.00 metros cúbicos, por lo que no tiene el carácter de un aviso o solicitud en los términos que plantea la accionante. En segundo lugar, al tratarse el procedimiento respectivo de la caducidad de volúmenes concesionados no explotados en los años 2000, 2001 y 2002, no puede considerarse que dicho documento sea igualmente eficaz para justificar los volúmenes no explotados por los diversos años 2005, 2006 y 2007, a que se refiere la resolución impugnada en el juicio que se resuelve, por lo que, en todo caso, la demandante debió solicitar la constancia respectiva a la autoridad, en términos del numeral 47 del reglamento de la materia, para que la caducidad se suspendiera en relación con los años antes citados. Máxime que la accionante, en el procedimiento anterior, según se apreció en el oficio aportado por la



misma demandante, conoció de la causa por la que se le declaró caducada parcialmente su concesión, esto fue, por no haber solicitado la constancia de excepción de caducidad, y no obstante ello, vuelve a incurrir en la misma omisión, cinco años después.

También se señala que la juzgadora no coincide con el criterio de la demandante, en el sentido de que la autoridad no proveyó el documento de 8 de octubre de 2003, en el lapso de 60 días que establece el numeral 47 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales y que por ello se constituye una afirmativa ficta en su favor; porque estima que en el caso concreto, el escrito de desahogo del derecho de audiencia dentro del otro procedimiento de caducidad iniciado por la autoridad en el año de 2003, no tiene el carácter de aviso, y en esa medida, la autoridad no estaba obligada a comprobar los supuestos de excepción, sino, únicamente, a verificar si se había tramitado la declaratoria correspondiente en tiempo y forma y con ello se desvirtuaban los hechos que motivaron dicho procedimiento, y al acreditarse que ello no se tramitó oportunamente, no estaba obligada a hacer la verificación respectiva.

2.- Que se estima infundado el agravio en estudio, toda vez que si bien es cierto que los numerales 29 Bis 3, fracción VI, punto 5 de la Ley de Aguas Nacionales y 47, último párrafo de su Reglamento, no establecen literalmente que el aviso no podrá presentarse una vez iniciado un procedimiento de caducidad, también lo es que dichas normas determinan que la caducidad del volumen opera por dejar de explotar la concesión parcialmente por tres años consecutivos, salvo las excepciones previstas en la propia ley, pero éstas deben entenderse condicionadas a que se presente el aviso correspondiente a la autoridad, que deberá comprobar la existencia del supuesto y emitir la constancia respectiva, ya sea expresa o ficta, por lo **que si en el caso concreto no se presentó el aviso correspondiente, sino hasta después de tres años de no explotar el volumen, debe concluirse que se configuró la caducidad del volumen.**

Señala también que no es óbice a lo anterior el que el accionante considere que la autoridad debería permitirle presentar el aviso en cualquier momento, previamente a la imposición de una sanción, y que de lo contrario carecería de sentido el plazo de pruebas y alegatos que dispone el propio procedimiento seguido en su contra. Se dice que no es obstáculo, ya que el hecho de que dicho procedimiento permita hacer valer las defensas al particular, no implica que éste pueda en forma extemporánea, justificar los supuestos que suspenderían el plazo de la caducidad, sino que debe entenderse



que la audiencia que se le concede le permite acreditar que sí cumplió con las formalidades previstas en la ley para que no opere en su contra la caducidad en cuestión, más no que dé lugar a que extemporáneamente justifique encontrarse en alguno de los supuestos de excepción de la caducidad parcial de la concesión.

Con los anteriores argumentos, la Sala reconoció la validez de la resolución impugnada por la que la autoridad del Agua decretó la caducidad parcial del volumen otorgado en la concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales de la empresa accionante.

COMENTARIO: Si bien la legislación prevé que el derecho otorgado por el título de concesión caduca, total o parcialmente, cuando se deje de explotar, usar o aprovechar el volumen de agua concesionado, sin causa que lo justifique por dos años consecutivos, también lo es que una de las excepciones a esta caducidad es que se hayan realizado inversiones tendientes a elevar la eficiencia en el uso del agua y que da motivo a la utilización de sólo una parte de ese volumen y para que opere esta excepción es necesario que el concesionario presente un escrito fundamentado ante la autoridad, dentro de los quince días hábiles siguientes a que se surta este supuesto.

Como quedo arriba expuesto, en el caso en análisis, la empresa demostró a la autoridad, y ésta lo reconoció, que había realizado inversiones tendientes a hacer más eficiente su aprovechamiento del volumen de las aguas nacionales que le había sido concesionado, sin embargo, no presentó escrito alguno fundamentando la excepción a la caducidad y el escrito a que alude el concesionario en su demanda, el Tribunal no lo consideró como aviso, sino sólo como un escrito presentado dentro del procedimiento administrativo de caducidad que llevaba a cabo la autoridad.

Estimamos que, en el caso, la Sala se limitó a realizar una interpretación gramatical de la ley, aplicándola al caso específico, olvidándose de que una interpretación integral de la legislación, podría haberla conducido a emitir un fallo favorable al concesionario, pues si como quedó expuesto en el Capítulo II del presente trabajo, la autoridad encargada de la administración del agua cuenta entre sus atribuciones la de fomentar y propiciar un uso eficiente de este recurso y en el caso concreto, la propia autoridad reconoció que el concesionario había reducido el volumen de agua que le fue concesionado originalmente, porque había realizado inversiones tendientes a hacer más eficiente ese uso, debió considerar que sí se daba el supuesto de excepción a



la caducidad, previsto en la propia legislación, independientemente de que el aviso se hubiese presentado o no, o éste no se hubiese presentado dentro del plazo de los quince días siguientes a que este supuesto se configuró.

Creemos que el propósito esencial del legislador es alentar y fomentar el uso eficiente del agua entre los concesionarios, con objeto de elevar la calidad de su explotación; además, que es obligación de la autoridad el vigilar que ese uso se haga en la cantidad concesionada, así como el propiciar una mayor calidad de los aprovechamientos, por lo que la presentación del aviso, es una mera formalidad, que en el caso en análisis, tanto la autoridad del agua como el Tribunal, lo consideraron como un requisito de existencia del supuesto de excepción a la caducidad parcial de la concesión.

La aplicación rigorista de la ley, a lo único que conduce es a la desmotivación de los concesionarios a realizar inversiones que hagan más eficiente el uso del agua concesionado, con el consiguiente resultado de desperdicio de tan vital recurso y el demérito de la calidad de su explotación y aprovechamiento, por ello es que nos permitimos plantear la siguiente:

PROPUESTA: Que se reforme la ley y su reglamento y que no se fije plazo para la presentación del aviso correspondiente a la configuración del supuesto de excepción de la caducidad parcial del volumen de agua concesionado en el caso de inversiones para eficientizar el uso del agua, o bien, que el aviso se presente a requerimiento de la autoridad del agua, con el apercibimiento de que de no presentarlo dentro de los quince días hábiles a dicho requerimiento, se procederá al inicio del procedimiento de caducidad parcial del volumen concesionado.



CONCLUSIONES

1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley de Bienes Nacionales, clasifican los bienes que integran el patrimonio del Estado.

2.- La propiedad originaria del Estado, los bienes del dominio público y su patrimonio lo conforman, entre otros, las aguas nacionales en donde el Estado es el titular de los bienes tangibles e intangibles.

3.- La iniciativa principal de nacionalizar las tierras y aguas, fue de Venustiano Carranza, en la Constitución de 1917, los bienes del estado no pueden tener más titulares que el propio Estado, no permitiendo adquisición por parte de particulares, sino a través de concesiones, tampoco los jueces de ninguna índole pueden embargar los bienes del Estado.

4.- Corresponde al Ejecutivo Federal la administración de las aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes, quien la ejerce directamente o a través de la Comisión Nacional del Agua.

5.- La Comisión Nacional del Agua es el órgano superior con carácter técnico, normativo y consultivo de la Federación en materia de gestión integrada de los recursos hídricos, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Aguas Nacionales. Es la autoridad normativa y ejecutiva para la administración y la prestación de los servicios públicos en materia de aguas nacionales.

6.- Entre las atribuciones y obligaciones de la Comisión Nacional del Agua, previstas en el artículo 9° de la Ley de la materia, destaca la relativa a promover en el ámbito nacional el uso eficiente del agua y su conservación.

7.- Como las aguas se presumen nacionales, salvo prueba en contrario, son propiedad pública y excepcionalmente pueden entrar al dominio directo de los particulares, quienes sólo podrán usarlas, aprovecharlas o explotárlas, mediante la concesión que les otorgue el Ejecutivo Federal a través de la Comisión Nacional del Agua.

8.- La concesión es, entonces un acto de autoridad administrativa, por el que se encomienda a los particulares por un tiempo determinado, la organización y funcio-



namiento de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de las aguas nacionales.

9.- El concesionario no sólo tiene el derecho, sino también, el deber de usar, explotar y aprovechar las aguas nacionales, en los volúmenes concesionados, pues en caso contrario, si no explota, usa o aprovecha el agua concesionada durante dos años consecutivos (el Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales señala tres años), sin mediar causa que lo justifique, su derecho se extingue por caducidad.

10.- La ley prevé excepciones a la caducidad parcial o total de la concesión, siendo una de ellas que se hayan realizado inversiones tendientes a elevar la eficiencia en el uso del agua, por lo que sólo se utilice una parte del volumen concesionado. Para que opere ésta excepción, el concesionario deberá presentar dentro de los quince días siguientes, a que se surta la excepción, un escrito en el que la acredite ante la Comisión. La falta de presentación oportuna del escrito, genera que se tenga por no suspendido el plazo de caducidad, salvo que el concesionario acredite que el supuesto cesó antes del plazo de dos años.

11.- En el caso analizado, la Comisión Nacional del Agua decretó en perjuicio del concesionario la caducidad del volumen de agua concesionado originalmente, por ello, acude en demanda ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, a fin de que se resuelva nula esta decisión de la autoridad. La Sala del Tribunal, una vez analizados los argumentos de ambas partes y valorado las pruebas por ellas aportadas, emitió sentencia, reconociendo la validez de la resolución administrativa.

En nuestro comentario y propuesta, aportamos nuestro punto de vista al respecto.



BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, "*Teoría General del Derecho Administrativo. Primer Curso*", Porrúa, Sexta Edición, México, 1984.

*MARTÍNEZ MORALES, Rafaél, "*Derecho Administrativo*", Segundo Curso, Porrúa. México, D.F.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, "*Segundo Curso de Derecho Administrativo*", Porrúa, México, Segunda Edición, 1988.

SERRA ROJAS, Andrés, "*Derecho Administrativo*", Segundo Curso, Porrúa, México, 1996.

FARÍAS, Urbano, "*Derecho Mexicano de Aguas Nacionales*". Porrúa, México, D.F.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2010.

Ley de Bienes Nacionales 2004.

Ley de Aguas Nacionales.

***NOTA:** Sobre el autor Martínez Morales Rafael *Copias proporcionadas por el Dr. Gil Rendón, no contamos con el año de la edición.



“LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. ALGUNOS ASPECTOS TEÓRICOS Y ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO”

Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra María Teresa Olmos Jasso

ABSTRACT: El presente trabajo pretende resaltar los puntos relevantes a los temas relacionados con: ¿Qué es un servicio público? y ¿Cuáles son los bienes del Estado? Al mismo tiempo establecer las diferencias entre lo que puede ser objeto de concesión de aquellos en los que esta figura esta restringida, conjugando tanto lo ya establecido por la doctrina como el marco legal para finalmente exponer un caso práctico.

SUMARIO: Introducción. I. Temas previos al Análisis a la Concesión Administrativa. 1. Servicio Público. A. Definición legal. B. Definición Jurisprudencial. C. Definiciones doctrinarias. D. Clasificación de los servicios públicos. E. Obra Pública. 2. Patrimonio Nacional. 2.1 Bienes del dominio público Directo. 2.2 Bienes de dominio Privado. II. La Concesión Administrativa. A. Definiciones Doctrinarias. B. Naturaleza jurídica de la Concesión. C. Tipos de Concesión. D. Materias objeto de la Concesión. E. Materias restringidas. F. Formas para otorgarla. G. Formas de Extinción. III. Caso Práctico. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Para realizar sus fines el Estado cuenta con una serie de competencias y facultades que la doctrina denomina en general como atribuciones, tales como: las de mando; de policía; de seguridad y orden público; para regular las actividades económicas de los particulares; para crear y proporcionar servicios públicos, etc.

Concomitantemente con lo anterior ha tenido el Estado la necesidad de crear diversas figuras o medios legales para lograr esos fines que originaria y directamente

Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra Ma. Teresa Olmos Jasso

le corresponde proporcionar o ejercer. Llevándose a cabo una mezcla entre los intereses de los sectores público y privado para lograr los diversos objetivos del Estado inmersos en la prestación de los servicios públicos así como en la explotación del patrimonio nacional.

La concesión es uno de estos mecanismos, ya que involucra la potestad del Estado para autorizar a un particular (persona física o moral), el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado, modificando con ello su función de ser prestador originario o directo a ser **supervisor de la prestación de un servicio público** o en su caso de **la explotación de un bien de propiedad estatal**. Teniendo presente siempre la clase de bienes y/o servicios públicos que pueden ser objeto de concesión; en tanto que estas facultades del Estado para otorgar concesiones no son irrestrictas, pues se encuentran restringidas en algunas áreas y bienes del dominio público.

Por tal motivo, a fin de adentrarnos al tema que nos ocupa es menester previamente hacer una breve referencia acerca de dos temas relacionados: ¿qué es un servicio público? y, ¿cuáles son los bienes del Estado?; al mismo tiempo que establecer las diferencias entre lo que pueden ser objeto de concesión de aquéllos en los que esta figura esta restringida.

El presente trabajo, pretende resaltar los puntos relevantes del tema conjugando tanto lo ya establecido por la doctrina, como el marco legal para finalmente exponer un caso práctico que en nuestro concepto nos permite plasmar y comentar las dos referencias indicadas.

I. TEMAS PREVIOS AL ANÁLISIS A LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

A continuación se presentan algunos aspectos relevantes en cuanto al servicio público y el patrimonio nacional (bienes de dominio público directo y los de propiedad de la nación); desde el punto de vista doctrinal y marco legal aplicable:



1. EL SERVICIO PÚBLICO

Al lado de las medidas necesarias para salvaguardar el orden público (que equivale a la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas), así como de todas las acciones necesarias tendientes a regular y fomentar la actividad en la vida económica, cultural y asistencial del país que constituyen los fines del Estado; tenemos a los servicios públicos como parte sustancial o medios para cubrir esas necesidades de la comunidad, ya sea por la gestión directa del Estado o indirecta, (sectores público y privado). Es así que el servicio público, es creado para dar satisfacción a diversas necesidades de interés general.

Cabe decir, sin embargo que el servicio público no es monopolio del Estado, ya que a través de la figura de la concesión puede discrecionalmente y con arreglo a la ley y los principios de derecho administrativo público, permitir que éste sea proporcionado por una persona física o moral (particulares), delegando así parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos.

Es importante señalar que bajo este rubro se pueden concebir tanto a los servicios públicos, como a los trabajos públicos; obras públicas; función pública y función administrativa, por ello no es posible encontrar un criterio único para definir al servicio público, pues mientras que en algunos preceptos constitucionales se encuentran referidos a los servicios públicos y los servicios explotados o concesionados de la Federación, en otros se equipara el concepto a empleos públicos y a los funcionarios públicos, o se emplea la expresión para referirse a un organismo u oficina pública.

Sin embargo, es de aclarar que los servicios públicos propiamente dichos deben prestarse por el Estado mexicano o a través de los particulares bajo el esquema de la concesión, pero cuando se está en presencia de verdaderas funciones públicas clasificadas como servicios públicos, no pueden ser delegables a particulares, tal es el caso de la seguridad pública; aunado a ello, es preciso tener siempre en cuenta el marco espacio-tiempo en el que se han otorgado o se otorgaran esos servicios públicos, pues las necesidades colectivas son cambiantes de un momento a otro, un ejemplo palpable de ello es que las condiciones imperantes en 1917 bajo las cuales se establecieron los servicios públicos en nuestra Constitución, no son las mismas que operan en la actualidad, pues sin temor a equivocaciones, las necesidades del México de hoy han tenido variaciones sustanciales.

*Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra Ma. Teresa Olmos Jasso*



En nuestro sistema jurídico de derecho, el servicio público tiene diversas características, las que le han llevado a la bien ganada denominación de *Estado-Empresario*, esas características, según el doctrinario Alfonso Nava Negrete¹ son:

- a) Se puede prestar por el Estado o por los particulares;
- b) Puede prestarse con o sin propósito de lucro por el estado o los particulares;
- c) Es de naturaleza administrativa o económica (industrial o comercial), y,
- d) Su régimen jurídico es de derecho administrativo, aunque no exclusivamente porque también se pueden aplicar normas de derecho privado.

A. Definición legal

Si bien no existe una definición como tal en el texto Constitucional, ni en las leyes Federales (pues por regla general la legislación es poca dada a incluir definiciones en sus textos); sí en cambio podemos distinguir en las bases constitucionales al menos los elementos que delimitan al servicio público en cada uno de los órdenes de gobierno: Federación, municipios; entidades federativas; Distrito Federal y facultades residuales se pueden observar desde los artículos 73, 115, 116, 122 y 124 Constitucionales.

Es por ello que los servicios públicos atendiendo a cada uno de éstos órdenes pueden clasificarse en:

1. Federales,
2. Estatales,
3. Municipales, e
4. Internacionales.

No obstante sí tenemos una **definición en un texto legal del Distrito Federal**, de donde se desprenden los elementos constitutivos o características esenciales del servicio público, a saber:

¹ Cfr.- **Yanome Yesaki, Mauricio** "EL CONCEPTO DE **SERVICIO PÚBLICO** Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN MÉXICO. www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/31.pdf. NAVA NEGRETE, Alfonso, "*Derecho Administrativo Mexicano*", Fondo de Cultura Económica, México 2001, p. 419.



- ✓ Que tenga como fin satisfacer las necesidades de interés general; y,
- ✓ Que el servicio se preste de manera:

- Obligatoria;
- Regular;
- Continua;
- Uniforme; y
- En igualdad de condiciones.

El precepto a que nos referimos es el artículo 128, de la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público, de 20 de diciembre de 1996, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 del mismo mes y año, en donde se establece:

“Artículo 128. Para los efectos de esta Ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer necesidades de interés general en forma obligatoria, regular y continua, uniforme y en igualdad de condiciones.”

“Así mismo en el precepto anterior establece la misma ley que:

“Artículo 127. La prestación de los servicios públicos en el Distrito Federal corresponde a la Administración Pública Local, sin perjuicio de encomendarla, mediante Título de concesión limitada y temporal, en los casos expresamente previstos en las leyes, otorgada a quienes reúnan los requisitos correspondientes.”

Del contenido de este precepto legal podemos observar que en principio la ley regula lo relativo a los servicios públicos encomendado a la Administración Pública Local, por tanto se encuentra dentro de la clasificación de los servicios públicos estatales; además de que su prestación no es exclusiva de la Administración Pública Local, pues pueden intervenir los particulares bajo la figura jurídica de la **concesión**, la que será otorgada en forma limitada y temporal bajo el régimen jurídico aplicable.

Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra Ma. Teresa Olmos Jasso



B. Definición Jurisprudencial

En la tesis que se transcribe como nota al pie² del presente, se señalan esencialmente los puntos torales de la definición de servicio público; así como sus notas características, tesis que aunque no forma jurisprudencia (seguramente por no existir mayores discrepancias en cuanto a su contenido), nos parece bastante completa como marco referencial de lo que debe entenderse por servicio público, ya que sus puntos distintivos son:

² No. Registro: 177,794
Tesis aislada
Materia (s): Administrativa
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXII, Julio de 2005
Tesis: XV.4o.8 A
Página: 1538

SERVICIO PÚBLICO. SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS

Aunque la doctrina no ha llegado a un consenso respecto del concepto de servicio público, de las definiciones más aceptadas es factible obtener las siguientes notas características: 1. El servicio público debe consistir en una actividad prestacional, es decir, una actividad que tiende a otorgar a otros una ventaja, un bien, un beneficio, etcétera, de cualquier naturaleza y, por lo tanto, varía el ingreso de quien la recibe o disminuye los gastos en que pudiera incurrir en el supuesto de no recibirlo. 2. Esta actividad es asumida por la administración pública de manera expresa y concreta, lo que significa que es reservada en exclusiva en cuanto a la dirección y organización a un órgano estatal y que el ejercicio de esa actividad requiere de autorización previa del Estado expresada con un acto de autoridad. En este sentido, las actividades en las que se permite la concurrencia de particulares sin esta previa autorización no son servicios públicos. 3. La administración pública realiza la actividad de servicio público en forma directa o indirecta, es decir, valiéndose de la concesión, aunque la legislación mexicana no es consistente en la denominación que otorga a esta figura jurídica, puesto que en algunas leyes administrativas se emplea el término autorización, cuando se refiere a la prestación de un servicio público. 4. El servicio público siempre debe tender a la satisfacción del interés general. 5. El servicio público se presta conforme a un régimen de derecho público, especial y propio que lo particulariza e identifica frente a otras actividades administrativas y cuyas características son su generalidad, uniformidad, continuidad, regularidad, obligatoriedad y subordinación a la administración pública. Por lo tanto, no puede estar sujeto a un régimen de derecho privado en cuanto a su prestación.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO

Amparo directo 341/2004. Transportes Imperiales, S. de R.L. de C.V. 21 de abril de 2005. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Faustino Cervantes León. Ponente: Inosencio del Prado Morales. Secretario: Juan Manuel Serratos García.



- ✓ Que el servicio público debe consistir en una actividad prestacional que incide directamente en el ingreso y los gastos de quien lo recibe;
- ✓ Que es una actividad asumida directamente por la Administración pública; por tanto, es reservada en exclusiva;
- ✓ Que si el servicio público puede prestarse a través de particulares, se requiere de autorización previa del Estado, expresada en un acto de autoridad bajo la figura de la **concesión**;
- ✓ Por tanto dicha actividad puede realizarse por la Administración Pública en forma directa o indirecta valiéndose de la figura de la **concesión** y/o autorización;
- ✓ Que esas actividades en las que se permite la concurrencia de particulares sin esa previa autorización *no pueden considerarse servicios públicos*;
- ✓ Por último, que el servicio público siempre debe tender a la satisfacción del interés general y prestarse conforme a un régimen de derecho público, especial y propio que lo particulariza e identifica frente a otras actividades administrativas y cuyas características para que se consideren como tales, son:

1. generalidad;
2. uniformidad;
3. continuidad;
4. regularidad;
5. obligatoriedad y
6. su subordinación a la administración pública.

Como corolario a lo anterior, cabe concluir como lo hace la tesis en cita que el servicio público, en cuanto a su prestación, no puede sujetarse a un régimen de derecho privado, pues aun y cuando se haya concesionado el otorgamiento de dicho servicio a un particular, el Estado es el titular originario de esta facultad, se entiende que el servicio público se presta por el Estado *en forma indirecta y bajo un régimen exorbitante de derecho privado*.

Por otra parte, cabe resaltar que las características que establece la tesis analizada coinciden con las establecidas por la Ley comentada en el punto inmediato anterior en cuanto a que los servicios públicos deben prestarse en *forma obligatoria, regular y continúa, uniforme*.



C. Definiciones doctrinarias

Doctrinariamente se han manejado entre otros, los siguientes conceptos:

Alfonso Nava Negrete,³ siguiendo la noción de Maurice Harriou, pues a su juicio es la que se adapta más a la realidad mexicana define al servicio público como:

“(...) un servicio técnico prestado al público por una organización pública, en forma regular y continua, para satisfacer necesidades públicas.”

Por su parte, Jorge Fernández Ruiz⁴ propone la siguiente definición:

“(...) toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la Administración Pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.”

Manuel María Díez⁵, lo define como:

“(...) la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general.”

Esta última definición es la que a nuestro juicio es la más completa porque involucra todos los aspectos y elementos que como características resultan perfecta y actualmente definitorias del tema.

³ Cfr.- YANOME YESAKI, Mauricio “EL CONCEPTO DE **SERVICIO PÚBLICO** Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN MÉXICO”. www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/31.pdf.- Nava Negrete, Alfonso, “*Derecho Administrativo Mexicano*”, Fondo de Cultura Económica, México 2001, p. 420.

⁴Cfr.- YANOME YESAKI, Mauricio.-Op. Cit., Fernández Ruiz, Jorge, “*Servicios Municipales*”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INAP, 2002, p. 121.

⁵ Cfr.- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, “*Derecho Administrativo y Administración Pública*”, Tercera Edición, Porrúa, México, 2009, p. 69.



D. Clasificación de los servicios públicos

Como lo señala Gabino Fraga,⁶ y otros doctrinarios, los servicios públicos se han clasificado con diversos criterios, siendo los más importantes: los que los dividen por:

La forma como satisfacen las necesidades generales (*uti singuli* y de *uti universi*, según se pueda identificar a los usuarios) y,

a) Aquéllos que se clasifican por la forma de gestión de los mismos (gestión pública y de gestión privada), etc.

Dentro de la primera de las clasificaciones citadas, podemos mencionar: el servicio de defensa nacional; los servicios de vías generales de comunicación; los servicios de enseñanza, de correos, de telégrafos, radiocomunicación, transportes; los de asistencia pública; los de previsión; los seguros sociales, los de vivienda barata, etc.

Desde el punto de vista de la forma de gestión de los mismos tenemos:

1. Aquéllos que son manejados directa y exclusivamente por el Estado o por organismos creados por el propio Estado para tal fin, de
2. Aquéllos que pueden ser explotados por medio de la concesión administrativa que se otorga a individuos o empresas particulares y que en el presente trabajo constituye el tema central.

Casi todos los servicios públicos pueden ser concesionados, es decir, el Estado puede actuar en *forma concurrente con los particulares* como es el caso de los servicios públicos de radiodifusión y teléfonos, y también puede actuar en *forma concurrente con las demás entidades públicas*, como es el caso de la educación pública, el turismo, salubridad, caminos, etc. pero, también hay servicios públicos que son indelegables, como el caso de los relativos de la policía preventiva y tránsito, otros que son exclusivos, es decir con el carácter monopólico, como es el caso del petróleo, la energía eléctrica, correos, telégrafos y banco único de emisión; así como también servi-

⁶ FRAGA, Gabino, "*Derecho Administrativo*", 45ª Edición, Porrúa, México, 2006, p. 244.



cios públicos estatales exclusivos que deben ser regulados por las legislaturas de los estados, y *concurrentes con la Federación y/o con los municipios* que se encuentran dentro de la circunscripción territorial del estado, ejem: la educación pública y el drenaje.

E. Obra Pública

Dentro de este tema en particular, es menester hacer una breve referencia al *concepto de obra pública*, puesto que es la realizada por el Estado con un propósito de interés general, destinada al uso público, al desempeño de una función pública, o a la prestación de un servicio público, destacándose como formas de gestión:

1. La administración directa (realizada por la propia administración pública con sus recursos materiales y humanos);
2. El contrato de obra pública (con un régimen jurídico especial, celebrado por la administración pública con un particular o contratista, mediante el pago de un precio); y,
3. La concesión de obra pública (en donde la administración encarga a un particular la ejecución de la obra a costa y riesgo de este, y le confiere su explotación durante un plazo determinado a efecto de que recupere la inversión realizada, el importe de los intereses respectivos, la suma de gastos de operación y además obtenga una utilidad, es sin embargo un contrato de obra pública, pero la inversión la hará el concesionario).

2. PATRIMONIO NACIONAL

Señala Gabino Fraga⁷ en su obra que el patrimonio del Estado se compone por:

“El conjunto de bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones, constituye el dominio o patrimonio del propio Estado.”

Por su parte, la Ley General de Bienes Nacionales publicada en el D.O.F, el 20 de mayo de 2004, reformada el 31 de agosto de 2007, señala en su artículo 1º, que el

⁷ Op. Cit., p. 343.



objeto de la misma es establecer: los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación; el régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal; así mismo refiere en su artículo 3º, como bienes nacionales:

“ARTÍCULO 3.- Son bienes nacionales:

“I. Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

“II. Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley;

“III. Los bienes muebles e inmuebles de la Federación;

“IV. Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las entidades;

“V. Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propios a las que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos les otorga autonomía, y artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

“VI. Los demás bienes considerados por otras leyes como nacionales.”

Para efectos de este apartado, baste señalar que la propia Ley de Bienes Nacionales, presenta en sus artículos 6º y 7º, dos grandes clasificaciones, seguidas de bastas listas de bienes nacionales, agrupándose de la siguiente manera:

1. Bienes sujetos al régimen de dominio público, y
2. Bienes del dominio privado de las entidades y de los Organismos Constitucionales Autónomos.

Rafael I. Martínez Morales siguiendo la legislación mexicana, además de distinguir los bienes de uso común y otros, los agrupa en tres grandes ramas:

1. Culturales
2. Ecológicos
3. Económicos
- 2.1 Bienes del dominio público.



Los bienes de dominio público según el doctrinario Rafael I. Martínez Morales⁸ representan:

“(...) el sector de los bienes del Estado sobre los cuales ejerce su potestad soberana, conforme reglas de derecho público, a efecto de regular su uso o aprovechamiento, y de esta manera se asegure su preservación o racional explotación.”

Cabe decir también que estos bienes son inalienables, imprescriptibles e inembargables y, **generalmente concesionables** y no están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de tercero, (Artículo 13 de la Ley de Bienes Nacionales). Tampoco están sujetos a gravamen alguno ya que están libres de cualquier carga tributaria.

Dentro de esta clasificación encontramos los bienes de uso común, estos bienes tienen dos vertientes o criterios acorde con las distintas legislaciones modernas, una que considera como bienes sometidos al derecho de propiedad, y otra como no susceptibles de ese derecho de propiedad.

En México, los bienes de dominio público sí son susceptibles del derecho de propiedad. Baste la sola lectura de algunos párrafos del artículo 27 Constitucional, en donde se establece: *“La propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación.”* las modalidades que el Estado puede imponer a la propiedad privada; *“(...) Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales (...);”* *“Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales (...),”* etc.

Si bien, *se pueden otorgar concesiones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación estas no crean derechos reales, simplemente frente a Administración para realizar el uso, aprovechamiento o explotación de acuerdo con las disposiciones del Título de la Concesión de la ley en comento y las leyes específicas aplicables, pero nunca salen del patrimonio del Estado.*

⁸ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *“Derecho Administrativo”*, 2º Curso, Cuarta Edición, Oxford University Press, p. 27.



Para ser incorporado o desincorporado algún bien se requiere de un “decreto de destino”, con ciertos requisitos tales como: que lo emita el Presidente de la República refrendado por el Secretario de la Función Pública, o, ser emitido por el Secretario de Estado si solo es un cambio de usuario; que se publique en el Diario Oficial; debidamente fundado y motivada la causa que justifique su incorporación o desincorporación. Pueden ser enajenados a título gratuito (cuando se destinen a los servicios públicos), o a título oneroso (mediante subasta, o fuera de subasta mediante decreto del ejecutivo que así lo autorice).

2.2 Bienes del dominio privado

Los bienes de dominio privado del Estado son aquéllos que el legislador ha estimado innecesario otorgarles tantos requisitos como a los del dominio público, en los Estados anteriores a la época contemporánea se distinguían claramente entre el patrimonio al que tenía acceso el público, de los bienes del gobernante propiamente dichos, ahora podríamos pensar en los bienes necesarios para la función pública así como la prestación de servicios públicos; áreas para la regularización de la tenencia de la tierra y atender el problema habitacional.

II. 1. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Considerando que el acto administrativo de la concesión representa, la forma típica de explotación de los bienes de dominio público y de prestación de servicios públicos en el Estado neoliberal, así como que se trata de una forma de gestión indirecta, en la que la Administración permaneciendo como titular de determinado servicio, encomienda su explotación a un particular y aquella se queda como simple supervisor del servicio público, es evidente que nos estamos refiriendo particularmente a la privatización de los servicios públicos a intereses privados, por tanto a la mezcla de los sectores público y privado, que de hecho existe en la mayoría de las economías del mundo, pues ambos sectores se necesitan recíprocamente.

Como se señala en el artículo que lleva por título: “Servicios Públicos e intereses Privados”.⁹

⁹ “Servicios Públicos e intereses privados. El sector público, Debates y análisis de actualidad”, Internacional de Servicios Públicos-1997: “PSI IÖD ISKA ISP”, publicación basada en la diversa publicación realizada por Brendan Martin, redactor del texto original.



“(...) La ‘privatización’ estrictamente definida significa una transferencia de propiedad del Estado a empresas o individuos privados. Interpretada más ampliamente, significa la transferencia de funciones y responsabilidades del sector estatal o público. Más extensamente todavía, su definición puede incluir una serie de medidas (llamadas también comercialización) dirigidas a introducir métodos, estructuras y culturas más comerciales en las actividades públicas.”

Se ha visto en los diferentes modelos de economías mundiales como la mezcla de estos sectores con el predominio de uno de los sectores ha influido en su éxito o en un rotundo fracaso o resquebrajamiento.

Ejemplo de ello, los servicios de salud en E.U. poco accesibles para los ciudadanos comunes por los costosos seguros médicos y las grandes limitantes para otorgar la atención médica, incluso a la población que sí cuenta con este seguro, cuanto y más la población de inmigrantes; en Latinoamérica por ejemplo los ciudadanos necesitan un mayor acceso a los servicios de salud, educación, agua potable, electricidad, comunicaciones, transportes, facilidades de crédito, vivienda pública, etc., mientras que los intereses privados tienen un mejor suministro de esos servicios, de ahí que debe haber mayor ingerencia del sector público en velar para que su comunidad cuente con los servicios públicos básicos.

En cambio en los antiguos regímenes comunistas en donde todo quedó en manos del sector público, el poder ahora crear empresas privadas y desarrollar economías de mercado han hecho que la privatización se convierta en instrumento crucial para la transición del totalitarismo y economías dirigistas a la democracia y economías de mercado, mejorando su manejo político, económico y de distribución de la riqueza junto con los fines necesarios tendientes a regular y fomentar la actividad en la vida económica, cultural y asistencial del país.

Lo ideal es que exista un equilibrio debiendo sopesar y valorar todos los aspectos económicos y sociales en cada uno de los bienes y servicios públicos que se han de privatizar y, siempre bajo la responsabilidad del Estado teniendo presente en todo momento que debe haber límites en cuanto a que ciertos servicios no pueden estar en manos de los intereses privados y/o, sin la debida regulación para la supervisión permanente del Estado, por ejemplo, los “servicios de seguridad pública y de policía”, así como el de “los bomberos”, deben siempre estar a nuestro juicio dentro del sector público y brindarse a todos los habitantes de la comunidad.



Si bien se ha visto que las necesidades de la comunidad se han ido extendiendo y los servicios públicos son insuficientes además de ineficaces y en una gran mayoría de los casos nulos, al grado de que tanto la industria como los comercios y algunas comunidades de ciudadanos se han organizado para procurarse servicios de seguridad privada, entonces, estos servicios estarán al alcance de quien pueda pagarlos y con ello se da pie al auge de las privatizaciones y al resquebrajamiento de uno de los fines del Estado.

Retomando la idea central tenemos entonces que la concesión como forma típica de explotación de los bienes de dominio público, y de prestación de servicios públicos, es una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, en la que la Administración, permaneciendo como titular de determinado servicio, encomienda su explotación a un particular y aquella se queda como simple supervisor del servicio público y/o del uso y explotación de los bienes del dominio público.

Al respecto, se debe indicar que la concesión si bien se encuentra regida por normas de derecho público, también es cierto que al intervenir particulares están presentes normas que rigen la vida privada, por ello se habla de un régimen exorbitante de derecho privado.

El concepto de la concesión como tal no se encuentra definido en nuestra ley; sin embargo, debemos tomar en cuenta que la administración pública cumple con sus actividades por medio de diversos mecanismos, siendo uno de ellos la concesión administrativa.

A. Definiciones Doctrinarias

Gabino Fraga, considera que:

“La concesión administrativa es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado.”¹⁰

¹⁰ FRAGA, Gabino, *“Derecho Administrativo”*, Vigésima octava edición, Porrúa, México, 1989, p. 242.



Jorge Olivera Toro, califica a esta figura como:

“(...) institución de derecho administrativo y generalmente aplicada, es el acto jurídico que tiene un determinado contenido: otorgar a un particular un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública. Es un acto administrativo constitutivo de un derecho subjetivo público.”¹¹

Para Emilio Fernández Vázquez, la concesión es un acto administrativo:

“(...) *por medio del cual la administración en virtud de facultades o atribuciones derivadas del ordenamiento jurídico confiere a una persona un derecho o un poder que antes no poseía; o también un acto de derecho público que confiere a una persona un derecho o un poder de que antes carecía, mediante la transmisión a ella de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración*”.¹²

Acorde con las definiciones anteriores, podemos señalar que la *Concesión administrativa*, es un acto de naturaleza administrativo que realiza un órgano de la administración pública de forma discrecional, por medio del cual se otorga a una persona de Derecho Privado, sea esta física o moral, un derecho para llevar a cabo en sustitución de la autoridad la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público, con determinadas obligaciones y derechos, bajo un régimen jurídico exorbitante, que en general se debe realizar a través de una licitación pública y regulado por la ley especial en cuanto al procedimiento para que se otorgue dicha concesión, como la forma en que deberá operar y las contraprestaciones que se tendrán que pagar.

Es un acto administrativo discrecional, ya que la autoridad a la que se dirige la solicitud de concesión se encuentra en la completa libertad de elegir, de conformidad a los elementos contenidos en la ley, a la persona de derecho privado cuya propuesta sea la más atractiva y adecuada a las necesidades de la administración.

Al otorgarse una concesión administrativa, lo que hace la autoridad es modificar su función de ser prestador a ser supervisor de la prestación de un servicio público o en su caso

¹¹ OLIVERA TORO, Jorge, “Manual de Derecho Administrativo”, Quinta edición, Porrúa, México 1988, p. 382.

¹² FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, “Diccionario de Derecho Público”, Astrea, Buenos Aires, Argentina 1981, p. 767.



de la explotación de un bien de propiedad estatal, otorgando para tal efecto a una persona de derecho privado facultades o características de derecho público para que lleve a cabo la función, que de origen le corresponde al ordenamiento público.

La ley no distingue respecto de que si se debe tratar de una persona física o una persona moral, es por ello que bien puede concluirse como lo hace la doctrina que puede ser cualquiera de ellas.

Como principales características de la concesión, podemos señalar las siguientes:

a) **Carácter exclusivo:** ello significa que la concesión administrativa, en cualquiera de sus variantes, se sustenta en la titularidad exclusiva de una administración sobre una esfera concreta de actuación.

b) **Carácter originario:** del negocio concesionado en donde surgen situaciones jurídicas nuevas, son actos creadores de derechos o facultades, pues los concesionarios no tienen con anterioridad al otorgamiento de la concesión, ningún tipo de derecho sobre el objeto de la misma.

c) **Control por la Administración concedente:** la Administración pública concedente mantiene en todo momento la capacidad de asegurar el cumplimiento del fin contemplado por el ordenamiento (puede decirse que tiene la obligación), no pierde la titularidad ni de la competencia sobre el mismo, tan sólo la transmisión o reconocimiento al concesionario de facultades particulares.

B. Naturaleza Jurídica de la Concesión

En lo relativo a la naturaleza jurídica, de la concesión administrativa, de acuerdo a la doctrina son tres las posturas que tratan de determinarla, mismas que siguiendo el pensamiento del maestro Andrés Serra Rojas se pueden resumir de la siguiente manera:

1º La que pretende concebir a la concesión como un acto administrativo unilateral (de la administración), entendiéndose que el carácter público de los objetos sobre los que puede recaer, reclaman siempre una posición preeminente de la administración, impidiendo que su esencia descansa sobre un acuerdo de voluntades entre dos partes



(concedente y concesionario) situadas en pie de igualdad. Se destacaba por los que validan esta postura la posibilidad de revocación unilateral por parte de la administración de la concesión, sin que la misma debiera acompañarse de resarcimiento alguno para el particular afectado.

2º La que incide en la concepción de la concesión como un acto de naturaleza contractual. Esto es, entendiendo que las concesiones surgen del acuerdo de voluntades expresado entre dos partes y se formaliza con todos los requisitos y peculiaridades de los contratos administrativos. Existiendo la posibilidad de revocación por lo que los autores que defienden esta teoría no niegan dicha posibilidad, pero reconocen (derivado de la visión contractualista) que la misma siempre iría acompañada de un resarcimiento adecuado al particular.

3º Por último, hay que mencionar la postura doctrinal que sostiene la naturaleza jurídica de la concesión como un acto mixto, es decir, en parte unilateral y en parte contractual.

Los autores que han incidido en esta teoría sostienen que la concesión administrativa presenta dos aspectos bien diferenciados y sucesivos:

- ✓ Una situación estatutaria o reglamentaria, no contractual, que se refiere a organización y funcionamiento del objeto de la concesión en la que se tienen en consideración los intereses generales;
- ✓ Otra situación contractual, que subordinada a la anterior, fundamentalmente al aspecto financiero o económico del negocio concesionado. Este segundo aspecto es el que recaba la atención de los particulares, y en torno al que cabe hablar de cláusulas contractuales. Cláusulas contractuales que no serían generales sino individuales o particulares, es decir, referidas a la relación concreta surgida entre concesionario y la administración pública concedente.



C. Tipos de Concesión

a) Explotación y aprovechamiento de bienes del dominio público.

b) La concesión de servicio público se concibe actualmente como un contrato administrativo. Es una forma de gestión indirecta de un servicio público económico. Por medio del acuerdo concesional, la administración encargada de la prestación del servicio de que se trate encomienda a una persona física o jurídica ajena a su organización la prestación del mismo, a cambio de una remuneración que viene determinada por los resultados financieros que arroje la explotación del servicio.

c) La concesión de obra pública aparece diseñada en la legislación actual como una subespecie del contrato de obra pública que se caracterizaría por ser aquél en el que se encarga a un particular la realización de una obra pública, consistiendo la remuneración del contratista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado de un precio.

D. Materias objeto de la Concesión

Ahora bien, para poder determinar las materias que pueden ser objeto de una concesión administrativa, es menester remitirnos a las disposiciones contenidas en el artículo 27 constitucional, en el que se establece un listado de los bienes del dominio directo de la Nación, al efecto se indica:

Artículo 27. Corresponde a la Nación **el dominio directo** de:

- Todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas;
- Todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria;
- Los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas;



- Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos;
- Los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes;
- Los combustibles minerales sólidos;
- El petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y
- El espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

Son **propiedad de la Nación:**

- Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional;
- Las aguas marinas interiores;
- Las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar;
- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes;
- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;
- Las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República;
- La de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino;
- Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y
- Los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley.



Por su parte el artículo 28 Constitucional, establece expresamente algunas materias sobre las que puede versar la concesión, señalando:

- La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.
- El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

En ese orden de ideas, debemos indicar que entre la concesión de bienes nacionales y la concesión de servicio público existen, diferencias y similitudes, ya que mientras que en la primera sólo nacen relaciones entre dos partes, esto es el Estado y el concesionario, en la segunda se producen entre el concesionario, el Estado concedente, y los particulares usuarios, ante los cuales el concesionario se obliga a mantener la continuidad del servicio, y obtiene una contraprestación en dinero que es el precio del servicio dado, y en la concesión de bienes el concesionario se limita a aprovechar los productos de la riqueza nacional, es decir, los productos de la explotación para la que obtuvo la concesión con las restricciones y obligaciones que le imponen las leyes respectivas, mientras que entre las similitudes podemos señalar que en las dos existen dos tipos de intereses uno particular y uno público, pero ante todo se encuentra enmarcado por la búsqueda de un interés colectivo.

E. Materias restringidas

En términos del precepto en comento, se establece que el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y la explotación el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes;

*Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra Ma. Teresa Olmos Jasso*



asimismo de manera expresa se limitan ciertas materias en las que no se puede otorgar concesión para llevar a cabo su explotación, tales son:

- ❖ Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva.
- ❖ Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.

F. Formas para otorgarla

Lo primero que debe precisarse es que no existe una regla para determinar cómo se va a otorgar una concesión, pues lo cierto es que atiende a cada caso y a su regulación específica que se realice en cada una de las leyes, pero se atiende básicamente a dos esquemas:

- a) La licitación pública, se utiliza este esquema de derecho público para otorgar la concesión y así poder obtener al mejor candidato, para la prestación de un servicio público, cuando la concesión esté implicándolo.
- b) La adjudicación directa, este esquema debe estar previsto por la ley y en general, se trata de excepciones a la regla.

G. Formas de Extinción

En general, la doctrina¹³ distingue dos medios de extinción del acto administrativo, que por razones metodológicas clasifica en:

¹³ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Tercera Edición, Porrúa, México, 1979, p. 321.



- Normales, y
- Anormales.

En opinión del Dr. Fernando Flores Trejo,¹⁴ la terminología que utiliza la doctrina es poco afortunada pues el hecho de que un acto se extinga no puede clasificarse “ni normal ni anormal”, sería más adecuado referirnos a:

- **causas naturales y**
- **excepcionales de extinción.**

Ello obedece a la necesidad de distinguir entre la cesación de los efectos del acto administrativo y su extinción propiamente dicha, pues al dejar de producir sus efectos el acto administrativo, ya sea por expiración del término concedido o por el cumplimiento de su objeto, se considera que en ese momento también dejó de existir jurídicamente.

Por tanto, **el acto jurídico de la concesión administrativa** participa en términos globales de las causas naturales y excepcionales de extinción del acto administrativo.

Consecuentemente, a continuación se presentan las siguientes clasificaciones de extinción del acto administrativo:

1. CLASIFICACIÓN NORMAL DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, O CESACIÓN DE SUS EFECTOS POR SITUACIONES NATURALES.

En este apartado encontramos 2 causas de extinción por cesación de sus efectos:

- Por ejecución del acto y,
- Por cumplimiento.

En la primera de las causas es menester tener presente que el acto mismo es ejecutivo, tiene presunción de validez, es obligatorio y, por tanto puede asumirse su ejecución forzada.

¹⁴ TREJO FLORES, Fernando, Opinión externada en su clase para la Maestría de Derecho Administrativo que imparte la UNAM en las instalaciones del TFJFA, el día 12 de noviembre de 2009.



En la segunda de las causas de extinción encontramos el cumplimiento voluntario tanto de los órganos administrativos, como de los gobernados, por ello el acto administrativo se cumple y se extingue precisamente por la realización cabal de su objeto.¹⁵

Por ello hay *la extinción del acto administrativo por causas naturales*, porque hubo:

- Cumplimiento voluntario por parte de la autoridad administrativa correspondiente, con la realización de los actos necesarios para la consecución del objetivo.
- Cumplimiento voluntario por el particular gobernado;

Si estamos en presencia de un acto administrativo que entraña en sí mismo ejecución como lo serían precisamente los actos administrativos que deben emitirse dentro del procedimiento administrativo de ejecución o, cuando se trate de actos declarativos y esto se cumple por ambas partes, estamos igualmente en presencia de:

- Cumplimiento del acto de efectos inmediatos.

Por último, también existen otras variedades dentro de clasificación de extinción por causas naturales de los actos administrativos que es la relativa al:

- Cumplimiento del plazo, como puede ser en las licencias, permisos temporales, concesiones, etc.

2. CLASIFICACIÓN ANORMAL DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, o CAUSAS EXCEPCIONALES DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La doctrina distingue los siguientes medios,¹⁶ o causas:

- a) Revocación administrativa;
- b) Rescisión;
- c) Prescripción;
- d) Caducidad;

¹⁵ Ley Federal de Procedimiento Administrativo.- Artículo 11, fracción I.

¹⁶ Op. Cit. p. 322.



- e) Término y condición;
- f) Renuncia de derechos;
- g) Irregularidades e ineficacias del acto administrativo;¹⁷ y,
- h) Determinación Judicial, o extinción por decisiones dictadas en recursos administrativos o en Juicio Contencioso Administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y/o subsecuente medio de defensa, me refiero concretamente al Juicio de Amparo.

a) REVOCACIÓN ADMINISTRATIVA

Miguel Acosta Romero en su obra nos da el siguiente concepto de revocación administrativa:

“(...) es el acto por medio del cual el órgano administrativo deja sin efectos, en forma total o parcial, un acto previo perfectamente válido, por razones de oportunidad, técnicas, de interés público o legalidad.”

Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa, coinciden en lo esencial con el concepto anterior, al señalar en su obra:¹⁸

“La revocación al igual que la nulidad, constituye un medio para la extinción de los actos administrativos, la cual es efectuada por la Administración Pública, ya sea por razones de oportunidad, de mérito o interés público, como por razones de ilegitimidad.”

Para Gabino Fraga:¹⁹

“(...) La revocación es el retiro unilateral de un acto válido y eficaz, por un motivo superveniente. (Resta. *La revoca degli tai amminitrativi*. Alessi. *La revocavilitá dell'atto amministrativo*)”

¹⁷ Aquí en este punto cabe el “análisis de los conceptos de nulidad y anulabilidad descritos en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo”, desde luego a partir de su vigencia.

¹⁸ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, Primer Curso, Sexta Edición, Porrúa, México, 2003, p. 309.

¹⁹ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Revisada y actualizada por Manuel Fraga, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UNAM, 45ª Edición, Porrúa, México, 2006, p. 304.



De las definiciones anteriores podemos observar dos elementos esenciales en la revocación, el primero orientado hacia una decisión unilateral de la autoridad administrativa de retirar del mundo jurídico los efectos de un acto administrativo y, el segundo de ellos según prescribe la doctrina que el acto que se revoca es perfectamente válido, por razones de oportunidad, técnicas, de interés público o de legalidad.

Con respecto a lo anterior me parece conveniente señalar que el acto administrativo por disposición legal nace con presunción de validez, o se asume como válido, conforme al contenido de los artículos 68 del Código Fiscal de la Federación (presunción de validez); y artículo 8º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (se asume como válido).

Presunción que solo puede dejar de considerarse como tal si la autoridad en forma unilateral revoca el acto, que es el tema que nos ocupa (o en su caso, el particular decide acudir a los medios de defensa establecidos en la vía administrativa (recursos), o en la vía jurisdiccional Juicio Contencioso Administrativo, o Juicio de Amparo para demostrar su ilegalidad), destruyendo así la referida presunción de validez y, por tanto deja de producir efectos el referido acto de autoridad.

Si bien hemos observado en la práctica diaria, en materia procesal tanto dentro del medio de defensa administrativo como en juicio contencioso administrativo, se puede dar el caso que la autoridad al resolver el recurso revoque el acto a consecuencia del medio de defensa e incluso que realice esa opción al contestar la demanda o antes dentro del procedimiento del referido juicio provocando los mismos efectos, es decir, dejando de producirlos para la esfera jurídica del gobernado; ello no debe confundirse con la *revocación administrativa* que se analiza en este apartado como un acto unilateral de la administración, lo que significa la realización de este acto en forma oficiosa sin mediar solicitud o petición ni medio de defensa alguno por parte del gobernado.

Esta revocación administrativa al igual que el propio acto se rige por principios jurídicos, que el acto administrativo en sí como son los principios de legalidad (Art. 14 Const.) y seguridad jurídica (art. 16 Const.); porque la revocación administrativa debe estar expresamente contenida en una disposición legal que le dé competencia y atribuciones a la autoridad, así como facultades al funcionario para poder revocarlo y en esa medida convertirlo en un nuevo acto con efectos hacia el futuro y a partir del nuevo



acto, sin modificar los efectos ya producidos en el pasado, es decir con efectos “*Ex nunc*”, o *hacia delante*.²⁰

Por tanto, la revocación administrativa solo puede operar en aquéllos actos que se consideran de tracto sucesivo, o sea que se prolonguen en el tiempo y en el espacio, pues sería imposible que pudiese funcionar con respecto de actos con efectos instantáneos y/o ya realizados, porque la revocación a que nos referimos siempre sería emitida en forma posterior a la de aquél que revoca, por tanto los efectos de esta revocación solo pueden producirse hacia delante y a partir del nuevo acto que es la revocación.

b) LA RESCISIÓN

Miguel Acosta Romero²¹ en su obra señala que esta forma de extinción del acto administrativo consiste en:

“(...) la facultad que tienen las partes en un contrato de resolver o dar por terminadas sus obligaciones, en el caso de incumplimiento de la otra parte.”

Como el tema de la rescisión involucra desde luego la facultad de la autoridad administrativa de rescindir los contratos evidentemente administrativos que celebra la Administración Pública, tanto Central, como Paraestatal (clasificación en la que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal agrupa a todos los órganos, dependencias y entidades que la conforman), es menester señalar que tanto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, en vigor, como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, (y última reforma publicada en el DOF 28-05-2009), señalan tanto la potestad para la administración pública de rescisión de contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista, como el procedimiento a seguir para llevar a cabo la referida rescisión.

²⁰ “*Ex nunc*” = significa “en adelante”, a partir de que se declara una nueva situación jurídica.
“*Ex tunc*” = significa “desde el origen”, tiene efectos retroactivos y constitutivos.

²¹ Op. Cit., p. 324.



En efecto, en el artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se establece:

“Art. 61.- Las dependencias y entidades podrán **rescindir administrativamente** los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

El procedimiento de rescisión se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

“I. Se iniciará a partir de que al contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido para que en un término de quince días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;

“II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, se resolverá considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer, y

“III. La determinación de dar o no dar por rescindido deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de los quince días hábiles siguientes a lo señalado por la fracción I de este artículo.”

(Lo resaltado es propio)

Por su parte, la Ley de Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, (y última reforma publicada en el DOF 28-05-2009), establece lo propio en su artículo 51.

Esta forma de extinción también opera tratándose de la **concesión**, sobre todo si se atiende a la teoría contractualista o a la teoría mixta, en términos de las cláusulas motivo y fundamento de la concesión otorgada.

c) PRESCRIPCIÓN

Esta figura solo se enuncia en términos generales como una de las formas de extinción del acto administrativo, acotando específicamente por cuanto al tema que nos ocupa y de acuerdo a su naturaleza jurídica, que la prescripción no opera para obtener o perder un título de concesión, ya que el solo transcurso del tiempo no puede alegarse, pues es menester un acto expreso de la autoridad en donde se otorgue.



Sobre este apartado baste citar la siguiente definición y origen legal, en los siguientes términos:

Miguel Acosta Romero²² nos da el siguiente concepto acerca de la prescripción como medio anormal de extinción del acto administrativo:

“(...) es la extinción de las obligaciones o derechos por el simple transcurso del tiempo. Los actos administrativos prescribirán de acuerdo con lo que dispongan las leyes en cada caso (...)”

En materia civil, establecen concretamente los artículos 1135 y 1136, del Código Civil para el Distrito Federal:

“Art. 1135.- Prescripción **es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo**, y bajo las condiciones establecidas por la ley.

“Art. 1136.- La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; **la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.**”

(lo resaltado es propio)

Por tanto, acorde con la estructura vertebral de nuestro derecho común, la prescripción es una forma de perder o ganar o de acuerdo con la disposición legal adquirir bienes o liberarse de obligaciones por no exigirse su cumplimiento en términos oportunos, es por ello una institución de derecho justo y moral, además necesaria para conservar el orden social, pues por el simple transcurso del tiempo da certeza y seguridad a la propiedad.

²² Op. Cit., p. 324.



d) CADUCIDAD

Miguel Acosta Romero²³ nos da el siguiente concepto acerca de la caducidad como medio anormal de extinción del acto administrativo:

“Es un medio de extinción de los actos administrativos, por falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en el acto administrativo, para que se genere o preserve el derecho. Se distingue de la prescripción en que en la caducidad es necesario realizar actos positivos para preservar o generar el derecho y en la prescripción exclusivamente se trata del simple transcurso del tiempo.”

Dicho en otras palabras para que no se genere la extinción del acto administrativo por caducidad, es menester la actuación de las autoridades administrativas oportunamente para que se genere o preserve su derecho.

A fin de ejemplificar el presente tema, a continuación se realizan algunos comentarios acerca de esta figura prevista en el artículo 60, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, precepto que establece a la letra:

“ARTÍCULO 60.- En los **procedimientos iniciados a instancia del interesado**, cuando se produzca su paralización por causas imputables al mismo, **la Administración Pública Federal le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo**. Expirado dicho plazo sin que el interesado requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración Pública Federal acordará el archivo de las actuaciones, notificándosele al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederá el recurso previsto en la presente Ley.

“La caducidad no producirá por sí misma la prescripción de las acciones del particular, de la Administración Pública Federal, pero los procedimientos caducados no interrumpen ni suspenden el plazo de prescripción.

²³ Op. Cit., p. 324.



“Cuando se trate de **procedimientos iniciados de oficio se entenderán caducados**, y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de parte interesada o de oficio, **en el plazo de 30 días contados a partir de la expiración del plazo para dictar resolución.**”

(Lo resaltado es propio)

De acuerdo con la disposición transcrita, tenemos dos tipos de caducidad, referidas a:

- los procedimientos iniciados a instancia del interesado; y,
- los procedimientos iniciados de oficio.

En el primer caso, la norma imputa al interesado la paralización del procedimiento por su causa y por ello, prevé que se llevará a cabo una prevención por parte de la Administración Pública de que si transcurridos tres meses el interesado no realiza las actividades necesarias para reanudar su tramitación, la instancia caducará y se archivarán las actuaciones.

Así mismo que en tratándose de procedimientos iniciados de oficio se entenderán caducados, procediéndose al archivo de las actuaciones, a solicitud de parte interesada o de oficio, en el plazo de 30 días contados a partir de la expiración del plazo para dictar resolución. (El cómputo de dichos días se realizará por días hábiles de conformidad con el artículo 28 segundo párrafo segundo de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).

e) EL TÉRMINO Y LA CONDICIÓN

Tanto el término como la condición son modalidades del acto administrativo en virtud de que se les sujeta a un acontecimiento futuro que podrá realizar o no, circunstancia de la cual sobrevendrá como consecuencia la extinción del acto administrativo, por tanto:

- El término es el momento en el que el acto administrativo debe comenzar a producir sus efectos o a dejar de hacerlo.
- La condición en cambio, es un acontecimiento, evento o hecho de realización incierta, que de llevarse a cabo producirá la extinción del acto.



Miguel Acosta Romero²⁴ nos da el siguiente concepto acerca del término y la condición como medio anormal (o situación excepcional) de extinción del acto administrativo:

“El término es un acontecimiento futuro de realización cierta del que depende que se realicen o se extingan los efectos de un acto jurídico. El término puede ser suspensivo o extintivo; el primero suspende los efectos, el segundo los extingue.”

“(…) La condición es un acontecimiento futuro de realización incierta, del que se hace depender el nacimiento o la extinción de una obligación o de un derecho
“(…)”

f) LA RENUNCIA DE DERECHOS

Mediante esta figura, el particular se desiste de los beneficios que contiene en su favor el acto administrativo, pudiendo ser en forma expresa o tácita como cuando no se ejerce el derecho respectivo.²⁵

Miguel Acosta Romero señala en su obra como medio anormal de extinción del acto administrativo a la renuncia de derechos, es decir: “*a la manifestación unilateral de voluntad, y a partir de una fecha, deja de ejercitar, o de hacer valer, un determinado derecho que le es reconocido*”.²⁶

Como ejemplos de renunciaciones de derechos podemos citar los relativos a trámites administrativos como lo serían: licencias, permisos.

Quiero destacar sobre este tema, la existencia de derechos no renunciables que el autor en cita enumera, tales como:

- Que se trate de un acto administrativo de tracto sucesivo, o cuando se trate de un acto con efectos inmediatos, que estos no se hayan realizado aún.

²⁴ Op. Cit., pp. 324-325.

²⁵ TREJO, Fernando Dr.- Apuntes de su clase.

²⁶ Idem. p. 325.



- Que el régimen legal permita la posibilidad de la renuncia, es decir, que se trate de derechos en los cuales pueda darse ese acto, pues existen derechos y obligaciones que son irrenunciables.
- Que la renuncia se manifieste por escrito y se notifique a la autoridad competente para que ésta pueda resolver lo conducente respecto de los efectos de la renuncia.

g) IRREGULARIDADES E INEFICACIAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD EN LA LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A fin de entrar al tema en cuestión, es preciso primero tener en cuenta lo que a este aspecto considera la doctrina del derecho Civil, es decir, me refiero concretamente a la teoría general de las nulidades de los actos civiles irregulares, en donde se han reconocido varios grados de invalidez que pueden ser:

- a. La inexistencia;
- b. La nulidad absoluta y,
- c. La nulidad relativa.

La inexistencia del acto, según M. Borja Soriano²⁷ en su estudio sobre la *Inexistencia y nulidad de los actos según la doctrina francesa*, como:

“(...) el que no reúne los elementos de hecho que supone la naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia (...) o en otros términos, ‘un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o más de sus elementos orgánicos (...)’”

Por ello se distinguen elementos de existencia y elementos de validez. Son **elementos de existencia**, cuya carencia ocasiona su invalidez:

- ❖ Voluntad o consentimiento, (obviamente del o los sujetos que intervienen)

²⁷ C.f.r.- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Revisada y actualizada por Manuel Fraga, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UNAM, 45ª Edición, Porrúa, México, 2006, p. 289.



- ❖ Un objeto,
- ❖ Una forma.

Así mismo cabe mencionar que nuestra legislación, concretamente en el artículo 2224 del Código Civil, establece esencialmente estos principios, al señalar:

“Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado.”

De acuerdo con ello podemos destacar que un acto que carece de elementos de existencia NO es ni puede ser VÁLIDO. De hecho no es ni posible de producir efectos jurídicos.

Ahora bien en forma paralela podemos citar, al acto nulo, cuando uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto o forma, se ha realizado imperfectamente, o porque el fin que perseguían los autores del acto está directa o expresamente condenado por el orden social, esta nulidad necesariamente debe ser reconocida judicialmente. Así lo reconocen los diversos artículos 2225,2226 y 2227, del Código Civil, al establecer:

“Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

“Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por confirmación o la prescripción.

“Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.”

Dentro de los casos que producen una nulidad relativa, el artículo 2228 del Código Civil menciona:



- La falta de forma, cuando el acto no es solemne;
- El error;
- El dolo;
- La violencia;
- La lesión; y,
- La incapacidad.

En tratándose del derecho administrativo, la teoría de las nulidades debe ser matizada en opinión de Gastón Jèze²⁸, para poder matizar los intereses que se ponen en juego con motivo de la actividad de Poder Público, los intereses no siempre exigen las mismas soluciones que en el Derecho Común, ejemplo el interés general exige la ineficacia del acto irregular, porque el cumplimiento de los requisitos que la ley establece es una garantía de orden social, que al propio tiempo reclama la estabilidad de las situaciones que un acto irregular ha producido o hecho nacer a la vida jurídica y por otra de la misma manera que en los intereses de los patrimonios individuales o administrativos, en algunas ocasiones es menester que se prive de efectos un acto irregular, pero en otros se exige que subsista, porque el perjuicio de que se produzca su ineficacia es más grave aun que el de su subsistencia.

Fernández de Velasco²⁹ resume las diversas sanciones que pueden darse en el derecho administrativo para concluir que estas se orientan por multitud de posibles soluciones y efectos lo cual dificulta seriamente la formulación de una teoría simplista acerca de la invalidez de los actos administrativos a diferencia del derecho común y que en muchas ocasiones no basta comprobar la existencia de la irregularidad para nulificar el acto, tal y como a continuación se reproduce de la siguiente manera:

- ✓ Inexistencia: el acto carece de efectos jurídicos; ejemplo más claro cuando el acto se emite por una autoridad incompetente.

- Nulidad radical: el acto existe pero gravemente viciado; posee alguna eficacia jurídica, pero muy precaria y cualquiera puede invocar su nulidad, aunque mientras no se imponga, el acto mantiene su eficacia;

²⁸ Cfr.- Op. Cit., p. 291.

²⁹ Cfr.- Op. Cit., p. 291.



- Nulidad menos radical; puede pedirse por todos los interesados y por excepción alegarse en cualquier instante; el juez resolverá su nulidad;
- Irregularidades que producen una nulidad relativa: puede alegarse por pocos interesados y tanto por vía de acción como de excepción, en cierto plazo;
- Irregularidades de sanción más leve; pueden invocarse en cierto plazo por contadas personas, convalidarse por ratificación y el juez abstenerse de imponerla, dosificando los intereses en juego;
- Irregularidad cuya sanción no es nulidad, sino que la eficacia del acto no se alcanza más que frente a ciertas personas, siendo para las restantes perfecto; se ha de alegar en cierto plazo transcurrido el cual, la irregularidad desaparece.
- Acto irregular, solamente en relación con alguno de sus efectos;
- Acto irregular, que manteniendo frente a los terceros toda su eficacia, es motivo de que el agente emisor sufra una sanción pecuniaria;
- Irregularidad sin sanción jurídica.

Conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, es preciso primero tener en cuenta los elementos y requisitos que establece en su artículo 3º, cuya omisión o irregularidad producirá la nulidad o anulabilidad del acto.

Conforme a la disposición anterior se consideran elementos existenciales del acto administrativo y por tanto conforme al diverso artículo 6º de dicha Ley se establece que la omisión o irregularidad de los elementos y requisitos establecidos en las fracciones I a XI, del artículo 3º, producirá la nulidad del acto administrativo, estos elementos son esencialmente:

- Ser expedido por órgano competente.
- Tener objeto determinado o determinable, así como las circunstancias de modo tiempo y lugar.



- Cumplir la finalidad de interés público instrumentado legalmente.
- Constar por escrito y con firma autógrafa del funcionario emisor.
- Estar fundado y motivado.
- Cumplir con la garantía de debido proceso regulado en la LFPA.
- Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o fin.
- Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión.
- Mencionar el órgano del cual emana.
- Ser expedido en su caso por órgano colegiado, habiéndose satisfecho los requisitos por ley o decreto, según sea el caso para la expedición del acto.

Mientras que conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la propia Ley, la omisión o irregularidad en los elementos y requisitos señalados en las fracciones XII a XVI del propio artículo 3º, producirán la anulabilidad del acto administrativo, porque ello quiere decir que no reúne los requisitos y modalidades necesarias para que el acto opere con plenitud y por ello tal irregularidad acarreará la ineficacia parcial o total del acto, estas irregulares son las relativas a:

- Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica del expediente, documentos o nombre completo de las personas;
- Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;
- Que en tratándose de los actos que deban ser notificados se haga la mención de la oficina en que se encuentra y pueda ser consultado el expediente;
- Así como que tratándose de los actos que puedan ser recurribles se haga la mención del recurso que proceda, y,
- Que se expida decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

Ahora bien, para que un acto administrativo se considere nulo o anulable es menester que se produzca esa declaración. Es por ello importante tener en cuenta las



consecuencias jurídicas que entraña la declaratoria de nulidad o anulabilidad de un acto jurídico, dado que presentan diferencias sustanciales.

*Sí un acto **se declara NULO**, conforme al segundo y tercer párrafos del artículo 6º de la LFPA:*

⇒ Será INVÁLIDO;

⇒ No se presumirá legítimo ni ejecutable;

⇒ Será subsanable, es decir, puede emitirse un acto nuevo;

⇒ Los particulares no tienen obligación de cumplirlo;

⇒ Los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa;

⇒ La declaratoria de nulidad producirá efectos RETROACTIVOS.³⁰

⇒ En caso de que el acto se haya consumado, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que lo hubiere emitido u ordenado.

*Sí un acto **se declara ANULABLE**, conforme al segundo y tercer párrafos del artículo 7º de la LFPA:*

➤ El acto anulable se considerará VÁLIDO;

➤ Gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad;

➤ Será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto;

³⁰ Es decir "Ex Tunc".



- Tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo;
- EL SANEAMIENTO del acto producirá EFECTOS RETROACTIVOS y el acto se considerará como si siempre hubiere sido válido.

h) EXTINCIÓN POR DECISIONES DICTADAS EN RECURSOS ADMINISTRATIVOS O EN PROCESOS ANTES TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y FEDERALES EN MATERIA DE AMPARO.

Para efectos del presente trabajo, baste decir que en este apartado solo mencionaré que los particulares pueden acceder a los medios de defensa instrumentados en la leyes ya sea en vía administrativa, juicio contencioso administrativo, o amparo y con ello una vez demostrada la emisión irregular del acto administrativo que afecta su esfera jurídica como particular gobernado obtener su nulidad o anulación total o parcial de dicho acto administrativo y con ello la posibilidad de extinción total o parcial de las consecuencias o efectos jurídicos producidos.

En resumen, y particularmente refiriéndonos al acto administrativo de la **concesión**, se pueden dar las siguientes FORMAS DE EXTINCIÓN y EFECTOS JURÍDICOS:

- Rescisión. - es una forma de extinción de la concesión que puede ser pactada entre las partes en el momento de la concesión o como consecuencia de un incumplimiento por parte del concesionario.
- Reversión. - es la forma de extinción que consiste en la voluntad de la administración de pasar a su dominio los bienes que utiliza el particular concesionario en la prestación del servicio público concesionado o la explotación de cierto bien, su justificación es el evitar la interrupción del servicio o la explotación de un bien; así como la probable afectación a la colectividad.
- Rescate. - consiste en la prestación directa que hace el Estado de un servicio público o la explotación de un bien de su propiedad que hubiera sido concesionado a un particular, por así convenir a sus intereses, debiendo indemnizar al concesionario por los perjuicios que le ocasiona al no obtener las ganancias programadas en plazo que faltaba para que se cumpliera el término de la concesión.



- Cesación del Objeto de la concesión.- se da cuando deja de existir en la realidad la necesidad de la prestación de un servicio concesionado o el bien que se explotaba, o cesa en general el objeto para que fueran creadas.

III. CASO PRÁCTICO

RESOLUCIÓN IMPUGNADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,
(en el fondo involucra la controversia respecto de un título de CONCESIÓN)

- En el mes de febrero de 2003, LA EMPRESA **B** interpuso una demanda de nulidad ante el TFJFA en contra de:

-Una RESOLUCIÓN emitida por el Secretario de Comunicaciones y Transportes, a través de la cual se resolvió desechar el recurso de revisión interpuesto en contra del Título de Concesión otorgado a LA EMPRESA A para:

- Usar y aprovechar bienes del dominio público de la Federación, consistentes en zona marítima, así como:
- Para la construcción y operación de una terminal de altura para cruceros, **de uso particular**, que se localizará en Xcaret, Municipio de Solidaridad Quintana Roo. (con fundamento en los artículos 6º, 10-II y 24 último párrafo de la Ley de Puertos, y art. 17 de su Reglamento).

TÍTULO DE CONCESIÓN OTORGADO Y RECURRIDO EN FASE ADMINISTRATIVA

- D.O.F. Miércoles 13 de febrero de 2002.
- CONCESIÓN otorgada a favor de (...) para usar y aprovechar bienes del dominio público de la Federación, consistentes en zona marítima para la construcción y operación de una terminal de altura para cruceros de uso particular, que se localizará en.

FUNDAMENTOS Y MOTIVOS DEL DESECHAMIENTO DEL RECURSO:

- Esencialmente señaló la autoridad que:



- el acto recurrido no afecta los intereses de los recurrentes (EMPRESA B) porque **no precisan de que forma les afecta en su esfera jurídica la concesión otorgada.**

- Además porque los agravios son insuficientes e inoperantes al no probar la afectación de su interés jurídico ni como es que les causa agravio.

▪ En cuanto al escrito de ampliación del recurso que se presentó, señala que en el mismo se hacen una serie de peticiones y cuestionamientos del procedimiento de otorgamiento del título de concesión, por lo que:

▪ no ha lugar a satisfacer sus pretensiones, en tanto que afirma: **los peticionarios carecen de interés jurídico.**

LITIS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

▪ Que es inexacto que carezcan de interés jurídico porque:

- Del análisis del Título de concesión se desprende que el uso que se le dará a la misma es de “carácter público” (no obstante que se haya otorgado “para uso particular”), por tanto:

▪ Debió otorgarse **previo concurso público.**

▪ Y, **sí afecta su interés jurídico**, porque como interesado pudo participar en dicho concurso público, si se hubiese llevado a cabo el procedimiento descrito por el artículo 24 de la Ley de Puertos.

▪ Que su interés jurídico quedó acreditado con el instrumento notarial que se adjuntó a su recurso administrativo, de donde se desprende su domicilio en la misma ciudad en donde se otorgó el título de concesión y por ello que estaría interesada para participar en la licitación pública.

▪ Que el derecho afectado fue: **la ausencia de licitación pública e imposibilidad de participar en la misma**, violando con ello el procedimiento establecido en el art. 24 de la Ley de Puertos.



- Por último, que en todo caso, la autoridad debió prevenirle para que subsanara la posible omisión antes de desecharle el recurso.

SUSPENSIÓN CONFORME AL ART. 208 BIS DEL C.F.F.

- Por interlocutoria de abril de 2003, se resolvió procedente pero infundada la solicitud de suspensión de los efectos del acto impugnado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 208 Bis del C.F.F. en tanto que NO OFRECIÓ GARANTÍA a efecto de salvaguardar el interés del tercero en juicio.

SENTENCIA:

- Por resolución de septiembre de 2005 se resolvió por mayoría de 6 votos a favor y, 3 en contra dos de estos últimos con voto particular:

1. NO SOBRESEER EL JUICIO, porque la resolución impugnada lo es **el desechamiento de un recurso administrativo**, lo que indiscutiblemente afecta la esfera jurídica de los promoventes y afecta sus derechos.

PRESUPUESTOS PREVIOS AL ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO:

2. En cuanto al fondo del asunto se estableció como **presupuestos previos al análisis del fondo**:

- Que si se acredita que la concesión otorgada al 3º en juicio se otorgó debidamente para uso aprovechamiento, construcción y operación de una terminal portuaria de altura para cruceros de uso particular, **la concesión podía asignarse de manera directa** como se hizo, en consecuencia, el actor no tendría interés jurídico.

- En caso de acreditarse lo contrario, entonces, necesariamente se llegaría a la conclusión de que **la concesión debió otorgarse mediante licitación pública**, y como consecuencia de ello a la conclusión de que sí pudo existir una afectación al interés jurídico del demandante.



ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL FONDO DEL ASUNTO:

- Del análisis de los argumentos de las partes, a la luz de la resolución impugnada en el juicio, pruebas, alegatos y disposiciones legales (concretamente los artículos 2º;³¹ 44;³² 45;³³ 9º;³⁴ 10º;³⁵ 20;³⁶ 22;³⁷ 23;³⁸ y 24;³⁹ de la Ley de Puertos aplicables); y, considerando además la naturaleza del acto administrativo consistente en el **título de concesión** otorgado (con todas y cada una de sus cláusulas), se llegó a la conclusión de que:
- Tal y como lo señala el actor, debió llevarse a cabo dicha **concesión mediante licitación pública**, puesto que esencialmente de acuerdo con las cláusulas del título de concesión:
- Se obligó a dar a las autoridades portuarias, marítimas, sanitarias, migratorias, etc., las facilidades necesarias para el ejercicio de sus funciones.

³¹ Art. 2º.- Relativo a las definiciones para efectos de la Ley, destacándose entre otras, las de puerto terminal; Instalaciones portuarias; servicios portuarios; así como la del Administrador portuario.

³² Art. 44.- Relativo a la clasificación de los servicios portuarios para su utilización.

³³ Art. 45.- En las áreas de uso común de los puertos y en las terminales, marinas e instalaciones públicas, los servicios portuarios se prestarán a todos los usuarios solicitantes de manera permanente, uniforme y regular; en condiciones equitativas en cuanto a calidad, oportunidad y precio; y por riguroso turno, el cual no podrá ser alterado sino por causas de interés público o por razones de prioridad establecidas en las reglas de operación del puerto.

³⁴ Art. 9º.- Relativo a la clasificación de puertos y terminales: altura; cabotaje; comerciales; industriales; pesqueros; y turísticos.

³⁵ Art. 10º.- Relativo a la clasificación de las terminales marinas e instalaciones portuarias por su uso: públicas y particulares.

³⁶ Art. 20.- Dispositivo que establece los requisitos para la **concesión o permiso** que otorgue la Secretaría para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público en los puertos terminales y marinas; así como para la construcción de obras en los mismos y para la prestación de servicios portuarios.

³⁷ Art. 22.- Que establece que tanto las concesiones como los permisos incluirán la prestación de servicios portuarios.

³⁸ Art. 23.- Plazo máximo de 50 años en el otorgamiento de concesiones, prorrogas hasta por un plazo igual al original y requisitos para otorgarla.

³⁹ "Art. 24.- Las concesiones a que se refiere este capítulo **se otorgarán mediante concurso público**, conforme a lo siguiente:

"(...)

"Las concesiones sobre bienes del dominio público de la Federación **para construir**, operar y explotar marinas artificiales o terminales **de uso particular**, **se podrán adjudicar directamente** por la Secretaría a los propietarios de los terrenos que colinden con la zona federal marítimo terrestre de que se trate, conforme al procedimiento que señale el reglamento respectivo."



- También se obligó a adoptar las medidas de seguridad, mantenimiento y abstenerse de cualquier acto tendiente a impedir el libre acceso a la zona marítima.

PUNTOS RESOLUTIVOS:

- No se sobresee el juicio.
- Se declara la **nulidad** de la resolución impugnada **para el efecto** de que la autoridad emita otra en la que determine que sí existe afectación a la esfera jurídica del actor en virtud de que **la concesión otorgada al tercero interesado debió realizarse mediante concurso público**, en el que pueden participar los interesados que acrediten su solvencia moral y económica, así como su capacidad técnica, administrativa y financiera, y cumplan con los requisitos que establezcan las bases que expida la Secretaría.

Votos particulares:

PRIMERO:

1. El primero se emitió en cuanto a los efectos de la declaratoria de nulidad ya que al encontrarse acreditado el interés jurídico de la actora, LA AUTORIDAD DEMANDADA DEBERÁ ADMITIR A TRÁMITE EL RECURSO ADMINISTRATIVO Y AVOCARSE AL ESTUDIO DE LOS AGRAVIOS PROPUESTOS POR LA RECURRENTE, Y A EMITIR LA RESOLUCIÓN QUE CORRESPONDA EN DERECHO, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN LOS LINEAMIENTOS ESTABLECIDOS EN ESTE FALLO.

SEGUNDO:

2. El segundo voto particular es totalmente en sentido contrario a la sentencia mayoritaria, por considerar que se resuelve con base a inferencias o suposiciones que no se encuentran probadas, pues no por el hecho de que sea terminal turística tiene como consecuencia que sea de uso público.

1ª QUEJA

- En noviembre de 2006 se promueve una primera queja por considerar que se cumple en exceso con la sentencia definitiva,



- Porque deja insubsistente su resolución de desechamiento y admite a trámite el recurso administrativo, requiriéndole para que en un plazo de 10 días exhibieran copias para el traslado; **en lugar de emitir otra resolución en la que declarara la nulidad del título de concesión y proceder a la licitación pública.**

SENTENCIA DE QUEJA

- Por sentencia de mayo de 2007, se resuelve improcedente la queja y se desecha **porque se interpuso en contra de un acto que no era definitivo como lo es el acuerdo que admitió el recurso.**

2ª. QUEJA

- En enero de 2007 se interpone una segunda queja, igualmente por **cumplimiento en exceso de la sentencia definitiva**, ya que ante el incumplimiento del requerimiento que le fuera formulado, **SE DESECHÓ EL RECURSO DE REVISIÓN.**

SENTENCIA a la 2ª QUEJA

- Por sentencia de septiembre de 2007, se resuelve improcedente por extemporánea la 2ª Queja, porque manifestó bajo protesta de decir verdad que conoció la resolución motivo de la Queja hasta el 25 de enero de 2007, alegando la nulidad de notificación;
- Agravios que no resultaron fundados se determinó que la Queja fue interpuesta fuera del plazo de los 15 días a que alude el artículo 239-B del C.F.F.

OPINIÓN DEL EQUIPO:

El estudio realizado en la sentencia definitiva para arribar a la conclusión de que si había interés jurídico de la parte actora en la fase administrativa, para interponer el medio de defensa, fue correcto pues para establecer tal premisa era necesario analizar la **naturaleza jurídica del acto de concesión otorgado** a la luz de su clausulado, legislación aplicable y argumentos y pruebas de las partes.

Sin embargo;

En nuestra opinión, LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD fueron por demás imprecisos, ya que solo se indicó:

*Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra Ma. Teresa Olmos Jasso*



“(...) para el efecto de que la autoridad emita otra en la que determine que sí existe afectación a la esfera jurídica del actor, en virtud de (...)”

Pero en ningún momento se precisó concretamente el EFECTO.

El que en nuestra opinión es coincidente con uno de los votos particulares, es decir debió señalarse para el efecto de que:

“(...)”

“LA AUTORIDAD DEMANDADA ADMITA A TRÁMITE EL RECURSO ADMINISTRATIVO Y SE AVOQUE AL ESTUDIO DE LOS AGRAVIOS PROPUESTOS POR LA RECURRENTE, EMITIENDO LA RESOLUCIÓN QUE CORRESPONDA EN DERECHO, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN LOS LINEAMIENTOS ESTABLECIDOS EN ESTE FALLO.”

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A fin de desarrollar el tema de la concesión es necesario acotar dos temas íntimamente relacionados como son servicio público y los bienes del estado. Por lo que hace a la concesión, esta tendrá éxito siempre y cuando el estado tenga debidamente regulada y supervisada esta figura jurídica. Y si bien en la actualidad a nivel mundial se están concesionando la mayoría de los servicios públicos es necesario que el estado valore todos los aspectos económicos o sociales en cada uno de los bienes o servicios públicos que sean susceptibles de privatización.

SEGUNDA.- El estado para proporcionar servicios públicos, que son necesarios para cubrir las necesidades de la comunidad ya sea por la gestión directa del Estado o indirecta (sectores público y privado), ha tenido que hacer uso de diversos mecanismos, uno de ellos es la concesión, figura jurídica que involucra la potestad del estado para autorizar a particulares (persona física o moral) el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado.

TERCERA.- Por tanto, la prestación de los servicios públicos no es un monopolio del Estado ya que a través de la concesión puede discrecionalmente y con arreglo a la ley y los principios de derecho administrativo, permitir que dicho servicio público sea



prestado por los particulares. Sin embargo, existen bienes y servicios que no pueden ser concesionados sino que el Estado es el único que puede prestar el servicio o el único que puede explotar los bienes del dominio público, ejemplo de ello son los señalados en nuestra constitución como exclusivos del estado, como son petróleo, energía eléctrica, correos, telégrafos y banco único de emisión.

CUARTA.- Por lo que hace al concepto de Patrimonio Nacional, Gabino Fraga lo define como “El conjunto de bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones constituye el dominio o patrimonio del Estado”. Al respecto, la Ley de Bienes Nacionales presenta en sus artículos 6 y 7 dos grandes clasificaciones agrupándose de la siguiente manera: bienes sujetos al régimen de dominio público y bienes del dominio privado de las entidades y de los organismos constitucionales autónomos.

QUINTA. Los bienes del dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, generalmente concesionables y no están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de tercero.

SEXTA.- La concesión administrativa representa la forma típica de explotación de los bienes de dominio público, de prestación de servicios económicos o industriales en el estado neoliberal. Es una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, en la que la Administración permanece como titular de determinado servicio, encomienda su explotación a un particular y únicamente queda como simple supervisor del servicio público.

SÉPTIMA.- La concesión administrativa, según la ley que regule el servicio público o explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del estado, puede otorgarse mediante licitación pública o adjudicación directa, dichas disposiciones serán de interpretación estricta.

OCTAVA.- En consecuencia, si del clausulado de un título de concesión se desprende que por el tipo de concesión, de acuerdo con la ley respectiva debió realizarse mediante licitación pública es incuestionable que independientemente del nombre que se de a la concesión, es menester analizar la naturaleza del acto pues no es posible solo quedarse en lo formal, sino que el estudio deberá realizarse también en la parte sustantiva junto con el marco jurídico aplicable y entonces sí determinar si la actuación de la autoridad se apegó a derecho.

*Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra Ma. Teresa Olmos Jasso*



BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Tercera Edición, Porrúa, México, 1979.

ACOSTA ROMERO Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Porrúa, México 1984.

AGUIRRE PANGBURN, Ruben, Las Sentencias con efectos Generales, Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, A.C. Septiembre 14, 2009.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo, Primer Curso*, Sexta Edición, Porrúa, México, 2003.

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público (Administrativo-Constitucional- Fiscal)* Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1981.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "*Derecho Administrativo y Administración Pública*", Tercera Edición, Porrúa, México, 2009.

FRAGA, Gabino, "*Derecho Administrativo*", 45ª Edición, Porrúa, México, 2006.

Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Vigésima Octava Edición, Porrúa, México, 1989.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Tercera Edición corregida y actualizada, Porrúa, México 2008.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., "*Derecho Administrativo*", 2º Curso, Cuarta Edición, Oxford University Press.

OLIVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, Quinta Edición, Porrúa, México 1988.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa, México 2005.



SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Décimo Tercera Edición, Porrúa, México 1982.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007.

PÁGINAS DE INTERNET

"La naturaleza jurídica de la **concesión administrativa** Alejandro de la Fuente Alonso." www.yebes.com/img/cesacion.pdf

"EL CONCEPTO DE **SERVICIO PÚBLICO** Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN MÉXICO .-Mauricio Yanome Yesaki." www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/31.pdf.

"Servicios Públicos e intereses privados. El sector público, Debates y análisis de actualidad".- Internacional de Servicios Públicos-1997: "PSI IÖD ISKA ISP", publicación basada en la diversa publicación realizada por Brendan Martin, redactor del texto original.

APUNTES DE CLASE:

➤ Trejo Flores, Fernando, Dr.- Opinión externada en su clase para la Maestría de Derecho Administrativo que imparte la UNAM en las instalaciones del TFJFA, el día 12 de noviembre de 2009.

LEYES:

o Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

o Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

o Código Civil para el Distrito Federal.

o Código Fiscal de la Federación.



o Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, (y última reforma publicada en el DOF 28-05-2009).

o Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, en vigor.

o Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

o Ley de Puertos.

o Reglamento de la Ley de Puertos.



PATRIMONIO NACIONAL
ISLAS
PATRIMONIO INSULAR MEXICANO

Maestra Xochitl Garmendia Cedillo

ABSTRACT: El territorio Insular forma parte del patrimonio del Estado, está constituido por cientos de Islas incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes, la plataforma continental, la zona económica exclusiva y los zócalos submarinos de las islas; Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores; Como una extensión del territorio nacional, la zona económica exclusiva que se delimita a su alrededor forma parte del mismo. Su protección, conservación y explotación, no han sido debidamente atendidas, ni en el pasado ni en el presente, Hemos perdido una isla que actualmente es objeto de un Convenio Internacional para poder explotar las aguas adyacentes, no reclamamos a tiempo las que eran nuestras y las perdimos, se ha pretendido adquirir en propiedad privada otras por lo que resulta importante el estudio de su régimen, descubrir su historia e importancia y su situación actual.

INTRODUCCIÓN

El patrimonio Nacional ha sido definido en múltiples formas de acuerdo a la época y contexto cultural e histórico. El patrimonio está integrado por recursos materiales, todo lo comprendido en el territorio nacional, así como bienes muebles e inmuebles que forman parte de su acervo cultural e histórico, lo mismo que los recursos naturales que constituyen la riqueza de la nación.

El titular es el Estado, en el caso del territorio es considerado como uno de los elementos del mismo, en donde se ejerce la potestad legal y la soberanía.

El estudio que nos ocupa, versa sobre *Las Islas de México*, tema que ha sido poco estudiado en forma sistemática, por lo que la investigación que se llevó a cabo, abarcó varios campos del Derecho y áreas del gobierno federal.

En el pasado, México no tuvo la capacidad de vigilancia y resguardo de su territorio insular, por lo que se perdieron algunas islas; Unas por no reclamarlas y haber cedido la soberanía sobre de ellas, y otro caso por la decisión de un Laudo Internacional.

El territorio insular, forma parte del Patrimonio Nacional, por lo que partiremos de establecer las definiciones legales y doctrinales.

Definición de patrimonio

El patrimonio es un término que surge del derecho privado con una concepción romanista, de la palabra “*patrimonium*”, que hace referencia al *pater*, quien es el sujeto de derecho, por lo que *patrimonium* era lo que le pertenecía al *pater*.¹

Posteriormente *patrimonium* hace referencia a los bienes del hijo. El Diccionario de la Real Academia Española, señala que:

Patrimonio.

(Del lat. *patrimonium*).

1. m. Hacienda que alguien ha heredado de sus ascendientes.
2. m. Conjunto de los bienes propios adquiridos por cualquier título.
3. m. Conjunto de los bienes propios, antes espiritualizados y hoy capitalizados y adscritos a un ordenando, como título para su ordenación.
4. m. **Patrimonialidad.**
5. m. *Der.* Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.

Nacional.

1. m. *Econ.* Suma de los valores asignados, para un momento de tiempo, a los recursos disponibles de un país, que se utilizan para la vida económica.
Patrimonio Nacional.

El Patrimonio Nacional son los bienes de una nación que comprenden bienes muebles e inmuebles territorio terrestre, espacial, marítimo e insular, la herencia cultural que posee, la biodiversidad en su territorio. Es el legado de sitios y monumentos con valor universal que recibimos del pasado, vivimos en el presente y transmitimos a las generaciones futuras. La titularidad del mismo supone también una serie de obligaciones: la defensa y la protección del mismo para la transmisión.

¹ FERNANDEZ RUIS, Jorge, MÁRQUEZ GÓMEZ Daniel, “*Derecho Administrativo del Estado de Baja California*”, Edit. Porrúa, México 2007, p. 219.



En la doctrina se ha definido como: “(...) un conjunto de bienes inmuebles, muebles, tangibles e intangibles, derechos e ingresos tanto del dominio público como del dominio privado, que pertenecen en plena propiedad a la nación, para satisfacer sus necesidades colectivas, los cuales están regulados administrados y controlados por los Poderes del mismo Estado, incluyéndose los bienes y derechos detentados por los particulares, bajo un régimen jurídico de derecho público y privado”,² o:

Para Rafael Martínez Morales, los elementos del patrimonio son:

El titular del patrimonio es el Estado, y a su vez el patrimonio se integra por cosas, derechos y recursos financieros, es decir de medios de tipo económico.

Sus fines pueden variar según la política economía que tenga el Estado, la jus-filosofía de sus gobernantes y del cómo se establezca el bien común para los ciudadanos.

El territorio es el espacio geográfico en que se puede aplicar el sistema jurídico creado por el ente político soberano, forma parte del patrimonio del Estado.

El territorio de México cubre una extensión territorial de 1'964,375 km², de los cuales 1'959,248 km² son superficie continental y 5,127 km² son superficie insular. A este territorio debe añadirse la Zona Económica Exclusiva de mar territorial, que abarca 3'149,920 km², por lo que la superficie total del país es de 5'114,295 km². Las coordenadas extremas que enmarcan el territorio mexicano son:

- Norte: 32° 43' 06'' latitud norte, en el Monumento 206, en la frontera con los Estados Unidos de América (3,152.90 kilómetros).
- Sur: 14° 32' 27'' latitud norte, en la desembocadura del río Suchiate, frontera con Guatemala (1,149.8 kilómetros).
- Este: 86° 42' 36'' longitud oeste, en el extremo suroeste de la Isla Mujeres.
- Oeste: 118° 27' 24'' longitud oeste, en la Punta Roca Elefante de la Isla de Guadalupe, en el Océano Pacífico.

² SÁNCHEZ GÓMEZ Narciso, "Segundo Curso de Derecho Administrativo" Edit. Porrúa, primera edición 1998, p. 4.



La división política de México se compone de 32 entidades federativas, siendo la capital del país el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión.³

El objetivo de este trabajo es investigar y analizar “el patrimonio Insular” de México, su régimen jurídico, su situación actual y los problemas de índole jurídico y de tutela jurídica sobre esta parte importante del Territorio Nacional.

El territorio Insular está formado por: Las Islas incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes, la plataforma continental, la zona económica exclusiva y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;

Esta parte del territorio nacional, no ha sido atendido ni estudiado con la debida importancia que tiene, más bien ha habido un descuido y abandono de las islas de México, por lo que en algunos casos hemos perdido la soberanía de algunas de ellas, como podremos ver más adelante.

Dentro de la propiedad insular de México, hay algunas islas, “pocas” que por su extensión, están pobladas y en su caso no existe conflicto alguno, pero hay otras que por ser pequeñas y con pocas posibilidades de subsistencia, han sido abandonadas y no están debidamente supervisadas, por lo que han sido presa de otros que sí las ambicionan y traten de apropiarse de ellas por su belleza natural, por su situación particular estratégica en el mar, o en ocasiones por su riqueza.

Para iniciar el estudio, partimos del marco jurídico que tiene que ver con la regulación de las mismas dentro del sistema jurídico mexicano.

³ Información oficial del Gobierno Mexicano, citado en la página de la presidencia de la República: <http://www.presidencia.gob.mx/mexico/>, consultada el 22 de marzo de 2010.



MARCO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INSULAR MEXICANA

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

“En la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se establece en el artículo 42 que:

“El territorio nacional comprende:

“I. El de las partes integrantes de la Federación;

“II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;

“III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;

“IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;

“V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;

“VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.

En la **Ley General de Bienes Nacionales** (DOF 20 de mayo de 2004), señala en su artículo 1° fracción I:

“Artículo 1.- La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto establecer:

“I.- *Los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación;*

“II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;

“III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico;

“IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;

“V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;

“VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.



El artículo 48 de la Constitución, establece que “las islas, los cayos y arrecifes de los mares adyacentes que pertenezcan al territorio nacional, la plataforma continental, los zócalos submarinos de las islas, de los cayos y arrecifes, los mares territoriales, las aguas marítimas interiores y el espacio situado sobre el territorio nacional, dependerán directamente del Gobierno de la Federación, con excepción de aquellas islas sobre las que hasta la fecha hayan ejercido jurisdicción los Estados.

En el artículo 27 constitucional se determina la naturaleza de la propiedad en México, “(...) *La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada*”.

De acuerdo con esta disposición el territorio nacional ha sido, es y será propiedad del Estado y sólo cuando desincorpora los bienes podrán constituirse como propiedad privada.

En el caso de las Islas, se encuentran dentro del régimen de dominio directo del Estado, conforme lo señala el párrafo tercero del artículo 27 constitucional que establece:

(Párrafo 3°)

“Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.”

Este dominio directo además es inalienable e imprescriptible, por lo que solo se podrá concesionar su uso o explotación, y cualquier otra operación que quiera realizar



sobre de ellas, será nulo de pleno de derecho, como lo sería intentar una operación de compraventa. Y va más allá el alcance de esta disposición en el caso de los hidrocarburos como se establece en el párrafo cuarto del artículo 27 constitucional.

(Párrafo 4°)

“En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación.”

Y referente a las Islas, que se encuentran dentro de la zona económica exclusiva se extienden los poderes soberanos de la nación, lo cual queda establecido en el párrafo sexto del mismo artículo:

(Párrafo 6°)

“La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.”



“Respecto al mar territorial, la Constitución prevé, “(...) *La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados.*

“Se establece que la capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

“I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

De acuerdo a la **Ley General de Bienes Nacionales de 2004**, se especifica en el artículo 6 “*Están sujetos al régimen de dominio público de la Federación:*

“(...

“**III.-** *Las plataformas insulares en los términos de la Ley Federal del Mar y, en su caso, de los tratados y acuerdos internacionales de los que México sea parte;*

“**IV.-** *El lecho y el subsuelo del mar territorial y de las aguas marinas interiores;”*
Es entendible que las islas por su situación geográfica estén reguladas por una ley especial como la Federal del Mar.”

La Ley Federal del Mar de 8 de enero de 1986, es reglamentaria de los párrafos Cuarto, Quinto, Sexto y Octavo del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo relativo a las zonas marinas mexicanas; es de jurisdicción



federal, rige en las zonas marinas que forman parte del territorio nacional y, en lo aplicable, más allá de éste en las zonas marinas donde la Nación ejerce derechos de soberanía, jurisdicciones y otros derechos. Sus disposiciones son de orden público, en el marco del sistema nacional de planeación democrática.

El artículo tercero de ésta ley establece que son las zonas marítimas mexicanas:

- a) El Mar Territorial
- b) Las Aguas Marinas Interiores
- c) La Zona Contigua
- d) La Zona Económica Exclusiva
- e) La Plataforma Continental y las Plataformas Insulares y
- f) Cualquier otra permitida por el derecho internacional.

La Nación ejercerá los poderes, derechos, jurisdicciones y competencias que esta misma Ley establece, de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con el derecho internacional, en las zonas que se indican en el artículo tercero. La soberanía de la Nación y sus derechos de soberanía, jurisdicciones y competencias dentro de los límites de las respectivas zonas marinas, conforme a la presente Ley, se ejercerán según lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho internacional y la legislación nacional aplicable, respecto a:

“I.- Las obras, islas artificiales, instalaciones y estructuras marinas;

“II.- El régimen aplicable a los recursos marinos vivos, inclusive su conservación y utilización;

“III.- El régimen aplicable a los recursos marinos no vivos, inclusive su conservación y utilización;

“IV.- El aprovechamiento económico del mar, inclusive la utilización de minerales disueltos en sus aguas, la producción de energía eléctrica o térmica derivada de las mismas, de las corrientes y de los vientos, la captación de energía solar en el mar, el desarrollo de la zona costera, la maricultura, el establecimiento de parques marinos nacionales, la promoción de la recreación y el turismo y el establecimiento de comunidades pesqueras;

“V.- La protección y preservación del medio marino, inclusive la prevención de su contaminación; y

“VI.- La realización de actividades de investigación científica marina. (Artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º de la ley).



Es autoridad competente para aplicar ésta ley, el poder ejecutivo a través de sus diferentes dependencias de la Administración Pública Federal que, de conformidad con la Ley Orgánica de ésta y demás disposiciones legales vigentes, son autoridades nacionales competentes según las atribuciones que confieren a cada una de ellas.

La Nación tiene jurisdicción exclusiva sobre las islas artificiales, instalaciones y estructuras en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental y en las Plataformas Insulares, incluidas la jurisdicción en materia de reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración.

Ahora bien las zonas económicas exclusivas, se han estandarizado a 200 millas náuticas, pero esto en ocasiones provoca conflictos espaciales en su delimitación, por lo que referente a ella se ha legislado internacionalmente.

Lo que en otras palabras significa que la Extensión territorial de México, está formada por *la superficie continental* y *la superficie marítima*.

La superficie continental se refiere a la parte del territorio nacional que está articulado con el Continente Americano y *la insular*, a la superficie de las islas del país.

La superficie marítima está constituida por el Mar Territorial y la Zona Económica Exclusiva (ZEE).

El área que ocupan el mar territorial y la ZEE se define por medio de tratados internacionales (con Estados Unidos de América, Guatemala, Belice, Honduras y Cuba) y está custodiada por la Secretaría de Marina.



SUPERFICIE MARÍTIMA

Mar Territorial

El mar territorial se encuentra adyacente a las costas de nuestro país y se prolonga en mar abierto hasta 12 millas náuticas (una milla náutica equivale a 1,852 m), por lo que el mar territorial ocupa una franja marina de 22.2 km. Su fundamento legal está en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁴



La Plataforma o Territorio Continental

Su antecedente es la proclama del Presidente Miguel Ávila Camacho de 29 de octubre de 1945, en la cual reivindicaba para México la parte de plataforma continental que le correspondía. Esto dio origen a que se modificaran los artículos 27, 42 y 48 de la Constitución para incluirla como parte del Territorio Nacional, como está actualmente en nuestra Constitución.

⁴ Mapas e imágenes del INEGI, localizadas en: <http://cuentame.inegi.gob.mx/Territorio/extension/default.aspx?tema=T>, consultada el 20 de marzo de 2010.



Para la delimitación de la Plataforma Continental del Polígono Occidental del Golfo de México, más allá de las 200 millas náuticas.

Conforme a lo establecido en el artículo 30, párrafo VI,⁵ de la Ley de Información Estadística y Geográfica y su reglamento, el **INEGI**, desde 1998, participó, junto con otros organismos y dependencias de la administración pública federal, en los trabajos técnicos promovidos tanto por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos como por el de los Estados Unidos de América, para la delimitación de la Plataforma Continental y la reivindicación de los derechos correspondientes, dentro del polígono occidental del Golfo de México, más allá de las 200 millas náuticas.

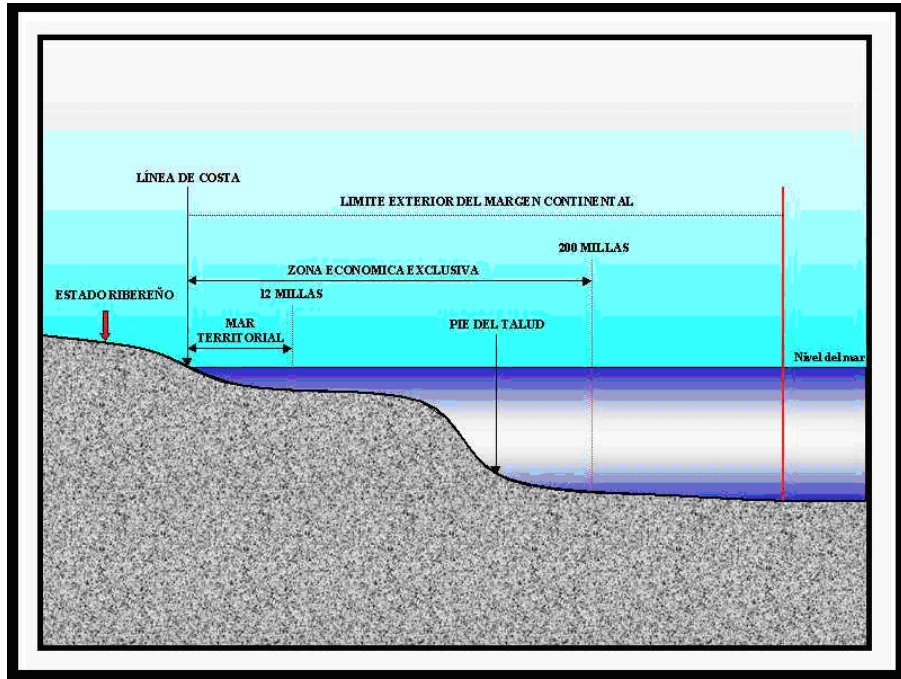
Plataforma Continental: Es el fondo marino que se extiende desde la línea de costa hasta unos 200 m de profundidad, donde usualmente se empieza a producir un incremento importante de la pendiente, hacia profundidades superiores. *Talud Continental:* Es la región del borde externo de un continente situada entre la plataforma continental y el fondo del océano profundo, entre 200 y 2000 m; a menudo muy inclinado. *Llanura Abisal:* Es una región extensa y plana del fondo oceánico entre 4000 m y 7000 m de profundidad. Dorsal o Dorsal Oceánica se encuentran en la zona donde divergen las placas, dentro de las zonas de extensión. Llegan a elevarse hasta 3 km sobre el nivel medio del suelo oceánico. Dichas dorsales oceánicas constituyen la esencia de la tectónica de placas.

⁵ **LEY DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA Y GEOGRÁFICA** Diario Oficial de la Federación, 30 de diciembre de 1980.

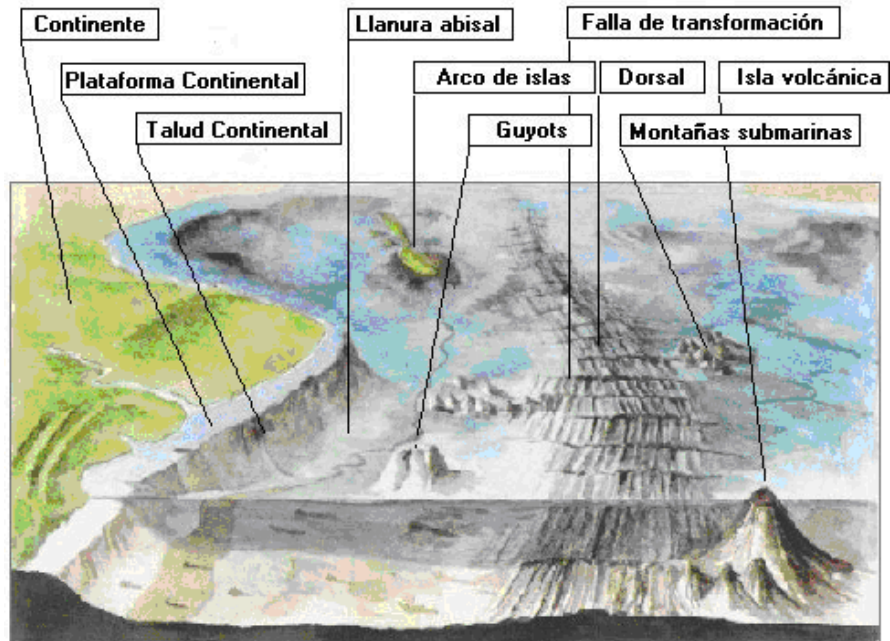
Última reforma publicada DOF 12-12-1983 ARTÍCULO 30.- Corresponde a la Secretaría como unidad central coordinadora de los sistemas nacionales, ejercer las siguientes atribuciones:

VI.- Asesorar a la Secretaría de Relaciones Exteriores en materia de tratados, convenios o acuerdos internacionales en que participe el Gobierno de México, cuando se establezcan derechos y obligaciones en materia de información estadística, geográfica e informática, así como aquéllos que versen sobre límites del territorio nacional, y efectuar, con la intervención de las dependencias de la administración pública federal que resulten competentes, **los trabajos cartográficos en cumplimiento de tratados o convenios internacionales y con la participación de los gobiernos de las entidades federativas que correspondan, en la definición y demarcación de límites internacionales, incluyendo la zona económica exclusiva;**





PLATAFORMA CONTINENTAL



En el área a que se hace referencia, está ubicada en profundidades que varían de 2,500 m a más de 3,500 m y forma parte de la planicie abisal del centro del Golfo de México; se trata de un territorio plano y sin estructuras geológicas cuyo límite norte coincide con el escarpe de Sigsbee.⁶

La delimitación de la plataforma continental permitió a ambos países (México y Estados Unidos) reconocer y fijar compromisos sobre el área de dicha región, por lo que se refiere a la posible existencia de yacimientos transfronterizos de hidrocarburos, entre otros aspectos.

Los resultados de los trabajos técnicos, presentados gráficamente a continuación, permitieron a la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión y al C. Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, aprobar y promulgar respectivamente el Tratado firmado por ambas naciones el 9 de junio de 2000 en la ciudad de Washington, D.C.

Los decretos con los que se aprueba y promulga⁷ dicho tratado fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación los días 28 de noviembre de 2000 y 22 de marzo de 2001 respectivamente.⁸

Cabe hacer mención en este punto de lo que significa la zona del golfo de México conocida como: *“El Gran Ecosistema Marino (GEM) del Golfo de México se sitúa entre la costa este de México, el noroeste de Cuba y la costa sur de los Estados*

⁶ La **Fosa de Sigsbee** (llamada también *Depresión de Sigsbee*) es la parte más profunda del Golfo de México. La profundidad máxima actualmente se estima entre 3,750 y 4,384 metros con un promedio de 1,615 metros. La Fosa de Sigsbee es una depresión que se extiende por más de 300 millas y frecuentemente es llamada el “Gran Cañón bajo el mar.” Se localiza en el cuadrante sur-occidental del golfo, y fue nombrada por el capitán Charles Dwight Sigsbee del USS *Maine*, el cual explotó en La Habana, Cuba, en 1898. Su punto más cercano a la costa estadounidense es 200 millas al sureste de Brownsville, Texas Información localizada en: http://es.wikipedia.org/wiki/Fosa_de_Sigsbee, consultada el día 20 de marzo de 2010.

⁷ Ver en Anexos: DECRETO Promulgatorio del Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre la Delimitación de la Plataforma Continental en la Región Occidental del Golfo de México más allá de las 200 Millas Náuticas, firmado en la ciudad de Washington, D.C., el nueve de junio de dos mil.

⁸ Información del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, localizada en: <http://74.125.47.132/search?q=cache:sQKYuSh7ed0J:mapserver.inegi.gob.mx/geografia/espanol/datosgeogra/poligono/menuintro.cfm%3Fc%3D162+PLATAFORMA+CONTINENTAL/MEXICO&cd=11&hl=es&ct>, consultada el 16 de marzo de 2010.



Unidos de América. Es una cuenca semicerrada que se comunica con una conexión con el Mar Caribe hacia el sur y con una pequeña entrada y salida en el oeste central del Océano Atlántico a través del canal de Yucatán y del estrecho de Florida; y presenta una profundidad máxima de 4,000 m en la región central. El litoral del Golfo de México está bordeado por 27 grandes sistemas, estuarios, bahías y lagunas costeras, que sirven de áreas de refugio, alimentación y reproducción de numerosas especies que representan a las pesquerías ribereñas más importantes. Este GEM enfrenta graves impactos por contaminación, sobreexplotación de sus recursos vivos y cambios ambientales que se reflejan en destrucción de hábitats y bajas producciones de biomasa. Este GEM alberga una de las riquezas biológicas más grandes del mundo, y sus humedales costeros le otorgan un valor muy alto como hábitat ya que es sustento de la economía ecológica del Golfo, independientemente de sus vinculaciones energéticas y económicas con las pesquerías de alto valor. Debido a lo anterior, es prioritario que se maneje de manera integral al gran ecosistema del Golfo de México.”⁹

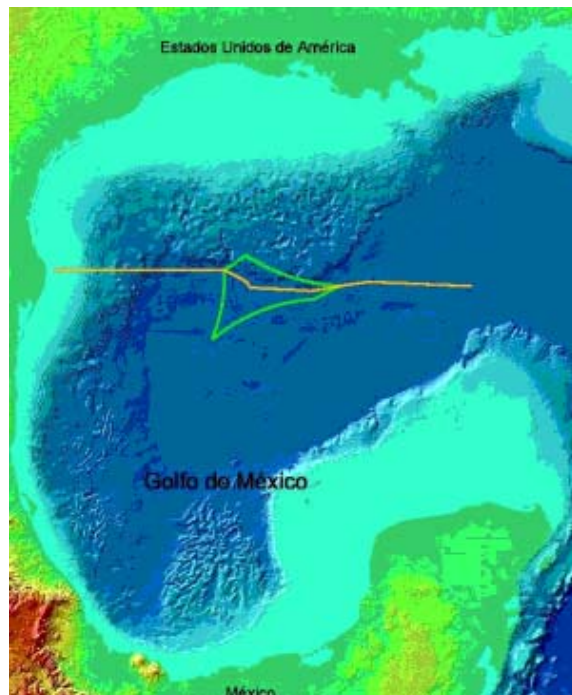
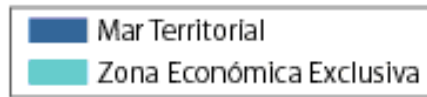
La Zona Económica Exclusiva

Franja de mar que se mide a partir de la línea externa del **Mar Territorial** y se extiende 370.4 km (200 millas náuticas) mar adentro. En la **Zona Económica Exclusiva** (ZEE) los barcos mexicanos pueden circular libremente con fines de transporte o para aprovechar sus recursos naturales.

La zona económica exclusiva ZEE de México, al igual que en otros países, se extiende 200 millas náuticas (370.4 km) hacia el océano, a partir de la línea de costa, que define el nivel medio del mar de la zona litoral. Cuando esa extensión se traslapa con la de otros países, la delimitación de las respectivas zonas se hace de común acuerdo entre los afectados.

⁹ RIVERA ARRIAGA, Evelia, BORGES SOUZA, Gladys CENTRO EPOMEX-UAC (Universidad Autónoma de Campeche. El gran ecosistema marino del Golfo de México, perspectivas para su manejo. JAINA, Boletín Informativo, Vol. 16(1) Información localizada en: <http://etzna.uacam.mx/epomex/paginas/web-content/jaina/RiveraetaJaina161.pdf> consultada el 28 de marzo de 2010.





Zona Económicamente Exclusiva (ZEE) de México comprende la provincia marina hasta las 200 millas náuticas (370.4) y en conjunto cubre una superficie de 2' 946, 825 km², los que sumados a los 2' 000, 000 km² de extensión continental, dan un total de 4 946 000 km² de superficie territorial nacional. La ZEE se divide en seis sub provincias, tomando como base la situación geográfica de cada una de ellas, así como las características geológicas, climatológicas, biológicas e hidrológicas de las mismas.

Con base en estas reglas jurídicas internacionales, México tiene la posibilidad de explorar, inventariar y explotar en forma racional los recursos vivos y no vivos del mar, a lo largo y ancho de una franja litoral de más de 10 000 km de extensión y 500 000 km² de superficie en la plataforma continental, lo que representa un poco más de 20% de su ZEE, área de potencial económico que se extiende de la línea de costa hasta la profundidad de 200 metros.

A la ZEE de México se le ha dividido en seis subprovincias, de acuerdo con sus características oceanográficas: geológicas, biológicas, físicas y químicas. Estas subprovincias son:

“I. *Baja California-Pacífico*: está situada en la porción occidental de la Península de Baja California. Esta zona está afectada por la corriente de California, que es fría y de baja salinidad, y se desplaza del noroeste al sureste, o sea paralelamente a la costa de la península.

“II. *Golfo de California*: esta zona es semi restringida, es decir, la circulación del agua dentro del golfo no es muy efectiva; los cambios ocurren en el extremo sur del mismo, que recibe la influencia de la corriente de California y del Pacífico Sur.

“III. *Región Panámica del Océano Pacífico*: está ubicada en la porción meridional de nuestro país, en el Océano Pacífico, desde las Islas Revillagigedo hasta el Golfo de Tehuantepec. Recibe la influencia de la Corriente Tropical Ecuatorial del Pacífico oriental, que se extiende desde las zonas aledañas al ecuador hasta el extremo sur del Golfo de California.

“IV. *Suroeste del Golfo de México*: está delimitada por el río Bravo al norte y el río San Pedro al sur. Numerosos sistemas fluviales descargan sus aguas, las que poseen un alto contenido de sedimentos provenientes del continente en esta zona. Por ello tanto la plataforma continental como el fondo oceánico están constituidos por lodos y arenas de composición variable.



“V. *Banco de Campeche*: su límite occidental bisecta la porción sur del Golfo de México, y el oriental coincide con el borde de la plataforma marina calcárea de Yucatán, hasta Isla Mujeres en el estado de Quintana Roo. Debido a la composición de la Península de Yucatán, los sedimentos marinos depositados en esta gran provincia son de carbonato de calcio.

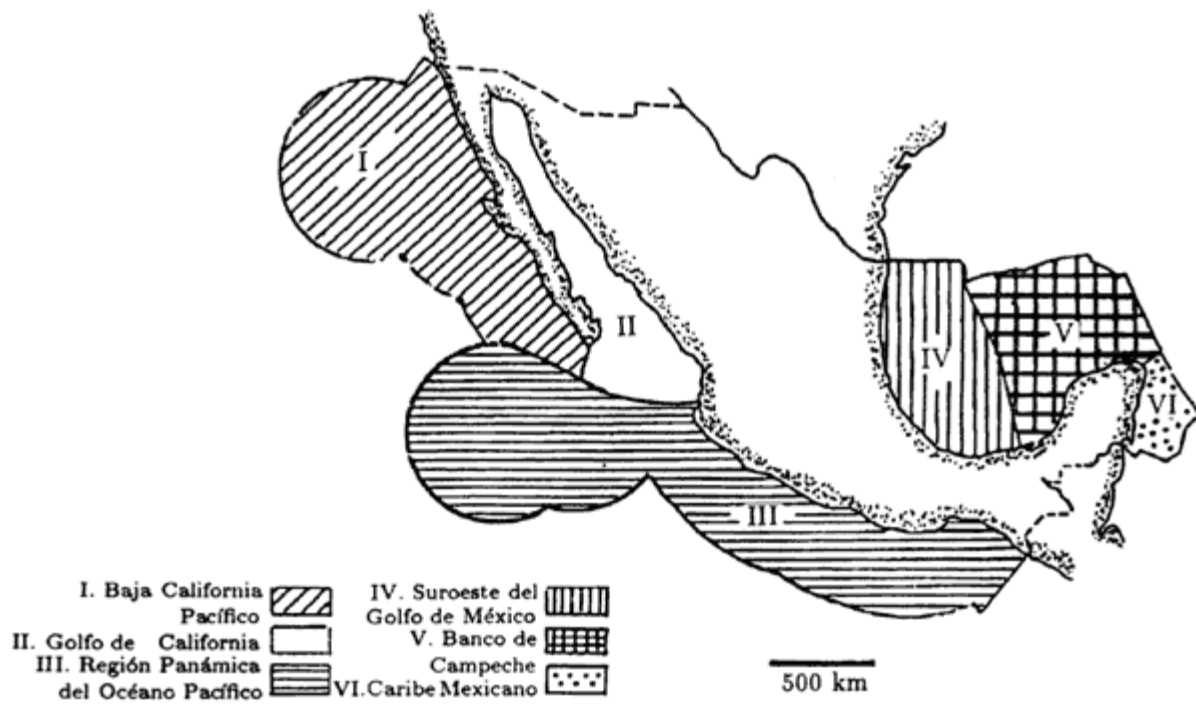
“VI. *Caribe mexicano*: la zona está situada en la porción oriental de la plataforma de Yucatán, y se extiende desde Isla Mujeres, al norte, hasta la zona limítrofe de México con Belice. Debido a la poca afluencia de sedimentos continentales, la región se caracteriza por el desarrollo de complejos arrecifales de origen coralino, por lo que los sedimentos marinos, producto de ellos, también son calcáreos.¹⁰

¹⁰Enciclopedia del ILCE “México y sus recursos minerales en la zona económica exclusiva” En todas estas subprovincias, los recursos minerales del mar se concentran como depósitos de placer durante lapsos que varían desde unas décadas hasta millones de años. Los minerales económicamente atractivos y de gran demanda son los siguientes: hidrocarburos, azufre, sal, roca fosfórica, minerales pesados, carbón, hierro, óxidos de magnesio, minerales preciosos, semipreciosos, así como aquellos utilizados para la construcción —como son la grava, la arena, el limo y la arcilla— y otros metales estratégicos para la electrónica y la balística, tales como el níquel, el cadmio, el cobalto y el cobre. Estos últimos están presentes en las ventilas o chimeneas hidrotermales, emplazadas en las cordilleras oceánicas profundas y en los nódulos de manganeso presentes en las planicies abisales. Algunas de estas concentraciones inciden dentro de nuestra ZEE.

La provincia del Pacífico se caracteriza por ser tectónicamente activa, lo que se evidencia por su gran actividad sísmica, volcánica y por las intrusiones de rocas ígneas que han estado presentes a través de toda la historia evolutiva de la porción occidental del territorio nacional. Los movimientos tectónicos causan el rompimiento de la corteza terrestre y las soluciones mineralizantes rellenan las fracturas o reemplazan las rocas preexistentes con compuestos de óxidos y sulfuros de cobre, hierro, plata, zinc, cobalto, manganeso, titanio, torio, cromo, circonio y varios más; otros son minerales nativos, como la plata y el oro, abundantes en nuestro país.

Las rocas mineralizadas que afloran en el continente se disgregan por procesos fisicoquímicos y biológicos que separan a los minerales de la roca que los contiene. Algunos de ellos se disuelven y otros son acarreados, eólica y fluvialmente, como partículas sólidas y se acumulan como depósitos de placer en la franja litoral y en la plataforma continental; a su vez, las corrientes de marea, el oleaje y las corrientes litorales y de fondo distribuyen los minerales a lo largo y ancho de la zona marina. En el borde de la plataforma continental, éstos se deslizan por gravedad en los cañones submarinos y forman cascadas hasta alcanzar los fondos oceánicos, a más de 3 000 m de profundidad. Además de los minerales descritos, también hay otros que precipitan sobre los montículos submarinos aislados y con poca influencia de los sedimentos derivados del continente. Entre ellos figuran el mineral glauconita, rico en hierro y potasio y las fosforitas, cuyo origen, se asocia con los lugares de alta productividad orgánica. Éstas coinciden con las zonas donde emergen a la superficie las corrientes del fondo oceánico (surgencias o afloramientos marinos), que son frías y enriquecidas por nutrientes y oxígeno disuelto. Las fosforitas se precipitan como fosfatos de calcio alrededor o en el interior de conchas de moluscos y de micro foraminíferos marinos, así como en fragmentos de roca, o bien, reemplazando fragmentos de tallos y material maderáceo proveniente del continente y depositado en el lecho marino, tal como sucede en las costas suroccidentales de la Península de Baja California y en el interior del Golfo de Tehuantepec.





Existen otras fuentes de minerales emplazadas en la Cordillera Oceánica del Pacífico oriental, dentro de la ZEE de México que, como se mencionó en capítulos anteriores, están asociadas a las chimeneas hidrotermales como las de la Cuenca de Guaymas, situadas en la porción central y sur del Golfo de California, así como en el paralelo 21°N. Estas provincias fueron exploradas a través de convenios de colaboración científica entre México, Francia y Estados Unidos. Las expediciones oceanográficas se han llevado a cabo desde el final de la década de los setenta hasta la actualidad.

En estas localidades las ventilas hidrotermales se encuentran un poco más allá de los 2,000 m de profundidad y están expulsando sulfuros polimetálicos con temperaturas mayores a los 350°C. Tanto las chimeneas como los sedimentos asociados a las mismas, contienen los siguientes metales (valores promedio del peso total): hierro (4.76%), aluminio (4.03%), manganeso (0.08%), cobre (86 partes/millón), níquel (92 p/m) y cobalto (12 p/m), además de otros elementos como zinc, plata, plomo, bario y sílice.

La materia orgánica contenida en los sedimentos es considerable; varía entre 1.29% y 3.53%. De 13 muestras analizadas se obtuvo un valor promedio de 2.10%. Esta concentración es significativa ya que, en contacto con soluciones de alta temperatura, la materia orgánica se transforma en hidrocarburos gaseosos y líquidos del tipo del petróleo, cuya composición es la siguiente: etano, propano, isobutano y butano. La presencia de hidrocarburos líquidos de origen térmico no se restringe a la Cuenca de Guaymas, ya que Petróleos Mexicanos perforó en la provincia deltaica del río Colorado, al norte del Golfo de California, y encontró gas y condensado asociados a la gran fractura de San Jacinto-Cerro Prieto. Por ella fluyen masa y energía térmica del subsuelo, que en contacto con los sedimentos con altas concentraciones de materia orgánica generan petróleo en sedimentos deltaicos del río Colorado, prácticamente de un día al otro.

Es de esperar que sobre la plataforma continental del Océano Pacífico y en el piso oceánico exista gran variedad de minerales de placer provenientes de las rocas continentales, así como de otros formados in situ a diferentes profundidades. Éstos ya están detectados y su evaluación económica

DELIMITACIÓN DE LAS ZONAS MARÍTIMAS DE LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

La delimitación marítima, se basa en un principio consuetudinario que fue tomado por la Corte Internacional de Justicia, en el famoso precedente de la sentencia de 18 de diciembre de 1951 referente al caso de las Pesquerías entre el Reino Unido y

será posible cuando se colecten muestras en forma sistemática. En otro aspecto, la provincia del Golfo de California es atractiva como fuente de energía geotérmica, ya que las fracturas y fallas geológicas del Sistema San Andrés son también ductos de migración de calor y masa, como se observa en la Dorsal del Pacífico oriental, en la Cuenca de Guaymas y en Cerro Prieto, cuya planta está produciendo electricidad a partir del vapor de agua a alta temperatura.

Por otro lado, las condiciones geológicas en el Golfo de México son diferentes a las descritas en el Pacífico, en gran medida porque la actividad volcánica y las intrusiones de rocas ígneas han sido volumétricamente inferiores a las de la región del Pacífico. No obstante, los sedimentos depositados en las márgenes del Golfo de México alcanzan a veces espesores de más de 12 km, con materia orgánica derivada del continente y del mar. Debido a ello, las condiciones geológicas son propicias para la formación de hidrocarburos líquidos y gaseosos en volúmenes significativos, de tal forma que esta provincia se considera como altamente petrolífera. Asociados a los hidrocarburos están la sal y el azufre, de gran valor económico como en el caso de la antigua cuenca del Istmo en el estado de Veracruz, cuya prolongación al mar se localiza en la porción sur del Golfo de México y en la plataforma continental del Banco de Campeche. La sal también está presente aún más allá, en el centro del Golfo, en una región conocida como Zona de Domos Salinos de Sigsbee.

En la plataforma continental del Golfo de México también existen horizontes sedimentarios en el subsuelo marino, constituidos por agua y vapor mezclados con gas metano, que están encerrados entre estratos impermeables de arcilla y limo; a estos horizontes se les conoce como yacimientos geopresurizados y representan fuentes de energía aún no exploradas.

Además de los minerales y las fuentes de energía, se conoce la existencia de depósitos de óxidos de manganeso en la forma de costras y nódulos, que se encuentran sobre las porciones norte y oriental de la plataforma de Yucatán, por lo que es probable que estén presentes otros minerales, tales como fosforitas y glauconita. Por ello, es imprescindible que se incremente la exploración oceanográfica con el objetivo de localizarlos y evaluarlos, y así conocer su potencial económico.

En la planicie costera de Veracruz y en la plataforma marina adyacente a la misma, hay depósitos de cuarzo (óxido de silicio) que se están explotando por su importancia como abrasivos y para la industria del vidrio. En sitios específicos se conocen depósitos de minerales de óxidos y sulfuros, por ejemplo en la desembocadura del río Bravo, en Tamaulipas; en San Andrés Tuxtla, Veracruz; en la planicie costera del estado de Tabasco; en las desembocaduras de los ríos Usumacinta, Grijalva y San Pedro (Figura 32). La tercera provincia geológica de gran importancia para México es la del Caribe, que incluye la porción nororiental de la Península de Yucatán. En esta zona se han acumulado rocas de carbonato de calcio y evaporitas compuestas por cloruros y sulfatos, con un espesor mayor a los 3, 500 metros.

Los recursos abióticos que se esperan de esta zona son: hidrocarburos, fosforitas, costras de manganeso y glauconita, además de la roca calcárea que aflora en la península y que, por sí misma, representa un recurso potencial muy importante como material de construcción y para la industria cementera.



Noruega.¹¹ “(...) *La delimitación no podrá depender de la sola voluntad del Estado ribereño, tal y como se llegare a expresar en su derecho interno. Si bien es verdad que el acto de delimitación es necesariamente un acto unilateral, ya que el Estado ribereño es el único competente para emprenderlo, sin embargo la validez de la delimitación frente a Estados terceros, depende incuestionablemente del derecho internacional.*”¹²

Los problemas de delimitación de las zonas marítimas en la actualidad se hacen más complejas en atención a las grandes distancias que tienen ya no únicamente por objeto una frontera de 3 o 12 millas náuticas, sino de grandes extensiones cubiertas por las zonas económicas exclusivas y por las plataformas continentales o insulares. Como es el caso de la plataforma continental de México, establecida en nuestra Constitución en 200 millas náuticas.

La delimitación marítima cobra importancia cuando se cuenta con islas, que están bajo el dominio de un Estado, porque en esa medida se llegan a comprender islas dentro de esta zona, o, cuando otro Estado reclama la soberanía de esa isla.

A través de esta breve semblanza vemos que México tiene amplias posibilidades de desarrollar la explotación de sus recursos no vivos, por lo que es indispensable prestar más atención a la investigación básica que aporta estrategias de localización y de evaluación de los recursos minerales y energéticos con potencial económico. Es fundamental destacar que los programas de explotación de los recursos no vivos de las provincias marinas deberán definirse con apoyo del máximo avance tecnológico, con objeto de no alterar o, más aún, no destruir los sistemas ecológicos, ya que la desaparición de los mismos crea daños irreversibles y hace que se pierda la oportunidad de beneficiarse con ellos, puesto que son una fuente estratégica para el desarrollo socioeconómico de México. Información localizada en:

<http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/html/ciencias.html>,

¹¹ MÉTODOS DE DELIMITACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Info jus, Número 93, IIJ; UNAM.

¹² Véase *Affaire des Pêcheries*, Arrêt du 18 décembre 1951: CIJ, Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et ordonnances, A. W. Sijthoff, p. 132. En su opinión disidente, el juez J. E. Read, a propósito del trazado de líneas realizadas sobre los mapas y cartas geográficas, observó lo siguiente: “I must, however, point out that the so-called ‘arcs of circles method’ is nothing more or less than a technical expression, used to describe the way in which the coast line-rule has been applied in the international practice of the last century-and-a-half”, idem, p. 192.



La delimitación del mar territorial, es la línea de base del mar territorial, es la línea fundamental y primordial entre todas aquéllas que delimitan los espacios marítimos nacionales.¹³

Para efectos de este estudio es conveniente señalar la naturaleza jurídica de una isla según el derecho internacional, en base a las convenciones que ha celebrado México, en virtud de que cuando existen conflictos territoriales sobre una isla se atenderán a las regulaciones a nivel internacional a que se ha comprometido México en cumplir.

El régimen de las islas se encuentra consagrado en la parte VIII de la **Convención de Montego Bay**,¹⁴ de la manera siguiente:

¹³ "A partir de la línea de base se van a calcular todas las zonas costeras que son definidas en términos de extensión, como lo es el mar territorial de 12 millas náuticas (artículo 3o. de la Convención de Montego Bay); la zona contigua de 24 millas náuticas (artículo 33, inciso 2); la zona económica exclusiva de 200 millas marinas (artículo 57); la plataforma continental (véase figura 3, infra p. 653), en el caso que esta última sea definida hasta una distancia de 200 millas náuticas (artículo 76, inciso 1).

La línea de base, puede ser una línea de base "normal", o bien una línea de base "no normal". La primera coincide con la línea de baja mar, y su normalidad radica precisamente en el hecho que la línea que establece en sentido jurídico, el límite entre el mar y la tierra, se identifica con la línea que en la naturaleza, distingue estos dos elementos". Scovazzi, Tullio, La Línea de Base del Mare Territoriale (Editor), Dott. A. Giuffrè Editore, 1986, p. 6., citado en el estudio MÉTODOS DE DELIMITACIÓN EN DERECHO DEL MAR Y EL PROBLEMA DE LAS ISLAS, Idem.

¹⁴ ONU/Convención sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, localizado en: <http://www.biotech.bioetica.org/d36.htm>, consultado el 12 de marzo de 2010, encontramos que en su proemio señala: Los Estados Partes en esta Convención.

Inspirados por el deseo de solucionar con espíritu de comprensión y cooperación mutuas todas las cuestiones relativas al derecho del mar y conscientes del significado histórico de esta Convención como contribución importante al mantenimiento de la paz y la justicia y al progreso para todos los pueblos del mundo.

Observando que los acontecimientos ocurridos desde las conferencias de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar celebradas en Ginebra en 1958 y 1960 han acentuado la necesidad de una nueva convención sobre el derecho del mar que sea generalmente aceptable.

Conscientes de que los problemas de los espacios marinos están estrechamente relacionados entre sí y han de considerarse en su conjunto.

Reconociendo la conveniencia de establecer por medio de esta Convención, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos.

Teniendo presente que el logro de esos objetivos contribuirá a la realización de un orden económico internacional justo y equitativo que tenga en cuenta los intereses y necesidades de toda la humanidad y, en particular, los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo, sean ribereños o sin litoral.



1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.
2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3o., el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla, serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicadas a otras extensiones terrestres.
3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental.¹⁵

Los problemas que pueden surgir respecto de la soberanía de las islas, la delimitación de las zonas económicas exclusivas, impulsaron la generación de convenciones internacionales y el sometimiento de los conflictos a la Corte Internacional de Justicia, por lo que en este ámbito espacial insular del así considerado también territorio nacional, está sujeto en caso de conflicto al derecho internacional público, por medio de los Convenios Internacionales de la materia.

Deseando desarrollar mediante esta Convención los principios incorporados en la resolución 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970, en la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró solemnemente, entre otras cosas, que la zona de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son patrimonio común de la humanidad, cuya exploración y explotación se realizará en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la situación geográfica de los Estados.

Convencidos de que el desarrollo progresivo y la codificación del derecho del mar logrados en esta Convención contribuirán al fortalecimiento de la paz, la seguridad, la cooperación y las relaciones de amistad entre todas las naciones, de conformidad con los principios de la justicia y la igualdad de derechos, y promoverán el progreso económico y social de todos los pueblos del mundo, de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, enunciados en su Carta.

Afirmando que las normas y principios de derecho internacional general seguirán rigiendo las materias no reguladas por esta Convención.

México firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el 10 de diciembre de 1982, siendo aprobada por el Senado el 29 de diciembre de 1982. Igualmente nuestro país fue uno de los primeros en ratificar esta Convención el 21 de febrero de 1983, al depositar su instrumento de ratificación en poder del secretario general de las Naciones Unidas; y fue promulgada para los efectos conducentes en nuestro territorio el 18 de mayo de 1983. [dato obtenido en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2610/2>, localizado el 12 de marzo de 2010, en la obra: La Convención de Montego Bay, Génesis de la misma y el unilateralismo como técnica jurídica", de la Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹⁵ Artículo 121. Parte VIII CONVENMAR. Confróntese con el artículo 10 de la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial de 1958, cuya entrada en vigor data del 10 de septiembre de 1964: "1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra en el nivel de ésta en pleamar. 2. El mar territorial de una isla se mide de acuerdo con las disposiciones de estos artículos" (artículo 10o.). La regla general de que una isla "es una extensión natural de tierra", es una regla consuetudinaria, y por lo tanto, unánimemente aceptada.



Esta problemática no es materia de estudio de la presente investigación, por lo que solo apuntamos la existencia de esta normatividad y su necesaria aplicación en el territorio insular.

Sin embargo, en este caso México no ha salido bien librado de los litigios internacionales respecto de sus Islas, es el caso de la Isla de Clipperton en el Océano Pacífico, que actualmente se encuentra bajo la soberanía de Francia.

Pero antes de abordar casos específicos de las Islas de México, debemos establecer que se entiende por:

TERRITORIO INSULAR DE MÉXICO

“De acuerdo con los mejores datos disponibles, el territorio insular mexicano comprende una superficie del orden de los 5, 800 km, que es superior a la de entidades como Tlaxcala (4, 027 km) o el estado de Colima (5, 455 km). Aun descontando islas tales como Cozumel e Isla Mujeres o Carmen, que son porciones plenamente integradas a los estados de Quintana Roo y Campeche, respectivamente, la superficie insular no aprovechada y escasamente poblada supera ampliamente los 5, 000 km.”¹⁶

“El catálogo o catálogos que se han hecho de las islas de México, aún no reflejan un número definitivo de las mismas, lo que significa que éste ámbito no ha sido debidamente atendido, explorado y menos cuidado, porque hay diferentes registros que se realizaron, sin embargo el oficial es el que llevó a cabo el INEGI, por “un punto de Acuerdo por el que se exhorta al titular del Ejecutivo Federal a elaborar un catálogo general del territorio insular mexicano definitivo, y a diversas Comisiones de la Cámara de Diputados para que en el análisis, discusión y aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación de 2009, destinen los recursos necesarios para que se realice un estudio integral del Sistema Insular Mexicano definitivo.”¹⁷

En el recuento de territorio insular se incluyen islas pequeñas, islotes, cayos o rocas que no tienen nombre; se identifican por sus coordenadas geográficas y, en conjunto, suman una superficie aproximada de **5, 127 kilómetros cuadrados**. Sólo **144** están habitadas por 618, 930 personas, es decir, 0.6% de la población nacional.

¹⁶ GONZÁLEZ Avelar, Miguel, “El territorio insular como frontera”, Frontera Norte, Vol. 9, núm. 17, enero- junio de 1997.

¹⁷ GACETA DEL SENADO, del miércoles 27 de agosto de 2008.



Nombre	Superficie (Km ²)
Tiburón	1 200.93
Ángel de la Guarda	931.43
Cozumel	477.86
Cedros	348.30
Arrecife Alacrán	325.72
Guadalupe	243.99
San José	182.96
Carmen	145.94
María Madre	145.28
Cerralvo	136.50
Montague	132.78
Socorro	131.86
Espíritu Santo	80.76
María Magdalena	70.44
Holbox	55.95
San Esteban	39.77
Santa Catalina	39.27
San Lorenzo	32.06
San Marcos	28.75
María Cleofas	19.82
Clarión	19.67
Montserrat	19.04
El Pelicano	16.01
La Partida	15.50
Santa Cruz	12.90
Tortuga	11.37
Arrecife El Cabezo	10.37
San Juanito	9.11
Natividad	8.66
Coronado	8.39
Coronados	7.21
Cayo Centro	6.14
San Benedicto	6.12
San Luis	6.05
Sal Medina	5.33
Mujeres	4.22
Danzante	4.15
Las Ánimas	4.01
Tamalcab	3.94

Nombre	Superficie (Km ²)
Alcatraz	0.50
Desterrada	0.47
Coronado	0.47
Pájaros	0.47
Patos	0.46
Blanquilla	0.44
La Asunción	0.41
De Adentro	0.39
Sacrificios	0.38
A. de En medio	0.37
Ballena	0.37
San Roque	0.36
Santa Inés	0.34
Cocinas	0.31
La Galleguita	0.29
Granito	0.27
Cayo Lagartijos	0.26
Desertora	0.25
Morros El Potosí 2	0.25
Lobos	0.23
Santiaguillo	0.23
El Venado	0.22
Arrecife Coyote	0.20
Pajarera	0.19
Pérez	0.19
Piedra Blanca	0.17
Cayo Cedros	0.17
A. Anegadilla	0.17
San Andrés	0.15
Iglesias	0.15
Morros El Potosí 1	0.15
Los Algodones	0.14
Peña Blanca	0.14
Cayo Blackford	0.14
Gallo	0.14
Cayo del Centro	0.14
La Peña	0.12
Adelaida	0.10
Gallina	0.10



San Benito	3.90
San Francisco	3.78
Chal	3.67
Anegadilla Afuera	3.60
San Pedro Nolasco	3.50
Enmedio	3.04
A. Triángulo Oeste	2.85
San Pedro Mártir	2.73
Mejía	2.45
Contoy	2.27
El Rizo	2.07
Isla De Lobos	2.00
A. Triángulo Este	1.69
A. Triángulo Sur	1.54
Cayo Culebra	1.50
Turners	1.29
Cabeza de Coral	1.27
La Ventana	1.27
San Ildefonso	1.07
Salsipuedes	1.03
El Muerto	1.01
Pájaros	0.98
A. Tuxpan	0.98
Partida	0.94
A. Tanhuijo	0.91
Todos Santos	0.85
Estanque	0.82
Pájaros	0.82
Cayo Chobón	0.75
Cabeza de Caballo	0.71
Roqueta	0.69
Anegada de Adentro	0.65
Verde	0.63
Rasa	0.57
Venados	0.57
San Diego	0.56
El Piojo	0.54
Gaytanes	0.52
Grande	0.51
Jaina	0.50

El Borrego	0.10
Las Ánimas	0.09
Pájaro	0.09
Lobos	0.09
Las Galeras 1	0.08
Roca María	0.07
Las Galeras 2	0.07
La Habana	0.07
Los Gemelitos 1	0.07
Morena	0.06
El Gallo	0.06
Pasión	0.06
Piedra El Morro	0.06
Piedra	0.06
Cayo Nuevo	0.06
El Pastel	0.05
Cayo del Este	0.05
Roca Lobos	0.05
Los Islotes	0.05
Roca Monumento	0.05
Chica	0.05
Roca La Foca	0.04
Cayo del Oeste	0.04
El Huerfanito	0.04
Los Gemelitos 2	0.03
Chencho	0.03
Los Frailes 1	0.03
Hermano del Sur	0.03
Los Frailes 2	0.03
Las Ánimas	0.02
Roca Los Arcos	0.02
Cardones	0.02
Cayo Arenas	0.02
De Afuera	0.02
Roca Partida	0.01
Rocas Los Chan	0.01
Alijos	0.01
Rocas Los Chan 1	0.01
Roca Negra	0.01
Tres Marías	0.01

FUENTE:

INEGI. Geografía. Aspectos generales del territorio mexicano. Extensión territorial. Datos referentes al 2002.



Según éste levantamiento, México cuenta con 2'946,825 km² de superficie marina, para la administración, explotación, cuidado y conservación de todos los recursos vivos y no vivos de los fondos marinos, se reserva el derecho exclusivo y la jurisdicción para utilizar islas arrecifales, establecer estructuras artificiales (plataformas petroleras) e implementar el estudio científico, y conservarlo de acuerdo a las reglas ambientales.

El INEGI, llevó a cabo un levantamiento de ceso de las Islas de México en el mar territorial, partiendo del principio de que Isla es: "una porción de tierra firme y/o rocas rodeadas de agua", aunque como ya se apuntó anteriormente que en la Ley Federal del Agua y en Convención sobre el Derecho del Mar, "Montego Bay" no se considera isla "Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental".

El problema es que existen varios registros que no coinciden, porque igualmente se dice que hay más de tres mil islas que se encuentran en la zona económica exclusiva, además de las que se localizan en los ríos, lagos, lagunas y presas. A continuación se presentan varios registros que se han efectuado respecto de las islas. El primero fue realizado por la Secretaría de Gobernación y la Secretaría de Marina en el año de 1987:

"ISLAS MEXICANAS, RÉGIMEN JURÍDICO Y CATALOGO" EDITADO POR LA SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN Y LA SECRETARIA DE MARINA, EN SEPTIEMBRE DE 1987:"

Los siguientes son islotes, arrecifes y bancos.

<p>ISLOTES, BAJOS, CAYOS, ARRECIFES Y BANCOS EN EL OCEANO PACÍFICO, FRENTE A LAS COSTAS DE LOS ESTADOS DE NAYARIT, JALISCO, COLIMA, MICHOACÁN, GUERRERO Y OAXACA.</p> <p>PIEDRA BLANCA DEL MAR PIEDRA BLANCA DE TIERRA ROCA LA CORBETEÑA LOS ARCOS ROCAS CUCHARITAS</p>	<p>ISLOTES, BAJOS, CAYOS, ARRECIFES Y BANCOS EN EL GOLFO DE MÉXICO, FRENTE A LAS COSTAS DE LOS ESTADOS DE TAMAULIPAS, VERACRUZ, TABASCO Y CAMPECHE.</p> <p>ARRECIFE BLANQUITA ARRECIFE DE EN MEDIO ARRECIFE TANHUIJO ARRECIFE EN MEDIO ARRECIFE TUXPAN BAJO BLAKE</p>	<p>ISLOTES, BAJOS, CAYOS, ARRECIFES Y BANCOS EN EL MAR CARIBE, FRENTE A LAS COSTAS DE LOS ESTADOS DE YUCATÁN Y QUINTANA ROO.</p> <p>ARRECIFE ALACRAN BAJO GRANVILLE BAJO PAWASHICK ROCA IFIGENIA BAJO ANTONIETA ARRECIFE EL CABEZO</p>
--	--	---



ROCA NEGRA ISLOTE NOVILLA LOS FRAILES ROCA TONINA (PORPOISE) ROCA CENTRAL ROCA BLANCA PIEDRA BLANCA PIEDRA BLANCA LOS FRAILES ROCA PELICANO ROCA VELA ROCA PELICANO PIEDRA BLANCA ROCAS SACRAMENTO ROCA NEGRA (LA SOLITARIA) ROCAS POTOSÍ (FRAILES BLANCOS) ISLOTE FARALLÓN DEL OBISPO ROCAS SAN LORENZO LA ROCA (LA SERIA) LAS DOS PIEDRAS BAJO TARTARO PIEDRA BLANCA (ALCATRAZ) ISLOTE ROCA BLANCA ROCA NEGRA PIEDRA BLANCA ROCA RANGER ISLOTE ESTRETE BANCO	ARRECIFE LA GALLEGA ARRECIFE GALLEGUILLA ARRECIFE BLANQUILLA ARRECIFE ANEGADA DE ADENTRO BAJO PADUGAR ARRECIFE PAJAROS BAJO MERSEY ARRECIFE HORNOS ARRECIFE POLO ARRECIFE LOS BAJITOS ARRECIFE BLANCA ARRECIFE DE GIOTE ARRECIFE CHOPAS BAJO AVISO ARRECIFE DE EN MEDIO ARRECIFE RIZO ARRECIFE ANEGADA DE AFUERA ARRECIFE CABEZO ARRECIFE SANTIAGUILLO ARRECIFE ANEGADILLA BANCO NUEVO BANCO PERA BANCO CIUDAD CONDAL BAJOS DE SACRAMENTO CAYO NUEVO BANCO INGLESES BANCO DE SABANCUY BANCO DE CHAMPOTON CAYO ARENAS BAJO OBISPO SUR BAJO OBISPO NORTE CAYO ARENAS ARRECIFE DE LA SERPIENTE (ROCA CULEBRA) ARRECIFE MADAGASCAR ARRECIFE SISAL	BANCO ARROWSMITH ARRECIFE PALANCAR ARRECIFE NICCHEABIN CAYO CULEBRAS CAYO NORTE CAYO LOBOS CAYO CENTRO
---	--	--

¹⁸ CATÁLOGO TERRITORIAL INSULAR encuentro nacional para la conservación y el desarrollo sustentable de las islas de México (23 a 26 de junio de 2009), llevado a cabo en Ensenada B.C. por la SEMAR, SEGOB e INEGI.



Posteriormente se llevo a cabo un registro por parte de la SEMAR, SEGOB e INEGI en un estudio de campo en el que se llevó a cabo la verificación del territorio insular, y se entregó un informe en el año de 2009 del cual se tomaron los siguientes informes:¹⁸

COMPARACIÓN DE CATÁLOGOS

Fuente	Sin nombre	Con nombre	En cartografía INEGI SEMAR	No ubicados	No susceptibles	TOTAL
SPP	2380	687	489	152	46	3067
SEGOB- SEMAR	934	375	295	65	15	1309
SEPESCA		195	164	27	04	195
SEGOB		285	203	63	19	285
Muñoz Lumbier		313	201	88	16	313
INEGI -Habitado	107					107

SUPERFICIE INSULAR:

Fuente	Km ²	Año	Referencia
Dirección de Geografía, Meteorología e Hidrología	6,496	1947	Geografía General de Tamayo
	6,006	1991	Cartografía escala 1:1 000 000
INEGI	5,127	1994	Agenda Estadística
	5,133.43	1997	Cartografía escala 1:250 000
	5,125	1998	Cartografía escala 1:250 000



CLASIFICACIÓN

ZONA	REGIÓN	ORIGEN	TIPO	TÉRMINO GENÉRICO	SISTEMA MARINO
OCEÁNICA	MARINA (M)	Natural	Sedimentaria Volcánica S/D	Arrecife Cayo Isla Roca	Golfo de California Océano Pacífico Golfo de México Mar Caribe
COSTERA	MARINA COSTERA (MC)	Natural Artificial	Metamórfica Sedimentaria Volcánica Orgánico Suelo S/D	Arrecife Cayo Isla Islote Roca (morro, peñasco, escollo, peña)	Golfo de California Océano Pacífico Golfo de Tehuantepec Golfo de México Mar Caribe

TERMINOLOGÍA UTILIZADA PARA DETERMINAR

TÉRMINO	DEFINICIÓN
ISLA	Extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta
ARRECIFE BAJO	Estructura rocosa generalmente coralina la cual emerge coralina, sobre el nivel del mar o se encuentra a poca profundidad.
CAYO	Representa un peligro para la navegación Porción natural de tierra baja formada por arena y fragmentos de coral, construida por las olas sobre una plataforma coralina al mismo nivel de la marea alta o por encima de la misma; cubierta en ocasiones con vegetación de mangle
ISLOTE	Pequeña porción de tierra, rodeado de agua de manera permanente
ROCA	Estructura escarpada que sobresale de la superficie del mar



Las verificaciones en campo, se llevaron a cabo en:

- Golfo de México y Mar Caribe (marzo - abril 2007)
- Golfo de California (norte) (abril - mayo 2008)
- Golfo de California (sur) (marzo - abril 2009)

SE ACTUALIZARON ALGUNOS ELEMENTOS:

	GOLFO DE MÉXICO (2007)	MAR CARIBE (2007)	GOLFO DE CALIFORNIA (NORTE) 2008	GOLFO DE CALIFORNIA (SUR) 2009	TOTAL
ELEMENTOS ACTUALIZADOS	12	10	71	92	185

RESULTADOS

GOLFO DE MÉXICO	MAR CARIBE	GOLFO DE CALIFORNIA	OCEANO PACÍFICO	GOLFO DE TEHUANTEPEC	TOTAL
52	74	188	145	14	473 CON NOMBRE
71	593	191	289	27	1171 SIN NOMBRE

En 2009, junto con los trabajos realizados en campo, en la base de datos se incorporaron 1,644 elementos insulares.

La SEMAR verificó la existencia y localización de los 699 cuerpos de tierra entregados por el INEGI en toda la cartografía náutica propia, con los siguientes resultados:

CONCEPTO	OCEANO PACÍFICO	GOLFO DE MÉXICO
ISLAS NO CARTOGRAFIADAS	163	39
ISLAS CON DIFERENTE POSICIÓN GEOGRÁFICA	64	07
ISLAS SIN COORDENADAS	03	03
SUBTOTALES	230	49

Se revisaron 279 cuerpos de tierra quedando al final 273 elementos insulares a verificar en ambos litorales nacionales: 43 elementos en el Golfo de México y Mar Caribe, y 230 elementos insulares en el Golfo de California y Océano Pacífico.

Territorio Insular verificado (8) frente a las costas de Veracruz:

ARRECIFE LAVANDERA	VER	19°11'00''	96°06'30''	AL SE DE SAN JUAN DE ULLUA
BAJO MERSEY (BANCO)	VER	19°11'02''	96°05'56''	A 0.66 MILLAS DE NW DE I. SACRIFICIOS
SACRIFICIOS	VER	19°10'26''	96°05'27''	A 3 MILLAS DE SE DE PUERTO DE VERACRUZ
PÁJAROS	VER	19°11'36''	96°05'39''	A 1 MILLAS AL SW DE I. VERDE
BAJO PADUCAH	VER	19°12'20''	96°04'43''	A ½ MILLA DEL W DE I. VERDE
VERDE	VER	19°11'50''	96°04'30''	GOLFO DE MEXICO
ARRECIFE BLANQUILLA (L)	VER	19°13'32.92''	96°05'52.63''	A 1,1/2 MILLAS AL W DE LA I. ANEGADA DE ANDENTRO
ARRECIFE GALLEGITA	VER	19°13'47''	96°07'21''	1, ½ MILLAS AL NE DE LA ESCOLLERA NORTE DEL PUERTO DE VERACRUZ

Territorio Insular verificado zarpando de Coatzacoalcos, Ver.

BAJO OBISPO NORTE	CAMP.	20°30'00''	92°12'00'	20 MILLAS AL NW DE CAYO ARCAS (BANCO DE CAMPECHE)
BAJO OBISPO SUR	CAMP.	20°26'00'	92°12'00'	18 MILLAS AL NW DE CAYOS ARCAS (BANCO DE CAMPECHE)
BAJOS DE SACRAMENTO	CAMP.	20°50'	92°55''	35 MILLAS AL SW DE TRIÁNGULO OESTE
BANCO CIUDAD CONDAL	CAMP.	20°50'	92°19'	8 MILLAS AL S DE TRIÁNGULO OESTE
CAYO TRIÁNGULO DEL ESTE	CAMP.	20°55'	92°13'	GOLFO DE MÉXICO
CAYO TRIÁNGULO SUR	CAMP.	20°55'	92°13'	GOLFO DE MÉXICO
BANCO NUEVO	CAMP.	21°31'	91°52'	20 MILLAS AL NE DE CAYO ARCAS
BANCOS INGLESES	CAMP.	21°48'	91°56'	8 MILLAS AL SE DE CAYO NUEVO
BANCO INGLÉS	CAMP.	21°47'	92°00'	
BANCO PERA	CAMP.	20°43''	91°55'	30 MILLAS AL N DE CARO ARCAS



Territorio insular verificado, zarpando de Ciudad del Carmen Campeche:

BAJO DE SABANCUY (BANCO)	CAMP.	19°08'	19°14'	A 10 MILLAS AL NW DE SABANCUY
BANCO DE CHAMPOTON	CAMP.	19°23'	90°52''	SE EXTIENDE 10 A 14 MILLAS HACIA EL W DESDE CHAMPOTON

Territorio insular verificado zarpando de Yukalpeten, Yucatán.

ARRECIFE SISAL	YUC	21 20	90 10	A 12 ½ MILLAS DEL PUERTO DE SISAL
ARRECIFE MADAGASCAR	YUC	21 26	90 18	A 25 MILLAS AL N DE PUNTA PALMAR CHICO
ARRECIFE LA SERPIENTE	YUC	21 26	90 30	10 MILLAS AL W DE ARRECIFE MADAGASCAR
BAJO GRANDVILLE	YUC	21 55	89 19	45 MILLAS AL NW DE PUNTA YALKUGUL
ROCA IPHIGENIA	YUC	21 58	88 36	26 MILLAS AL N DE PUNTA YAKULGUL
BAJO ANTONIETA	YUC	21 36	88 17	4 MILLAS AL W DE RIO LAGARTOS
BAJO PAWASHICK	YUC	21 31	88 45	9 MILLAS AL W DE PUNTA YALKUGUL
PÉREZ	YUC	22 22	89 40	GOLFO DE MÉXICO (ARRECIFE ALACRÁN)
CHICA	YUC	22 25	89 41	GOLFO DE MÉXICO (ARRECIFE ALACRÁN)
PÁJATROS (IV)	YUC	22 25	89 41	GOLFO DE MÉXICO (ARRECIFE ALACRÁN)
DESERTORA	YUC	22 27	89 44	GOLFO DE MÉXICO (ARRECIFE ALACRÁN)
DESTERRADA	YUC	22 32	89 46	GOLFO DE MÉXICO (ARRECIFE ALACRÁN)



Territorio Insular verificado zarpano de Islas Mujeres QuintanaRoo.

ROCA BECKEL	Q.ROO	21 11	86 44	ENTRE ISLA CANCÚN E ISLA MUJERES
ROCA AMVIL	Q.ROO	21 00	86 45	MAR CARIBE
BANCO ARROWSMITH	Q.ROO	21 08	86 24	22 MILLAS AL E DE PUERTO MORELOS
HOMBON	Q.ROO	21 35	87 10	A 6.5 KMS AL W DE CABO CATOCHE

Territorio insular verificado (2) zarpano de Cozumel Q.ROO

ARRECIFE NICCHEABIN	Q.ROO	19 48	87 26	3 MILLAS AL W DE PUNTA ALLEN
CAYO CULEBRA	Q.ROO	19 41	87 28	BAHÍA DE ASCENCIÓN

Territorio insular verificado (5) zarpano de Chetumal Q.ROO

CAYO BLACKFORD (CHINCHORRO)	Q.ROO	18 22	87 23	BANCO CHINCHORRO
CAYO LOBOS (CHINCHORRO)	Q.ROO	18 23	87 24	EN EL EXTREMO S DEL BANCO CHINCHORRO
CAYO CENTRO (CHINCHORRO)	Q.ROO	18 34	87 19	
CABEZA DE CORAL (CHINCHORRO)	Q.ROO	18 45	87 17	
CAYO NORTE (CHINCHORRO)	Q.ROO	18 45	87 24	EN EL EXTREMO N DEL BANCO CHINCHORRO

Verificación de los elementos insulares en el Golfo de California

En los meses de abril y mayo del 2008, el buque armado “Río Suchiate” bi-05 efectuó orden de operaciones, con El fin de localizar 60 elementos insulares en el Golfo de California, encontrándose 71 elementos insulares en los meses de marzo y abril del 2009, el buque armado “Río Suchiate” bi-05 efectuó orden de operaciones, con el fin de localizar 60 elementos insulares en el Golfo de California, encontrándose 92 elementos Insulares.




En el golfo de México y mar Caribe se verificó mediante cruceros de investigación la existencia de 22 elementos insulares (22 de 43) realizándose mediciones geodésicas de los mismos.

Esta información es incorporada al catalogo (sistema del territorio insular) elaborado por el INEGI. En el Golfo de California se han verificado a la fecha 163 elementos insulares, realizándose mediciones geodésicas de los mismos. La SEMAR realiza coordinaciones con INEGI para programar actividades relacionadas con los 110 elementos insulares que restan por verificar en el océano pacífico.

Como podrá apreciarse aún no se concluye con la verificación del total de las Islas, pues aún faltan las del océano Pacífico, por lo que todavía no contamos con un registro total.

Ahora bien, las islas de mayor extensión y que ofrecen recursos sustentables para el desarrollo de la vida humana, son las que se han ocupado, las que a continuación se describen:

Las Islas más grandes de México son: la Isla Tiburón, la Isla de la Guarda y Cozumel¹⁹

	<p>Es la isla más grande de la República Mexicana (1, 200 km²). Para imaginar su tamaño se puede comparar con el territorio del Distrito Federal, que es algo mayor y mide 1, 547 km².</p> <p>Se localiza en el Golfo de California o Mar de Cortés, frente a la costa de Sonora y separada de ésta por el Canal de Infiernillo. Su nombre se debe a la gran cantidad de tiburones que buscan alimento en los bancos de pequeños peces de sus costas.</p> <p>Cuenta con dos zonas montañosas en dirección norte-sur llamadas Sierra Menor y Sierra KunKaak, donde se ubica la altitud máxima del lugar de 800 metros.</p>
---	---

¹⁹ Página del INEGI



La Isla Tiburón es una reserva especial de la biósfera que los “Seris”, etnia que vive en Sonora, tienen como propiedad comunal, es decir, que pueden realizar actividades pesqueras y de recolección. La isla es vigilada por personal de la Secretaría de Marina distribuido en tres campamentos: Las Cruces, El Tecomate y Punta Tormenta.

No obstante lo anterior, existe sobreexplotación pesquera por barcos camaroneros, sardineros y pequeños pescadores. En tierra firme se presenta sobreexplotación de especies vegetales para la fabricación de carbón vegetal y la caza no regulada.

Por ser una zona protegida está prohibido el acceso a la isla, sin embargo en Hermosillo, capital del Estado de Sonora se puede tramitar un permiso para visitarla.

Hay arroyos (ríos pequeños) en toda la isla, entre los principales Tecomate, San Miguel del Carrizal, del Chalate y de KunKaak.

Isla Ángel de la Guarda



Es una isla de origen volcánico, la segunda más grande de México (931 km²). Se encuentra en el Mar de Cortés cerca del poblado de Bahía de los Ángeles (Baja California), separada de ésta por el Canal de las Ballenas.

Su relieve es principalmente montañoso. Tiene una cordillera que la recorre en toda su longitud y alcanza los 1, 000 m de altitud. Las fuentes de agua dulce son escasas, salvo las que se generan en época de lluvia.

Tiene el mismo clima que el litoral del estado de Sonora (muy seco), registra escasa precipitación pluvial y temperaturas extremosas, entre los 11 y los 32 °C.

La vegetación es de matorral y vegetación de suelos salinos. Se encuentran plantas como leguminosas, cactus, chollas, cardón, sabueso y nopal, además de árboles y arbustos como palo fierro, verde, torote, jaropa y gobernadora.





Existe una gran variedad de ballenas que nadan en las costas de la isla además de numerosos grupos de delfines y lobos marinos que habitan las loberas de Los Cantiles y de Los Machos.

La Isla Ángel de la Guarda, no está habitada y es un área natural protegida. Hay campamentos de pescadores que cazan lobos de mar para utilizarlos como carnada, poniendo en peligro su supervivencia. Bahía los Ángeles, el Canal de las Ballenas y el Canal de Salsipuedes, fueron declaradas Reserva de la Biósfera, el 5 de junio de 2007.

Cozumel

El nombre de Cozumel tiene su origen en las palabras mayas Cuzam (golondrina) y Lumil (tierra de), que forman la palabra Cuzamil, o tierra de golondrinas, con el tiempo la palabra maya se cambió por el nombre español: Cozumel.

Según las leyendas mayas, los antiguos pobladores la tenían como lugar de culto a la diosa Ixchel, a quien acudían para pedir descendencia o solicitar buena cosecha.



Cozumel es la tercera isla más grande de México (477 km²), después de isla Tiburón (1 200 km²) y Ángel de la Guarda (931 km²). Se encuentra frente a las costas de Quintana Roo y constituye uno de los ocho municipios de esa entidad. Al 2005 cuenta con 73 mil 193 habitantes, de los cuales 51% son hombres y 49% mujeres.



Carece de elevaciones, la mayor no rebasa los 12 m. de altitud. Por la naturaleza calcárea del terreno, a pesar de las intensas lluvias, no hay depósitos ni corrientes superficiales de agua dulce. Hay varias lagunas como la Laguna Ciega, Chankanaab y la Laguna Colombia, todas de agua salobre. Su clima es cálido con lluvias en verano y su temperatura promedio es de 27°C con puntos extremos de 40°C en agosto y 15°C en febrero, los ciclones y huracanes afectan de manera importante aumentando la cantidad de lluvias que se presentan en verano.

Todos los arrecifes que se encuentran rodeando la isla han sido declarados Parques Nacionales. Cuenta con una vegetación selvática, rodeada por costas rocosas interrumpidas por playas de arena blanca, lagunas y manglares. Las principales actividades económicas de Cozumel son el comercio y los servicios que se brindan en restaurantes y hoteles, los cuales aportan el 54% a su economía.

ISLAS QUE SE HAN DECLARADO RESERVAS ECOLÓGICAS O ZONAS RESERVADAS:

A lo largo de la cuenca del Golfo de California, existen alrededor de 900 islas e islotes las cuales fueron decretadas en 1978 como “Zona de Reserva y Refugio de Aves Migratorias y Fauna Silvestre Islas del Golfo de California”,²⁰ para ser re-categorizadas

En junio del 2000 como “Área de Protección de Flora y Fauna Islas del Golfo de California”.²¹

Las islas han sido consideradas como “ecosistemas de importancia crítica para la conservación de la biodiversidad.

La más seria amenaza para las islas de todo el mundo es la introducción de flora exótica. De las 484 extinciones de especies reportadas desde el siglo XVII en el mun-

²⁰ SEMARNAT, 2000. Programa de Manejo Área de Protección de Flora y Fauna Islas del Golfo de California.

²¹ DOF, 1978. El 2 de agosto de 1978 se publica el Decreto por el que se establece una Zona de Reserva y Refugio de Aves Migratorias y de la Fauna Silvestre en las Islas que se Relacionan Situadas en el Golfo de California.



do, 363 (75%) han sido especies endémicas de las islas,²² y de éstas, 67% son atribuidas a las especies introducidas.²³

Las especies de plantas y animales introducidos amenazan muchos de los ecosistemas de las islas del noroeste de México.

El propósito de proteger los ecosistemas de las Islas, ha provocado que numerosas instituciones se hayan avocado al estudio y protección de los espacios insulares. Y más allá de los estudios, lo que se ha impulsado es la declaración de zonas reservadas para su conservación, y todo esto ha sido resultado de que *“Durante los últimos años han sido muchos los esfuerzos que han realizado distintas instituciones y organizaciones en torno a la erradicación de especies exóticas y la conservación de los ecosistemas insulares del noroeste de México.*

“(…) Entre las instituciones gubernamentales se encuentran la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (CONANP), la Dirección General de Vida Silvestre y el Instituto Nacional de Ecología de la SEMARNAT, así como la Secretaría de Marina Armada de México, que otorga apoyo para la realización de proyectos de conservación. Entre las organizaciones no gubernamentales destaca la labor del Grupo de Ecología y Conservación de Islas (GECI/ICEG), Conservación del Territorio Insular Mexicano, Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo (CIAD), Comunidad y Biodiversidad (CoBi), Centro de Conservación para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales (CECARENA), Grupo Ecologista Antares, San Diego Natural History Museum, Conservación Internacional-México, y World Wildlife Fund (WWF/México). Entre las instituciones académicas y de investigación se encuentran el Centro de Investigaciones Biológicas del Noroeste (CIBNor), los Institutos de Ecología y de Biología de la UNAM, y el Centro de Investigación Científica y de Educación Superior de Ensenada (CICESE). También participan

²²World Conservation Monitoring Center / Groombridge, B. 1992. *Global biodiversity: status of the earth's living resources*. Chapman and Hall. London. Incluida en el reporte que hace el Instituto Nacional de Ecología sobre las Islas de México, consultado en: <http://www.ine.gob.mx/con-eco-ch/384-hc-islas>, el día 9 de marzo de 2010.

²³ Diamond, J. M. 1989. Overview of recent extinctions. En: D. Western and M. C. Pearl (eds.), *Conservation for the Twenty-first Century*. Oxford University Press, pp. 37-41, New York. Consultado en: <http://www.ine.gob.mx/con-eco-ch/384-hc-islas>, el día 9 de marzo de 2010.



organizaciones de usuarios como la S.C.P.P. Pescadores Nacionales de Abulón, Buzos y Pescadores, Abulones Cultivados, S.A. y la Sociedad Cooperativa Agropecuaria Francisco Javier Maytorena, S.C. de R.L.

“Gracias a este esfuerzo, la mayoría de las islas del Golfo de California, así como la Isla Guadalupe y el Archipiélago de Revillagigedo en el Pacífico, han sido decretadas Áreas Naturales Protegidas por el gobierno federal con el fin de proteger su riqueza biológica (tabla 1).”

Tabla 1. Áreas Naturales Protegidas que incluyen islas en el noroeste de México.

Área Natural Protegida	Fecha de decreto
Zona Reservada para la Caza y Pesca de Especies Animales y Vegetales “Isla Guadalupe” y las Aguas Territoriales que la Circundan.	en el Diario Oficial de la Federación
Zona de Reserva Natural y Refugio para la Fauna Silvestre Nacional “Isla Tiburón”	16 de agosto de 1928. 15 de marzo de 1963.
Zona de Reserva Natural y Refugio de Aves “Isla Rasa”	30 de mayo de 1964.
Área de Protección de Flora y Fauna “Islas del Golfo de California”	2 de agosto de 1978, re-categorizada el 7 de junio de 2000.
Parque Nacional “Isla Isabel”	8 de diciembre de 1980.
Reserva de la Biosfera “Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado”	10 de junio de 1993. 6 de junio de 1994.
Reserva de la Biosfera “Archipiélago de Revillagigedo”	19 de julio de 1996, re-categorizada el
Parque Nacional “Bahía de Loreto”	7 de junio de 2000.

Asimismo, de las 39 islas del noroeste de México en las que se han registrado mamíferos introducidos, hacia finales del año 2000 en 23 de ellas ya habían sido erradicados (ver tabla 2)



Tabla 2. Especies de mamíferos erradicados o en proceso de ser erradicados de las islas del noroeste de México a finales del año 2000.²⁴

Isla (costa oeste de la península de Baja California)	Especies exóticas erradicadas	Isla (Golfo de California)	Especies exóticas erradicadas
Coronado Norte, B.C.	Gatos	Rasa, B.C.	Ratas
Todos Santos Norte, B.C.	Gatos, conejos	Isabela, Nay.	Gatos (quedan ratas)
Todos Santos Sur, B.C.	Perros, gatos, conejos	Mejía, B.C.	Gatos
San Jerónimo, B.C.	Gatos, perros	Estanque, B.C.	Gatos
San Martín, B.C.	Gatos, perros	Santa Catalina, B.C.S.	Gatos
San Benito Oeste, B.C.	Conejos, perros, cabras	Montserrat, B.C.S.	Gatos
San Benito de Medio, B.C.	Conejos	Coronados, B.C.S.	Gatos
San Benito Este, B.C.	Conejos	Danzante, B.C.S.	Gatos
Natividad, B.C.S.	Cabras, borregos, gatos, perros	San Francisco, B.C.S.	Gatos, cabras
San Roque, B.C.S.	Gatos, ratas	Partida Sur, B.C.S.	Gatos
Asunción, B.C.S.	Ratas	San Jorge, Son.	Ratas noruegas

Cabe señalar que en algunas islas se han llevado a cabo desarrollos que van más allá de su conservación, dado que su extensión permite su poblamiento y explotación, tal es el caso de:

Las islas del Espíritu Santo y Partida tienen una superficie de 10,538 ha²⁵ y han quedado incluidas dentro de la dotación del *Ejido Alfredo V. Bonfil Batalla*, del Municipio de La Paz (DOF, 1976) son las únicas islas en México dotadas a un ejido.

²⁴ Sánchez, P. J. A., B. Tershy y J. L. Aguilar. 2000. Acciones de conservación de las islas de México. *Gaceta Ecológica* 56: 41-45.

²⁵ SRA, 1983. Documentos Básicos que Amparan la Propiedad y Posesión de la Tierra. Poblado Alfredo Vladimir Bonfil, Municipio La Paz, Baja California Sur. Acción, Nuevo Centro de Población: Diario Oficial de la Federación 05 de octubre de 1976. Resolución presidencial sobre la creación de un Nuevo Centro de Población Ejidal, que se denominará Alfredo Vladimir Bonfil, ubicado en el Municipio de La Paz; Actas de Posesión, Deslinde y Amojonamiento Definitivos Total de los Terrenos Conocidos por Concepto de Nuevo Centro de Población Ejidal al Núcleo Denominado Alfredo Vladimir Bonfil. 05 de octubre de 1976.



Al abrirse la oportunidad de parcelar las tierras ejidales a partir de la modificación del artículo 27 de la Constitución Política, la Asamblea General de Ejidatarios, máximo órgano de representación ejidal, solicitó a la Procuraduría Agraria a través del Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares Urbanos (PROCEDE), la desincorporación de 90 hectáreas de terreno del régimen ejidal ubicadas en la Playa Bonanza, una de las más extensas de la isla, para obtener el dominio pleno de las parcelas mediante su titulación individual. Los poseedores de dichas tierras reciben la aprobación a su solicitud en diciembre de 1994 y obtienen así sus títulos parcelarios durante septiembre y octubre de 1996. A partir de este momento algunos terrenos se ponen a la venta y son adquiridos por particulares, posiblemente con la expectativa de realizar desarrollos turísticos en la isla. Sin embargo, en la isla el uso de suelo es de preservación y el decreto de área natural protegida, prohíbe cualquier modificación o perturbación a la flora y fauna, controlando la especulación y venta.²⁶

El Archipiélago Revillagigedo está integrado por cuatro islas de origen volcánico: Socorro, Clarión, San Benedicto y Roca Partida. Socorro es la isla más grande e importante del Archipiélago y se encuentra localizada entre 18° 43' 22" latitud Norte y 110° 57' 05" longitud Oeste; tiene un diámetro máximo de 16 Km y una superficie de 167 km², la mayor altitud es de 1050 m². en el pico del monte Everman. El Archipiélago fue declarado como "Área Natural Protegida con Carácter de Reserva de la Biosfera" mediante decreto publicado el 6 de junio de 1994 en el DOF.

Isla Verde en Veracruz

La Isla Verde de Veracruz se encuentra localizada dentro del sistema arrecifal veracruzano que posee los complejos arrecifales de alta relevancia ecológica, su principal característica física, es su posición y forma que se alarga Sistema Arrecifal Veracruzano está formado por 17 arrecifes de los cuales 11 se localizan frente a Antón Lizardo y el resto enfrente del Puerto de Veracruz. Enlaza al noroeste con el Sistema Arrecifal Veracruzano Norte, situado enfrente de la Laguna de Tamiahua y al este con el Sistema Arrecifal de Campeche y Yucatán.

²⁶ Información localizada en: <http://www.oem.com.mx/elsudcaliforniano/notas/n77652.htm>, consultada el 5 de marzo de 2010.



Los primeros intentos de protección del Sistema Arrecifal Veracruzano se dieron en 1975, al considerar al arrecife La Blanquilla como zona de refugio para la protección de flora y fauna marina. Los arrecifes Anegada de Afuera, Isla de En Medio, Rizo, Punta Antón Lizardo e Isla Verde fueron propuestos también como zonas de protección por instancias como CONAPAN, SAHOP y particulares.

El 24 de agosto de 1992, por iniciativa de la SEDESOL, SEPESCA, SEDEMAR y SCT, se decretó como parque marino nacional por el presidente Carlos Salinas de Gortari.

Este sistema es uno de los más importantes en México por su tamaño y el número de especies.

El Sistema Arrecifal Veracruzano está formado por bajos, islas y arrecifes situados en la porción interna de la plataforma continental en el Golfo de México, los cuales se elevan desde profundidades cercanas a los 40 m. El sistema incluye dos áreas geográficamente separadas, la primera se localiza enfrente del Puerto de Veracruz e incluye a los arrecifes Gallega, Galleguilla, Anegada de Adentro, La Blanquilla, Isla Verde, Isla de Sacrificios, Pájaros, Hornos, Ingeniero y Punta Gorda, todos dentro de la isóbata²⁷ de los 37 m. La segunda área se ubica frente a Punta Antón Lizardo, a unos 20 km al suroeste del Puerto de Veracruz, e incluye los siguientes arrecifes: Giotte, Polo, Blanca, Punta Coyol, Chopas, Enmedio, Cabezo, el Rizo, Santiaguillo, Anegada de Afuera, Anegadilla y Topetillo, todos ellos en la isóbata de los 48 m.²⁸

Derivado de la importancia que tiene la salvaguarda del territorio insular, ha sido desde la protección ecológica que se han logrado establecer los registros de las islas, su declaración de “zonas protegidas” por su relevancia en la biodiversidad, sin embargo, no todas las islas en el territorio nacional han sido objeto de registro y estudio.

Recientemente en el “*Encuentro Nacional para la Conservación y el Desarrollo Sustentable de las Islas de México*” que se llevó a cabo del 23 al 26 de junio 2009,

²⁷ Del DRAE quiere decir: 1. f. *Geogr.* Curva para la representación cartográfica de los puntos de igual profundidad en océanos y mares, así como en lagos grandes.

²⁸ Información localizada en: http://www2.ine.gob.mx/publicaciones/libros/2/sav.html?id_pub=2, y consultada el día 13 de marzo de 2010, del estudio: “*Parque Marino Nacional Sistema Arrecifal Veracruzano*”, del INSTITUTO NACIONAL DE ECOLOGÍA.



en Ensenada, B.C., México– se realizó *“la Declaración de Ensenada”* que fue una continuación de la octava reunión de la Conferencia de las Partes de la Convención sobre la Diversidad Biológica (COP 8) llevada a cabo en Curitiba, Brasil, en marzo de 2006, en la que México suscribió el “Programa de Trabajo para la Conservación de la Biodiversidad en Islas”, cuyas metas principales fueron:

- 1.- Conservación de la biodiversidad insular;
- 2.- Uso sustentable de la biodiversidad insular;
- 3.- Atender las amenazas a la biodiversidad insular;
- 4.- Acceso y equidad en los beneficios de los recursos genéticos insulares; y,
- 5.- Incremento de las capacidades y financiamiento para la implementación del Programa.

Y al final se declaró:

“Que en función de la importancia que reviste la protección, restauración, manejo y desarrollo sustentable del territorio insular mexicano, resulta indispensable la instrumentación de una serie de medidas urgentes y se solicita respetuosamente:

“(…) Al Poder Legislativo

- “• Establecer un instrumento legal - ley, reglamento o estatuto reglamentario - de los Artículos 27, 42 y 48 de la Constitución que permita controlar, mitigar y eliminar las amenazas, así como promover la conservación y uso sustentable de la biodiversidad y los recursos naturales en el territorio insular mexicano, en el cual se incluya una definición legal precisa de la diversidad de elementos insulares existentes. Evitar que el territorio insular salga del ámbito de jurisdicción de la federación.*
- “• Crear las condiciones legales y presupuestales necesarias para que las instituciones de gobierno y de investigación que intervienen en las actividades de conservación y desarrollo sustentable de las islas mexicanas puedan realizar sus funciones y colaborar eficientemente, incluyendo el conocimiento básico de dicho territorio a través del “Catálogo del Territorio Insular de México.”*



- “• *Destinar de manera urgente y sostenida, recursos oportunos y suficientes para la realización de actividades de erradicación, control y monitoreo de poblaciones de especies exóticas en las islas de México, con el objeto de implementar las medidas apropiadas para evitar la desaparición de especies insulares en riesgo de extinción inminente y restaurar en forma integral los ecosistemas insulares.*
- “• *Emitir un punto de acuerdo para que, conforme a los lineamientos de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, las islas sean consideradas como territorios del más alto interés nacional. Modificar la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente para favorecer la compatibilidad entre los programas de manejo y los planes de desarrollo urbano de los centros de población existentes dentro de las áreas naturales protegidas.*

Al Poder Ejecutivo:

- “• *Establecer un mecanismo eficiente de coordinación intersecretarial que permita atender transversalmente los asuntos relativos al territorio insular mexicano, dentro del marco de las respectivas atribuciones de las instituciones públicas. Dicho mecanismo deberá favorecer la adopción de una política pública con respecto al territorio insular.*
- “• *Reforzar las capacidades institucionales para vigilar la aplicación de la legislación en el territorio insular mexicano y sus aguas adyacentes. Diseñar y establecer el marco normativo que permita regular el flujo de personas, animales domésticos, bienes y vehículos, tanto civiles como militares, al territorio insular, de manera que se evite la introducción de nuevas especies invasoras.*
- “• *Expedir una Norma Oficial Mexicana para la conservación de los ecosistemas insulares mexicanos de jurisdicción federal a través de la regulación de programas de manejo, control y erradicación de especies introducidas, exóticas o ferales, estableciendo las especificaciones, procedimientos, criterios y mejores prácticas a los que se sujetará la operación de dichos programas.*
- “• *Emitir los decretos correspondientes a la Reserva de la Biosfera Islas del Pacífico de Baja California y al Área de Protección de Flora y Fauna Isla Cozumel,*



cuyos avisos fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 2005 y el 19 de febrero de 2008, respectivamente.

- “• Continuar con los procesos de inclusión, como áreas protegidas, de las zonas marinas alrededor de áreas naturales protegidas insulares existentes, ya sea individualmente o agrupadas éstas en archipiélagos.*
- “• Adicionar a las áreas naturales protegidas insulares existentes sus zonas marinas adyacentes, con el fin de que el manejo y la conservación atiendan tanto la porción terrestre emergida, como los ecosistemas y recursos naturales de las aguas adyacentes.*
- “• Elaborar, publicar e implementar los programas de manejo de las áreas naturales protegidas federales que comprenden territorio insular mexicano. Establecer zonas núcleo marinas, áreas de refugio, áreas de no pesca o exclusión, y reservas marinas completamente protegidas o de restauración, como herramientas para la restauración, conservación y manejo pesquero sustentable en el entorno del territorio insular mexicano, tomando en cuenta tanto el conocimiento científico, como los saberes empíricos locales, en estrecha colaboración con los grupos de pescadores y comunidades locales de estas zonas. Finalizar el Ordenamiento Ecológico Territorial del Archipiélago Islas Marías y publicarlo en el Diario Oficial de la Federación para su implementación.*
- “• Reevaluar la conveniencia de incrementar la población de reclusos en la colonia penal ubicada en la Reserva de la Biosfera Islas Marías, realizando estudios de costo-beneficio que consideren que la capacidad de carga y la de los acuíferos del archipiélago es sumamente limitada.*

A los Gobiernos de las Entidades Federativas y Municipios Insulares:

- “• Impulsar la emisión del decreto correspondiente a la Zona Sujeta a Conservación Ecológica Isla Cozumel por parte del Gobierno del Estado de Quintana Roo y el H. Ayuntamiento del Municipio de Cozumel.*
- “• Establecer los convenios correspondientes con la federación, relativos al manejo y protección del territorio insular mexicano comprendido dentro de las áreas*



naturales protegidas estatales y elaborar y publicar los programas de manejo correspondientes.

“• Reforzar los programas de ordenamiento ecológico del territorio en islas habitadas, como Cozumel, Isla Mujeres e Isla del Carmen. Reconocer que la apremiante necesidad de crecimiento de sus sistemas penitenciarios locales no debe ser resuelta a través del uso del territorio insular mexicano para este fin.

A los Medios de Comunicación:

“• Ampliar los espacios para informar y sensibilizar a la ciudadanía sobre los extraordinarios valores de las islas de México y la importancia de conocerlos para proteger integralmente y aprovechar de manera sustentable el territorio insular mexicano, utilizando el importante acervo científico existente en el país.”²⁹

Estas recomendaciones forman parte de una serie de intentos por establecer un control, registro, y sobre todo concientizar de la relevancia que tiene el territorio insular como parte del Patrimonio Nacional, el cual se encuentra todavía olvidado.

REGISTRO INSULAR MEXICANO

Ya vimos como desde el análisis de la importancia ecológica y de biodiversidad, las islas mexicanas han sido objeto de estudio e investigación en ámbitos científicos, no así ha ocurrido desde el punto de vista jurídico.

Pues a pesar del reclamo de un registro Insular, éste no existe todavía. En la actualidad la mayoría de los mexicanos no saben cuantas islas tiene México. Se han calculado aproximadamente 240, sin que se tenga la certeza de que son el total.

Son reconocidas por su importancia y tamaño, aquellas que están pobladas como ya se apuntó anteriormente y que por su destino son bien conocidas como las turísticas como lo son la Isla de Mujeres, Isla Cozumel, y la de destino de reclusión como lo es la Isla María Madre, que alberga un penal de readaptación social.

²⁹ Declaración de Ensenada Sobre la Conservación y el Desarrollo Sustentable de las Islas de México Ensenada, Baja California a 26 de junio de 2009 http://www.ine.gob.mx/descargas/con_eco/declaracion_ensenada.pdf, consultada el 15 de marzo de 2010.



Los primeros registros se llevaron a cabo por Don Antonio García Cubas en el año de 1900, en que elaboró un islario, editado por la Secretaría de Relaciones Exteriores en el año de 1919. Posteriormente, Manuel Muñoz Lumbier, realiza un nuevo esfuerzo, ahora con la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas en el año de 1939, Ricardo Toscano hace lo propio en 1949. La Secretaría de Marina en 1977 y por último, la Secretaría de Gobernación edita un inventario de Las Islas, Cayos y Arrecifes del Territorio Nacional en 1981, en todos ellos hay discrepancias y diferencias en los nombres que se asignan a las islas, por lo que más que certeza causa más incertidumbre.

Esta situación, lo que ha propiciado es que se conviertan en botín de ambiciones y de tráfico ilegal de propiedades, que alientan los anhelos expansionistas de otros países por imponer su soberanía sobre alguna de ellas.

LAS ISLAS PERDIDAS

Derivado de un proceso histórico, en el que México perdió parte importante de su territorio, perdió también un conjunto de islas adyacentes a California como a continuación se explica:

ARCHIPIÉLAGO DEL NORTE

Es el caso de las islas que forman parte del Archipiélago del Norte, las cuales ha pertenecido originariamente a México, desde la época de la colonia, y que han estado sujetas a la soberanía de los Estados Unidos de Norteamérica desde 1847, cuando se apropiaron de gran parte del Territorio Nacional, y que sin embargo, estas islas no formaban parte del territorio que se consignó en la apropiación.

El Archipiélago del Norte es un conjunto de islas frente a las costas de California, en este estado se le conoce con el nombre de California Channel Islands; está ocupado por el gobierno de los Estados Unidos desde 1852 y está conformado por 8 islas: San Miguel, Santa Rosa, Santa Cruz, Anacapa, Santa Bárbara, San Clemente, San Nicolás y la Isla Santa Catalina; 2 islotes: Prince y Sutil, además de numerosos farallones que se extienden a largo de la Costa, desde San Diego hasta San Francisco.

Las islas se encuentran bajo control de los Estados Unidos de América desde 1852. En 1972, *los Brown Berets*, o *Gorras Cafés*, un grupo de activistas latinos,



chicanos y mexicanos residentes tomaron la Isla de Santa Catalina, invocando el Tratado de Guadalupe Hidalgo, el cual no tiene mención alguna sobre las islas. Si bien se ha especulado que México tiene fundadas bases para una reclamación, un litigio por la soberanía y una eventual devolución tras un laudo favorable por parte de la Corte Internacional de La Haya, un análisis detallado de su situación pone en duda la capacidad de México para ganar el caso por medio del Arbitraje Internacional.

Sin embargo, debe mencionarse que la Constitución de California³⁰ pone bajo su soberanía todas las islas ubicadas en sus aguas territoriales, y hace expresa mención de las islas que componen el llamado Archipiélago del Norte como parte integral de su territorio.

³⁰ La Constitución del Estado de California EU, señala: STATE OF CALIFORNIA SEC. 1 CALIFORNIA CONSTITUTION ARTICLE 3 SEC. 1. The State of California is an inseparable part of the United States of America, and the United States Constitution is the supreme law of the land. SEC. 2. **The boundaries of the State are those stated in the Constitution of 1849 as modified pursuant to statute. Sacramento is the capital of California.** (Los habitantes de California, se enteraron del Tratado de Guadalupe Hidalgo entre los EU y México, que terminó con la guerra con México, firmado el 30 de mayo de 1848. El 11 de diciembre de 1848 decidieron formar un gobierno provisional. La Convención Constitucional de Monterrey Calif, y la admisión de California en la Unión como trigésimo primer Estado, el 9 de septiembre de 1850) **1848 Tratados de Guadalupe Hidalgo.**

Artículo V.

“La línea divisoria entre las dos Repúblicas comenzará en el golfo de México, tres leguas fuera de tierra frente a la desembocadura del río Grande, llamado por otro nombre río Bravo del Norte, -[fol. 6v]- o del más profundo de sus brazos, si en la desembocadura tuviere varios brazos: correrá por mitad de dicho río, siguiendo el canal más profundo donde tenga más de un canal, hasta el punto en que dicho río corta el lindero meridional de Nuevo México: continuará luego hacia Occidente, por todo este lindero meridional (que corre al norte del pueblo llamado Paso) hasta su término por el lado de Occidente: desde allí subirá la línea divisoria hacia el Norte, por el lindero occidental de Nuevo México, hasta donde este lindero esté cortado por el primer brazo del río Gila (y si eso no está cortado por ningún brazo del río Gila, entonces hasta el punto del mismo lindero occidental más cercano al tal brazo, y de allí en una línea recta al -[fol. 7r]- mismo brazo); continuará después por mitad de este brazo y del río Gila hasta su confluencia con el río Colorado; y desde la confluencia de ambos ríos la línea divisoria, cortando el Colorado, seguirá el límite que separa la Alta de la Baja California hasta el mar Pacífico. Los linderos meridional y occidental de Nuevo México de que habla este artículo, son los que se marcan en la carta titulada: “Mapa de los Estados Unidos de México, según lo organizado y definido por las varias actas del Congreso de dicha República, y construido por las mejores autoridades: edición revisada que publicó en Nueva York en 1847, J. Disturnell”, de la cual se agrega un ejemplar al presente Tratado, firmado y sellado por los plenipotenciarios infraos. Y para evitar toda dificultad al -[fol. 7v]- trazar sobre la tierra el límite que separa la Alta de la Baja California, queda convenido que dicho límite consistirá en una línea recta, tirada desde la mitad del río Gila en el punto donde se une con el Colorado, hasta un punto en la costa del mar Pacífico, distante una legua marina al Sur del punto más meridional del puerto de San Diego, según este puerto está dibujado en el plano que levantó el año de 1782 el segundo piloto de la armada española don Juan Pantoja, y se



Asimismo, en la Constitución de Baja California³¹ no se contemplan estas islas. De hecho, el artículo segundo establece:

“ARTÍCULO 2.- La porción de territorio nacional que corresponde al Estado, es la que le ha sido reconocida en la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos.”

Ahora bien, si bien la Constitución de 1824,³² colocaba a estas islas bajo la soberanía mexicana y administrada directamente por el Gobierno de la República, después se cedió su control al entonces Gobierno de las Californias para su administración.

*“Artículo 2°. Su territorio comprende el que fue del virreinato de la Nueva España, el que se decía capitanía general de Yucatán, el de las comandancias llamadas antes de provincias internas de Oriente y Occidente, y el de **la baja y alta California, con los terrenos anexos é islas adyacentes en ambos mares.** Por una ley constitucional se hará una demarcación de los límites de la federación, luego que las circunstancias lo permitan.”*

publicó en Madrid el de 1802 en el Atlas para el viaje de las goletas Sutil y Mexicana, del cual plano se agarra copia firmada y sellada por los plenipotenciarios respectivos. Para consignar la línea divisoria con la precisión debida, en -[fol. 8r]- mapas fehacientes, y para establecer sobre la tierra mojones que pongan a la vista los límites de ambas Repúblicas, según quedan descritos en el presente artículo, nombrará cada uno de los dos Gobiernos un comisario y un agrimensor que se juntarán antes del término de un año, contado desde la fecha del canje de las ratificaciones de este Tratado, en el puerto de San Diego, y procederán a señalar y demarcar la expresada línea divisoria en todo su curso, hasta la desembocadura del río Bravo del Norte. Llevarán diarios, y levantarán planos de sus operaciones; y el resultado convenido por ellos se tendrá por parte de este Tratado, y tendrá la misma fuerza que si estuviese inserto en él; debiendo -[fol. 8v]- convenir amistosamente los dos Gobiernos en el arreglo de cuanto necesiten estos individuos, y en la escolta respectiva que deban llevar, siempre que se crea necesario. La línea divisoria que se establece por este artículo, será religiosamente respetada por cada una de las dos Repúblicas; y ninguna variación se hará jamás en ella, sino de expreso y libre consentimiento de ambas naciones, otorgado legalmente por el Gobierno general de cada una de ellas, con arreglo a su propia constitución.

³¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE BAJA CALIFORNIA Publicada en el Periódico Oficial No. 23, de Fecha 16 de Agosto de 1953, Tomo LXVI.

³² COLECCIÓN DE CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Regimen Constitucional de 1824, Facsímil de edición de Mariano Galván Rivera de 1828, H. Cámara de Diputados LIX LEGISLATURA. , I TOMO, p.35., *Art. 1. La nación Mexicana es para siempre libre e independiente del gobierno español y de cualquier otra potencia.*



Territorio de la Nueva España siglo XVI Y XVIII



Mapa de los Estados Unidos de México, según lo organizado y definido por las varias actas del Congreso de dicha República, y construido por las mejores autoridades: edición revisada que publicó en Nueva York en 1847, J. Disturnell, Utilizado para el Tratado de Guadalupe Hidalgo.

Territorio Mexicano en 1825



Originalmente las Islas fueron descubiertas en 1542 por el explorador español Juan Cabrillo, quien las incorporó a territorio de la Nueva España en 1602. Algunas de ellas estaban originalmente pobladas por indios nativos que desaparecieron con el paso del tiempo.

Una de las tesis fundamentales sostenidas para reivindicar los derechos de México es el hecho de que la primera Constitución Mexicana de 1824 – que fue reconocida por Estados Unidos– establecía como territorio nacional “toda la extensión conocida como la Nueva España, incluidas sus islas adyacentes”, como se apuntó anteriormente y en el artículo segundo de la dicha constitución.

Posteriormente sobrevino la guerra con Estados Unidos que termino con los Tratados de Guadalupe-Hidalgo en 1848 con la cesión de una porción del territorio de la Nueva España en tierra firme, pero de ninguna forma al establecerse los nuevos límites se menciona a las islas del Norte, puntualiza el dictamen de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, firmado por el desaparecido ingeniero Jorge L. Tamayo.

La misma delimitación territorial fue ratificada en el tratado posterior del 31 de mayo de 1854. A partir de entonces se realizaron convenciones entre ambos países sobre cuestiones limítrofes, debidamente ratificadas en 1883, 1886, 1891, 1901, 1907, 1908, 1934, y 1945.

El último tratado, que tampoco alude específicamente a las islas, ni modifica el límite marítimo fue suscrito en 1972.

Este último establece la línea divisoria a 18 millas náuticas –treinta y tres kilómetros– de la costa a una latitud de 32 grados Norte y 117 grados Oeste.

Como podrá apreciarse en la lámina anterior, las islas se encuentran frente a las costas de la Alta California, por lo que cuando fue cedida ésta a los Estados Unidos de América, las islas se fueron con ella. Por si esto no fuese suficiente, el “Tratado Sobre Límites Marítimos”³³ y el “Tratado de Aguas entre México y Estados Unidos de Améri-

³³ **TRATADO SOBRE LÍMITES MARÍTIMOS ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América; Considerando que los límites marítimos entre los dos países hasta una distancia de doce millas náuticas mar adentro fueron determinados por el Tratado para Resolver las Diferencias Fronterizas Pendientes y para Mantener a los Ríos Bravo y Colorado como la Frontera Internacional entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, firmado el 23 de noviembre de 1970; Tomando nota del Decreto por el que se adiciona el Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer una Zona Económica Exclusiva de México situada fuera del mar territorial y de la Ley de Conservación y Administración de Pesquerías de 1976 por la que se establece una Zona de Conservación de Pesquerías frente a la costa de los Estados Unidos;

Teniendo presente que por canje de notas del 24 de noviembre de 1976 reconocieron, con carácter provisional, los límites marítimos entre los dos países, entre las doce y las doscientas millas náuticas mar adentro, en el Golfo de México y el Océano Pacífico; Reconociendo que las líneas que aceptaron mediante el canje de notas de 24 de noviembre de 1976 son prácticas y equitativas, y Deseosos de evitar las incertidumbres y los problemas que pudiera originar el carácter provisional que actualmente tienen los límites marítimos entre las doce y las doscientas millas náuticas mar adentro. Han convenido lo siguiente:

“ARTÍCULO I

“Los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América están de acuerdo en establecer y reconocer como sus límites marítimos en el Golfo de México y en el Océano Pacífico, además de los establecidos por el Tratado de 23 de noviembre de 1970, las líneas geodésicas que conecten los puntos cuyas coordenadas son:



ca".³⁴ ambos disponibles en Tratados y Convenciones vigentes entre los Estados Unidos Mexicanos y otros países de la SRE, México renuncia expresamente a reclamar cualquier territorio o porción de terreno por encima del mar territorial y la zona económi-

"En el Golfo de México, al Poniente:

"GM.W-1 25°58' 30.57" Lat. N. 96°55' 27.37" Long. W.

"GM.W-2 26°00' 31.00" Lat. N. 96°48' 29.00" Long. W.

"GM.W-3 26°00' 30.00" Lat. N. 95°39' 26.00" Long. W.

"GM.W-4 25°59' 48.28" Lat. N. 93°26' 42.19" Long. W.

"En el Golfo de México, al Oriente:

"GM.E-1 25°42' 13.05" Lat. N. 91°05' 24.89" Long. W.

"GM.E-2 25°46' 52.00" Lat. N. 90°29' 41.00" Long. W.

"GM.E-3 25°41' 56.52" Lat. N. 88°23' 05.54" Long. W.

"En el Océano Pacífico:

"OP-1 32°35' 22.11" Lat. N. 117°27' 49.42" Long. W.

"OP-2 32°37' 37.00" Lat. N. 117°49' 31.00" Long. W.

"OP-3 31°07' 58.00" Lat. N. 118°36' 18.00" Long. W.

"OP-4 30°32' 31.20" Lat. N. 121°51' 58.37" Long. W.

"Las coordenadas de los puntos geodésicos anteriores fueron determinadas con referencia al Datum de Norteamérica de 1927.

"ARTÍCULO II

"Los Estados Unidos Mexicanos al norte de los límites marítimos establecidos en el Artículo I, y los Estados Unidos de América al sur de dichos límites, no reclamarán ni ejercerán para ningún propósito derechos de soberanía o jurisdicción sobre las aguas, o el lecho y subsuelo marítimos.

"ARTÍCULO III

"El único propósito del presente Tratado es el de establecer la demarcación de los límites marítimos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América. Los límites marítimos establecidos por este Tratado no afectarán ni perjudicarán, de manera alguna, las posiciones de cualquiera de las dos Partes respecto a la extensión de las aguas anteriores, del mar territorial, de la alta mar, o de los derechos de soberanía o de la jurisdicción para cualquier otro propósito.

"ARTÍCULO IV

"El presente Tratado está sujeto a ratificación y entrará en vigor el día del canje de los instrumentos de ratificación, el cual se efectuará en la Ciudad de Washington tan pronto como sea posible.

Hecho en la Ciudad de México el día cuatro de mayo de 1978, en español e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.- Por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.- Rúbrica.- Por el Gobierno de los Estados Unidos de América.- Rúbrica.

Localizado en: http://www.semarnat.gob.mx/presenciainternacional/fronteranorte/Documents/Marco%20Legal/005_Mex-EUA_Tratado_sobre_Limites_Maritimos%201978.pdf, consultado el 16 de marzo de 2010.

³⁴ TRATADO SOBRE DISTRIBUCION DE AGUAS INTERNACIONALES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA MANUEL ÁVILA CAMACHO, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que el día 3 de febrero de 1944, se celebró y firmó, en Washington, Distrito de Columbia, entre México y los Estados Unidos de América un Tratado de Distribución de las Aguas Internacionales de los Ríos Colorado y Tijuana y Bravo desde Fort Quitman, Texas, Estados Unidos de América, al Golfo de México, cuyo texto en español y forma son los siguientes: Localizado en: <http://mexico.usembassy.gov/bbf/bfsboundwater.pdf>, consultado el 16 de marzo de 2010. Se incluye en Anexos el tratado para su consulta.

ca exclusiva de 200 millas náuticas delimitada entre las dos naciones. Los límites marinos están claramente delimitados por dicho tratado. Cabe mencionar que este tratado no ha sido ratificado por el Congreso de los Estados Unidos de América, pero por el de México sí, y tiene fuerza de Ley desde 1970.

El mayor de los problemas para un eventual litigio internacional es que México dejó pasar mucho tiempo desde la firma del Tratado. Por ello, será muy difícil que este caso pueda llegar a la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya. Un eventual dictamen definitivo del Tribunal Internacional de La Haya (que ya en 1970 insinuó que México tiene el derecho suficiente para reclamar la posesión del Archipiélago) permitirá esclarecer de una vez por todas no sólo la soberanía, sino una eventual remuneración por el usufructo de dichas islas. Sin embargo, la posibilidad actual de que el laudo sea favorable a México se ve muy disminuida, en vista de la falta contundente de pruebas sobre la soberanía del archipiélago.

ISLA DE CLIPPERTON Ó ISLA DE LA PASIÓN

La **Isla Clipperton** o **Isla de la Pasión** (*Île de la Passion*), es un atolón coralino deshabitado de 6 km² y 8 km de circunferencia, localizado en el Océano Pacífico norte, a 1.100 km al sudoeste de Punta Tejupan, en Michoacán (México), que es el punto más cercano a tierra firme. Sus coordenadas son: 10°18'20.03"N 109°13'20.03"O y 10.3, -109.216667. Es una posesión francesa administrada desde la Polinesia Francesa por un alto comisionado de Francia.

La isla de Clipperton no fue fácil de localizar desde el principio, pues en los mapas geográficos de México, nunca han mostrado el total de las islas que forman parte del territorio nacional, y está de acuerdo al libro de Miguel González Avelar "Clipperton Isla Mexicana", esta es una primera lección "*ningún libro de geografía que muestre el territorio nacional debería de omitir la representación de nuestras islas; porque no son fragmentos prescindibles del Estado, ni partículas de soberanía desbalagadas sobre las aguas, sino parte integral de todo el mapa nacional*".³⁵

³⁵ GONZÁLEZ AVELAR, Miguel "*Clipperton isla mexicana*", Edit. Fondo de Cultura Económica, primera edición 1992, tercera reimpresión 2008, p.17



Perdimos la Isla de Clipperton, como consecuencia de un arbitrio internacional al que se sujeto México, sin que se hayan hecho valer argumentos por las autoridades mexicanas, se emitió un laudo arbitral, que le concedió la soberanía a Francia.³⁶

La pérdida de la soberanía sobre ésta isla es una muestra que la cartografía de las islas está directamente asociada con la política y los derechos del país.

La historia de ésta Isla está llena de aventuras heroicas y en ocasiones dramáticas que describen fehacientemente el '*interés*' que México le ha dado a su territorio insular.

Esta Isla mide cuatro kilómetros de largo por dos de ancho, y está ubicada en el Océano Pacífico a 1,250 kilómetros del Puerto de Acapulco aproximadamente entre los 10 18' de latitud norte y 109 13' de longitud oeste, es un rico banco guanífero. Además, entre su área adyacente y la de la Isla Clarión, del archipiélago de las Revillagigedo, esta la zona de nódulos polimetálicos más prometedora del Planeta: en 2,500,000 kilómetros cuadrados existen 2,100 millones de toneladas métricas de nódulos que contienen níquel, cobre, manganeso, cobalto y molibdeno.



³⁶ CABADA HUERTA, Marineyla, estudio del Centro de Estudios de Derecho e Investigación Parlamentarias de la Cámara de Diputados.

Además de su situación geográfica que tiene relevancia, apreciada por un escritor francés de principios del siglo que apuntaba que cuando quedara concluido el canal de Panamá, sería importante la isla, razón por la cual desde el principio fue territorio peleado a pesar de su pobreza, porque no se puede producir nada en la isla, lo que hace imposible una vida sustentable y autosuficiente.

La isla Clipperton fue originalmente descubierta por Fernando de Magallanes en 1521, quien la avistó sin desembarcar en ella. Como España consideraba al *Mar del Sur* (Océano Pacífico) como un mar propio, la isla fue considerada como perteneciente a sus dominios y pasó a formar entonces parte del territorio español bajo el nombre de *Médanos*, sin ser ocupada.

La isla lleva el nombre del pirata inglés John Clipperton, quién en febrero de 1705 la visitó creyendo haberla descubierto. Clipperton era tripulante del navío *Saint George*, que a cargo del capitán William Dampier, atacaba y saqueaba los galeones españoles en las rutas del Pacífico. Habiendo capturado un pequeño barco en los mares de Costa Rica, lo bautizaron con el nombre de *Dragón* y Clipperton tomó su mando. La leyenda dice que el pirata usaba la isla como refugio y que en ella escondió un tesoro. En 1708, dos barcos franceses, el *Princesse* y el *Découverte*, llegaron a la isla y la nombraron *Île de la Passion* y la reclamaron en nombre de Francia.³⁷

“Un negociante de El Havre, interesado en la explotación de los depósitos de guano que había en Clipperton, propuso a Napoleón III la captura del atolón. El señor Lockhart, el negociante en cuestión, ofrecía revelar el lugar exacto de la isla, si se le adjudicaba mediante contrato la explotación exclusiva de los depósitos de guano.” Y sin mucho averiguar la posesión o propiedad de la isla, el 22 de noviembre de 1958, el teniente de navío Víctor *Le Coat de Kerwéguen*, habilitado como comisario del gobierno francés y enviado a la isla a bordo de un buque mercante propiedad de la compañía Lockhart, levantó un acta administrativa desde la cubierta del barco *L'Amiral*, declarando que tomaba posesión de ella en nombre del emperador.³⁸

³⁷ Información localizada en : <http://www.isla.org.mx/clipperton.htm>, consultada el 20 de marzo de 2010.

³⁸ GONZÁLEZ AVELAR, Miguel, Idem, p. 20.



Posterior a este evento, Francia perdió interés por ese islote, pues las muestras extraídas de guano, mostraron que eran de baja calidad, además que para el contratista le representó muy complicado llegar a la isla por los arrecifes y las fuertes resacas del mar.

El 24 de agosto, el periódico católico de la ciudad de México *El Tiempo*, reproduce la nota publicada en el *Diario Oficial*, comentando que era público y notorio que la Isla de la Pasión, así llamada desde antes la Isla de Clipperton, era mexicana desde la época de la Colonia, por lo que nada tenían que hacer ahí los norteamericanos, ni los ingleses. Ante esto la Secretaría de Relaciones exteriores en el gobierno de Porfirio Díaz, reaccionó y pidió a la de Guerra, que enviara una visita a la Isla para ver la situación real de la misma.

Entonces el gobierno de Don Porfirio Díaz, envió a ese lejano punto del territorio nacional a militares a bordo del cañonero "*El Demócrata*" al mando del comandante *F. Genesta*, izando la Bandera en la Isla. Encontraron en la isla a solo tres pobladores: un inglés y dos alemanes, empleados de la compañía *Oceanic Phosphate Company*, que había adquirido los derechos de la compañía sus derechos, pero ante la incursión de autoridades mexicanas, le solicitan a México les permita seguir explotando los yacimientos a reserva de solicitar una concesión posteriormente. El 18 de abril de 1898 la Secretaría de Relaciones Exteriores concede la autorización, mediante el pago de 75 centavos por tonelada exportada.

En 1905, se aprueba en el Congreso un contrato definitivo con la Compañía Inglesa y nombra a un prefecto con funciones de autoridad política para organizar el gobierno y administración de la Isla.

En 1906 al mando del Capitán Ramón Arnaud de la marina mexicana, pone en operación un faro con una lámpara de aceite de 10,000 bujías y envía un inspector de planta para vigilar su participación en la explotación.

Por acuerdo del Secretario de Gobernación Ramón Corral, se dispone que las actas de nacimiento levantadas en Clipperton, como en el caso de los Territorios federales se concentren en el registro de la Ciudad de México.



Durante éste periodo no dejaron de haber protestas por parte del gobierno Francés. El 8 de marzo de 1898 Francia presenta una nota ante la Cancillería mexicana, alegando tener derechos sobre la isla Clipperton.

México le requiere los fundamentos en los que basa su reclamación sobre la isla. A lo que Francia, un mes después hace llegar los documentos requeridos los que consistían en:

1. Carta original dirigida el 10 de diciembre de 1858 por el Teniente Coat de Kerwéguen “a nuestro agente en las islas Sandwich (Hoy Hawai), dándole aviso de haber tomado posesión de la isla;
2. Acta relativa a dicha posesión, levantada a bordo del buque L’Amiral; y
3. Carta del ministro de Asuntos Extranjeros de Hawai, M. Wyllie, acusando recibido de los documentos anteriores.³⁹

Esta documentación no fue suficiente para el gobierno de México; y procede a publicar en el año de 1900 un catálogo oficial de Islas pertenecientes a la República Mexicana. Francia responde con una nota de reservas sobre la soberanía de México respecto de la Isla, lo cual reitera en el año de 1906.

México responde el 3 de agosto del mismo año, por medio del Secretario de Relaciones Exteriores Don Ignacio Mariscal, y le solicita al gobierno francés que responda puntualmente a lo solicitado desde 1898, ya que para el gobierno mexicano no fueron suficientes los documentos aportados, ya que México tiene razones históricas, geográficas y fundamentos jurídicos para ostentar la soberanía de la Isla.

Francia propone un arbitraje para resolver la controversia. El árbitro designado será el rey de Italia, Víctor Manuel III, ante quien se someterán las partes.

El 2 de marzo de 1909, se firma la Convención correspondiente.

Hasta 1911 se canjean las ratificaciones.

El procedimiento duró 20 años, y se emite el laudo el 28 de enero de 1931.

³⁹AHD, L-E, 1727, f 39. (Citado por Miguel González Avelar en “*Clipperton Isla Mexicana*” p. 26)



(Durante éste largo periodo se suceden varios hechos notables como la primera guerra mundial, el proceso de la Revolución Mexicana, la Revolución Bolchevique, y el ascenso del Fascismo en Italia).

Cuando por fin el rey de Italia dicta su fallo el mundo ya había cambiado radicalmente, ya habían fallecido muchos de los personajes que vivieron y fueron testigos del procedimiento y solicitud, sin embargo en la opinión pública seguía vigente el interés por esta resolución, por razones obvias, por lo que al conocerse la resolución causó estupor y desilusión en México.

El laudo señalaba: "(...) decidimos como Árbitro, que la soberanía sobre la isla de Clipperton pertenece a Francia desde el 17 de noviembre de 1858".⁴⁰

La Isla de Clipperton no representa en si una riqueza o utilidad especial, por sus características geográficas, su mayor riqueza consiste en poderla preservar como un verdadero santuario de la biodiversidad, pues Clipperton es naturalmente un laboratorio de la vida silvestre, y de la vida acuática en interacción con un atolón coralino de acuerdo a la apreciación que hace González Avelar.

La interrogante que se hace, es ¿porqué querer recuperar una isla de estas características?, a lo que el mismo se responde (...) "Por razones de principios y cuestiones de interés.

Una de ellas es el mismo fallo que emitió Víctor Manuel III, ya que adoleció de vicios graves, y de una marcada parcialidad, si se toma en cuenta la época política que se vivía de un marcado fascismo que imperaba en Italia en ese entonces, y el querer congraciarse con el gobierno de Francia fue determinante. Además de que se desestimaron muchos de los argumentos de México.

Los avances de cartografía, avalan y soportan los derechos históricos de México sobre la Isla, y que en su momento fueron desestimados. Entre otros el hecho de decir que nunca se ejerció autoridad dentro de la isla por parte de las autoridades mexicanas, y considerarla *res nullius*, sin tomar en cuenta que en México se estaba llevando a cabo una revolución y un gobierno se estaba disolviendo, como para poner atención a la isla.

⁴⁰ Idem. AHD. Original del laudo y su traducción al español, L.E, 1758, ff 86 a 97.



Además de que la posición que tiene la Isla dentro del Océano Pacífico, la privilegian en cuanto a la pesca, lo que provocará que Francia se convierta en una oficina que expida permisos de explotación pesquera en zonas limítrofes con México, y que en razón deberían pertenecer a México.

Estos son algunos de los razonamientos que se han construido alrededor de la posibilidad de recuperar la soberanía de la Isla.

CRONOLOGÍA SUMARIA DE SUCESOS RELACIONADOS CON LA ISLA CLIPPERTON, DE LA PASIÓN, MÉDANO O MÉDANOS.⁴¹

1526/15 de noviembre. Una escuadra que parte del puerto mexicano de Zihuatanejo, compuesta por los navíos Florida, Santiago y Espíritu Santo, al mando de Álvaro de Saavedra Cerón, descubre la isla durante su ruta al Maluco.

1565/8 de octubre. Desembarca en Acapulco fray Andrés de Urdaneta, después de establecer la ruta de regreso de Filipinas por el Pacífico, o “tornaviaje”. Poco después se organiza el viaje anual del galeón de Acapulco que, por casi 250 años, en su ruta de ida tocaba las inmediaciones de Clipperton, llamada por los españoles “Médano” o “Médanos”.

1641. Se publica un Atlas portugués donde aparece la isla con el nombre de “*Farellón Blanco*”.

1700. Carta del Hidrógrafo G. de L’Isle en que aparece, al norte de Clipperton, una “I. de 3 Montagnes decouverte par Mendana l’an 1600”

1705/febrero. El pirata John Clipperton visita la isla y creyendo haberla descubierto, la menciona en un libro de memorias que tiene gran éxito en Inglaterra.

1711/ 3 de abril. Los buques mercantes La Princesse y la Decouverte, el primero al mando del capitán Michel du Bocage, bordean la isla, la sitúan geográficamente y la nombran isla de la Pasión.

1773. Carta del piloto José Vázquez que muestra la isla como “I. Médanos”.

1781. Carta plana de Lorenzo Martínez, que muestra a la Isla como “I. Médanos”.

1800 Se publica en Milán por Bordiga, el mapa “Possessione della Spagna nell’ America Settentrionale, o Carta Generale del Messico”, que contiene la Clipperton Roca”.

⁴¹ Tomado de GONZÁLEZ AVELAR, Miguel, *Clipperton isla mexicana*, Ob. Cit., p. 217.



1825. Se publica por orden del presidente Guadalupe Victoria la “Carta General para las Navegaciones a la India Oriental por el Mar del Sur”, que puede considerarse el primer mapa oficial de la república Mexicana. En él aparece la Roca Clipperton formando parte del paquete territorial de México, situada en 10°N y 113°O.

1825 Se publica en Jalapa, Veracruz, la carta “América del Norte y América Central, con detalle de los litorales del Pacífico”, en que aparece la “Clipperton Roca”

1825 /17 de agosto. El marino norteamericano Benjamin Morell informa que en esta fecha arribó a “Clipperton’s Rock”, siendo el primer testimonio claro de un desembarco en la isla.

1839/ 8 de mayo. Los buques ingleses Sulpher y Starling hacen un amplio reconocimiento de la isla. El capitán Belecher levanta una acuciosa carta de ella, por muchos años, sería la más difundida y utilizada por los navegantes.

1854/16 de enero. Decreto del presidente Antonio López de Santa Ana otorgando privilegio exclusivo a una compañía francomexicana para explotar el guano que se encuentre en “todas las cosas e islas pertenecientes a la República en el Océano Atlántico y el Pacífico exceptuando las tres islas llamadas Marías”.

1854/25 de enero. Se constituye legalmente la Compañía Privilegiada para Explotar el Guano Mexicano, con base en el decreto del 16 anterior.

1854/ 20 de febrero. El director de la Cía. Privilegiada (...) comparece para dar poder a P. Harmony Nephews y Co. Ltd de Nueva York, “para que persigan y reclamen ante los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, a los capitanes de Buques que hayan importado o importaren guano de cualquier punto de las costas, bajos, islotes o islas de ambos mares de la Nación Mexicana (...) sin el despacho que para el efecto les libre la Dirección (de la Cía.). Igual poder se extiende a J.Y, de Egaña, del comercio de Nueva Orleans.

1854/9 de agosto. Se registran los Estatutos de la Compañía Privilegiada (...) Los árbitros designados para resolver las controversias que pudieran surgir entre los socios y quienes redactaron las bases para un eventual arbitraje, fueron a saber: José Fernando Ramírez, Alejandro Arango y Escandón y Juan Manuel Fernández Jáuregui, en ausencia de José Bernardo Couto.

1855/ 20 de marzo. Juan Garruste otorga poder a su socio, Teodoro Labadie, “para que intervenga por él en todos los negocios que puedan ofrecerse relativos a la Cía Privilegiada para la Explotación”.



1856/ 18 de agosto. El presidente de los Estados Unidos, Franklin Pierce, firma la Guano Islands Act, que autoriza a cualquier ciudadano norteamericano a ocupar cualquier isla, cayo o roza con guano, siempre que no esté bajo la soberanía de otro país,

1858/ 8 de abril. Napoleón III otorga a la Cía. M. Lockhart, de El Havre, una concesión para explotar el guano que hubiera en la Isla Clipperton, conocida también como de la Pasión.

1858/ 17 de noviembre. Por instrucciones de su gobierno, el teniente de navío Victor Le Coat de Kerwéguen levanta un acta de posesión a bordo del barco mercante L'Amiral, de la Cía. M. Lockhart, declarando que la Isla es propiedad de Napoleón III y sus descendientes.

1858/ 8 de diciembre. Se publica en el periódico de Honolulu *The Polynesian* la declaratoria de que se había proclamado la soberanía francesa sobre Clipperton.

1877. Nace en Orizaba Veracruz, Ramón Arnaud Vignon.

1881/ 21 de mayo. El capitán Frederick W. Permien, a bordo del barco *Elise*, visita la isla; toma muestras de los depósitos de guano y regresa a San Francisco.

1881 / 4 de julio. El capitán Permien, declara haber tomado posesión de la Isla.

1887/1° de junio. Nace en San Cristóbal, Chiapas, Secundino Ángel Cardona Mayorga, quien fuera segundo del capitán Ramón Arnaud y muriera con él en las proximidades de Clipperton.

1892/ 30 de julio. El capitán Permien se dirige a las autoridades norteamericanas reclamando la propiedad de la isla en los términos de la *Guano Islands Act*. El gobierno de su país únicamente le acusa recibido de su pedimento.

1893/ 25 de mayo. Melvin Chapman, representante de la *Oceanic Phosphate Co.*, de San Francisco, escribe al presidente Cleveland exponiendo su interés en la isla, derivado de los derechos que obtuvo de F.W. Permien, quien se proclama con derechos sobre la isla. El secretario de Estado en funciones, Adee, responde que la Isla está reclamada por Francia.

1896/30 de septiembre. Arriba a la isla el buque Navarra, alquilado por la Oceanic Phosphate Co. Con tres empleados de la compañía que relevan a los trabajadores que habían estado explotando el guano.

1897/ 1° de mayo. Naufragan frente a la isla el barco inglés de tres palos Kinkora, al mando del Capitán McMurtie. “Era un lugar horrible para vivir –dijo después uno de los naufragos-, pero mucho mejor que un barco hundido.” Después de un intento fallido, pudo salir de la isla un bote con cuatro tripulantes, los cuales llegaron a Acapulco el 3 de junio, tras 16 días de navegar.



1897/ 15 de agosto. El Herald de Nueva York publica un despacho originado en San Francisco, en que se avista la llegada del vapor Navarra procedente de Clipperton. Según el dicho de algunos pasajeros, se cree que pronto será izado en la isla el pabellón inglés, “no obstante que se supone que la isla pertenece a México”

1897/ 19 de agosto. El Diario Oficial, del gobierno mexicano reproduce una nota fechada en San Francisco el día anterior, que confirmaba los rumores de complicaciones diplomáticas con la Gran Bretaña sobre la propiedad de la isla. La nota dice que “esta isla ha pertenecido al gobierno de los Estados Unidos y siempre se ha considerado parte del territorio americano”.

1897/ 24 de agosto. El periódico católico El Tiempo, comenta el cable publicado por el Diario Oficial y advierte al gobierno acerca de la necesidad de asegurar la soberanía mexicana sobre la isla.

1897/ 27 de agosto. El Diario Oficial informa que la Secretaría de Relaciones Exteriores ha acordado se pidan informes acerca de la explotación de la isla por una compañía de los Estados Unidos, y de su supuesta venta a unos capitalistas ingleses (...), “para que el gobierno pueda proceder a lo que sea debido”.

1897 / 30 de agosto. El Secretario de Relaciones Exteriores, Ignacio Mariscal, se dirige a su colega de Guerra, pidiéndole ordene una visita a la isla por un barco armado, a fin de averiguar lo que haya de cierto en las noticias que de ella se divulgan.

1897/ 24 de noviembre. El gobierno francés ordena al jefe de la División Naval del Pacífico que visite discretamente la isla y compruebe que personas se encuentran en la isla para recoger el guano por cuenta de Oceanic Phosphate Co. Al cerciorarse el buque francés, los habitantes izan la bandera norteamericana y la nave se retira.

1897/ 3 de diciembre. La Secretaría de Guerra comunica a la de Relaciones Exteriores que con esta fecha gira instrucciones al comandante del buque Demócrata para que practique una exploración a la isla, “y en caso de encontrar habitantes, les exija de desocupación”.

1897/ 13 de diciembre. Desembarcan en la isla marinos del cañonero Demócrata, al mando del comandante F. Genesta. Las tres personas que allí se encontraban son conminadas a arriar la bandera norteamericana.

1897/ 14 de diciembre. El primer teniente Rafael Pereyra M., del cañonero Demócrata, iza en la isla el pabellón mexicano.



1897/15 de diciembre. Zarpa de la isla el cañonero Demócrata.

1897/22 de diciembre. Manuel Thomas y Terán, en representación de Alejandro R. Coney, solicita a la Secretaría de Fomento, Colonización, Industria y Comercio que se le otorgue en arrendamiento la isla para la explotación de guano y fosfato.

1898/ 8 de enero. Francia presenta al gobierno de México su pretensión de tener derechos sobre la isla.

1898/ 13 de enero. Acude a la legación mexicana en Londres lord Stanmore, explicando en una carta que ha celebrado un contrato con la Oceanic Phosphate Co. de San Francisco, adquiriéndole los derechos que pudiese tener en la explotación del guano de la Isla. Solicita que México permita continuar la explotación del guano. “No es probable - dice – que el Gobierno de SMB dispute la reclamación de México, (...)”

1898/ 28 de enero. El gobierno norteamericano responde a la solicitud de el Gobierno de Francia, explicando que no había otorgado concesión alguna sobre la isla y que no pretendía alegar derecho alguno sobre de ella.

1898/ 2 de febrero. La Secretaría de Relaciones Exteriores responde a la legación de Londres: “Diga a Lord Stanmore que el gobierno no acepta proposiciones de su compañía. Depósito propuesta harase allí en nuestra agencia financiera (...) Mariscal (...)”

1898/ 6 de febrero. La Secretaría de Relaciones Exteriores comunica a la de Fomento que “no es conveniente por ahora celebrar el contrato propuesto con el representante del Sr. Coney, ni con alguna otra persona”.

1898/18 de abril. La Secretaría de Relaciones comunica a John Arundell, representante de la Pacific Islands Co. Ltd. de Londres, que se le autoriza a explotar el guano de la isla en los términos propuestos por su presidente, Lord Stanmore.

1898/ 10 de mayo. El Presidente Porfirio Díaz nombra a George Douglas Freeth inspector interino de la Isla Clipperton.

1898/ 14 de mayo. Rinde Antonio García Cubas su informe y opinión en el sentido de corroborar la soberanía mexicana sobre la isla.

1898/ 16 de junio. El ministro de Francia en México, Boulard Puoqueville, comunica a Relaciones Exteriores que le serán remitidos los títulos de propiedad que acerca de la isla tiene Francia, “Entre tanto (...) se reserva todos los demás derechos que posee sobre el islote.”

1898/ fines de junio. Se establece en la isla Georges Douglas Freeth como inspector interino del gobierno mexicano.



1898/ 15 de julio. La legación francesa entrega carta del ministro francés de Negocios Extranjeros, Hanotaux, con los documentos que a su juicio comprueban los derechos soberanos de Francia sobre la Isla.

1898/ septiembre. El consulado de México en San Diego informa a Relaciones Exteriores que se han producido desórdenes en la isla entre los trabajadores japoneses empleados por Georges D. Freeth por cuenta de la compañía concesionaria. Que la compañía desea sustituirlos por “indios mexicanos”, y que es necesario el establecimiento de autoridades capaces de contener los desórdenes.

1898/ 30 de septiembre. La Secretaría de Relaciones desestima los documentos recibidos como comprobatorios de la soberanía francesa sobre la isla, y en extensa nota expone razones de México, esperando los comentarios del gobierno francés al respecto.

1898/ 7 de noviembre. La Secretaría de Relaciones acepta la renuncia de George D. Freeth como inspector interino de la isla y nombra para sustituirlo al capitán Benjamín Edward Holman.

1899/ 20 de abril. B.E. Holman, inspector interino del gobierno mexicano en la isla, informa de la llegada del vapor *Rival* con trabajadores japoneses y mercancías procedentes de San Francisco California.

1899/ 21 de diciembre. El Consulado de México en San Diego informa de la salida de algunos trabajadores japoneses de la isla, y del fallecimiento de otros.

1900/ 20 de abril. Motivado por la publicación de un catálogo de islas mexicanas en el que se incluye a Clipperton, el ministro de Negocios Extranjeros de Francia, Benoit, sus nuevas reservas respecto de la soberanía mexicana sobre la isla.

1903/ 10 de agosto. La compañía The Pacific islands Ltd, que, según su propuesta, ha venido explotando en forma provisional los yacimientos de la Isla, solicita a la Secretaría de Relaciones el arrendamiento o concesión definitivos.

1905/ 1° de junio. Decreto del Presidente Porfirio Díaz relativo a que el Congreso “ha aprobado el contrato celebrado entre el ingeniero Blas Escontria (...) y la Compañía de Fosfato del Pacífico, para la explotación del guano de la isla de Clipperton (...)”. El día 3 se publica en el Diario Oficial.

1905/ 14 de julio. La Secretaría de Relaciones de México recibe informes en el sentido de que Francia ha arrendado la isla a algunos de sus conciudadanos.

1905/ 7 de agosto. Comunica la Secretaría de Gobernación a la de Relaciones Exteriores que el coronel Abelardo Dávalos desempeña, con el carácter de prefecto político, las funciones de autoridad política en la isla de Clipperton, para organizar su gobierno y administración.



1905/ 10 de agosto. La expedición científica norteamericana que a bordo del buque de vela Academy se dirigía a las Galápagos, desembarca por unas horas en la isla.

1905/ 29 de agosto. El coronel Abelardo Ávalos informa al presidente Porfirio Díaz que, por indisposición del subteniente José Estrada, el oficial Ramón Arnaud, del mismo grado, acepta el cargo de delegado sustituto de la isla.

1906/ 2 de julio. Se publican declaraciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores en el Diario Oficial, relativas a los trabajos que se llevan a cabo en la isla.

1906/6 de julio. A legación de Francia renueva su reclamación acerca de la soberanía de la isla.

1906/ 3 de agosto. El Secretario de Relaciones, Ignacio Mariscal, responde a la nota anterior ratificando la tesis de la soberanía de México sobre la isla, y pide se dé cumplida respuesta a lo ya alegado por México acerca de este asunto.

1906/ agosto. La Dirección General de Faros de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas pone en operación en la isla “un fanal de cuarto orden” como ayuda para la navegación.

1906/ 10 de octubre. El ministro de Francia en México propone someter a un arbitraje internacional el diferendo entre ambos países acerca de la isla de Clipperton.

1906/ 14 de noviembre. En Consejo de Ministros se acordó que México continúe tratando el asunto de Clipperton. En los términos de las comunicaciones que se dirigirán a la Legación de Francia”. Se acordó también que la Secretaría de Gobernación diera los pasos necesarios para ocupar las diversas islas pertenecientes a México del lado del Pacífico.

1906/ noviembre. El Secretario de Relaciones de México pide al gobierno francés que, antes de considerar su propuesta, conteste la nota que desde el día 30 de septiembre de 1898 le dirigió, exponiendo las razones de México que fundan su soberanía sobre la isla. Y que si no juzga fundada la posición de México, “reconsideraremos el asunto y lo someteremos en su caso a un arbitraje”.

1908/ 25 de marzo. La Secretaría de Fomento, Colonización e Industria pide a la de Relaciones Exteriores que se indique al teniente Ramón Arnaud que no debe denominar a la Isla como de la Pasión, sino Clipperton, para evitar confusiones.

1908/ 24 de junio. Contraen matrimonio en Orizaba, Veracruz, Ramón Arnaud y Alicia Rovira.

1908/ 27 de agosto. Zarpan rumbo a Clipperton el buque Corrigan II, llevando una guarnición de 11 soldados al mando del teniente Ramón Arnaud; la nave arriba el día 30.



1908/ 25 de octubre. El cónsul general de México en Budapest remite informe de prensa en esa ciudad en que se anticipa que, “por sugerencia del Gobierno francés, el rey de Italia será árbitro de la cuestión de Clipperton”.

1908/ diciembre. Llega a la isla por última vez el barco de la compañía que tenía concesionada la explotación del guano en la Isla. Embarca la recolecta y deja como encargado de sus bienes a Gustavo Schultz.

1909/ 2 de enero. Llega a la isla el buque Demócrata al mando del comandante Diógenes Mayorga, para aprovisionar a la guarnición, Había entonces 44 habitantes en la isla entre adultos y niños.

1909/ 2 de marzo. Fecha de la Convención suscrita entre los secretarios de Relaciones Exteriores de México y Francia, relativa a someter al arbitraje del rey Victor Manuel III de Italia la cuestión de Clipperton.

1909/29 de junio. Nace en la isla Ramón Arnaud Rovira, primogénito del comandante de Clipperton. Este mismo día muere el soldado Jesús Neri, atacado por tiburones,

1909/ 21 de agosto. Nota del secretario de Estado de Negocios Extranjeros de Italia, por la que se comunica la aceptación de Victor Manuel III como árbitro del diferendo entre México y Francia.

1909/ 21 de septiembre. Se comisiona al licenciado Francisco León de la Barra como abogado en la cuestión de la isla con el encargo de negociar los procedimientos en el juicio arbitral.

1909/ 11 de octubre. El Senado remite a la Secretaría de Relaciones Exteriores copia del decreto que aprueba la convención de arbitraje celebrada entre Francia y México.

1909/ fines. Se publica el libro “*Isla de la Pasión, llamada de Clipperton*”, que contiene una serie de documentos acerca de los alegatos de México en relación con la soberanía de la isla.

1910/ 20 de noviembre. Estalla en Puebla la revolución que, en mayo del siguiente año, arrojaría del país al presidente Porfirio Díaz.

1911/ 8 de abril. G. de Vaux, encargado de la legación de Francia en México por ausencia del mismo, Paul Lefavre, comunica a la Secretaría de Relaciones que el presidente Falliers ha ratificado la convención arbitral de 2 de marzo de 1909.

1911/ 1° de mayo. Firma el presidente Porfirio Díaz la ratificación de la convención arbitral, y las cartas credenciales para que el secretario de Relaciones Exteriores proceda al acto de canje de ratificaciones.



1911/ 4 de mayo. El Secretario de Relaciones de México Francisco León de la Barra, cita al encargado de Negocios de la legación francesa, en ausencia de su titular, para que “pase el próximo martes a las 10:30 hrs para proceder al canje de instrumentos de ratificación”

1911/ 9 de mayo. Canje de ratificaciones de la convención arbitral. Fue éste el último acto formal de carácter internacional que realizó el gobierno del presidente Porfirio Díaz.

1911/ 10 de mayo. Cae Ciudad Juárez en poder de los revolucionarios encabezados por Francisco I. Madero.

1911/ 12 de mayo. El Secretario de Relaciones Exteriores León de la Barra, gira instrucciones al Ministro de México en Italia para que proceda “en el sentido en que lo desea el Gobierno Francés”, a proseguir trámites previstos para el juicio arbitral.

1911/ 21 de mayo. Se firman los llamados Tratados de Ciudad Juárez, en virtud de los cuales el general Díaz renunciaría a la presidencia. La renuncia ocurrió el 25 de mayo, haciéndose cargo provisionalmente de la presidencia Francisco de la Barra.

1911/ agosto. Antonio García Cubas dirige un memorando interno al nuevo secretario de Relaciones Exteriores, Bartolomé Carvajal y Rosas, poniéndolo al corriente del asunto de Clipperton y reiterando los hechos y argumentos que fundan los derechos de soberanía que correspondían a México.

1911/ 6 de noviembre. Toma posesión de la presidencia Francisco I. Madero, como consecuencia de las elecciones celebradas el 15 de octubre que los favorecieron abrumadamente.

1911/ 28 de noviembre. Se expide por Emiliano Zapata el Plan de Ayala que desconoce al gobierno de Madero.

1911/ fines de diciembre. Llega el buque Demócrata a reabastecer la isla. En él regresan a Salina Cruz el capitán Ramón Arnaud, su esposa y sus hijos Ramón y Alicia, ambos nacidos en la isla.

1912/ 9 de mayo. Presenta México en Roma su Memoria de los Alegatos dentro del juicio arbitral sobre la isla.

1912/ 16 de octubre. Se subleva en Veracruz contra el gobierno de Madero el general Félix Díaz, sobrino del ex presidente Porfirio Díaz.

1912/ 9 de noviembre. Fecha en que, de acuerdo con la convención respectiva, México presenta su Memoria de Réplica en el juicio arbitral.



1913/ 9 de marzo. Fecha acordada para presentar la Memoria de Recapitulación, o Resuntiva, que cerraba la fase de actuaciones del juicio arbitral. México solicitó plazo para hacerlo y la presentó el 9 de julio.

1914/ enero. Regresa a Clipperton en calidad de comandante de la isla el capitán Arnaud, acompañado de su familia y con una muchacha de servicio Altagracia Quiroz.

1914/ 24 de febrero. El Buque Tampico, que había sido destinado a la comunicación con la Isla, se pasa a las fuerzas contrarias al gobierno de Victoriano Huerta.

1914/ 28 de febrero. Un ciclón azota violentamente la isla dejando en ruinas prácticamente todas las instalaciones de la isla allí construidas. El mismo día naufraga frente a la isla el barco de bandera norteamericana Nokomis, con tripulación holandesa y 12 personas a bordo, al mando del capitán Jens Jensen. Todos náufragos alcanzan la isla.

1914/21 de abril. Treinta buques de guerra de los Estados Unidos bloquean e invaden el puerto de Veracruz.

1914/ 4 de junio. Parten de la isla en un bote de vela y remos, cuatro marinos náufragos del Nokomis, con la intención de llegar a Acapulco.

1914/ 17 de junio. El cañonero Guerrero, leal al gobierno de Huerta, entra en combate con el Tampico y lo hunde frente a Mazatlán, a la vista de los destructores Perry y Preble y el crucero New Orleans. Estos buques eran parte de las unidades que bloqueaban los más importantes puertos del país, a raíz de la invasión de Veracruz.

1914/ 21 de junio. Llegan a Acapulco en su pequeño bote los cuatro náufragos del Nokomis. A las 15:00 hrs abordan el barco de guerra USS Cleveland, al mando del capitán W, Williams recoge a los náufragos y ofrece llevar a la guarnición mexicana y sus familias a Acapulco. Arnaud y los demás se niegan.

1914/ 23 de noviembre. Los norteamericanos desocupan la ciudad y el Puerto de Veracruz.

1915/ 22 de mayo. Conforme al recuerdo de Ramón Arnaud Rovira, primogénito del capitán Arnaud, en esa fecha mueren el comandante de la isla y el teniente Ángel Cordona, su segundo, al volcarse el lanchón en que salieron a pedir auxilio a un barco que atisbaron en la lejanía. En un oficio que la viuda del teniente Cardona dirigió a la Secretaría de Guerra en julio de 1940, reclamando una pensión, la fecha que se da para el fallecimiento es el 4 de mayo de 1915.



1916/ 5 de octubre. Conforme a las apreciaciones del general Francisco L. Urquizo, en esta fecha mueren el capitán Arnaud y el teniente Ángel Cardona. Para entonces quedaban en la isla 19 adultos y nueve niños.

1916/27 de diciembre. Se aprueba en el Congreso Constituyente que se celebra en Querétaro, a moción del diputado Julián Adame, de Zacatecas, la expresa inclusión de la isla de la Pasión en el artículo 43, relativo a las partes integrantes del territorio nacional.

1917/ 18 de julio. Arriba a la Isla el buque de guerra USS Yorktown al mando del capitán Harlam P. Perril, y rescata a los sobrevivientes de Clipperton, exclusivamente mujeres y niños, llevándolos a Salina Cruz.

1922/ 22 de octubre. Sube al poder en Italia Benito Mussolini.

1926/23 de septiembre. El Ministro Plenipotenciario de México en Italia, Carlos Puig Casauranc, solicita órdenes a la Secretaría de Relaciones Exteriores para expresar al árbitro Víctor Manuel III su deseo de ver terminado el litigio sometido a su arbitraje.

1928/ 31 de agosto. El subsecretario de Relaciones Exteriores, Genaro Estrada, solicita al secretario de Guerra y Marina que se envíe a la isla un pequeño destacamento y sea izada en ella la bandera nacional.

1928/ julio. Mussolini nombra a Dino Grandi ministro de Relaciones Exteriores de Italia.

1931/ 28 de enero. Fecha del Laudo arbitral del rey Víctor Manuel III que otorgó a Francia la soberanía sobre la isla de Clipperton.

1931/ 1° de septiembre. En su informe anual al Congreso el presidente Pascual Ortiz Rubio anuncia que “nombrará una Comisión de altos funcionarios y juriconsultos para formular el estudio correspondiente” acerca del laudo.

1931/ 20 de noviembre. El presidente Ortiz Rubio ordena a la Secretaría de Relaciones Exteriores que proceda a la designación de una Comisión honoraria que realice un estudio sobre el fallo dado por el rey de Italia.

1931/ 29 de diciembre. Se crea la comisión anterior, de la que forman parte Fernando González Roa, Eduardo Suárez, Manuel J. Sierra y Juan Manuel Álvarez del Castillo.

1932/ 14 de diciembre. Aprueban las Cámaras la iniciativa de reformas al artículo 42 de la Constitución para suprimir de las partes integrantes del territorio nacional la isla de la Pasión.

1932/ 16 de diciembre. Se aprueba en el Senado una proposición del senador Rubén Ortiz, de Chihuahua, para que el gobierno adquiera por compra la isla,



acomodándose al precio fijado por una tercera potencia escogida por Francia y México.

1933/10 de octubre. Se propone a discusión y votación en la Cámara de Diputados el proyecto de dictamen que reforma el artículo 42 de la Constitución, suprimiendo de su texto el nombre de la isla de la Pasión. Votan por la afirmativa 118 diputados y por negativa uno.

1933/ 22 de diciembre. Informa la Cámara de Diputados que la mayoría de las legislaturas de los Estados han aprobado la reforma al artículo 42 de la Constitución. **Se aprueba sin que nadie haga uso de la palabra.**

1934/ 10 de enero. Se publica en el Diario Oficial la reforma anterior.

1934/ 17 de julio. El presidente Franklin D. Roosevelt visita la isla durante un viaje de recreo.

1935/ 27 de enero. Después de un fallido intento realizado en diciembre anterior, el crucero francés Jeanne d' Arc toma posesión de la isla.

1938/ 21 de julio. El presidente Roosevelt, acompañado de numerosa comitiva a bordo del buque Houston, visita por segunda vez la isla.

1941/ 26 de mayo. La Confederación Nacional de Trabajadores (CGT) propone al presidente Manuel Ávila Camacho que, en vista de la ocupación de Francia por las tropas alemanas, la isla sea reincorporada al territorio nacional.

1941/ 29 de mayo. El secretario de Relaciones, Ezequiel Padilla, responde a la CGT desechando su propuesta, ya que conforme a la Carta de la Habana (julio de 1940), "solamente que se hiciese necesario salvaguardar con medidas de emergencia la paz del Continente", un comité internacional ad hoc asumiría la administración de los territorios coloniales.

1948/ 24 de marzo. Memorando sobre la conversación entre el embajador de Francia en México y el subsecretario de Relaciones Exteriores, Manuel Tello, acerca de la liquidación del régimen colonial en el mundo, sugiriendo éste que el gobierno francés, en un gesto de amistad para México, debería devolverle la isla de la Pasión, coincidiendo en lo mismo el embajador de Francia.

Del sucinto relato de los acontecimientos que hubieron en la Isla de la Pasión o Clipperton, podemos concluir que la perdimos por la falta de vigilancia, y por la lejanía que permitía que cualquier nación quisiese posesionarse de ella.

Desafortunadamente las consecuencias las empezamos ver actualmente.



PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA ISLA DE CLIPPERTON

La Soberanía de Francia sobre éste islote o atolón la está ejerciendo al declarar que tiene derechos de dominio sobre la zona económica exclusiva alrededor de la isla, mediante el decreto número 78-147 de fecha 3 de febrero de 1978, publicado en el Diario Oficial de la República Francesa el 11 de febrero de 1978, en aplicación de la Ley número 76-655 de 16 de julio de 1976,⁴² la cual considera las Zonas Económicas lejos de las Costas del Territorio de la República de Francia, el Decreto a la letra señala:

“Artículo 1.- *La zona económica definida en el Artículo 1 de la ley del 16 de julio de 1976, se extiende a lo largo de las costas de la Isla de Clipperton, desde el límite exterior de las aguas territoriales hasta las **188 millas náuticas más allá de dicho límite.**”*

Esta situación afecta directamente a México, que realiza la actividad de pesca atunera en un 30% de su producción desde hace aproximadamente 70 años en dicha área. Y en el año de 2005 surgió el primer problema reportado cuando Francia detuvo e impidió que un buque mexicano realizara actividades de pesca.

El buque denominado “*Arkos I Chiapas*” fue detenido por un buque de la Marina Francesa con argumento de que el buque mexicano se encontraba en aguas de jurisdicción francesa, según el artículo 56 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, punto 1 inciso a), que a la letra señala:

“1. En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tiene:

a) Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua de las corrientes y de los vientos.”

⁴² Ley No. 76-655. Fuente: Journal Officiel de la République Française, pp. 4291-4300. Decreto No. 77-130. Fuente: Journal Officiel de la République Française, pp. 864. http://books.google.com/books?id=yUjGy6pfo70C&pg=PR8&lpg=PR8&dq=decree+78-147+exclusive+zone&source=web&ots=filawNKJz6&sig=Odg-xpjHWaJBVccAdpVy-RtRSc&hl=es&sa=X&oi=book_result&resnum=3&ct=result#v=onepage&q=decree%2078-147%20exclusive%20zone&f=false. pp. 147, 154, 155.



Esto dio motivo para que la Comisión del Medio Ambiente en el actual periodo de gobierno, emitiera un punto de acuerdo por el que se exhorta al ejecutivo federal a que informe sobre el acuerdo que establece la libertad de pesca de atún por embarcaciones mexicanas en aguas marinas adyacentes al atolón de Clipperton, en el Océano Pacífico, el 13 de octubre de 2009.⁴³

Debe apuntarse que la definición jurídica de la Isla de Clipperton en términos de la CONVEMAR, es ambigua, ya que si bien Clipperton está constituida por un atolón coralino, hoy cerrado, no constituye estrictamente una roca, aunque posea una roca de poco más de 20 metros de alto.

Por otra parte, el concepto de inhabitada e inhabitable tampoco podría ser fácilmente invocado, ya que por años esta isla estuvo habitada por aquellos famosos mexicanos comandados por Don Ramón Arnaud, en 1905 y hasta 1916 en que el barco norteamericano "Yorktown" rescató a los sobrevivientes que habían quedado abandonados durante las guerras mundial y civil, en que fueron abandonados, y después de la trágica muerte de Arnaud, como ya se relató con anterioridad.

El conflicto dio lugar a que se llevaran a cabo una serie de negociaciones con el gobierno de Francia, para delimitar derechos sobre la zona en cuestión de acuerdo a las convenciones internacionales sobre derechos del mar, lo cual se plantea y explica en las Consideraciones del "Dictamen de la Comisión del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca", al punto de acuerdo por el que se exhorta al ejecutivo federal a que informe a esta soberanía sobre el acuerdo que establece la libertad de pesca de atún por embarcaciones mexicanas en aguas marinas adyacentes al atolón de Clipperton, en el Océano Pacífico.⁴⁴

El citado acuerdo, describe el complejo problema que surgió con las negociaciones que se tuvieron que llevar a cabo para deslindar derechos sobre la zona económica exclusiva, lo que a continuación se transcribe:

⁴³ Información localizada en: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2009-12-10-1/assets/documentos/dict_atun.pdf, consultada el día el 19 de marzo de 2010. Se anexa el Dictamen en la sección de Anexos.

⁴⁴ http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2009-12-10-1/assets/documentos/dict_atun.pdf Consultado el 19 de marzo de 2010.



“(...) Al margen de las negociaciones que se llevaron a cabo entre Francia y México, los permisos y derechos obtenidos por parte de Francia para la exclusividad de pesca en dichas aguas de alta mar serían violatorios de las disposiciones jurídicas establecidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), ya que, al imponer barreras a las embarcaciones mexicanas de pesca en los alrededores de la Isla de Clipperton, se ignoró el derecho que otorga el artículo 87 de la CONVEMAR a los Estados internacionales, el cual a la letra señala:

“1. La alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional. Comprenderá, entre otras; para los Estados ribereños y los Estados sin litoral:

“a) La libertad de navegación;

“b)-d).- (...)

“e) La libertad de pesca, con sujeción a las condiciones establecidas en la “sección 2;

“2. Estas libertades serán ejercidas por todos los Estados teniendo debidamente en cuenta los intereses de otros Estados en su ejercicio de la Libertad de la alta mar, así como los derechos previstos en esta Convención con respecto a las actividades en la zona.”

Asimismo el artículo 116 de la Convención que a la letra señala:

Todos los Estados tienen derecho a que sus nacionales se dediquen a la pesca en la alta mar con sujeción a:

“a) Sus obligaciones convencionales;

“b) Los derechos y deberes así como los intereses de los Estados ribereños que se estipulan, entre otras disposiciones, en el párrafo 2 del artículo 63 y en los artículos 64 a 67; y

Para efectos de los artículos anteriores, es relevante mencionar, que de acuerdo a la propia Convención, **alta mar** es todo aquello que constituye las partes del mar no



incluidas en la Zona Económica Exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico.

En este sentido, es importante señalar que el argumento central de los Senadores promoventes es que no se le puede prohibir a ninguna nación, y mucho menos a México la pesca que tradicionalmente ha venido haciendo, por años en los alrededores de esta isla que se encuentra en Alta Mar, y que se debería de considerar que Francia carece de todo derecho a tener una Zona Económica Exclusiva por ser el Atalón de Clipperton una zona inhabitable e inhabitada.

La propia CONVEMAR define la Zona Económica Exclusiva:

“Artículo 55.

“Régimen jurídico específico de la zona económica exclusiva. La zona económica exclusiva es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta Parte, de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes de esta Convención.

Ciertamente, la CONVEMAR ha dispuesto que las rocas inhabitadas e inhabitables y remotas no puedan generar derechos de Zona Económica Exclusiva.

Asimismo el artículo 116 de la Convención que a la letra señala:

Todos los Estados tienen derecho a que sus nacionales se dediquen a la pesca en la alta mar con sujeción a:

- a) Sus obligaciones convencionales;*
- b) Los derechos y deberes así como los intereses de los Estados ribereños que se estipulan, entre otras disposiciones, en el párrafo 2 del artículo 63 y en los artículos 64 a 67.*

Cabe mencionar que es necesario aplicar los instrumentos internacionales que rigen el derecho del mar, así como el derecho interno que rigen a los Estados soberanos para lograr acuerdos que beneficien a las partes en cuestión, en este caso México y Francia, habida cuenta de la importancia del atún para el desarrollo económico de nuestro país.



Como consecuencia de estas apreciaciones el 14 de junio del 2007, el Presidente Felipe Calderón anunció que debido a la satisfactoria negociación con Francia sobre la pesca de atún en la Isla de Clipperton, se lograría recuperar entre el 25% y el 30% del total de la captura de esta especie.

Y finalmente México y Francia concluyen negociaciones en materia de pesquera:

- Los titulares de la SRE y la SAGARPA anuncian la satisfactoria conclusión de las negociaciones con el Gobierno de Francia para permitir la pesca por embarcaciones mexicanas en las 200 millas marinas alrededor de la Isla de Clipperton.
- Se acordó también fortalecer la cooperación entre México y Francia en materia pesquera.

El 12 de Septiembre del 2007, mediante un informe de la Secretaría de Relaciones Exteriores a la Comisión de Marina del Senado de la República, se dieron a conocer los acuerdos que se lograron mediante dichas negociaciones, las cuales se describen a continuación:

- **Licencias gratuitas.** *Una de las principales preocupaciones expresada por los representantes del sector pesquero mexicano era que la solución a la que se llegara no tuviera una repercusión pecuniaria para el sector; en este sentido, el Gobierno de Francia se comprometió a otorgar licencias gratuitas de pesca a las embarcaciones de pabellón mexicano. En cumplimiento del acuerdo, **el Gobierno de Francia otorgó en 2007, cincuenta y ocho licencias a embarcaciones mexicanas.***
- **Aplicación exclusiva de las normas de la Comisión Interamericana del Atún Tropical (CIAT).** *Conforme a los acuerdos a los que se llegaron con Francia, la pesca por embarcaciones **mexicanas** en esta zona está sujeta de forma exclusiva a las normas de la CIAT, excluyendo de esta manera, la aplicación de la normatividad francesa.*
- **Compromiso de mantener permanentemente un acuerdo sujeto a las normas de la CIAT.** *Los acuerdos alcanzados con Francia incluyeron el compromiso de mantener permanentemente un acuerdo sujeto a las normas de la CIAT, lo que*



asegura la continuidad de las actividades de pesca de embarcaciones mexicanas en la zona en cuestión.

- **Por su parte la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), adquirió el compromiso de establecer un Programa de Investigaciones en materia de ciencias del mar y de pesca. El Programa, que se implementará a partir del 2008, incluirá entre cinco y veinte becas para que mexicanos realicen estudios de posgrado en Francia; así como estancias académicas de expertos franceses en instituciones mexicanas.**⁴⁵

Otra de las acciones que se han emprendido es el, "**PROGRAMA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA EN PESCA Y ACUACULTURA**", de octubre de 2009.⁴⁶

El 18 de marzo de 2010 nace la **Red Nacional de Información e Investigación en Pesca y Acuicultura**. Ante la necesidad de aprovechar ordenadamente los recursos marinos, se conformó la Red Nacional de Información e Investigación en Pesca y Acuicultura (RNIIPA), en la que participan centros de investigación, universidades y organizaciones especializadas en ciencias marinas.

Estos son algunos de los resultados de las negociaciones con el gobierno de Francia.

⁴⁵ Al respecto ya se publicita en la página de CONACYT:

El Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), en colaboración con la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA).

Convoca a:

Profesionistas mexicanos que deseen realizar estudios de doctorado en Francia, en materia de Ciencias del Mar y Pesca.

¿Para qué?

Participar en el proceso de selección para obtener una beca de conformidad con el Reglamento de Becas CONACYT.

Beneficios:

· Por parte de CONACYT: Manutención, de acuerdo con lo establecido en el tabulador oficial del CONACYT y en el Convenio de Asignación de Beca.

· Apoyo para el seguro médico, conforme al tabulador oficial del CONACYT. Por parte de SAGARPA :Pago de la inscripción y colegiatura.

Cierre de la convocatoria: 7 de Mayo 2010. Para mayor información: <http://www.conacyt.com.mx/>

⁴⁶ Ver programa en: <http://www.inapesca.gob.mx/RNIIPA/PNICTPA.pdf>, consultado el 20 de marzo de 2010.



PROPUESTAS LEGISLATIVAS PARA LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS SOBRE LAS ISLAS QUE COLINDAN A SUS FRONTERAS

El problema de las islas a nivel nacional es más profundo, y podría simplificarse de ser los Estados los que tuvieran bajo su tutela y resguardo a las Islas que se encuentren frente a su territorio y todo esto ha sido propuesto para una reforma constitucional que para los efectos nos parece interesante presentarla. Aunque no ha sido incluida o tomada en cuenta, pero que bien vale la pena conocerla y darle un lugar en el presente estudio.

La historia de la Isla de Clipperton, nos debiera dar pauta de prever que podrían sucederse historias semejantes. Por lo que la propuesta constitucional, a nuestro parecer podría establecer un control sobre las mismas.

Es comprensible entender que la Federación no quiera perder el control, pero si es la Secretaría de Gobernación en coordinación con otras Secretarías las que se están avocando a resolver en principio el problema de control y vigilancia de las Islas, sin embargo, esta vigilancia y tutela en razón de la distancia y lejanía no es total, e incluso el posible desarrollo de las islas o su explotación no es impulsada desde la federación, por lo que consideramos importante incluir una propuesta legislativa que pretende poner bajo la jurisdicción de los Estados aquellas islas que se encuentren a una distancia de 12 millas náuticas, misma que a continuación se transcribe parte de la exposición de motivos de la reforma del artículo 48 constitucional propuesta hacia el año de 2004 en donde se señala:

“(…)

“(…) en el Diario Oficial de la Federación del 17 de abril de 2001, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales dio a conocer el Programa de Manejo del Área de Protección de Flora y Fauna en Islas del Golfo de California. Pues bien, en dicho documento se señala de manera expresa lo siguiente:” En el Golfo de California existen alrededor de 900 islas, reconocidas mundialmente por su belleza, riqueza biológica y productividad de las aguas que las rodean. Unos renglones más abajo señala que el Área Natural Protegida incluye 898 islas, a lo que se agrega que éstas representan aproximadamente el 50% del territorio insular de México, lo que nos permite concluir que, nuestro país cuenta



con un total de alrededor de 1800 islas. Y pese al enorme recurso que significa nuestro territorio insular, para nadie es un secreto que la enorme mayoría de nuestras islas se encuentran en un estado de abandono.

“Es obvio que entre todas las islas de nuestro país, con variedad de superficies, de climas y de vegetación, hay muchas que se podrían incorporar al desarrollo nacional, o sea que algunas bien pueden aprovecharse con fines turísticos, otras para viviendas de uso vacacional y aún otras en la explotación de recursos naturales.

“Parecería ya inaplazable iniciar un esfuerzo decidido que nos lleve al aprovechamiento adecuado de nuestras islas y que éstas sean algo más que meros puntos de referencia en las cartas náuticas del país.

“Aunque quizás podrían señalarse varios factores que hayan entorpecido hasta ahora la propia utilización de las islas de México, una causa toral, sin lugar a dudas, ha sido su sometimiento, salvo escasas excepciones, a un régimen centralizado que priva a las entidades costeras de una debida participación en el manejo del territorio insular.

“Y es que nuestro código fundamental, en su artículo 48, señala que las islas dependerán directamente del Gobierno de la Federación, con excepción de aquéllas sobre las cuales hubiesen ejercido jurisdicción los estados desde antes de 1917.

“Dadas las características que por la época tenían todas las entidades costeras, como escasa población y exiguo desarrollo económico, a lo que deben agregarse rudimentarios medios de transporte y deficientes vías de comunicación, era lógico que aquéllas concentraran su atención en los asuntos de tierra firme y se desentendieran de las islas adyacentes a sus costas. Su limitada capacidad administrativa, por otra parte, sin duda también se convertía en obstáculo para ello. De ahí que propiamente sólo una entidad, Campeche, satisficiera el requisito de jurisdicción sobre territorio insular establecido en el artículo 48 de la Carta Magna, dado que la Isla del Carmen formó parte del territorio de la entidad desde que aquél se erigió en estado a mediados del siglo diecinueve, por lo que su jurisdicción sobre dicha isla no puede ponerse en tela de duda.

“Los estados, pues, prácticamente se vieron privados de toda jurisdicción en el territorio insular y casi todas las excepciones que se advierten en algunas leyes estatales contravienen la disposición Constitucional.

“Los tiempos actuales sugieren la conveniencia de plantear una reforma jurídica que permita la debida participación a las entidades costeras en el gobierno de las islas y se pueda modificar un régimen que actualmente las concentra, casi por completo, en el Gobierno de la Federación.



“Ahora los estados de la República presentan un panorama contrastante al de hace 87 años y los que cuentan con litoral bien pueden tener bajo su jurisdicción las islas que se encuentren hasta determinada distancia de la costa -que sugerimos sea 12 millas náuticas, o sea la extensión del mar territorial- independientemente de que la hubieran ejercido desde antes de 1917, como lo exige la disposición relativa de nuestro código fundamental.

“Por consiguiente, todas las islas que se encuentren, total o parcialmente, a una distancia de 12 millas náuticas de la costa, quedarían bajo jurisdicción de los estados cuyas costas se encuentren más próximas.

“Por lo que respecta a las demás islas, es decir, las que por razón de la distancia no queden bajo jurisdicción estatal, seguirían sometidos al régimen actual, es decir, continuarían dependiendo del Gobierno Federal y seguirían siendo administradas por la Secretaría de Gobernación.

“Una reforma al código fundamental en este aspecto, no sólo contribuiría a descentralizar la jurisdicción sobre las islas y darle la debida participación a los estados sobre el territorio insular adyacente a sus costas, sino también tendría como consecuencia legalizar algunas situaciones irregulares que actualmente se advierten en diversas leyes locales. Y es que muchas entidades incluyen a las islas en sus Constituciones locales u otras leyes, como parte del territorio del estado, en clara violación al artículo 48 Constitucional, dado que no ejercieron la jurisdicción que exige nuestro código fundamental.

“Sin embargo, lo que sí comprueban las disposiciones citadas de los diferentes estados es que existe la plena convicción de que todas esas islas debían estar bajo jurisdicción estatal. Y nada sería más lógico que quedaran legalmente bajo la jurisdicción de las respectivas entidades las islas de referencia, así como otras que también se encuentran cerca de sus costas y, en obvia contravención al código fundamental, se señalan como parte del territorio estatal en disposiciones locales.

“Con la reforma que se plantea, pues, no sólo se dotaría de recursos adicionales a los estados costeros, sino se daría legitimidad a una serie de situaciones de hecho que se han ido multiplicando al paso del tiempo.

“Es claro que en el nuevo régimen que se sugiere para el territorio insular se incluirían disposiciones que garanticen que en su administración prive un espíritu nacionalista acorde con los intereses del país y que se mantengan las medidas de conservación de aves migratorias y de otras especies que se han adoptado en algunas de ellas en años recientes.



“Debe, pues, pensarse en un mejor aprovechamiento de nuestro territorio insular que beneficie a los habitantes de la región y que no riña con las medidas de conservación adoptadas.

“Son muchas las necesidades que afronta el país que nos obligan a buscar medios adicionales que puedan estimular nuestro desarrollo.

“El proceso de modernización en marcha en México, demanda pues vertientes de acción que coadyuven a la utilización integral y racional de nuestros recursos. En la medida en que se manifieste una creciente y lógica responsabilidad entre el gobierno Federal y los gobiernos estatales, podrá avanzarse hacia el logro de este propósito. Los territorios insulares de México ofrecen una oportunidad invaluable para profundizar el cambio estructural, en aras del interés nacional y del bienestar de la población.

“Las islas mexicanas que, como ya señalábamos, debido a factores varios han permanecido en un olvido secular, deben ser recuperadas en plenitud al patrimonio nacional y al proceso de modernización que exige el México de hoy.

“Por lo demás, esta medida contribuiría a forjar un nuevo federalismo, ya que al quedar bajo la jurisdicción de las entidades ribereñas las islas adyacentes a sus costas, el gobierno Federal cedería unos espacios reales de acción a los estados, lo que se traduciría en el fortalecimiento del pacto federal, en vigorizar el proceso de descentralización en marcha, en aprovechar un recurso que significaría la creación de muchas fuentes de trabajo, lo que significaría mayor bienestar para un gran número de mexicanos y, en general, en el fortalecimiento de la economía nacional.

“Cabe agregar que en el Foro de Reflexión sobre el Derecho Insular, organizado por el diputado José Alberto Aguilar Iñárritu, que tuvo lugar en La Paz, Baja California Sur, el 26 de Agosto del presente año, la postura que aquí se recoge recibió el apoyo pleno de los asistentes a la reunión.

*“Por todo lo expuesto, sometemos a consideración del pleno de la Cámara de Diputados la siguiente **Iniciativa de decreto que reforma el artículo 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos.***

“Artículo Único. Se reforma el artículo 48 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos para quedar como sigue:

”Artículo 48.- y aquéllas que se encuentren frente a sus litorales hasta una distancia de 12 millas náuticas de la costa. En estos casos, los estados promoverán el adecuado aprovechamiento de las islas, de acuerdo con los lineamientos que establezca la Ley.”⁴⁷

⁴⁷ Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 1632-I, martes 23 de noviembre de 2004.



Consideramos que vale la pena tomar en consideración esta propuesta, en vista de que el territorio insular se encuentra en el mejor de los casos como zona protegida por su biodiversidad, pero que prácticamente en muchos casos están abandonadas, y pueden ser objeto de la avaricia, depredación, abuso e incluso el querer apropiarse de ellas.

Han sido denunciados varios casos, por lo que en el Senado de la República se presentó un punto de acuerdo por el senador Alfonso Sánchez Anaya, del PRD en el que *“se exhorta a la Secretaría de Gobernación a que con base en las facultades de administración sobre las Islas de Jurisdicción Federal, ejercite las acciones que correspondan por la oferta en venta de las islas Esmeralda, Platanitos, Cayo Venado, Cerralvo, Cayo Culebra, Manglar y Tlachichitle”*.

Asimismo, *“se solicita a la Secretaría de Relaciones Exteriores, informe si alguna persona física o moral extranjera ha solicitado licencia u autorización para adquirir el dominio de alguna isla del país, y en el supuesto de haberla concedido, exponga las razones y fundamentos que motivaron su otorgamiento”*.

Antecedentes:

El Senador hizo una relatoría de la oferta de islas y cayos, así como de la falta de atención sobre este tema. Recordó que el 20 de diciembre de 2006, el senador Sebastián Calderón Centeno presentó una proposición en la que entre otros puntos exhortó a la Secretaría de Relaciones Exteriores informara si alguna persona física o moral extranjera había solicitado licencia o autorización para adquirir el dominio de una isla del país, y en el supuesto de haberla concedido, expusiera las razones y fundamentos que motivaron su otorgamiento.⁴⁸

⁴⁸ Información localizada en: file:///H:/ISLAS/emite_senado_punto_de_acuerdo_para_investigar_venta_de_islas.html: El legislador perredista agregó que “desde esa fecha, el buffet jurídico Real State Land, y otras empresas en la Ciudad de México, siguen promocionando la venta de islas y cayos mexicanos.

Añadió que el 12 de noviembre de 2007, el periódico Milenio dio a conocer que tres islas mexicanas de Baja California Sur, Quintana Roo y Jalisco, eran promovidas comercialmente a particulares extranjeros por la empresa estadounidense Private Island.

Sánchez Anaya refirió que “En noviembre de 2008, varias islas siguen en el inventario de la página de Internet de privateislandsonline. Algunas de las islas en venta son: Isla Esmeralda, a 136 mil 500 dólares; Isla Platanitos, a 3 millones de dólares; Callo Venado, 1 millón 500 mil dólares; y la Isla Cerralvo, a 35 millones de dólares”.



En el punto de acuerdo también se solicita a la Secretaría de Energía que presente un informe en el que señale si existe alguna concesión o instalaciones petroleras en el Archipiélago que conforman las Islas Coronado. Además se pide a la Secretaría de Gobernación un informe sobre la administración de las islas de jurisdicción federal precisando bajo qué condiciones se concedió la posesión o dominio de las islas: San Miguel, Santa Rosa, Santa Cruz, Santa Bárbara, San Nicolás, Santa Catarina y San Clemente, a los Estados Unidos de Norteamérica.

Como podrá verse, el territorio insular se encuentra a pesar de todo desprotegido, y es en razón de las distancias, de la falta de recursos para controles estrictos, por lo que la propuesta de reforma constitucional al artículo 48 citada anteriormente, tiene cierta lógica.

Para concluir podemos señalar que de la investigación realizada, el territorio insular mexicano aún no se encuentra del todo determinado, por lo que son fácil presa de la ambición de quienes quieren comerciar o aprovecharse de la situación de abandono en que se encuentran las islas.

RECUPERACIÓN DE LA ISLA TIZIPAL QUINTANA ROO

Un caso que llegó a la Suprema Corte de Justicia es sobre la Isla Tizipal, Quintana Roo, en donde se pretendía adjudicarse por prescripción la propiedad de la misma. A continuación se transcribe parte de la resolución.

(...)

“Gastón Alegre López adquirió los derechos posesorios de la isla de Tizipal, Quintana Roo, mediante la cesión de los mismos. Acto jurídico inserto en la escritura pública correspondiente y, mediante juicio ordinario civil federal, declarados nulos.

“Al respecto, la Primera Sala consideró que de un examen histórico y gramatical del artículo 48 constitucional se desprende que éste siempre tuvo por objeto implantar el imperio de la Federación sobre el territorio insular nacional y excepcionalmente a los Estados. La excepción a la norma constitucional, resulta aplicable para las entidades federativas que antes de la entrada en vigor de la Constitución de mil novecientos diecisiete hubieren ejercido actos de jurisdic-



ción en islas pertenecientes a sus litorales. Sin embargo, consideró que la excepción puede ser aplicada en forma retroactiva, a fin de verificar el deseo de la Federación de dotar con ínsulas a ciertas entidades federativas, o en su caso, establecer una oportunidad para que los Estados ribereños puedan acreditar actos de jurisdicción sobre ínsulas de sus litorales.

“Por lo mismo, los ministros consideraron que aun concediendo la aplicación de retroactiva de la excepción de la norma, se desprende que Quintana Roo nunca tuvo facultades para ejercer actos de jurisdicción sobre la isla Tizikpal, Tizipal o Ziquipal, en virtud, de que del estudio histórico realizado, no se advirtió el deseo de la Federación de dotar a dicha entidad federativa de la ínsula señalada.

“Sin que obste a lo anterior, el hecho de que el artículo 46 de la Constitución del Estado de Quintana Roo establezca como parte de su territorio a las islas, islotes, cayos y arrecifes adyacentes a su litoral, pues estimaron que una Constitución local no puede contravenir las estipulaciones del pacto federal, que establecen a las islas, islotes, cayos y arrecifes bajo el imperio federal, porque pensarse lo contrario, sería aceptar que los legisladores locales tienen facultades para precisar las ínsulas, cayos y arrecifes, sobre las cuales tendrán jurisdicción las entidades federativas que representan, lo cual, sería un contrasentido de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Federal.

“Asimismo los Ministros, consideraron que la delimitación de territorio efectuada a Quintana Roo (Decreto de veinticuatro de noviembre de mil novecientos dos que modificó el artículo 43 Constitucional), se entiende referida estrictamente a terreno continental, es decir, que no abarca los zócalos submarinos de las islas, de los cayos, arrecifes y demás territorio comprendido expresamente a la federación, en términos del artículo 48 de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”⁴⁹

Las Islas de México son una parte importante del Patrimonio Nacional, por lo que debe entenderse este aspecto de forma urgente si no queremos ver perdida otra isla más. A pesar de la prohibición constitucional.

⁴⁹ <http://www.tribunalcampeche.gob.mx/descargas/scjn/ADR854-2009.pdf>, consultado el 1° de abril de 2010.



CONCLUSIONES:

1. El patrimonio del Estado está definido en la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 42 de la Constitución y comprende: El de las partes integrantes de la federación (o sea, las entidades federativas). El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes. El de las Islas Guadalupe y Revillagigedo. La Plataforma Continental y los zócalos submarinos de las islas, los cayos y los arrecifes. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional. Y, el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.
2. El Patrimonio Nacional comprende a todos los bienes de una nación que como lo pueden ser: bienes muebles e inmuebles, espacio territorial, espacial y marítimo, la herencia cultural que posee la biodiversidad en su territorio.
3. Significa y es, el legado de sitios y monumentos con valor universal que recibimos del pasado, que forma parte de nuestra historia de nuestra cultura. La titularidad del patrimonio supone también una serie de obligaciones: la defensa y la protección del mismo para su conservación y la transmisión a las siguientes generaciones.
4. La comprensión del territorio insular nos demuestra la extensión total del territorio nacional que incluye la plataforma continental, y la zona económica exclusiva. Territorio de gran riqueza tanto en biodiversidad como en recursos minerales e incluso hidrocarburos, aún inexplorados todavía.
5. Como referencia histórica, perdimos las islas Archipiélago del Norte, por no haberlas reclamado en tiempo, y haber firmado convenios en los que aceptamos no reclamar ningún territorio después de la firma del Tratado de paz de Guadalupe Hidalgo, el 2 de febrero de 1848.
6. La isla Clipperton se perdió por un laudo arbitral al que México se sometió para deliberar a quien correspondía la soberanía de isla, si a México o a Francia, en el que no se tomaron en cuenta los antecedentes históricos de que formaba parte del territorio de la Nueva España.



7. El arbitraje sobre la Isla Clipperton, marcó la pauta para que México no intentara someterse nuevamente al arbitrio internacional. Pues se evidenció la influencia de intereses ajenos al conflicto.
8. La Soberanía de Francia sobre la Isla de Clipperton, amplió su zona económica exclusiva que afectó una de las actividades pesqueras importantes de México, la del Atún y que sólo hasta que se firmó un Convenio recientemente, es por medio de éste instrumento que México puede acceder a esas aguas y pescar mediante licencia francesa.
9. Las Islas son patrimonio de dominio directo de la Nación, y esto se vio confirmado mediante resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la recuperación de la Isla Tizipal Quintana Roo.



BIBLIOGRAFÍA

CABADA HUERTA, Marineyla, Estudio del Centro de Estudios de Derecho e Investigación Parlamentarias de la Cámara de Diputados.

FERNÁNDEZ RUIS, Jorge, MÁRQUEZ GÓMEZ Daniel, "*Derecho Administrativo del Estado de Baja California*", Porrúa, México.

GONZÁLEZ Avelar, Miguel "*Clipperton Isla Mexicana*", Edit. Fondo de Cultura Económica, primera edición 1992, tercera reimpresión 2008, p.17.

"MÉTODOS DE DELIMITACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Info jus, Número 93, IJ; UNAM.

SÁNCHEZ Gómez, Narciso, "*Segundo Curso de Derecho Administrativo*", Porrúa, Segunda edición México 1988, RIVERA ARRIAGA Evelia, BORGES SOUZA Gladys CENTRO EPOMEX-UAC (Universidad Autónoma de Campeche. "*El gran ecosistema marino del Golfo de México, perspectivas para su manejo*".

JAINA, Boletín Informativo, Vol 16(1)

SCOVAZZI, Tullio, *La Linea de Base del Mare Territoriale* (Editor), Dott. A. Giuffrè Editore, 1986, p. 6., citado en el estudio MÉTODOS DE DELIMITACIÓN EN DERECHO DEL MAR Y EL PROBLEMA DE LAS ISLAS, .

DOCUMENTOS E INFORMES OFICIALES DEL GOBIERNO FEDERAL.

CATÁLOGO TERRITORIAL INSULAR encuentro nacional para la conservación y el desarrollo sustentable de las islas de México (23 a 26 de junio de 2009), llevado a cabo en Ensenada B.C. por la SEMAR, SEGOB e INEGI, SEMARNAT, 2000. PROGRAMA DE MANEJO ÁREA DE PROTECCIÓN DE FLORA Y FAUNA ISLAS DEL GOLFO DE CALIFORNIA.

SÁNCHEZ, P. J. A., B. Tershy y J. L. Aguilar. 2000. ACCIONES DE CONSERVACIÓN DE LAS ISLAS DE MÉXICO. "*GACETA ECOLÓGICA*" 56: 41-45.



DECLARACIÓN DE ENSENADA SOBRE LA CONSERVACIÓN Y EL DESARROLLO SUSTENTABLE DE LAS ISLAS DE MÉXICO ENSENADA, BAJA CALIFORNIA a 26 de junio del 2009 http://www.ine.gob.mx/descargas/coneco/declaracion_ensenada.pdf

CATÁLOGO TERRITORIAL INSULAR encuentro nacional para la conservación y el desarrollo sustentable de las islas de México (23 a 26 de junio de 2009), llevado a cabo en Ensenada B.C. por la SEMAR, SEGOB e INEGI.

SEMARNAT, 2000. PROGRAMA DE MANEJO ÁREA DE PROTECCIÓN DE FLORA Y FAUNA ISLAS DEL GOLFO DE CALIFORNIA SRA, 1983. DOCUMENTOS BÁSICOS QUE AMPARAN LA PROPIEDAD Y POSESIÓN DE LA TIERRA. POBLADO ALFREDO VLADIMIR BONFIL, MUNICIPIO LA PAZ, BAJA CALIFORNIA SUR. Acción, Nuevo Centro de Población: Diario Oficial de la Federación 05 de octubre de 1976. Resolución presidencial sobre la creación de un Nuevo Centro de Población Ejidal, que se denominará Alfredo Vladimir Bonfil, ubicado en el Municipio de La Paz; Actas de Posesión, Deslinde y Amojonamiento Definitivos Total de los Terrenos Conocidos por Concepto de Nuevo Centro de Población Ejidal al Núcleo Denominado Alfredo Vladimir Bonfil. 05 de octubre de 1976.

TRATADOS Y CONVENIOS

DECRETO Promulgatorio del TRATADO ENTRE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EN LA REGIÓN OCCIDENTAL DEL GOLFO DE MÉXICO MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS NÁUTICAS, firmado en la ciudad de Washington, D.C., el nueve de junio de dos mil.

ONU/CONVENCIÓN SOBRE EL DERECHO DEL MAR, MONTEGO BAY, 10 de diciembre de 1982, localizado en: <http://www.biotech.bioetica.org/d36.htm>, consultado el 12 de marzo de 2010.



TRATADO SOBRE LÍMITES MARÍTIMOS ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA
http://www.semarnat.gob.mx/presenciainternacional/fronteranorte/Documents/Marco%20Legal/005_Mex-EUA_Tratado_sobre_L%C3%ADmites_Mar%C3%ADtimos%201978.pdf

TRATADO ENTRE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EN LA REGIÓN OCCIDENTAL DEL GOLFO DE MÉXICO MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS NAÚTICAS. http://www.senado.gob.mx/comisiones/LX/energia/content/doc_consulta/yacimientos.pdf

TRATADO SOBRE DISTRIBUCIÓN DE AGUAS INTERNACIONALES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.
<http://mexico.usembassy.gov/bbf/bfsboundwater.pdf>,

TRATADO SOBRE DISTRIBUCIÓN DE AGUAS INTERNACIONALES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

MAPAS

MAPAS E IMÁGENES DEL INEGI, localizadas en: <http://cuentame.inegi.gob.mx/Territorio/extension/default.aspx?tema=T>,

MAPA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO, según lo organizado y definido por las varias actas del congreso de dicha república, y construido por las mejores autoridades: edición revisada que publicó en Nueva York en 1847, J. Disturnell". (utilizado para el Tratado de Guadalupe Hidalgo)

MAPA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO, según lo organizado y definido por las varias actas del congreso de dicha república, y construido por las mejores autoridades: edición revisada que publicó en Nueva York en 1847, J. Disturnell, (utilizado para el Tratado de Guadalupe Hidalgo).



LEYES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

COLECCIÓN DE CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Régimen Constitucional de 1824, Facsímil de edición de Mariano Galván Rivera de 1828, H. Cámara de Diputados LIX LEGISLATURA., I TOMO, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE BAJA CALIFORNIA Publicada en el Periódico Oficial No. 23, de fecha 16 de Agosto de 1953, Tomo LXVI.

LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE CALIFORNIA EU, señala: STATE OF CALIFORNIA SEC. 1 CALIFORNIA CONSTITUTION LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES. (DOF 20 de mayo de 2004)

LA LEY FEDERAL DEL MAR de 8 de enero de 1986.
LEY DE INFORMACIÓN ESTADÍSTICA Y GEOGRÁFICA Diario Oficial de la Federación, 30 de diciembre de 1980.

DECRETO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA ZONA DE RESERVA Y REFUGIO DE AVES MIGRATORIAS Y DE LA FAUNA SILVESTRE EN LAS ISLAS QUE SE RELACIONAN SITUADAS EN EL GOLFO DE CALIFORNIA. Diario Oficial de la Federación, 2 de agosto de 1978.

LEY NO. 76-655. FUENTE: JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANCAISE, PP. 4291-4300. DECRETO NO. 77-130. FUENTE: JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANCAISE.

ENCICLOPEDIAS

ENCICLOPEDIA DEL ILCE"
<http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/html/ciencias.html>,



DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA <http://buscon.rae.es/drae/>.

ORGÁNOS DE DIFUSIÓN LEGISLATIVOS

GACETA DEL SENADO, del miércoles 27 de agosto de 2008, GACETA PARLAMENTARIA, CÁMARA DE DIPUTADOS, número 1632-I, martes 23 de noviembre de 2004.

CIBERGRAFÍA

Información Oficial del Gobierno Mexicano http://www.presidencia.gob.mx/mexico/file:///H:/ISLAS/emite_senado_punto_de_acuerdo_para_investigar_venta_de_islas.html: WORLD CONSERVATION MONITORING CENTER / Groombridge, B. 1992. *Global biodiversity: status of the earth's living resources*. Chapman and Hall. London. Incluida en el reporte que hace el Instituto Nacional de Ecología sobre las Islas de México, consultado en: <http://www.ine.gob.mx/con-eco-ch/384-hc-islas>, el día 9 de marzo de 2010.

Diamond, J. M., 1989. Overview of recent extinctions. En: D. Western and M. C. Pearl (eds.), *Conservation for the Twenty-first Century*. Oxford University Press, pp. 37-41, New York. Consultado en: <http://www.ine.gob.mx/con-eco-ch/384-hc-islas>, el día 9 de marzo de 2010.

LAUDO ARBITRAL

AHD. Original del laudo y su traducción al español, L.E, 1758, ff 86 a 97.

***VER ANEXO**



“REGULACIÓN JURÍDICA DEL ESPECTRO
RADIOELÉCTRICO EN MÉXICO”
ANÁLISIS DE LA DEROGADA LEY TELEVISIVA

*Maestro Miguel Ángel Pérez Martínez
Maestro Fernando Pardo Hernández
Lic. Guadalupe del Consuelo Zurita Mezquita*

ABSTRACT: Nunca como ahora el espacio radioeléctrico se ha convertido en motivo de intensas disputas no solamente porque la televisión abierta sigue teniendo un enorme valor comercial, cultural y político en todo el mundo. Además, el futuro de las nuevas formas de comunicación que se desenvuelven en y en torno a Internet y a la telefonía celular, se sustenta en la irradiación de señales de manera inalámbrica, precisamente en frecuencias del espectro radioeléctrico. Por ello, La nueva legislación y las políticas del Estado respecto de las telecomunicaciones, requieren una utilización eficiente y amplia de las diferentes bandas de frecuencia que han sido objeto de controvertidas licitaciones.

CAPÍTULO I: LA DIMENSIÓN JURÍDICA DEL ESPACIO. 1.1 CARÁCTER DEL ESPACIO JURÍDICO VERTICAL, 1.2 ESPACIO AÉREO, 1.2.1 DERECHO ESPACIAL Y DERECHO AÉREO, 1.2.2 CONCEPTOS Y TEORÍAS, TEORÍA DE LA LIBERTAD ABSOLUTA, TEORÍA DE LA SOBERANÍA ABSOLUTA, TEORÍA DE LA SOBERANÍA LIMITADA, TEORÍA DE LAS ZONAS, CONCEPTOS. 1.3 LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL ESPACIO AÉREO, 1.4 ANTECEDENTES DEL DERECHO AÉREO.
CAPÍTULO II: ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, 2.1 MARCO LEGAL, 2.2 LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES, 2.3 LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES.
CAPÍTULO IV: LA LEY TELEVISIVA (CASO PRÁCTICO), 3.1 Licitación del espectro radioeléctrico en 2004, 3.2 Transacción entre Telcel y Unefon sobre los 8.4 Mhz.
V. CONCLUSIONES. VI. FUENTES DE CONSULTA.



CAPÍTULO I

LA DIMENSIÓN JURÍDICA DEL ESPACIO

El término espacio sugiere, comúnmente, la noción de espacio exterior o espacio cósmico. Sin embargo, el concepto de espacio tiene un contenido mucho más amplio y complejo. En el campo jurídico, el concepto de espacio representa no solo la proyección vertical del estado, sino también los otros ámbitos de su extensión tridimensional, la superficie propiamente dicha y el subsuelo correspondiente.

Dentro de este espacio triple coexisten, jurídicamente, dos órdenes normativos bien diferenciados: el derecho interno, privativo de cada estado, y el Derecho internacional, que regula las relaciones de los Estados, así como las áreas situadas más allá de las jurisdicciones domésticas. Esta diferenciación ha dado origen, recientemente a la denominada teoría de los espacios internacionales, según la cual los límites de los espacios nacionales señalan, los límites de los espacios internacionales.

Desde el punto de vista jurídico, el concepto espacio comprende una idea esencial: es el ámbito donde se aplica el orden normativo. Este ámbito o extensión está a su vez, vinculado a la idea del Estado, unidad política que ejerce actualmente la máxima expresión jurídica. Históricamente, las fronteras del espacio jurídico se amplían conforme avanza y se complica el proceso de estructuración social.¹

En el proceso histórico de estructuración política se ve con claridad que los espacios primitivos carecen de un orden jurídico *strictu sensu*.

El Estado moderno emerge de una etapa de su historia en la que tiene que enfrentar, no ya el problema de su supervivencia, sino, más bien, el de la competencia externa frente a otras órdenes de poder del mismo rango jurídico. Heller afirma categóricamente que la soberanía no sólo se opone a la existencia del espacio u orden jurídico internacional, sino que es presupuesto necesario del Derecho Internacional.

¹ MARCHAN, Jaime. *Derecho internacional del espacio. Teoría y política*. Civitas. Madrid, 1990, p. 50.



La noción de la soberanía limitada no es reciente. Su origen se encuentra en Bodino, quien habla de una soberanía sujeta a, por lo menos, dos restricciones esenciales: el derecho natural y los compromisos contractuales adquiridos con la comunidad internacional.

La soberanía así concebida y limitada jurídicamente, es el aporte del Estado contemporáneo a las ciencias políticas. El Estado mediante esta acomodación jurídica, ha salido triunfante del peligro de la competencia externa frente a otras entidades soberanas y frente al Derecho Internacional. El concepto de soberanía sobrevive porque su esencia formal ha permanecido inalterable pese a todos los cambios de terminología y restricciones a que ha estado sujeta.

1.1 CARÁCTER DEL ESPACIO JURÍDICO VERTICAL

La distinción entre espacio terrestre y espacio aéreo, así como el carácter unitario de ambos como componentes del Estado, permite adelantar algunas ideas sobre el espacio jurídico vertical.

El espacio vertical -indistintamente de su división en aéreo y exterior- es uno de los elementos esenciales para la existencia del Estado tridimensional. Sólo la geometría abstracta concibe la existencia de planos bidimensionales. Así, el Estado primitivo de fronteras territoriales se ha ido al espacio tridimensional, que abarca no solo la tierra firme, sino también su mar adyacente hasta 200 millas y el espacio aéreo suprayacente, cuyos límites precisos no han sido aún establecidos.

1.2 ESPACIO AÉREO

En términos generales, espacio aéreo es el ámbito suprayacente sobre el plano terrestre, hasta el límite exterior con la atmósfera, frontera del espacio exterior. Esta primera definición establece una diferencia importante entre espacio aéreo y espacio cósmico o ultra atmosférico.²

² MARCHAN, Jaime. *Derecho internacional del espacio. Teoría y política*. Civitas. Madrid, 1990, p. 71.



Hoy en día ha quedado establecido que el espacio aéreo tiene un ámbito jurídico propio de la misma manera que el término espacio exterior adquiere a partir del Tratado de 1967 una extensión separada.

El espacio aéreo soberano de los estados no podrá ir, dicen más allá del ámbito establecido en la Convención de París y ratificado después en la Convención de Chicago, puesto que cuando estos instrumentos fueron concertados el hombre no había concebido otro tipo de artefactos de vuelo, ni tuvo la intención de regular zonas del espacio situadas más allá de aquellas utilizadas por las aeronaves descritas en los anexos de las referidas convenciones internacionales.³

1.2.1 DERECHO ESPACIAL Y DERECHO AÉREO

El uso de la denominación Derecho del Espacio es utilizada por juristas anglosajones y norteamericanos en sus trabajos hechos en el año de 1956 en Washington, D.C., entre los que están John Cooper y Andrew G. Haley, D.C., denominados “Legal Problems of Upper Space” y “Basic Concepts of Space Law”, respectivamente.

El Derecho del Espacio, se refiere únicamente al conjunto de normas que regulan la utilización del aire o del éter en todo caso.

El Derecho espacial,⁴ comprende el conjunto de normas relativas a la regulación del espacio; de las actividades del hombre en el espacio, etc., por lo que en términos generales, no sería aplicable a los cuerpos celestes, a los recursos naturales existentes en estos, a las estaciones orbitales, a los satélites artificiales; a las relaciones con los humanos que se establezcan definitivamente fuera del Planeta Tierra; menos aún a las relaciones con otras formas de vida extra terrestre que posiblemente existan de ser aptas para ello.

El término Derecho Espacial, es demasiado vago, ya que se puede referir a cualquier extensión tridimensional o cuadrimensional, según el concepto introducido por EINSTEIN.

³ MARCHAN, Jaime, *Derecho internacional del espacio, Teoría y política*. Civitas, Madrid, 1990, p. 95.

⁴ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, José Luis. *Derecho Espacial*. 2da edición. Porrúa. Universidad Autónoma de México, pp. 34 y 175.



De acuerdo a GAL, el Derecho Espacial, es el cuerpo de normas jurídicas que gobierna las relaciones internacionales y de Derecho Internacional, que derivan de la exploración y utilización del espacio exterior y los cuerpos celestes; así como el impacto de tales actividades sobre los derechos de las personas individuales.

El Derecho Aéreo y el Derecho Espacial se tratan de dos disciplinas jurídicas distintas.

El Derecho Aéreo o Aeronáutico, es el conjunto de normas establecidas por el Estado, para regular la navegación por el aire; o el conjunto de normas y principios que rigen la navegación aérea y las relaciones jurídicas que nacen de la misma.

Para Konrad W. Jurisch considera el “Derecho Aéreo como la rama del Derecho General, constituido por las normas que en conjunto concluyen a regular el tránsito aéreo y las actividades terrestres, que tienen por punto de mira también aquél”.

La definición de Luis Tapia Salinas del Derecho Aéreo,⁵ es el conjunto de normas que se refieren a la navegación aérea y problemas con ella relacionados.

Por su parte, la Definición de Álvaro Bauza Araujo, es que el Derecho Espacial, “es la rama del Derecho que estudia la calificación y regulación jurídica de todos los factores que intervienen en la actividad astronáutica (ambiente o espacio astronáutico, vehículo o astronave y personal especializado o gente del espacio extra atmosférico), así como todas las relaciones del Derecho, públicas o privadas, nacionales o internacionales que surgen como consecuencia de la mencionada actividad”.

El término **radiodifusión**⁶ no está definido, salvo como servicio, que a saber significa “servicio de radio comunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general; abarcando dicho servicio, emisiones sonoras, de televisión o de otro género”; según lo ha establecido expresamente la Unión Internacional de Telecomunicaciones (U.I.T.), internacionalmente hablando, así como el Reglamento de Telecomunicaciones y Ley Federal de Telecomunicaciones vigentes en nuestro país.

⁵ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, José Luis. *Derecho Espacial*. 2da edición. Porrúa. Universidad Autónoma de México, p. 177.

⁶ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, José Luis. *Derecho Espacial*. 2da edición. Porrúa. Universidad Autónoma de México, p. 181.



Al Derecho Aéreo, no se le puede concebir sin la Meteorología, la Radio, las Telecomunicaciones, etc., que jurídicamente hablando, podrían llegar a la creación y establecimiento de normas fundamentales aptas para la creación de un Derecho.

El Derecho Espacial está relacionado con la Meteorología, la Radio, las Telecomunicaciones, etc.

Las normas relativas a las **telecomunicaciones**, que es otro de los medios indispensables, forman parte del Derecho Espacial; sin el cual no se podrían obtener los informes necesarios para la seguridad y regularidad en la navegación aérea y marítima; así como el lanzamiento de objetos espaciales para la protección de la vida humana sobre todo; así como para la protección de la propiedad pública y privada.

Respecto a las normas de la **radiodifusión** y su regulación, lo mismo sucede, que es otro de los medios vitales de comunicación en todos los aspectos y por ende de la navegación aérea y espacial.

El derecho espacial no es parte del derecho aéreo, por el contrario se trata de un derecho nuevo, autónomo e independiente, con contenido y naturaleza jurídica propios.

El **Espacio aéreo** es el que se encuentra a partir de la superficie terrestre, hasta donde termina la atmósfera; por espacio ultraterrestre, el que se encuentra más allá de la atmósfera hasta el infinito.

Por lo que toca a la soberanía de los Estados sobre el espacio aéreo que cubre su territorio, ésta se encuentra debidamente regulada en la legislación doméstica de todos los Estados y ha sido también consagrada internacionalmente, según consta en los diversos convenios internacionales en materia aeronáutica, empezando por la Convención de París de 1919, la Convención de Varsovia de 1929, la Convención de Chicago de 1944 y últimamente, el Convenio de Montreal de 1999.

De acuerdo al Diccionario Enciclopédico ESPASA, espacio es cada una de las partes que componen los programas de radio y televisión.



El espacio aéreo es aquel en el que se desarrolla la circulación de aviones comerciales o militares en cada país, forma parte de su soberanía y está regulado por convenios internacionales; comprende desde la superficie de la tierra o el mar, si se habla de aguas territoriales, hasta donde termina la atmósfera, en términos generales.

De conformidad con las convenciones internacionales, la soberanía de un Estado sobre su espacio aéreo, tenía como límites en términos generales, la propia atmósfera.

1.2.2 CONCEPTOS Y TEORÍAS

TEORÍA DE LA LIBERTAD ABSOLUTA

Una de las principales teorías sobre el espacio aéreo fue la de la libertad del aire o libertad absoluta sostenida por Paul Fauchille, consiste en la inapropiabilidad del aire, la cual parte del Derecho Romano, que estableció el principio consistente en que el aire es una “res communis”, es decir, el aire por naturaleza pertenece a todos, por lo que puede ser usado y disfrutado por todos, sin que además sea susceptible de posesión. El aire es libre, los Estados no tienen sobre él en tiempo de paz, otros derechos que los necesarios.

TEORÍA DE LA SOBERANÍA ABSOLUTA

La teoría relativa al espacio aéreo se encuentra establecida en la Convención de París de 1919, en la cual se estipuló el derecho de paso inocente de las naves aéreas de los otros Estados contratantes; aun cuando en la práctica, algunos Estados requieren de un consentimiento expreso previo, para hacer uso del mencionado paso inocente de aeronaves extranjeras.

TEORÍA DE LA SOBERANÍA LIMITADA

La teoría limitada del espacio aéreo consiste en una teoría intermedia, entre la teoría de la libertad absoluta y la soberanía absoluta, por lo que reafirma la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo, que se encuentra encima de su territorio, pero que se limita mediante el reconocimiento del paso inocente de aeronaves en tiempos de paz.



La teoría de la soberanía limitada, es la que concuerda con lo establecido en las convenciones interraciales, en las cuales se reconoce la soberanía exclusiva del Estado sobre su espacio aéreo, permitiendo a la vez, el paso inocente de aeronaves civiles de los demás Estados contratantes, en tiempos de paz.

TEORÍA DE LAS ZONAS

La teoría de las zonas inspirada en el Derecho Marítimo, divide al espacio en zonas supuestas con caracteres jurídicos diferentes entre sí, correspondiendo a la primera zona, la relativa a la que sigue a la superficie terrestre y por lo tanto, sometida a la soberanía del Estado correspondiente; la siguiente zona, correspondería a una altura determinada sobre la primera, que es la que se podría llamar zona libre, aplicada al espacio aéreo; se habla de una zona intermedia denominada "contigua".

Para autores como Eugene Pepin, que rechaza la llamada zona contigua, pues considera que existen dos zonas: la primera, que dice corresponde al espacio aéreo, que es la que se encuentra encima del territorio de los estados; y sobre la cual en consecuencia, pueden ejercer éstos su soberanía nacional; y la segunda zona, bajo el régimen de libertad absoluta, relativa a la zona que está por encima de la primera, misma que corresponde al espacio supra atmosférico.

CONCEPTOS

La **telecomunicación** es toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radio, electricidad, medios ópticos y otros sistemas electromagnéticos.

La **radio** es el término general que se aplica al empleo de las ondas radio eléctricas.

La **radiocomunicación** es toda telecomunicación transmitida por medio de las ondas radio eléctricas.

1.3 LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL ESPACIO AÉREO

Los orígenes de la doctrina de la soberanía sobre el espacio aéreo son remotos. Recientes estudios críticos sobre la cuestión establecen los Estados sobre, desde los



tiempos romanos, han creado, reconocido, regulado y protegido ciertos derechos privados exclusivos del dueño del fondo sobre el espacio aéreo utilizable.

En tales circunstancias Aguirre señala: *“se está privando al Estado de la rectoría para planear una eficiente y eficaz administración del espectro radioeléctrico a corto, mediano y largo plazo, al permitirse que, a pesar de constituir un bien del dominio público escaso, su uso sea determinado mediante las peticiones formuladas por los concesionarios”*.

En tales circunstancias la doctrina ha señalado que además del negocio original de radiodifusión, tendrán hasta el 65% del espectro para utilizarlo en otros servicios de telecomunicaciones gracias a los avances tecnológicos, a la decisión del poder ejecutivo y a la actuación del Legislador que acorazó el acuerdo y lo llevó a nivel legal a través del artículo 28 constitucional, que parte de la posibilidad de que los concesionarios de radiodifusión utilicen el espectro radioeléctrico sobrante para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones. Esta decisión es contraria a la Constitución Federal. ¿Hasta qué punto es válido que en una nación pluricultural, el Legislador decida que es preferible ver televisión con mejor calidad.

La dualidad del Derecho romano formula luego las siguientes observaciones sobre la evolución histórica de este controvertido texto romano, la dualidad de este derecho que reconoce derechos privados por una parte, y declara los derechos del estado en el espacio no ocupado, por otra, es pues, evidente.

En la época moderna, los antecedentes doctrinales sobre el status jurídico del espacio aéreo se encuentran en el Derecho privado. Las referencias al Derecho público sugieren en un principio, únicamente para discernir los derechos del estado en relación con el ejercicio y protección de los derechos individuales.

Terminada la primera guerra mundial, las potencias victoriosas y los Estados neutrales se interesaron en concentrar un acuerdo que regulará el tráfico aéreo entre sus territorios. Al efecto, encomendaron a una comisión aeronáutica interaliada, establecida en la conferencia de Paz de París, la separación de un proyecto de código de navegación aéreo.



Los Estados Unidos nunca han reconocido limitaciones en la proyección de su soberanía vertical. El Gobierno norteamericano ha declarado, mas de una vez, que, aún cuando los acuerdos internacionales, reconocen soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo.

Para determinar de un modo más preciso la naturaleza jurídica del paso inocente, algunos autores prefieren hablar de servidumbres sobre el espacio aéreo. Las opiniones están divididas, sin embargo, en cuanto a la naturaleza jurídica de esta servidumbre. Mientras ciertos tratadistas reconocen las servidumbres naturales, otros sólo aceptan las servidumbres contractuales.

1.4 ANTECEDENTES DEL DERECHO AÉREO

Los antecedentes del Derecho aéreo son muy anteriores a las Convenciones Internacionales de París (1910) y de Chicago (1944). El primer tratado de derecho aéreo esta contenido en el trabajo *De jure principis aereo*, presentado en octubre de 1689, por Jean Etienne Dank, aspirante al grado de doctor en Derecho en la Universidad de FRANCKFURT. Sin embargo, no fue sino en 1902 que el profesor Ernest Nys, de La Universidad de Bruselas bautizó con el nombre de *droit aérien* la nueva rama del derecho que emergía de las primeras experiencias del hombre en el espacio vertical.

A comienzos de la época moderna, los juristas trataron de encontrar un régimen jurídico aplicable al espacio aéreo. En el campo del Derecho privado sugirieron la *doctrina ad siderum* la doctrina de la facultad legal, la doctrina del espacio limitada al interés del propietario. En el campo del derecho público, en cambio, se originaron las siguientes doctrinas: doctrina de la soberanía absoluta, doctrina del abuso del derecho, doctrina de la libertad del aire y doctrina de la libertad limitada del espacio.

Un estudio sistemático del Derecho Internacional del espacio impone algunas consideraciones previas sobre la validez científica de la disciplina misma de la cual el espacio exterior, o mejor dicho de las actividades humanas dentro de él, son la materia fundamental de su examen. No se puede ignorar, así mismo dadas las características peculiares del medio físico donde se desenvuelve, el Derecho internacional del espacio es un derecho de características propias.



Esta tesis no se basa en consideraciones sobre la delimitación física del espacio aéreo exterior. No considera al espacio como objeto susceptible de ser dividido y limitado en zonas fijas y concretas. Su punto de partida consiste, más bien, en tratar al espacio vertical según la naturaleza de las actividades que realizan en el ámbito de los Estados o las personas sujetas a su jurisdicción y soberanía.

CAPÍTULO II

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

Se define como el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencias se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz.

2.1 MARCO LEGAL

El marco legal que regula el sector, deriva de las siguientes disposiciones constitucionales:

“ARTÍCULO 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

“El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

“Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

“El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.



“Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

“Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

“(…)

“La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.”

“**ARTÍCULO 27.** (...) Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales (...)

“(Párrafo cuarto)

“(…) Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; **y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.** (...)”

“**ARTÍCULO 28.** (...)”

“No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. **La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional**



en los términos del artículo 25 de esta Constitución; El Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

“El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

“El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

“La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley. (...)”

“ARTÍCULO 42. El territorio nacional comprende:

“I.- El de las partes integrantes de la Federación;

“II.- El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;

“III.- El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;

“IV.- La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;

“V.- Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;

“VI.- El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.”

“ARTÍCULO 48. Las islas, los cayos y arrecifes de los mares adyacentes que pertenezcan al territorio nacional, la plataforma continental, los zócalos submarinos de las islas, de los cayos y arrecifes, los mares territoriales, las aguas marítimas interiores y el espacio situado sobre el territorio nacional, dependerán directamente del Gobierno de la Federación, con excepción de aquellas islas sobre las que hasta la fecha hayan ejercido jurisdicción los Estados.”



2.2 LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES

“ARTÍCULO 3. Son bienes nacionales:

“I.- Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

“II.- Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley;

“(…)”

“ARTÍCULO 6. Están sujetos al régimen de dominio público de la Federación:

“I.- Los bienes señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

“II.- Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley;

“(…)”

“ARTÍCULO 7. Son bienes de uso común:

“I.- El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional;

“(…)”

“ARTÍCULO 8. Todos los habitantes de la República pueden usar los bienes de uso común, sin más restricciones que las establecidas por las leyes y reglamentos administrativos.

“Para aprovechamientos especiales sobre los bienes de uso común, se requiere concesión, autorización o permiso otorgados con las condiciones y requisitos que establezcan las leyes.”

“ARTÍCULO 13. Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros.”



2.3 LEY FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

Capítulo I

Disposiciones generales

“**ARTÍCULO 1.** La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, de las redes de telecomunicaciones, y de la comunicación vía satélite.”

“**ARTÍCULO 2.** Corresponde al Estado la rectoría en materia de telecomunicaciones, a cuyo efecto protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación.

“En todo momento el Estado mantendrá el dominio sobre el espectro radioeléctrico y las posiciones orbitales asignadas al país.”

“**ARTÍCULO 3.** Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

“**I.** Banda de frecuencias: porción del espectro radioeléctrico que contiene un conjunto de frecuencias determinadas;

“**II.** Espectro radioeléctrico: el espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencias se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz;

“**IV.** Frecuencia: número de ciclos que por segundo efectúa una onda del espectro radioeléctrico;

“**V.** Homologación: acto por el cual la Secretaría reconoce oficialmente que las especificaciones de un producto destinado a telecomunicaciones satisfacen las normas y requisitos establecidos, por lo que puede ser conectado a una red pública de telecomunicaciones, o hacer uso del espectro radioeléctrico;

“**VI.** Órbita satelital: trayectoria que recorre un satélite al girar alrededor de la tierra;

“**VII.** Posiciones orbitales geoestacionarias: ubicaciones en una órbita circular sobre el Ecuador que permiten que un satélite gire a la misma velocidad de rotación de la tierra, permitiendo que el satélite mantenga en forma permanente la misma latitud y longitud;

“**VIII.** Red de telecomunicaciones: sistema integrado por medios de transmisión, tales como canales o circuitos que utilicen bandas de frecuencias del espectro



radioeléctrico, enlaces satelitales, cableados, redes de transmisión eléctrica o cualquier otro medio de transmisión, así como, en su caso, centrales, dispositivos de conmutación o cualquier equipo necesario;

“IX. Red privada de telecomunicaciones: la red de telecomunicaciones destinada a satisfacer necesidades específicas de servicios de telecomunicaciones de determinadas personas que no impliquen explotación comercial de servicios o capacidad de dicha red;

“X. Red pública de telecomunicaciones: la red de telecomunicaciones a través de la cual se explotan comercialmente servicios de telecomunicaciones. La red no comprende los equipos terminales de telecomunicaciones de los usuarios ni las redes de telecomunicaciones que se encuentren más allá del punto de conexión terminal;

“XI. Secretaría: la Secretaría de Comunicaciones y Transportes;

“XII. Servicios de valor agregado: los que emplean una red pública de telecomunicaciones y que tienen efecto en el formato, contenido, código, protocolo, almacenaje o aspectos similares de la información transmitida por algún usuario y que comercializan a los usuarios información adicional, diferente o reestructurada, o que implican interacción del usuario con información almacenada;

“XIII. Sistema de comunicación vía satélite: el que permite el envío de señales de microondas a través de una estación transmisora a un satélite que las recibe, amplifica y envía de regreso a la Tierra para ser captadas por estación receptora, y

“XIV. Telecomunicaciones: toda emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza que se efectúa a través de hilos, radioelectricidad, medios ópticos, físicos, u otros sistemas electromagnéticos.

“XV. Servicio de radiodifusión: servicio de telecomunicaciones definido por el artículo 2 de la Ley Federal de Radio y Televisión, y *Fracción adicionada DOF 11-04-2006*

“XVI. Servicio de radio y televisión: el servicio de audio o de audio y video asociado que se presta a través de redes públicas de telecomunicaciones, así como el servicio de radiodifusión. *Fracción adicionada DOF 11-04-2006*”

“**ARTÍCULO 4.** Para los efectos de esta Ley, son vías generales de comunicación el espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones y los sistemas de comunicación vía satélite.”



“ARTÍCULO 5. Las vías generales de comunicación materia de esta Ley y los servicios que en ellas se presten son de jurisdicción federal.

“Para los efectos de esta Ley se considera de interés público la instalación, operación, y mantenimiento de cableado subterráneo y aéreo y equipo destinado al servicio de las redes públicas de telecomunicaciones, debiéndose cumplir las disposiciones estatales y municipales en materia de desarrollo urbano y protección ecológica aplicables.”

“ARTÍCULO 6. Corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que las partes puedan someterse al procedimiento arbitral en los términos de las disposiciones aplicables.”

“ARTÍCULO 7. La presente Ley tiene como objetivos promover un desarrollo eficiente de las telecomunicaciones; ejercer la rectoría del Estado en la materia, para garantizar la soberanía nacional; fomentar una sana competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones a fin de que éstos se presten con mejores precios, diversidad y calidad en beneficio de los usuarios, y promover una adecuada cobertura social.

“Para el logro de estos objetivos, corresponde a la Secretaría, sin perjuicio de las que se confieran a otras dependencias del Ejecutivo Federal, el ejercicio de las atribuciones siguientes:

“I. Planear, formular y conducir las políticas y programas, así como regular el desarrollo de las telecomunicaciones, con base en el Plan Nacional de Desarrollo y los programas sectoriales correspondientes;

“II. Promover y vigilar la eficiente interconexión de los diferentes equipos y redes de telecomunicación;

“III. Expedir las normas oficiales mexicanas en materia de telecomunicaciones y otras disposiciones administrativas;

“IV. Acreditar peritos en materia de telecomunicaciones;

“V. Establecer procedimientos para homologación de equipos;

“VI. Elaborar y mantener actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias;

“VII. Gestionar la obtención de las posiciones orbitales geoestacionarias con sus respectivas bandas de frecuencias, así como las órbitas satelitales para satélites



mexicanos, y coordinar su uso y operación con organismos y entidades internacionales y con otros países;

“VIII. Participar en la negociación de tratados y convenios internacionales en materia de telecomunicaciones, considerando, entre otros factores las diferencias existentes del sector con respecto al de los países con que se negocie, y vigilar su observancia;

“IX. Adquirir, establecer y operar, en su caso, por sí o a través de terceros, redes de telecomunicaciones;

“X. Promover el fortalecimiento de los valores culturales y de la identidad nacional;

“XI. Promover la investigación y el desarrollo tecnológico en materia de telecomunicaciones, la capacitación y el empleo de mexicanos cuyas relaciones laborales se sujetarán a la legislación de la materia;

“XII. Interpretar esta Ley para efectos administrativos;

Fracción reformada DOF 09-02-2009

“XIII. Supervisar a través de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, la elaboración y actualización por parte de los concesionarios del Registro Nacional de Usuarios de Telefonía Móvil, y

Fracción adicionada DOF 09-02-2009

“XIV. Las demás que esta Ley y otros ordenamientos legales le confieran en la materia.

Fracción reformada DOF 09-02-2009 (se recorre)”

ARTÍCULO 8. A falta de disposición expresa en esta Ley y en sus reglamentos o en los tratados internacionales, se aplicarán:

“I. La Ley de Vías Generales de Comunicación;

“II. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo;

“III. El Código de Comercio;

“IV. El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal;

“V. El Código Federal de Procedimientos Civiles;

“VI. La Ley General de Bienes Nacionales, y

“VII. La Ley Federal de Radio y Televisión.”

La Comisión Federal de Telecomunicaciones es el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, encargado de regular, promover y supervisar el



desarrollo eficiente y la cobertura social amplia de las telecomunicaciones y la radiodifusión en México, y tendrá autonomía plena para dictar sus resoluciones. (LFT-9-A)

Para el logro de esos objetivos, la Comisión Federal de Telecomunicaciones tiene las atribuciones (i) de someter a la aprobación de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, el programa sobre bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para usos determinados, con sus correspondientes modalidades de uso y coberturas geográficas que serán materia de licitación pública; así como coordinar los procesos de licitación correspondientes; (LFT-9-A-F-V) (ii) administrar el espectro radioeléctrico y promover su uso eficiente, y elaborar y mantener actualizado el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias; (LFT-9-A-F-VIII) (iii) vigilar la debida observancia a lo dispuesto en los títulos de concesión y permisos otorgados en la materia, y ejercer las facultades de supervisión y verificación, a fin de asegurar que la prestación de los servicios de telecomunicaciones se realice con apego a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables; (LFT-9-A-F-XIII)

El uso de las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico se clasifica en:

- **Espectro de uso libre.** Bandas de frecuencias que pueden ser utilizadas por el público en general sin necesidad de concesión, permiso o registro.
- **Espectro para usos determinados.** Bandas de frecuencias otorgadas mediante concesión y que deben ser utilizadas para los servicios autorizados en el título correspondiente.
- **Espectro para uso oficial.** Bandas de frecuencias destinadas para el uso exclusivo de la administración pública federal, gobiernos estatales y municipales, otorgadas mediante asignación directa.
- **Espectro para usos experimentales.** Bandas de frecuencias otorgadas mediante concesión directa e intransferible, para comprobar la viabilidad técnica y económica de tecnologías en desarrollo tanto en el país como en el extranjero, para fines científicos o para pruebas temporales de equipo.
- **Espectro reservado.** Bandas de frecuencias no asignadas ni concesionadas por la Secretaría. (LFT-10)



Se requiere concesión de la Secretaría para usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional e, instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones. (LFT-11)

Las concesiones sobre bandas de frecuencias del espectro para usos determinados se otorgarán mediante licitación pública y el Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una contraprestación económica. (LFT-14)

La Secretaría establecerá, y publicará periódicamente, un programa sobre las bandas de frecuencias del espectro para usos determinados, con sus correspondientes modalidades de uso y coberturas geográficas, que serán materia de licitación pública. (LFT-15).

Para llevar a cabo el procedimiento de licitación pública, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes publicará en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de la entidad o entidades federativas cuya zona geográfica sea cubierta por las bandas de frecuencia objeto de concesión, convocatoria para que cualquier interesado obtenga las bases correspondientes.

Las bases de licitación pública incluirán como mínimo:

I. Los requisitos que deberán cumplir los interesados para participar en la licitación, entre los que se incluirán:

- Los programas y compromisos de inversión, de cobertura y calidad de los servicios que se pretenden prestar;
- El plan de negocios;
- Las especificaciones técnicas de los proyectos, y
- Opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia.

II. Las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zonas geográficas en que pueden ser utilizadas;

III. Periodo de vigencia de la concesión, y

IV. Los criterios para seleccionar al ganador. (LFT-16)



Cuando las proposiciones presentadas en la licitación pública no aseguren las mejores condiciones para la prestación de los servicios, las contraprestaciones ofrecidas que no sean satisfactorias a juicio de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes o no cumplan con los requisitos establecidos en las bases de la licitación, se declarará desierta la licitación y podrá expedirse una nueva convocatoria. (LFT-17)

El título de concesión debe contener como mínimo lo siguiente:

- El nombre y domicilio del concesionario;
 - Las bandas de frecuencias objeto de concesión, sus modalidades de uso y zona geográfica en que pueden ser utilizadas;
 - Los programas de inversión respectivos;
 - Los servicios que podrá prestar el concesionario;
 - Las especificaciones técnicas del proyecto;
 - El periodo de vigencia;
 - Las contraprestaciones que, en su caso, deberán cubrirse por el otorgamiento de la concesión, y
 - Los demás derechos y obligaciones de los concesionarios.
- Otorgada la concesión se publicará un extracto del título en el Diario Oficial de la Federación.

Cuando la explotación de los servicios objeto de la concesión sobre el espectro radioeléctrico requiera de una concesión de red pública de telecomunicaciones, esta última se otorgará en el mismo acto administrativo. (LFT-18)

Las concesiones sobre bandas de frecuencias se otorgarán por un plazo hasta de 20 años, prorrogables hasta por plazos iguales a los originalmente establecidos, a juicio de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Para tales prórrogas el concesionario debe haber cumplido con las condiciones previstas en la concesión; solicitar la prórroga antes de que inicie la última quinta parte del plazo de la concesión, y acepte las nuevas condiciones que establezca la propia Secretaría de Comunicaciones y Transportes de acuerdo con la LFT y demás disposiciones aplicables. (LFT-18).

La Secretaría de Comunicaciones y Transportes puede cambiar o rescatar una frecuencia o una banda de frecuencias concesionadas, en los casos siguientes:



- Cuando lo exija el interés público;
- Por razones de seguridad nacional;
- Para la introducción de nuevas tecnologías;
- Para solucionar problemas de interferencia perjudicial, y
- Para dar cumplimiento a los tratados internacionales suscritos por el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

Para estos efectos, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes puede otorgar directamente al concesionario nuevas bandas de frecuencias mediante las cuales se pueda ofrecer los servicios originalmente prestados. (LFT-23)

Para obtener una concesión para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones, el interesado debe presentar, a satisfacción de la Secretaría, solicitud que contenga como mínimo:

- I. Nombre y domicilio del solicitante;
- II. Los servicios que desea prestar;
- III. Las especificaciones técnicas del proyecto;
- IV. Los programas y compromisos de inversión, de cobertura y calidad de los servicios que se pretenden prestar;
- V. El plan de negocios, y
- VI. La documentación que acredite su capacidad financiera, técnica, jurídica y administrativa.

Lo anterior, sin perjuicio de obtener, en su caso, concesión para explotar bandas de frecuencias en mediante la licitación correspondiente. (LFT-24)

La Secretaría de Comunicaciones y Transportes, una vez analizado y evaluado la documentación correspondiente, en un plazo no mayor de 120 días naturales, podrá requerir a los interesados información adicional. Una vez cumplidos los requisitos, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes otorgará la concesión. (LFT-25)

El título de concesión debe contener como mínimo lo siguiente:

- I. El nombre y domicilio del concesionario;
- II. El objeto de la concesión;



- III. Los diferentes servicios que pueda prestar el concesionario;
- IV. Los derechos y obligaciones de los concesionarios;
- V. El periodo de vigencia;
- VI. Las características y el monto de la garantía que, en su caso, deberá otorgar el concesionario, y
- VII. Los compromisos de cobertura geográfica de la red pública.

Otorgada la concesión, se publicará un extracto del título en el Diario Oficial de la Federación. (LFT-26) Las concesiones sobre redes públicas de telecomunicaciones se otorgarán por un plazo hasta de 30 años, prorrogables hasta por plazos iguales a los originalmente establecidos, para tal efecto, el concesionario debe cumplir con las condiciones previstas en la concesión que se pretenda prorrogar, lo solicite antes de que inicie la última quinta parte del plazo de la concesión, y acepte las nuevas condiciones que establezca la propia Secretaría de Comunicaciones y Transportes de acuerdo a la LFT y demás disposiciones aplicables. La Secretaría resolverá lo conducente en un plazo no mayor a 180 días naturales. (LFT-27)

La Secretaría de Comunicaciones y Transportes autorizará, en 90 días naturales, contados a partir de la presentación de la solicitud, la cesión parcial o total de los derechos y obligaciones establecidos en las concesiones o permisos, siempre que el cesionario se comprometa a realizar las obligaciones que se encuentren pendientes y asuma las condiciones que al efecto establezca dicha Secretaría. En los casos en que la cesión tenga por objeto transferir los derechos para operar y explotar una red pública de telecomunicaciones o una banda de frecuencias a otro concesionario o permisionario que preste servicios similares en la misma zona geográfica, la Secretaría autorizará la respectiva cesión, siempre y cuando exista opinión favorable por parte de la Comisión Federal de Competencia. Para solicitar la cesión debe haber transcurrido un plazo de 3 años a partir del otorgamiento de la concesión o permiso respectivo. (LFT-35)

Las concesiones terminan por:

- Vencimiento del plazo establecido en el título;
- Renuncia del concesionario;
- Revocación;
- Rescate, y
- Liquidación o quiebra del concesionario o permisionario.



La terminación de la concesión o del permiso no extingue las obligaciones contraídas por el titular durante su vigencia. (LFT-37)

Las concesiones se pueden revocar por las causas siguientes:

- No ejercer los derechos conferidos en las concesiones durante un plazo mayor de 180 días naturales, contado a partir de la fecha de su otorgamiento, salvo autorización de la Secretaría por causa justificada. (revocación inmediata)
- Interrupciones a la operación de la vía general de comunicación o la prestación del servicio total o parcialmente, sin causa justificada o sin autorización de la Secretaría; (revocar si el infractor ha sido sancionado previamente en 3 ocasiones)
- Ejecutar actos que impidan la actuación de otros concesionarios o permisionarios con derecho a ello; (revocar si el infractor ha sido sancionado previamente en 3 ocasiones).
- No cumplir con las obligaciones o condiciones establecidas en los títulos de concesión; (revocar si el infractor ha sido sancionado previamente en 3 ocasiones).
- Negarse a interconectar a otros concesionarios o permisionarios de servicios de telecomunicaciones, sin causa justificada; (revocación inmediata)
- Cambio de nacionalidad; (revocación inmediata)
- Ceder, gravar o transferir las concesiones o permisos, los derechos en ellos conferidos o los bienes afectos a los mismos en contravención a lo dispuesto en la LFT, y (revocación inmediata)
- No cubrir al Gobierno Federal las contraprestaciones que se hubieren establecido. (LFT-38) (revocar si el infractor ha sido sancionado previamente en 3 ocasiones)

El titular de una concesión que hubiese sido revocada estará imposibilitado para obtener nuevas concesiones por un plazo de 5 años contado a partir de que hubiere quedado firme la resolución respectiva. (LFT-39)



Al término de la concesión o de las prórrogas que se hubiesen otorgado, se revertirán a la Nación las bandas de frecuencias que hubieren sido afectas a los servicios previstos en la concesión. El Gobierno Federal tendrá derecho preferente para adquirir las instalaciones, equipos y demás bienes utilizados directamente en la explotación de las bandas de frecuencias objeto de la concesión. (LFT-40)

CAPÍTULO 3

ANTECEDENTES EN LICITACIONES

3.1 Licitación del espectro radioeléctrico en 2004

El 12 de julio de 2004, la Comisión Federal de Telecomunicaciones publicó en el Diario Oficial de la Federación, la “Convocatoria para el procedimiento de licitación pública para el otorgamiento de concesiones para el uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para el acceso inalámbrico fijo o móvil (Licitación 18).

Entre los puntos más importantes de dicha licitación resaltan:

- El objeto de la Convocatoria fue la licitación para el otorgamiento de concesiones para el uso, aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para el acceso inalámbrico fijo o móvil, por un plazo de 20 (veinte) años, a través de un mecanismo de subasta simultánea ascendente, de conformidad con lo establecido en las Bases de licitación y en los demás documentos respectivos.
- Se licitaron algunos segmentos dentro de la banda de frecuencias 1850-1990 MHz, para el otorgamiento de concesiones con cobertura regional, conforme a lo que se señala a continuación:

1) En las 9 regiones PCS, 3 (tres) sub-bloques del Bloque C, con un ancho de banda de 10 MHz cada uno,



Bloque	Sub-bloque	Segmento inferior	Segmento superior
C	1	1895-1900 MHz	1975-1980 MHz
C	2	1900-1905 MHz	1980-1985 MHz
C	3	1905-1910 MHz	1985-1990 MHz

2) En las 9 regiones PCS, el Bloque F con un ancho de banda de 10 MHz,

Bloque	Segmento inferior	Segmento superior
F	1890-1895 MHz	1970-1975 MHz

3) En las regiones 3 y 5 PCS, el segmento correspondiente al Bloque B, con un ancho de banda de 30 MHz,

Bloque	Segmento inferior	Segmento superior
B (sólo regiones 3 y 5)	1870-1885 MHz	1950-1965 MHz

Las regiones PCS son las siguientes:

Región 1: Los estados de Baja California y Baja California Sur y el Municipio de San Luis Río Colorado, Sonora.

Región 2: Los estados de Sinaloa y Sonora excluyendo el Municipio de San Luis Río Colorado, Sonora.

Región 3: Los estados de Chihuahua y Durango y los siguientes municipios de Coahuila: Torreón, Francisco I. Madero, Matamoros, San Pedro y Biseca.

Región 4: Los estados de Nuevo León, Tamaulipas y Coahuila, excluyendo los municipios de Torreón, Francisco I. Madero, Matamoros, San Pedro y Biseca.

Región 5: Los estados de Campeche, Chiapas, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán.

Región 6: Los estados de Colima, Michoacán, Nayarit y Jalisco excluyendo los siguientes municipios de Jalisco: Huejúcar, Santa María de los Angeles, Colotlán, Teocaltiche, Huejuquilla, El Alto, Mezquitic, Villa Guerrero, Bolaños, Lagos de Moreno, Villa Hidalgo, Ojuelos de Jalisco y Encarnación de Díaz.

Región 7: Los estados de Aguascalientes, Guanajuato, Querétaro, San Luis Potosí y Zacatecas y los siguientes municipios de Jalisco: Huejúcar, Santa María de los Angeles, Colotlán, Teocaltiche, Huejuquilla El Alto, Mezquitic, Villa Guerrero,



Bolaños, Lagos de Moreno, Villa Hidalgo, Ojuelos de Jalisco y Encarnación de Díaz.

Región 8: Los estados de Guerrero, Oaxaca, Puebla, Tlaxcala y Veracruz.

Región 9: El Distrito Federal y los estados de México, Hidalgo y Morelos.

La definición de los servicios, el número de concesiones, así como los requisitos, términos y condiciones que debían cumplir los interesados para participar en la licitación de concesiones de bandas de frecuencias, objeto de la Convocatoria, se establecieron en las Bases.

Con el objeto de participar en la licitación a que hace referencia la presente Convocatoria, los interesados deberán obtener la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia, así como satisfacer los requerimientos que se establezcan en las Bases y en el Formulario de Calificación. (“el Formulario”)

De acuerdo con las BASES, las CONCESIONES son para la prestación de los servicios:

1) Local inalámbrico fijo o móvil de voz, datos y video.

2) Comercialización de la capacidad de la red, para la emisión, transmisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, voz, sonidos o información de cualquier naturaleza.

La comercialización de la red no debe prestarse como servicio único e independientemente del servicio local de acceso inalámbrico fijo o móvil de voz, datos y video. Dicha comercialización “no debe entenderse como provisión de capacidad de espectro radioeléctrico”.

Según el numeral 19 de las BASES, ningún participante podrá acumular un ancho de banda que exceda de 65 MHz en una misma región, considerando el uso, aprovechamiento y explotación de capacidad de las bandas de 824-849/869-894 MHz y 1850-1910/1930-1990 MHz, para la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Para efectos de la acumulación referida, se debe tomar en cuenta los siguientes vínculos:



a) Los socios mayoritarios que participan directa o indirectamente en el capital del participante;

b) Los socios minoritarios que representen directa o indirectamente, más del 20% del capital del participante;

c) Las personas morales que participen directa o indirectamente de los socios mayoritarios a que se refiere el inciso a), o las personas morales que detenten directa o indirectamente más del 10% del capital del participante;

d) Las filiales, subsidiarias y afiliadas del participante;

e) Las filiales subsidiarias y afiliadas de los socios mayoritarios a que se refiere el inciso a) o de los socios minoritarios a que se refiere el inciso b); y en general,

f) Cualquier tercero que se relacione directa o indirectamente con el participante que resulte ganador y que por cualquier causa tenga directa o indirectamente el control sobre el mismo.

El Pleno de la Comisión Federal de Competencia determina que "(...) En virtud del ancho de banda en licitación en cada región PCS, la acumulación de espectro radioeléctrico por agente o grupo económico hasta el nivel de 65 MHz por región, puede tener los efectos de: i) impedir el ingreso de nuevos prestadores de servicios de telefonía Móvil 14; ii) acentuar las desventajas en la disponibilidad de ancho de banda de los concesionarios de telefonía móvil, particularmente en la banda de 1900 MHz y, iii) dificultar el desarrollo de proyectos de telefonía inalámbrica fija. Estos riesgos, derivados de dicha acumulación, son elevados. En el contexto anterior, la posibilidad de que con la presente licitación se concesione todo el espectro actualmente disponible para acceso inalámbrico fijo o móvil acentúa los riesgos anticompetitivos de la acumulación de espectro antes referida. Entre las consecuencias de esta acumulación cabe destacar la consolidación de un mercado oligopólico integrado por los actuales operadores, que facilitaría la obtención de poder sustancial de mercado, la comisión de prácticas monopólicas absolutas y la interdependencia de los participantes en la fijación de precios. La ausencia de contestabilidad, derivada de las dificultades para acceder al recurso en comento explica estos riesgos".



Asimismo, la Comisión Federal de Competencia determina que “la actual distribución del espectro radioeléctrico en la banda de 1900 MHz y el ancho de banda en licitación en cada región PCS permiten determinar que los riesgos anteriores se reducirían sensiblemente si la acumulación de espectro por agente económico no superara en cada una de las regiones PCS los 35 MHz, en las bandas 1850-1910/1930-1990 MHz. Estas restricciones son compatibles con las necesidades de crecimiento y adaptabilidad tecnológica de los operadores de telefonía móvil y elevan sustancialmente las posibilidades de integrar al menos dos agentes económicos adicionales en la prestación de servicios de telefonía móvil en todas las regiones”.

Así, el Pleno resuelve para todos los participantes en la licitación que se emite opinión favorable sobre la obtención, en su caso, por el agente económico participante, de concesiones para el uso aprovechamiento y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para el acceso inalámbrico fijo o móvil objeto de la Licitación 18, que permitan al agente económico acumular un ancho de banda no mayor a 35 MHz en las bandas de 1850-1910/1930-1990 MHz en cada una de las regiones PCS 1 a 9.

Consecuentemente, para el cálculo de los 35 MHz citados deben sumarse el ancho de banda de las concesiones con que ya cuentan en la banda de 1850-1890/1930-1970 para la prestación del servicio de acceso inalámbrico fijo o móvil con el que obtengan mediante la Licitación 18.

3.2 Transacción entre Telcel y Unefon sobre los 8.4 Mhz

América Móvil, en su “Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las Emisoras de Valores y a otros participantes del mercado por el año terminado el 31 de diciembre de 2005, establece: “Actualmente Telcel cuenta con 28.4 MHz de capacidad en el espectro radioeléctrico de 1900 MHz en cada una de las nueve regiones celulares del país. Telcel adquirió 10 MHz de dicha capacidad en 1998 y 10 MHz en 2005, en ambos casos a través de licitaciones. En 2005, Telcel adquirió 8.4 MHz mediante una cesión de capacidad por parte de Unefón. Esta cesión, que fue autorizada por la COFECO y la SCT, dio como resultado la terminación del contrato de servicios a 16 años celebrado con Unefón en septiembre de 2003. Telcel no pagó a Unefón, como contraprestación por dicha cesión, cantidad



alguna en adición a los 267.7 millones de dólares pagados en 2003 con motivo de la celebración del contrato de servicios.” (P. 34.)

Por su parte Unefon en su “Reporte anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las Emisoras de valores y a otros participantes del mercado” por el año terminado el 31 de diciembre de 2005, establece que: “En mayo de 2005, Operadora cedió a DIPSA 8.4 MHz de su espectro de la banda de frecuencias de 1.9 Ghz. Para cada una de las nueve regiones. Esta cuestión fue aprobada por la COFECO y la SCT. Asimismo, ambas compañías convinieron la terminación del contrato de provisión de capacidad firmado en septiembre de 2003. En términos generales, la operación anterior no implicó cobro adicional a los EUA 267.7 millones que recibió Unefon en el año 2003 por el contrato de provisión.” (P. 45)

El 4 de enero de 2005 el Pleno de la Comisión Federal de Competencia emitió resolución respecto la notificación de la concentración entre Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (Telcel) y Operadora Unefon, S.A. de C.V., radicada en el expediente CNT-118-2004.⁷

La transacción tiene como antecedente la concentración realizada el 18 de septiembre de 2003, por medio de la cual Operadora Unefon se obliga a otorgarle de forma exclusiva e ininterrumpida a Telcel el servicio de provisión de capacidad de un total de 8.400 MHz en los rangos de frecuencia 1850-1865 MHz/1930-1945 MHz en las 9 regiones PCS del país, mediante un Contrato de Prestación de Servicios de Capacidad.

La operación notificada consistió en la cesión de manera incondicional e irrevocable a favor de Telcel, a través de un Contrato de Cesión Parcial de Derechos Concesionados, de los derechos de uso, aprovechamiento y explotación de un total de 8.400 MHz en los rangos de frecuencias de 1850-1865 MHz/1930-1945 MHz, que fueron concesionados a Operadora Unefon por el Gobierno Federal, en las 9 regiones PCS del país en 1998.

Según se dice en la resolución la operación notificada permitió regularizar ante la Comisión Federal de Competencia la concentración realizada desde septiembre de 2003 “ya que independientemente del acto jurídico, Dipsa (Telcel) desde la fecha cita-

⁷ Comisión Federal de Competencia. Gaceta de Competencia Económica. Año 8. Núm. 21 (Enero-Abril), 2005.



da tiene de hecho la posesión para su uso y explotación de una parte de la banda del espectro radioeléctrico concesionada a Operadora Unefon.”

La Comisión Federal de Competencia hace hincapié en que en términos del artículo 35 de la Ley Federal de Telecomunicaciones,⁸ se requiere la opinión favorable de la Comisión Federal de Competencia en este tipo de operaciones.

La concentración implica que Telcel tenga de hecho la facultad de explotar de manera independiente una parte de la banda del espectro radioeléctrico concesionada a Operadora Unefon. Afirma la Comisión Federal de Competencia que en los rangos de frecuencia 1850-1910 MHz /1930-1990 MHz se permite proporcionar los servicios de acceso inalámbrico fijo o móvil, en la práctica, los concesionarios ofrecen principalmente servicios móviles, debido en parte a restricciones a la inversión extranjera para ofrecer servicios fijos. Por consiguiente, del mercado relevante se determinó como los diferentes servicios de telefonía inalámbrica móvil: la telefonía celular, los PCS y el servicio complementario de acceso a la red telefónica que ofrece Nextel como concesionario del servicio móvil de radiocomunicación especializado de flotillas en su modalidad digital del mercado que tiene una dimensión geográfica nacional. Se estimó que los servicios comprendidos dentro del mercado relevante son servicios finales de telecomunicación móvil que permiten la transmisión de voz en dos direcciones, hacen factible la comunicación de persona a persona y la transmisión de datos entre equipos terminales que no tienen una ubicación geográfica determinada.

La Comisión Federal de Competencia autorizó la concentración e impuso una multa de doscientos veintiún mil ciento ocho pesos, por la notificación extemporánea de la concentración.

⁸ “**Artículo 35.** La Secretaría autorizará, dentro de un plazo de 90 días naturales, contado a partir de la presentación de la solicitud, la cesión parcial o total de los derechos y obligaciones establecidos en las concesiones o permisos, siempre que el cesionario se comprometa a realizar las obligaciones que se encuentren pendientes y asuma las condiciones que al efecto establezca la Secretaría. En los casos en que la cesión tenga por objeto transferir los derechos para operar y explotar una red pública de telecomunicaciones o una banda de frecuencias a otro concesionario o permisionario que preste servicios similares en la misma zona geográfica, la Secretaría autorizará la respectiva cesión, siempre y cuando exista opinión favorable por parte de la Comisión Federal de Competencia.”



Por otra parte, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en cuanto al uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, se desprende lo siguiente:

- Corresponde al Estado su rectoría.
- Es dominio del Estado.
- Es una vía general de comunicación.
- Es de jurisdicción federal.
- Se otorga a los particulares mediante concesión a través del procedimiento de licitación pública.
- Es un área o actividad prioritaria.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido que con la referida normatividad, que responde a la voluntad del legislador Constituyente expresada en los párrafos cuarto y décimo del artículo 28 constitucional, “el Estado refuerza su papel como rector en materia de telecomunicaciones y, en particular, del espectro radioeléctrico, alentando al efecto la participación de los sectores social y privado en el desarrollo de esta área prioritaria, incluyendo el legislador las normas pertinentes para impedir el uso de prácticas monopólicas, evitar fenómenos de concentración y ofrecer a los usuarios un servicio eficiente a través de una mayor diversificación de las opciones y de la ampliación de su cobertura (...)”⁹

“(...) las licitaciones son de carácter público y se realizarán mediante convocatoria para que “libremente” se presenten proposiciones por los interesados. Al decir el precepto “libremente”, lógico es concluir que se refiere a “libertad entre los iguales por virtudes técnicas, entre los interesados en participar a las licitaciones públicas”, de lo cual deriva que la norma previene un derecho a intervenir con libertad en toda licitación a fin de obtener la adjudicación de los bienes y recursos económicos del Estado”. Tal garantía de libertad, empero, no es absoluta ni irrestricta, pues como deriva de los párrafos primero, segundo y tercero, la libre intervención en la licitación está limitada por las exigencias constitucionales de protección y aseguramiento de los recursos económicos de la Nación, de satisfacción de los objetivos de destino de dichos recursos, de la idoneidad de la licitación

⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 652/2000.



y de los interesados, y de la sujeción, tanto del manejo de los recursos económicos a las bases que establece el mismo artículo 134 constitucional, como de la licitación misma a las leyes respectivas. En otras palabras, al decir “libremente” el precepto en mención, significa libremente pero dentro del contexto de las demás normas constitucionales y legales que establecen bases, procedimientos, reglas, requisitos y otros elementos tendentes a proteger y asegurar el mejor interés estatal.¹⁰

Existen otra clase de recursos económicos o bienes del dominio de la Nación factibles de enajenarse o transmitirse, cuya enajenación mediante concurso está sujeta a mayores exigencias que las previstas en el artículo 134 de la Constitución. Esto significa que hay casos excepcionales en los que el procedimiento de licitación debe vincularse con otros principios constitucionales, como son los del artículo 28 Constitucional. “(...) siendo el espectro radioeléctrico ‘espacio situado sobre el territorio nacional’ y, por ende un bien de dominio público que además constituye un área prioritaria para el Estado, su uso, aprovechamiento y explotación debe otorgarse con sujeción a los principios dispuestos por el artículo 134, párrafos segundo y tercero, en relación con los artículos 28, párrafos cuarto y antepenúltimo, 25, 26 y 27 de la Constitución Federal”.¹¹

“Por su parte, hay autores que sostienen que el servicio público es una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de derecho público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Dicha actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares mediante concesión. Concepto que desde luego no es inmutable, ni mucho menos agota todas las posibilidades, pues una idea tan general y cambiante como es la de necesidad básica o fundamental de la población, necesariamente variará de acuerdo con sus circunstancias históricas, de oportunidad política, espacio y aun diríamos, de ambiente y climatológicas. El establecimiento, organización, transformación y supresión de los servicios públicos, tienen finalidades diversas, pero están interrelacionados. El establecimiento y organización debe ser a cargo, generalmente del Estado, porque hay actividades de los particulares que tocan la

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 652/2000.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 652/2000.



frontera del servicio público que determinan que una necesidad de interés público, o colectiva será satisfecha mediante un procedimiento sujeto a un régimen jurídico especial.”¹²

El servicio público es la actividad destinada a satisfacer en forma continua y uniforme una necesidad colectiva, conforme a las disposiciones legales, para la satisfacción material y concreta del interés público.

Son principios esenciales del servicio público:

1. La continuidad, en razón de la permanencia de la necesidad que se pretende satisfacer.

2. La adaptación, la posibilidad de modificarlo a medida que vaya variando dicha necesidad, y,

3. La igualdad, la prohibición de discriminar el goce del servicio a ningún particular.

En nuestro sistema jurídico, se distingue entre los servicios públicos que son gestionados directamente por el Estado y aquéllos que se explotan por particulares, así en términos de lo dispuesto en los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los primeros corresponden a las actividades dentro de las áreas estratégicas y los segundos a las actividades correspondientes a las áreas prioritarias.¹³

La gestión por particulares de los servicios públicos, así como la explotación, uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público, supone normalmente la existencia previa de una concesión, figura jurídica típica del derecho administrativo, cuya naturaleza es definida por la doctrina como:

La concesión administrativa es el acto por medio del cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamientos de bienes del dominio del Estado.

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 159/2003.

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 159/2003.



“Respecto a la naturaleza jurídica de esta figura, la doctrina sostiene que si bien es cierto que mediante la concesión se crea un derecho a favor del particular concesionario que antes no tenía, a diferencia de la autorización que permite el ejercicio de un derecho preexistente, no es factible concebirla como un simple acto contractual, sino que se trata de un acto administrativo mixto, en el cual coexisten elementos reglamentarios y contractuales.”

La cláusula o elemento reglamentario, es en donde se fijan las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio y el Estado puede modificar éstas en cualquier instante, de acuerdo con las necesidades que requiera la prestación del servicio sin que sea necesario el consentimiento del concesionario. (horarios, modalidades de la prestación del servicio, derechos de los usuarios, etc.)

Por su parte, el **elemento contractual**, tiene como propósito proteger los intereses legítimos del concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por el Estado. Este elemento se constituye por las cláusulas que conceden ventajas económicas que representan para el concesionario la garantía de sus inversiones y con ello la posibilidad de mantener **el equilibrio financiero de la empresa**.¹⁴

“Al respecto hay autores que sostienen que es indudable que en la concesión existe un situación reglamentaria-contractual, correspondiendo a la primera, las normas que determinan la prestación del servicio y que el Estado puede modificar atendiendo al fin de utilidad pública que en esencia lleva consigo la concesión; y el elemento contractual, aun cuando no se consigne o exprese en la concesión, lo constituye, además del aspecto pecuniario del concesionario, el implícito derecho a que obtenga el restablecimiento del equilibrio financiero de su inversión o empresa, llegando incluso a la indemnización para el caso de que la Administración modifique unilateralmente la organización y funcionamiento de la explotación, potestad ésta que el Estado no podrá renunciar como titular del servicio o bien público. De esta suerte, a través del elemento contractual el concesionario tiene la garantía de la protección de sus intereses y respaldo de su inversión, con la

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 159/2003.



obligación del concedente de restablecer el equilibrio financiero, en el caso de la modificación de la explotación, condición ésta necesaria para que no existan perjuicios tales que pueden incidir en el quebranto de la economía privada de los particulares concesionarios, sirve de honesta equivalencia entre lo que otorga y lo que se pide al concesionario, entre los provechos y las cargas.”

Así pues, se concluye que toda concesión como acto jurídico administrativo mixto, se encuentra sujeta a las modificaciones del orden jurídico que regulan el servicio público que debe prestarse o el bien público por explotar, al mismo tiempo que garantiza los intereses legítimos de los concesionarios, por lo que las modificaciones legales no podrán establecer cargas que afecten desproporcionada o injustificadamente su esfera jurídica y patrimonio.¹⁵

CAPÍTULO 4 LA LEY TELEVISIVA (CASO PRÁCTICO)

El desarrollo tecnológico en la radiodifusión permite que en el espacio aéreo en donde hasta ahora se ha difundido un canal de televisión, quepan tres o cuatro canales de televisión digital. También es posible transmitir, en ese mismo espacio, señales de Internet o telefonía inalámbricas, entre otras opciones. Las posibilidades de comunicación que hasta ahora se encontraban reducidas a pocos canales de televisión, pueden diversificarse gracias a la compresión de señales con tecnología digital.

La Ley Televisa ponía esas ventajas tecnológicas al servicio de las empresas que ya tienen concesiones de radiodifusión. El artículo 28 de la Ley Federal de Radio y Televisión les daba la posibilidad de utilizar como quisieran el espacio adicional que habrá en cada frecuencia, sobre todo en la televisión que es el medio que requiere de más anchura dentro del espectro radioeléctrico. Bastaría con una notificación a la autoridad administrativa para que las televisoras pudieran difundir, en esas frecuencias, servicios de telefonía o Internet. Y por ese aprovechamiento adicional del espacio que tienen concesionado no sería obligatorio que le pagasen nada al Estado. Por otro lado los medios no comerciales –televisoras educativas y culturales, radiodifusoras comunitarias, estaciones oficiales– estaban excluidos del aprovechamiento del espa-

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 159/2003.



cio adicional que resultara cuando los medios electrónicos experimenten la transición de la radiodifusión analógica a la de carácter digital.

En México hay 461 canales de televisión comercial. De ellos, 257 están concesionados a Televisa y 176 a Televisión Azteca. Cada canal ocupa 6 megahertz de un espectro radioeléctrico cada vez más saturado de señales de diversos servicios de telecomunicaciones, entre ellas las de telefonía celular difundida por compañías que han tenido que pagar grandes sumas por el derecho a utilizar tales espacios.

En junio de 2004 la Secretaría de Comunicaciones y Transportes expidió un Acuerdo para entregar a cada televisora una concesión adicional por cada una de las que ya tenía. Esas nuevas concesiones servirían para difundir televisión digital de alta definición. De esa manera, en cada canal de los que ya existían las televisoras seguirían transmitiendo en formato analógico, que es el que se ha utilizado hasta ahora. Y en la nueva frecuencia, comenzarían a transmitir esos contenidos en el nuevo sistema digital que permite conducir imágenes de calidad notablemente mayor y añadir otras señales dentro del mismo espacio. La idea era que a fines de 2021 todos los canales de televisión abierta hubieran cumplido con ese proceso de transición y, entonces, le regresaran al Estado la frecuencia adicional.

Sin embargo, ni aquel Acuerdo gubernamental, ni la Ley Televisa, establecieron los procedimientos para que los concesionarios devuelvan la frecuencia adicional. Por lo pronto, las televisoras disponen de una frecuencia más por cada una de las que ya tenían. Es decir, si Televisa y Azteca contaban con 257 y 176 concesiones cada una, ahora pueden tener, entre ambas, 866. Eso significa un ancho de banda equivalente a 5 mil 200 Mhz. Y todas esas concesiones, antiguas y nuevas, fueron prorrogadas o asignadas hasta el último día de 2021.

El Acuerdo de 2004 estableció que en México la tecnología digital, en el campo de la televisión, servirá para difundir señales de alta definición. Con la tecnología más utilizada actualmente, sobre todo en Estados Unidos, cada canal de alta definición requiere de 6 megahertz, es decir, el mismo ancho de banda que hasta ahora ha utilizado un canal tradicional, de carácter analógico.

No obstante, la digitalización de las señales también podría permitir que en esos 6 Mhz se difundieran varios canales de televisión aunque no necesariamente de alta



definición. Es decir, en 2004 el gobierno mexicano decidió que tengamos las mismas opciones que hasta ahora han existido en el panorama de la televisión mexicana, pero en formato de alta definición, en vez de propiciar la incorporación de dos o tres canales diferentes por cada uno de los que ya existen.

El desarrollo de la tecnología digital permite que cada vez quepan más contenidos en el mismo espacio. La alta definición no requiere de 6 Mhz sino de una capacidad menor. Es decir, en ese ancho de banda se pueden difundir más canales, o servicios de telecomunicaciones distintos de la televisión.

La discusión de la Ley Televisa había comenzado desde que, el 1 de diciembre de 2005, la Cámara de Diputados aprobó, por unanimidad de 327 votos, la iniciativa que diez días antes había presentado un legislador priísta, Miguel Lucero Palma.

Cuando ese proyecto llegó al Senado, el asunto (para que una ley federal tenga vigencia se requiere su aprobación en ambas Cámaras) ya era un escándalo. 112 escritores, artistas y cineastas suscribieron un manifiesto, publicado el 12 de diciembre, que cuestionaba la “visión estrictamente mercantil” de esa reforma y pedía al Senado que no la aprobase al vapor. Docenas de radiodifusores consideraron que la reforma beneficiaba a las grandes televisoras. La Cámara Nacional de la Industria Electrónica, de Telecomunicaciones e Informática, la Red de Radiodifusoras y Televisoras Educativas y Culturales, la delegación mexicana de la Asociación Mundial de Radiodifusoras Comunitarias y numerosos productores, académicos y legisladores de todos los partidos, comenzaron a manifestarse contra la que, desde entonces, fue conocida como Ley Televisa.

La iniciativa reformaba 4 artículos y establecía otros 5 en la Ley de Telecomunicaciones creada en 1995. Además, reformaba 13 y adicionaba 15 en la Ley de Radio y Televisión que data de 1960. El nuevo artículo 28 de esta última les permitía a los concesionarios hacer, de las frecuencias de las que ya disponen, los usos adicionales que les convinieran y sin pagar por ello. La Ley Televisa proponía además que, cuando hubiera nuevas concesiones, serían otorgadas a las empresas que ofrecieran más dinero por ellas. No era indispensable la opinión de la Comisión Federal de Competencia. Las concesiones tendrían una vigencia de 20 años –plazo excesivo comparado con los de otros países– y su renovación sería automática. La autoridad encargada de regular a la radiodifusión sería la Comisión Federal de Telecomunicaciones, Cofetel, a



cuyos cinco integrantes los designaría el presidente de la República con posibilidad de que el Senado los vetara.

Para las radiodifusoras y televisoras no comerciales, esas reformas eran una amenaza porque las marginaban del aprovechamiento de los nuevos recursos tecnológicos y establecían un procedimiento tortuoso y discrecional para las instituciones o grupos interesados en solicitar permisos de radiodifusión no lucrativa.

El 29 de marzo, en vísperas de la sesión senatorial que discutiría la Ley Televisa, las estaciones del Instituto Mexicano de la Radio transmitieron, durante todo el día, una misma interpretación musical. En la XEB se escuchó, todo ese miércoles, la canción “Cheque en blanco” de Paquita la del Barrio. En Radio 660, “Si se calla el cantor” con Mercedes Sosa. Y así en cada una de las 6 estaciones del IMER y sus repetidoras. El Instituto, dirigido por Dolores Béistegui, quería enfatizar la monotonía que habría en el cuadrante si se aprobaban las reformas que beneficiaban a quienes ya tenían muchas concesiones radiofónicas.

El jueves 30 de marzo durante más de 13 horas los senadores que se oponían a la Ley Televisa, encabezados por Javier Corral y Felipe Vicencio del PAN, Manuel Bartlett y Dulce María Sauri del PRI, así como Raymundo Cárdenas y Raúl Ojeda del PRD, expusieron tal cantidad de hechos y razonamientos que los defensores de las reformas acabaron por dejarles la tribuna.

Durante toda la noche, los impugnadores de la Ley Televisa tomaron la palabra sin que nadie les respondiera. Las reformas fueron aprobadas con 81 votos (44 del PRI, 30 del PAN, 5 del Partido Verde y dos senadores sin partido). En contra votaron 40 senadores (15 del PRD, 13 del PAN, 11 del PRI y un legislador sin partido). Se abstuvieron 3 del PAN y uno del PRI.

El 4 de mayo de 2006, 47 senadores presentaron en la Suprema Corte de Justicia una solicitud para que esas modificaciones legales fuesen declaradas inconstitucionales. En 147 folios, se cuestionaban los aspectos centrales de la reforma y al Congreso de la Unión que la aprobó, así como al Presidente de la República que la había promulgado el 11 de abril. Como estaba cerca el término de su gestión como legisladores, esos senadores designaron representantes suyos a Manuel Bartlett y Javier Corral.



Un año más tarde, el 3 de mayo siguiente, el ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano dio a conocer el proyecto de sentencia que recuperaba buena parte de las impugnaciones de los, para entonces, ex senadores.

La ministra Olga Sánchez Cordero, dijo: “No son iguales los intereses de las empresas que manejan los medios de comunicación y los de los profesionales de la comunicación. Las empresas siempre intentan maximizar sus utilidades y ésta es su finalidad lógica. En cambio los profesionales de la información persiguen fines diversos: buscan precisamente un foro de expresión, buscan lograr concientizar a la sociedad por ser formadores de opinión pública. Y en este sentido, la circunstancia de que los medios de comunicación estén concentrados en pocas manos distorsiona el derecho a la información porque permite a quienes tienen el control de esos medios manipular, moldear la opinión pública en función de sus intereses e impedir que el público pueda contribuir de manera significativa al debate político en presencia de los modernos imperios de la noticia del espectáculo”.

El ministro David Góngora Pimentel, cuestionó el aprovechamiento excesivo de las frecuencias concesionadas, que el artículo 28 de la Ley Federal de Telecomunicaciones permitía hacer a las televisoras comerciales:

“Además del negocio original de radiodifusión, tendrán hasta el 65% del espectro para utilizarlo en otros servicios de telecomunicaciones gracias a los avances tecnológicos, a la decisión del secretario de Comunicaciones y Transportes y a la actuación del Legislador que acorazó el acuerdo y lo llevó a nivel legal a través del artículo 28 impugnado, que parte de la posibilidad de que los concesionarios de radiodifusión utilicen el espectro radioeléctrico sobrante para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones. Esta decisión es contraria a la Constitución Federal. ¿Hasta qué punto es válido que en una nación pluricultural, con 103 millones de habitantes, el Legislador decida que es preferible ver televisión con mejor calidad, durante el 20% del tiempo, prohiendo los negocios de los concesionarios de radio y televisión para que dispongan hasta de un 65% del canal que tienen asignado para otros usos, por encima de una asignación pluralista de las bandas de frecuencias, que permitan la participación de más voces en el diálogo, haciendo posible una democracia efectiva? ¿Por qué debemos preferir la riqueza colora de la transmisión de alta definición, durante el 20% del tiempo, a costa del monopolio monocromático de las empresas de televisión?”



En su ponencia, el ministro Salvador Aguirre Anguiano diría: *“En materia de concesiones, la reforma prevé el otorgamiento de las de radio y televisión mediante licitaciones a través de subasta pública, bajo el argumento de que ello supone el fin del poder discrecional del Poder Ejecutivo en esta materia. Este argumento, sin embargo, lejos de cumplir con el propósito buscado, únicamente transforma el criterio discrecional anterior, en un criterio claramente antidemocrático traducido en poder económico. Es decir, quien tenga más recursos para instalar y operar servicios de radiodifusión, será quien tenga más posibilidades de ganar la licitación para tales efectos. Lo anterior no sólo desvirtúa la esencia del servicio de radiodifusión, sino que violenta principios constitucionales y de los tratados internacionales que persiguen asegurar el acceso a la prestación de servicios de radiodifusión en condiciones equitativas y justas”*.

Los cambios dispuestos por la Corte en respuesta a la demanda de inconstitucionalidad de los hoy mercedamente célebres 47 ahora ex senadores que desafiaron la Ley Televisa, se pueden agrupar en cinco temas.

1. Se cancela la utilización discrecional del espectro radioeléctrico adicional.

Este, que era el meollo de las reformas del año pasado significaba la posibilidad de que los concesionarios de televisión y radio utilizaran prácticamente a su antojo, sin necesariamente pagar por ello y tan solo con presentar un aviso administrativo, el espacio adicional que gracias a la conversión al sistema digital habría en las frecuencias que les han sido asignadas. Los artículos 28 y 28-A de la Ley Federal de Radio y Televisión, suprimidos ahora por la Corte, permitían tal exceso y por ello habían sido considerados como la columna vertebral de la llamada Ley Televisa.

2. Concesiones. En este renglón hubo cuatro cambios importantes.

a) La asignación de concesiones “a través de subasta pública”, como decía el artículo 17-G de la Ley de Radio y TV, fue cancelada. Ese procedimiento implicaba que las nuevas licencias de radiodifusión comercial serían entregadas a quien ofreciera más dinero.

b) La vigencia de las concesiones tendría que ser de 20 años, según las reformas incorporadas el año pasado al artículo 16. Ese plazo era excesivo en comparación con otros países e incluso con la tradición mexicana pues aquí las concesiones más recientes han sido otorgadas, por lo general, para 12 años. La Corte estableció que serán hasta por 20 años.



c) El refrendo de las concesiones era prácticamente automático gracias a las reformas de 2006. Ahora todas las concesiones tendrán que ser revisadas antes de su vencimiento, como parte del ajuste dispuesto por los ministros en el artículo 16 de la LFRTV.

d) Para la adjudicación o renovación de una concesión será indispensable el visto bueno de la Comisión Federal de Competencia. Antes, el artículo 17-E de la misma Ley de Radio y TV establecía únicamente la obligación de solicitar esa opinión.

3. **Permisos.** La Corte consideró que la desigualdad en los trámites que debían emprender los solicitantes de concesiones (es decir, licencias para radiodifusión mercantil) y permisos (que son las licencias para radiodifusión no comercial) era inconstitucional. Por eso, eliminó de sendas fracciones del artículo 20 de la Ley de Radio y Televisión tres disposiciones que acentuaban la discrecionalidad del gobierno en el transcurso de esas gestiones. La disposición que obligaba a los solicitantes de permisos a entregar “cuando menos” la información enumerada en otras fracciones, la que permitía a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes determinar “de considerarlo necesario” la realización de entrevistas con los solicitantes de permisos y la posibilidad que esa dependencia tenía para resolver “a su juicio” el otorgamiento de tales licencias, fueron suprimidas de la ley.

4. **Cofetel.** La Corte resolvió que era inconstitucional la prohibición que establecía un artículo transitorio de la Ley Federal de Telecomunicaciones para que los funcionarios que ya formaban parte de la Comisión Federal de Telecomunicaciones, fueran considerados como candidatos a seguir siéndolo en la nueva designación que se haría a partir de las reformas de 2006. Pero además, dictaminó que la atribución que esas reformas le concedían al Senado para vetar los nombramientos que el Presidente de la República hiciera para conformar la Cofetel también era contraria a la Constitución.

5. **Radiodifusoras indígenas.** Aquí no hubo cambio, pero 5 de los 9 ministros consideraron que la ley debería establecer mecanismos claros para que se cumpla el derecho constitucional de las comunidades indígenas a tener acceso a concesiones o permisos de radio y televisión. Esa propuesta, resultado del dictamen presentado por el ministro Salvador Aguirre Anguiano y no de la demanda de inconstitucionalidad de los 47 ahora ex senadores, no alcanzó los votos necesarios para propiciar una modificación legal aunque tuvo consenso de la mayoría de los ministros que discutieron estos asuntos.



CONCLUSIONES

La Ley Televisa permitía la utilización de las frecuencias, originalmente concesionadas para radiodifusión, con propósitos más versátiles pero en beneficio de las empresas que ya disponían de esos segmentos del espectro radioeléctrico. Aquella contrarreforma no propiciaba la convergencia tecnológica –es decir, la posibilidad de difundir contenidos audiovisuales, de telefonía e Internet gracias a la digitalización en la emisión y recepción de tales mensajes–; lo que auspiciaba era un empleo restringido y privatizado de tales espacios. Lo que hace falta ahora es intensificar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones, pero de tal manera que se diversifiquen las opciones de y para la sociedad.

La nueva legislación y las políticas del Estado respecto de las telecomunicaciones, tendrán que propiciar la utilización de las bandas de radiocomunicación para difundir más canales de televisión y no solamente los mismos que tenemos ahora como propiciaba la Ley Televisa y como estableció el Acuerdo para la televisión digital terrestre que expidió la Secretaría de Comunicaciones y Transportes el 2 de julio de 2004. En ese documento, además de refrendar todas las concesiones de televisión privada hasta 2021, el gobierno del presidente Vicente Fox resolvió que el futuro de la televisión mexicana tendría que descansar en la televisión digital de alta definición.

Si el Estado resuelve seguir las reflexiones que varios de los ministros expresaron en la Corte, el tránsito a la televisión digital podrá significar más canales y no solamente mejor imagen para los que ya existen.

Las decisiones de la Corte confirman la importancia que tiene el espectro radioeléctrico, es decir, la porción del espacio aéreo por donde se propagan las señales de radiodifusión.

Nunca como ahora el espacio radioeléctrico se ha convertido en motivo de intensas disputas no solamente porque la televisión abierta sigue teniendo un enorme valor comercial, cultural y político en todo el mundo. Además, el futuro de las nuevas formas de comunicación que se desenvuelven en y en torno a Internet y a la telefonía celular, se sustenta en la irradiación de señales de manera inalámbrica, precisamente en frecuencias del espectro radioeléctrico, como las que la Ley Televisa asignaba casi exclusivamente a las grandes corporaciones mediáticas.



Antes de la ley Televisa y aún durante el proceso de su aprobación legislativa, los dos consorcios de la televisión disfrutaron de una impunidad política que les permitía amagar a los partidos, extorsionar a sus legisladores, amenazar a empresarios y periodistas que no se sometían a sus determinaciones y lucrar así, mercantil y políticamente, sin dificultades significativas.

Al modelo excluyente que postularon las televisoras y que beneficia también a Telmex en el campo de la telefonía y sus aplicaciones, es preciso acotarlo con leyes y reglamentos capaces de propiciar la competencia, el contraste y la pluralidad tanto en los contenidos de los medios, como en los usos tecnológicos que los ciudadanos puedan y quieran hacer de los nuevos recursos comunicacionales. Pero además hay una gran variedad de iniciativas que la sociedad puede cumplir independientemente de la responsabilidad que los legisladores asuman en estos temas.

Las nuevas realidades de la sociedad, así como el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, requieren de una normatividad que propicie la convergencia de medios, la interactividad de los usuarios, la versatilidad de los servicios que se les ofrecen y, especialmente, la flexibilidad tanto para el desarrollo de esas tecnologías como en la apropiación que la gente hace de ellas.



BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO HERRERA, Juan Francisco, *Régimen jurídico del servidor público*. México, Porrúa, 2ª. Ed. 1981.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*. México. UNAM, 1ª. Ed. 1981.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*. México. Porrúa, 31ª. Ed. 1992.
- MARCHAN, Jaime, *Derecho internacional del espacio*. Teoría y política. Civitas. Madrid, 1990.
- MÁRQUEZ, Daniel, *Función jurídica de control de la administración pública*. México. UNAM-IIIJ, 1ª. Ed. 2002.
- ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, José Luis. *Derecho Espacial*. 2da edición. Porrúa. Universidad Autónoma de México.

LEGISLATIVA Y JURISDICCIONAL

- 1.- Ley Federal de Telecomunicaciones.
- 2.- Ley Federal de Radio y Televisión.
- 3.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 4.- Reglamento Interno de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
- 5.- Reglamento de la Comisión Federal de Telecomunicaciones.
- 6.- Decreto por el que se crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones.
- 7.- Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión 159/2003.
- 8.- Sentencia relativa a la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006 promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, en contra del propio Congreso y del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, así como los votos formulados por el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel.



9.- Decreto por el que se derogan y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión. 30 de marzo de 2006.

10.- Acuerdo por el que se adopta el estándar tecnológico de televisión digital terrestre y se establece la política para la transición a la televisión digital terrestre en México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de julio de 2004.

11.- Acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de octubre de 2000, mediante el cual se establecen obligaciones para los concesionarios y permisionarios de radio y televisión relacionadas con las tecnologías digitales para la radiodifusión.

CIBERGRAFÍA

1.- es.wikipedia.org/wiki/Ley_Televisa

2.- mediocracia.wordpress.com/category/ley-televisa/

3.- observatoriomediosuia3.wordpress.com/.../la-ley-televisa-y-la-lucha-por-el-poder-en-mexico/ - En caché

4.- noalaleytelevisa.blogspot.com

5.- www.ocho cuartos.com/archivo/2006/03/24/polaca/ ("í- ley-televisa.php)

6.- Otras páginas de Internet relacionadas con la "Ley Televisa."



LA EXPLICACIÓN DE LA FECHA DEL BICENTENARIO ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL MÉXICO Y LA DOCTRINA *UTI POSSIDETIS*

Dr. Juan de Dios Gutiérrez Baylón

Dr. en Derecho y Profesor de Derecho Internacional
en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de
Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México

ABSTRACT: La doctrina del *uti possidetis* se desarrolló en el derecho internacional regional de la América Latina como consecuencia de los problemas contenciosos territoriales que surgieron principalmente entre los Estados sucesores de España y Portugal en materia de delimitación fronteriza durante los albores del siglo diecinueve y con proyección al presente siglo en otras regiones del mundo. La cláusula *uti possidetis* significa “la preferencia a favor del poseedor de mantener consigo el bien en caso de una eventual controversia sobre la titularidad del respectivo derecho real”. La institución del *uti possidetis iuris* se encuentra en la base de la formación del actual Estado mexicano. Sirvió como instrumento para que el nuevo Estado nacional reclamase para sí todos los espacios que su predecesor había ocupado de manera efectiva o en su caso, respecto del cual hubiese ejercido influencia preponderante, lo que incluiría posesiones insulares anexas. Es esta la razón y no ninguna otra de carácter caprichoso, por la cual la independencia nacional se ha reconocido por el derecho internacional desde el año de 1810.

SUMARIO: I. LOS HISTORIADORES Y LOS JURISTAS. II. 1810 Y LA DOCTRINA DEL *UTI POSSIDETIS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL. III. 1810 Y LA FORMACIÓN DEL ESTADO MEXICANO.

I. LOS HISTORIADORES Y LOS JURISTAS

Durante doscientos años, escolares y legos en México siempre han terminado por preguntarse sin obtener una respuesta satisfactoria: ¿por qué festejamos la fecha de 1810 si nuestra asunción de soberanía es hasta 1821? A esta duda se agrega el hecho de que de manera recurrente los historiadores muestran la proclividad a menospreciar los factores jurídicos en los procesos históricos. Pero en esta ocasión la explicación histórica está fuertemente trabada con el derecho internacional decimonónico y con los albores del derecho interamericano.

Con cierto provincialismo, los historiadores mexicanos ante la imposibilidad de explicarse la ruptura entre el movimiento insurgente de Hidalgo, la *paz romana* que



sobrevino¹ y el proceso de consumación de 1821, se esfuerzan en vincularlos ya sea a la variabilidad de las capacidades militares rebeldes, al retorno al poder en España del afrancesado Fernando VII, al Pronunciamiento de Riego o a una nueva cartografía de poder en el interior de la Nueva España, pero el hecho principal, el más contundente en las relaciones internacionales durante este interregno que lo es el nuevo equilibrio de poderes determinados por el Congreso de Viena de 1815, ese sigue siendo puesto de lado por los eruditos investigadores del pasado. Tras el nuevo orden vienés, la amenaza francesa queda desarticulada al tiempo que la disminuida efectividad española en América y la deteriorada lealtad a su monarca hacen todavía más endeble el vínculo colonial. El Congreso de Viena de 1815 se encuentra entre la idealizada gesta de Dolores y el éxito del movimiento Trigarante. Es la causa de este último y lo explica. Referirnos al movimiento de 1810 o al de 1808 o a cualquier otro acontecimiento coetáneo,² daría históricamente igual al no ser la causa eficiente de la conformación del nuevo Estado nacional.³ La consumación de la independencia se vincula más a la puesta fuera del derecho internacional de Napoleón y sus secuaces que al heroico periplo del Padre de la Patria por el bajío mexicano. El interregno entre 1810 y 1821 es un trasunto del Congreso de Viena de 1815. Entre Hidalgo e Iturbide se yergue la Santa Alianza.

El fenómeno del largo proceso de insurgencia tiene desde explicaciones etnoculturales⁴ hasta políticas. Privilegiar el relato del episodio de insurgencia de don Miguel Hidalgo en 1810 en detrimento del alternativo que sería la entrada en 1821 del Ejército Trigarante a la Ciudad de México, como fecha fundacional del Estado nacional, tiene algunos alcances puramente ideológicos. Sin embargo, lo cierto es que para el derecho internacional es que el punto de reconocimiento de la soberanía nacional lo es el año de 1810 y eso es una realidad. Si históricamente no lo fuese, jurídicamente sí. Lo que a los historiadores y a los profesores de educación primaria les resulta un rompecabezas insuperable, para los juristas es una más de nuestras construcciones con un sentido práctico palmario.

México como nuevo Estado nacional tuvo que adherirse a la ficción jurídica de la doctrina interamericana del *uti possidetis*, y con ello adoptar el año de 1810.

1 Cfr. Alan Knight, *Mexico. The Colonial Era*, Cambridge University Press, 2002, p. 312.

2 Como podría haberlo sido la *Declaración de la Independencia de la América septentrional*, dada en Chilpancingo el 6 de noviembre de 1813. (En donde por cierto, en la exposición de motivos del Congreso Insurgente sobre la mencionada Declaración, se comienza invocando el mítico año de 1810).

3 "En dépit de la défaite de l'Espagne métropolitaine et de sa ruine en 1808, et malgré la guerre civile qui ravagea la péninsule ibérique entre 1808 et 1814, l'Etat viceroyal ne s'effondra pas durant la période 1810-1820." Brian R. Hamnett. *Histoire du Mexique*, Perrin, Paris 2009, p. 140.

4 Cfr. Eric Van Young, *La Otra Rebelión. La lucha por la independencia de México, 1810-1821*, FCE, México, 2006, p. 869.



II. 1810 Y LA DOCTRINA DEL *UTI POSSIDETIS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En pocas ocasiones en las investigaciones historiográficas de los Estados latinoamericanos se ha profundizado suficientemente en torno a la persistente fijación del año de 1810 como punto de partida del nacimiento de dichos Estados nacionales, pese al hecho de que tales miembros de la comunidad internacional lograron eficazmente dicha categoría en la mayor de las veces hasta una década después. Lo anterior se debe a un problema propio del derecho internacional, específicamente originario del derecho interamericano. El caso de la formación del Estado mexicano es paradigmático respecto del fenómeno arriba descrito.

La doctrina del *uti possidetis* se desarrolló en el derecho internacional regional de la América Latina como consecuencia de los problemas contenciosos territoriales que surgieron principalmente entre los Estados sucesores de España y Portugal en materia de delimitación fronteriza durante los albores del siglo diecinueve y con proyección al presente siglo en otras regiones del mundo⁵, incluso la Corte Internacional de Justicia

⁵ En particular en el África subsahariana así como en la ex-Yugoslavia. En estas regiones la fórmula del *uti possidetis* ha sido en algunos casos irracionalmente extrapolada, dado que no se surte la hipótesis hispano lusitana de la existencia previa de fronteras internacionales que son heredadas a los Estados nacionales sucesores. En sentido similar véase: Steven R. Ratner, "Drawing a Better Line: *Uti Possidetis* and the Borders of New States," *American Journal of International Law*, vol. 90, no. 4, October 1996, pp. 590-624. Cfr. *Delimitation of Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal, Decision of 31 July 1989, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, p. 146. En lo que concierne a América del Sur, la doctrina *uti possidetis* 1810 ha sido evocada varias veces en el siglo veinte. De esta suerte, en la controversia de fronteras entre Colombia y Venezuela, la doctrina es nuevamente explicada: "Ces territoires, bien que non occupés en fait, étaient d'un commun accord considérés comme occupés en droit, dès la première heure, par la nouvelle République. Des empiétements et des tentatives de colonisation intempestives de l'autre côté de la frontière, comme aussi les occupations de fait, devenaient sans portée ou sans conséquences en droit. Ce principe avait aussi l'avantage de supprimer, on l'espérait, les contestations de limites entre les nouveaux États. Enfin, ce principe excluait les tentatives d'États colonisateurs européens sur des territoires qu'ils auraient pu chercher à proclamer *res nullius*." *Affaire des frontières Colombo-Vénézuéliennes, Sentence arbitrale du 24 mars 1922, Reports of International Arbitral Awards, Volume I, United Nations*, p. 228. 10. As the Court understands the matter, the doctrine has twomain aspects. First, all territory in Spanish-America, however remote or inhospitable, is deemed to have been part of one of the former administrative divisions of Spanish colonial rule (vice-royalties, captainciesgeneral, etc.). Hence there is no territory in Spanish-America that has the status of *res nullius* open to an acquisition of title by occupation. *Secondly*, the title to any given locality is deemed to have become automatically vested in whatever Spanish-American State inherited or took over the former Spanish administrative division in which the locality concerned was situated (*uti possidetis, ita possideatis*, —the full formula). Looked at in another way, *uti possidetis* was a convenient method of establishing the boundaries of the young Spanish-American States on the same basis as those of the old Spanish administrative divisions, except that the latter were themselves often uncertain or illdefined or, in the less accessible regions, not factually established at all, -or again underwent various changes." *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel, Decision of 18 February 1977, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXI, pp. 81- 82.



(en sala) ha extrapolado la doctrina *uti possidetis juris* 1961 en la descolonización africana.⁶

La función de la doctrina en sus dos principales vertientes ha sido la de establecer de manera coherente los criterios de atribución de los espacios terrestres, ya sea en función a consideraciones de efectividad en la posesión, como en su caso, a estimaciones cartográficas puramente formales.

De acuerdo a los principios del derecho intertemporal que dan sustento a las distintas posiciones en torno al *uti possidetis*, la adjudicación de espacios terrestres en el derecho internacional decimonónico permitía que ésta se realizara mediante las fórmulas del descubrimiento, la ocupación o la conquista. Son justamente estos medios de apropiación de los territorios internacionales lo que polarizó las posiciones entre los nuevos Estados de ascendencia hispánica, respecto al único pero muy importante Estado de origen lusitano en Sudamérica: el Brasil.

Un repaso a los antecedentes históricos que dan origen a la contienda nos permiten remontarnos a las famosas *Bulas alejandrinas de Partición* dictadas por el Papa Alejandro VI en el año de 1493, esto es, antes del descubrimiento mismo de los espacios continentales de lo que alguien bautizaría arbitrariamente como América.⁷ De acuerdo con la doctrina, la delimitación borgiana se refería de manera exclusiva a la atribución de las islas respecto de las cuales el vicario de Cristo guardaba un derecho

⁶ "The Chamber will first ascertain, by application of the principle of *uti possidetis juris*, what the course of the intercolonial boundary was at the critical dates of independence in August 1960. Only then is it required, if necessary, to consider the documents of 1973 and 1974 relied on by Benin in order to determine whether they could validly have produced legal effects capable of affecting the course of the international boundary as previously defined, that is to say the boundary resulting from the *uti possidetis* of 1960." *Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment of July 12, 2005, I.C.J. Reports 2005, parágrafo 127*, p. 143. Ver también los párrafos: 46, 71, 140 y 141.

⁷ En este sentido son las conclusiones del profesor Luis Weckmann: "Las *Bulas alejandrinas de Partición*, de 1493, constituyen una de las últimas aplicaciones prácticas de una vieja y extraña teoría jurídica, elaborada explícitamente en la corte pontificia a fines del siglo XI, enunciada por primera vez en el año 1091 por el papa Urbano II (pero que quizá traza su paternidad a Gregorio VII) y conforme a la cual *todas las islas* pertenecen a la especial jurisdicción de San Pedro y de sus sucesores, los pontífices romanos, quienes pueden libremente disponer de ellas. Esta teoría a la cual me referiré consistentemente bajo el nombre de *doctrina omni-insular* es, sin duda alguna, una de las elaboraciones más originales y curiosas del derecho público medieval." (Énfasis en el texto original). *Constantino el Grande y Cristóbal Colón. Estudio sobre la supremacía papal sobre islas, 1091-1493*. FCE, México, 1992, p. 24.



real indiscutible según el derecho internacional medieval de conformidad con la *doctrina omni insular*. En este sentido debe quedar subrayadamente asentado que de conformidad con las facultades que contaba el Papa para emitir su resolución y dar fin al diferendo entre peninsulares, eran exclusivamente para la repartición de islas.⁸ Para algunos las bulas de Alejandro VI tenían el carácter de laudo arbitral.⁹

Poco tiempo más tarde, (Tordesillas 7 de junio de 1494), el propio Alejandro VI dictó una nueva bula con el fin de corregir y precisar la anterior, quedando así definidos los espacios y las zonas de influencia de los dos principales Estados coloniales de la región latinoamericana. Pero de manera paulatina se sentaron las bases del conflicto fronterizo sudamericano y de manera concomitante las bases de la doctrina del *uti possidetis* con sus dos principales ramificaciones escolares: la doctrina *uti possidetis iuris* o 1810 y la doctrina *uti possidetis de facto*.

⁸ En este sentido resulta lógico el hecho de que para el año de 1510 aproximadamente, el doctor Juan López de Palacios Rubios habla aún de "islas": "Al tratar de las *nuevas Islas*, recientemente descubiertas por Cristóbal Colón, parece necesario anticipar ciertas consideraciones acerca de su situación, habitantes y costumbres, para que se tenga alguna noticia, de lo que, Dios mediante, me he propuesto tratar." (Énfasis añadido) *De las Islas del mar Océano*, FCE, México 1954, p. 6. En la jurisprudencia internacional la doctrina *uti possidetis* en materia insular aparece de manera temprana: "Considérant qu'à son tour le Vénézuéla fonde principalement son droit sur celui qu'avait l'Espagne avant la constitution de cette République comme État indépendant et que, s'il résulte bien que l'Espagne n'a pas matériellement occupé le territoire de l'île d'Aves, il est indubitable qu'il lui appartenait comme faisant partie des Indes Occidentales qui étaient sous la domination [*dominio*] des rois d'Espagne, conformément à la loi 1, titre V, livre I, de la *Recopilación* des Indes.

"Considérant que l'île d'Aves a dû faire partie du territoire compris dans le ressort du tribunal de Caracas, lorsque ce tribunal fut créé le 13 juin 1786 et qu'en devenant nation indépendante, le Vénézuéla se constitua sur le territoire de la capitainerie générale du même nom, en déclarant, après coup, en vigueur dans le nouvel État toutes les dispositions adoptées par le gouvernement espagnol jusqu'en 1808, par quoi il put considérer l'île d'Aves comme partie de la province espagnole de Vénézuéla; (...)". *Sentence arbitrale relative à la question élevée entre le Vénézuéla et le Royaume des Pays-Bas, de la domination et de la souveraineté de l'île d'Aves, Décision du 30 juin 1865, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVIII, p. 122. Posteriormente: *Cfr. Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Reports 1992*, pp. 558-559; *Kasikili/Sedudu Island, (Botswana/Namibia), I.C.J. Judgment, 13 December 1999, Reports 1999*, para. 71-75.

⁹ "El examen de los documentos comprueba que la sentencia arbitral no existió. Las bulas de Alejandro VI se expidieron sin conocimiento ni citación de los portugueses y el litigio entre las dos Coronas continuó mucho tiempo después de las bulas." Silvio A. Zavala. *Las instituciones jurídicas de la conquista de América*, Porrúa, México 1971 p. 33.



La línea de Tordesillas o *meridiano de demarcación* ya contenía en su esquema de delimitación un problema grave. Si el punto de referencia habría de serlo el ubicado a 370 leguas marinas a partir de las islas de Cabo Verde, cuál de todas ellas debería considerarse el punto de partida. Cabo Verde es un conjunto archipelágico bastante extendido, por lo que si se considera la isla de San Antonio o en su caso la isla de San Nicolás, tendremos resultados de suyo distintos. Al margen de lo anterior, el meridiano de Tordesillas debería quedar situado aproximadamente entre los 48 ° y los 50 ° grados longitud oeste de París, como referencia correctora. En este orden de ideas, cualquier indefinición en la línea de demarcación se proyectaría en los espacios continentales (en principio insulares) luso-hispanos, de tal manera que los Estados nacionales sucesores heredarían la polémica.

Los tratados de Madrid del 13 de enero de 1750 y de San Ildefonso de septiembre de 1777, (éste último sería uno de los apoyos de la doctrina *uti possidetis* 1810), pretendieron infructuosamente detener el avance portugués en la región. El Tratado de San Ildefonso habría de servir de base de las reclamaciones de los sucesores de España en la región latinoamericana.

A) La doctrina *uti possidetis iuris* o 1810

La doctrina objeto de nuestro estudio en el derecho internacional toma como referencia doctrinal la distinción que los jurisconsultos romanos¹⁰ hicieron respecto de

¹⁰ En palabras del propio Gayo: "148. Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controuersia est, et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt VTI POSSIDETIS et VTRVBI uero de rerum mobilium possessione. 150 Nam et siquidem de fundo uel aedibus interdicitur, eum potius esse praetor iubet qui eo tempore quo interdictum redditur nec ui nec clam nec precario ab aduersario possideat; si uero de re mobili, eum potius esse iubet qui maiore parte eius anni nec ui nec clam nec precario ab aduersario possidet; idque satis ipsis uerbis interdictorum significatur."

Y más adelante el propio Gayo distingue: "160 Duplicia sunt ueluti VTI POSSIDETIS interdictum et VTRVBI. Ideo autem duplicia uocantur quod par utriusque litigatoris in his condicio est nec quisquam praecipue reus uel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet; quippe praetor pari sermone cum utroque loquitur; nam summa conceptio eorum interdictorum haec est: vti nunc possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto; item alterius: vtrvbi hic homo de quo agitur apud quem maiores partes huius anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto."

cfr. GAIUS, *Institutes*, Société d'édition "Les belles lettres", Paris 1979, páginas 176, 178 y 179. *Fragmenta Vaticana*, 90. Sobre sus alcances, cfr. Pacchioni, Giovanni, *Manuale di Diritto Romano*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1935, pp. 323-324; Monier, Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, tome I, Éditions Domat Montchrestien, Paris 1947, p. 394; Talamanca, Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Milano 1990, p. 497; Guarino, Antonio, *Diritto Privato Romano*, Editore Jovene Napoli, Dodicesima Edizione, Napoli, 2001, p. 509; Marrone, Mateo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Palumbo, Palermo 2006, p. 385.



la procedibilidad de sendos interdictos en materia de posesión, esto es, el *uti utrubi* (respecto de bienes muebles), así como del *uti possidetis* (para bienes inmuebles). En rigor, la institución jurídica internacional sólo recoge de su homóloga latina lo relativo a la preferencia a favor del poseedor de mantener consigo el bien en caso de una eventual controversia sobre la titularidad del respectivo derecho real.¹¹

De acuerdo con los Estados sucesores de España en el continente americano¹², las nuevas fronteras internacionales deberían obedecer a los límites realizados convencional o arbitrariamente entre las potencias predecesoras, estándose en todos sus términos a la letra de tales instrumentos internacionales. En lo concerniente a las nuevas fronteras entre los propios Estados de ascendencia hispánica, el criterio delimitador debería serlo el propio derecho administrativo colonial español,¹³ con todos los problemas de sobre posición de instituciones descentralizadoras borbónicas respecto de las figuras coloniales de los austrias. Sobre el particular debemos reconocer

¹¹ En opinión del profesor Raymond Monier: "Dans ces interdits conservatoires, le magistrat prescrit de ne rien entreprendre contre l'état actuel des choses; ce sont, d'une part, l'interdit *uti possidetis* et, d'autre part, l'interdit *utrubi*."

"a) L'interdit *uti possidetis* protège la possession des fonds de terre et des maisons: il a, primitivement, pour but de faire trancher la question de savoir quel est celui des deux plaideurs qui est le véritable possesseur, en particulier en vue de déterminer qui jouera ultérieurement le rôle de défendeur dans un procès en revendication relatif à la même chose (D.43,17, fr. 3, Gaius, IV, 148); mais rapidement, grâce à l'insertion dans la formule, d'une clause relative aux vices de la possession, cet interdit a permis de recouvrer une possession perdue par la violence, clandestinement, ou a titre précaire (D. 43, 17, fr. 1, 5 et 9); finalement, l'interdit *uti possidetis* peut être intenté, en cas de simple trouble possessoire (D. 43, 17, fr. 3, 2-5).

"b) L'interdit *utrubi*, accordé d'abord pour les esclaves, puis étendu à toutes les choses mobilières, ne protège pas nécessairement le possesseur actuel: le plaideur qui triomphe, est celui qui a possédé le plus longtemps l'objet litigieux dans l'année qui précède la délivrance de l'interdit: par exemple, le propriétaire d'un esclave fugitif tombé depuis trois ou quatre mois en la possession d'une autre personne. Justinien, assimilant l'interdit *utrubi* à l'interdit *uti possidetis*, décida qu'il ne protégerait plus désormais que celui qui était effectivement en possession, au moment de la délivrance de l'interdit (D. 43, 31, fr. 1, 1 *itp*; *Inst.* IV, 5, 4 a)." *Manuel élémentaire de droit romain*, tome I, Paris 1947, p. 394.

¹² El Imperio Mexicano, la Gran Colombia, las repúblicas del Perú, del Gran Chaco, Argentina, Bolivia y el singular Estado colchón del Uruguay.

¹³ "Même si cette conséquence est souvent traitée de manière implicite au sein des organisations internationales, le principe implique que le droit des peuples coloniaux à disposer d'eux-mêmes s'exerce dans le cadre des limites administratives fixées par la puissance administrante, ou des frontières coloniales. Dès lors que la succession d'États, dans le cadre de la décolonisation, s'est inscrite dans le cadre des dépendances coloniales, la règle est apparue comme un appui nécessaire à la souveraineté territoriale des nouveaux États." Nguyen, Quoch Dinh. *Droit international public*, L.G.D.J., Paris 1994, p. 462.



que si bien es cierto que la doctrina *uti possidetis* o 1810 resolvía de manera más que aceptable el problema de las fronteras internacionales heredadas de las potencias coloniales, dicha versión de la doctrina era completamente inútil para trazar las fronteras entre los propios Estados de antecedente hispánico.¹⁴

De acuerdo a la doctrina del *uti possidetis iuris*, el año de 1810 juega un papel fundamental como punto de referencia de la atribución territorial. El aspecto medular de la doctrina conviene en que las verdaderas fronteras hispano lusitanas eran aquellas que consensualmente habían pactado España y Portugal hasta el año en mención, sin

¹⁴ En palabras de la Corte Internacional de Justicia: "There are several different aspects to this principle, in its wellknow application in Spanish America. The first aspect, emphasized by the Latin genitive *juris*, is found in the pre-eminence accorded to legal title over effective possession as a basis of sovereignty. Its purpose, at the time of the achievement of independence by the former Spanish colonies of America, was to scotch any designs which non-American colonizing powers might have on regions which had been assigned by the former metropolitan State to one division or another, but which were still uninhabited or unexplored. However, there is more to the principle of *uti possidetis* than this particular aspect. The essence of the principle lies in its primary aim of securing respect for the territorial boundaries at the moment when independence is achieved. Such territorial boundaries might be no more than delimitations between different administrative divisions or colonies all subject to the same sovereign. In that case, the application of the principle of *uti possidetis* resulted in administrative boundaries being transformed into international frontiers in the full sense of the term. This is true both of the States which took shape in the regions of South America which were dependent on the Spanish Crown, and of the States Parties to the present case, which took shape within the vast territories of French West Africa. *Uti possidetis*, as a principle which upgraded former administrative delimitations, established during the colonial period, to international frontiers, is therefore a principle of a general kind which is logically connected with this form of decolonization wherever it occurs." *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports* 1986, p. 566. En el mismo sentido: "It should be recalled that when the principle of the *uti possidetis juris* is involved, the *jus* referred to is not international law but the constitutional or administrative law of the pre-independence sovereign, (...)" *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Reports* 1992, p. 559. "(...) it should not be overlooked that Spanish colonial divisions in Spanish america did not individually have any 'original' or 'historic' titles, as those concepts are understood in international law. The original title belonged exclusively to the Spanish crown, not the internal administrative subdivisions established by it; and it was equally the Spanish Crown which had sovereignty of the colonial territories." *Ibid.*, p. 565. "Since the time when they became independent States, Chile and Argentina sought to determine the boundaries of their respective territories in accordance with the 1810 rule of *uti possidetis*. For example, article 39 of the Treaty of Friendship, Trade and Navigation concluded between the Argentine Confederation and Chile on 30 August 1855 provides that both 'Contracting Parties recognize as the boundaries of their respective territories the boundaries which they held to be such at the time of their separation from Spanish rule in 1810 (...)'." *Boundary dispute between Argentina and Chile concerning the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy, Decision of 21 October 1994, Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXII, pp. 13-14.



que ningún avance territorial realizado por una potencia colonial respecto de la otra tuviese validez a título de efectividad en la ocupación. De esta suerte la accidentada geografía del Brasil hacia el occidente de la línea papal (particularmente en los confines amazónicos) no generaría derecho territorial alguno a favor del nuevo Estado nacional.

Esta doctrina fue fundamentalmente esgrimida por los actuales Estados sudamericanos. El Imperio Mexicano no se sirvió de dicha doctrina, toda vez que al norte ya existía un Estado nacional con respecto al cual España ya había intentado resolver por la vía convencional el problema limítrofe mediante el tratado *Adams Onís*, pues tal y como lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia, si la delimitación colonial resulta de un acuerdo internacional aceptado por los Estados descolonizados, el recurso al principio del *uti possidetis* no es necesario.¹⁵ No obstante lo anterior, el avance de los anglosajones había sido tan persistente y sus soluciones tan diferidas por el entonces atosigado Imperio español, que el nuevo Estado nacional sucesor poco podría hacer por dotar de estabilidad a la frontera pactada por el Estado predecesor.

Existe una razón adicional para esgrimir la doctrina *uti possidetis* 1810 por parte de los Estados americanos hispanoparlantes. Se trata de una fórmula por la cual cualquier ocupación realizada por una potencia extracontinental en alguno de dichos Estados quedaría anulada, en el interregno de 1810 en adelante, es decir hasta la época en que el nuevo Estado nacional contó con efectividad en todo su territorio. De acuerdo a esta ficción jurídica, la pérdida de presencia efectiva que España pudo haber tenido en su zona de influencia después del año de 1810 como secuela de las guerras napoleónicas, no convertía a tales territorios en *terra nullius* para el derecho internacional de la época (el cual permitía la adjudicación de tales espacios mediante una

¹⁵ "It will be evident from the preceding discussion that the dispute before the Court, whether described as a territorial dispute or a boundary dispute, is conclusively determined by a Treaty to which Libya is an original party and Chad a party in succession to France. The Court's conclusion that the Treaty contains an agreed boundary renders it unnecessary to consider the history of the 'Borderlands' claimed by Libya on the basis of title inherited from the indigenous people, the Senoussi Order, the Ottoman Empire and Italy. Moreover, in this case, it is Libya, an original party of the Treaty, rather than a successor State, that contests its resolution of the territorial or boundary question. Hence there is no need for the Court to explore matters which have been discussed at length before it such as the principle of *uti possidetis* and the applicability of the Declaration adopted by the Organization of African Unity at Cairo in 1964." *The Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya vs. Chad)*, Judgment of 3 February 1994, I.C.J. Reports 1994, p. 38.



simple declaratoria unilateral de apropiación), sino que los Estados sucesores retrotraían su presencia como soberanos a la fecha crítica de 1810, reclamando así todos los derechos y accesorios posibles del Estado predecesor.¹⁶

Adicionalmente, la doctrina *uti possidetis iuris* ha permitido a los nuevos Estados nacionales del continente americano de suyo vasto, la adjudicación a su favor de una serie de rincones que jamás fueron ocupados e incluso explorados, pero que caían cartográficamente dentro del ámbito territorial de la potencia colonial desaparecida. De esta guisa, nuevamente el año de 1810 permite elaborar un puente de efectividad entre los Estados predecesor y sucesor, sin dejar ningún vacío territorial susceptible de reclamaciones por parte de terceros Estados.

B) La doctrina *uti possidetis* de facto

La otra versión de la doctrina¹⁷ tiene un fundamento más directo en la noción del derecho romano de la posesión (ocupación) efectiva. En efecto, dado que tal y como

¹⁶ "(...) However, this principle, [*uti possidetis*] like any other, is not to be conceived in the absolute; it has always to be interpreted in the light of its function within the international legal order.

"At first sight, it may indeed seem paradoxical that peoples that have struggled for their independence should set so much store by their 'colonial heritage'. At the beginning, however, at the time when the Latin American countries were achieving independence, the principle of *uti possidetis* was formulated to serve a dual purpose: first, a defensive purpose towards the rest of the world, in the form of an outright denial that there was any land without a sovereign (or *terra nullius*) in the decolonized territories, even in unexplored areas or those beyond the control of the colonizers; secondly, a preventive purpose: to avoid or at least to minimize conflict occurring in the relationships among the successors, by freezing the carved-up territory in the format it exhibited at the moment of independence. "14. These two objectives therefore postulate the existence of a boundary, an impermeable territorial division, at the moment of independence. This hypothesis can only be factually verified in each case if a boundary is taken to mean a 'line' in the geometric sense of the word. Otherwise it will be the inevitable fate of the principle of *uti possidetis* to operate as a mere fiction that jars with reality." *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986, Separate Opinion of Judge Abi-Saab*, pp. 661 y 662

¹⁷ "(...) Il y a de l'*uti possidetis* plusieurs interprétations. Une première interprétation est donné dans la thèse brésilienne, d'après laquelle l'*uti possidetis* équivaut à la possession effective et actuelle au moment de la négociation du traité de délimitation. Une deuxième interprétation est donné par la thèse dite hispano-américaine, parce qu'elle a été opposé par certains pays voisins du Brésil à la thèse brésilienne. Suivant cette seconde thèse, l'*uti possidetis* est le droit à posséder attribué à une ancienne colonie par un acte du souverain espagnol, droit qui devait être en vigueur en 1810." Eusebio Ayala. "Le principe de l'*uti possidetis*' et le règlement des questions territoriales en Amérique"; *Revue de droit international*. Paris, 1931, T. VIII, . Num. 4, p. 442.



lo hemos narrado, durante el espacio de tres siglos Portugal avanzó en el territorio español en América del Sur¹⁸ más allá del meridiano de demarcación, la nueva potencia sucesora en la región arguyó de manera lógica que las fronteras por ella heredadas eran las que de hecho (*de facto*) heredó de Portugal. Según la tesis brasileña, el tratado de San Ildefonso de 1777, la cual fue el último acuerdo entre España y Portugal en materia de delimitación en América, habría quedado anulado por la guerra que sobrevino entre dichos países en 1801. Dicha convención no habría quedado renovada por la Paz de Badajoz de 6 de junio de 1801, pues ella no contenía ninguna cláusula expresa al respecto. En consecuencia, al momento de la Independencia, no existía ningún tratado válido entre España y Portugal sobre las cuestiones limítrofes. Ante la ausencia de normas convencionales Brasil invocó el *uti possidetis de facto*. En último de los rigores, la noción prístina de *uti possidetis* se hace valer con mayor contundencia por la diplomacia brasileña de la época.

C). El problema de la generación de fronteras a partir de la delimitación administrativa del Estado predecesor.

Las demarcaciones internas de la Nueva España¹⁹ no tenían otra función que las de servir como líneas de definición de diversas áreas de competencia administrativa o

¹⁸ "La attitude du Brésil dans les questions limitrophes présente une cohérence remarquable. Sauf un épisode exceptionnel dans sa relation avec le Paraguay, le Brésil soutint toujours une même thèse en matière de limites dans ses négociations diplomatiques et dans l'arbitrage avec l'Argentine." Julio A. Barberis, "La conception brésilienne de l'*uti possidetis*," *Liber Amicorum Mohammed Bedjaoui*, The Netherlands, 1999, p. 60.

En los inicios del siglo XIX, la América meridional que pertenecía a España comprendía cinco unidades coloniales autónomas: tres virreinos, Nueva Granada, Lima y Buenos Aires y dos Capitanías Generales, Venezuela y Chile.

¹⁹ Laudo del Rey de España:

"Whereas the Spanish provinces of Honduras and Nicaragua were gradually developing by historical evolution in such a manner as to be finally formed into two distinct administrations (*Intendencias*) under the Captaincy-General of Guatemala by virtue of the prescriptions of the Royal Regulations of Provincial Intendants of New Spain of 1786, which were applied to Guatemala and under whose régime they came as administered provinces till their emancipation from Spain in 1821; (...) "*I.C.J. Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)*, Reports 1960.



confesional, sin que ni en la más calenturienta de las mentes se previese como un fin ulterior su utilización para la delimitación de posibles venideros Estados nacionales.²⁰ Dado que tales ámbitos competenciales se vinculaban con las más diversas tareas (tributaria, penal, religiosa, militar), en también épocas distantes y bien diferenciadas, la pretensión de servirse de ellas como una frontera consolidada se viene por tierra en virtud de la unidad constitucional del Estado predecesor. En este orden de ideas, la deseada utilización del principio de *uti possidetis* tratándose de un sola potencia colonial sólo es posible a condición de que se reconozca que la utilización de cualesquiera de sus delimitaciones administrativas es arbitraria en orden al establecimiento de una frontera internacional. De esta guisa, considerar a los criterios de descentralización administrativa del Estado predecesor, tales como los virreinos, las capitanías generales, reinos o intendencias como un criterio de delimitación *per se* para lo que será la geometría del nuevo Estado nacional, es sólo una ilusión de fuerte influencia política.

Otro mito debe ser derribado en esta oportunidad: desde el siglo XIX hasta nuestros días, los teóricos del Estado han utilizado persistentemente el modelo norteamericano como el paradigma de un federalismo centrípeto, pues al decir de tales tratadistas, las trece colonias que más tarde se convertirían en la Unión Americana, renunciaron a sus respectivas soberanías en beneficio de una nueva y única soberanía del entonces naciente Estado federal.²¹ Esta tesis carece de fundamentos históricos y constitucionales, toda vez que las colonias americanas carecían de subjetividad jurídica interna-

²⁰ Sobre este punto véase: Josefina Zoraida Vázquez, "El siglo XVIII mexicano: de la modernización al descontento", en *Interpretaciones del siglo XVIII mexicano, el impacto de las reformas borbónicas*, editorial Nueva Imagen, México 1992, p. 15. También pueden consultarse las conclusiones de la profesora: Aurea Commons: "Antes de 1786 las jurisdicciones no afectaban a entidades ni se establecían como límites de estas entidades, sino como simples radios de jurisdicción civil o penal. La primera vez que la división territorial de la Nueva España confirió a las demarcaciones carácter propio, fue al año de 1786 con la implantación del sistema de intendencias, que dejaron establecida la base de los actuales estados de la República." *Las Intendencias de la Nueva España*, Universidad Nacional Autónoma de México 1993, p. 244; "En toda la legislación española de la época sólo se encuentran indicaciones escasas y muy poco claras acerca de la delimitación de los territorios de los ámbitos administrativos - civil, judicial, militar y fiscal -, que pudiera ayudar a clarificar la multiplicidad de designaciones." Pietschmann, Horst, *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias en Nueva España*, FCE, México 1996, p. 82. Cfr. Alan Knight, *Mexico. The Colonial Era*, Cambridge University Press, 2002, p. 250.

²¹ Este argumento también es válido para las trece colonias de los Estados Unidos, aun cuando Jellinek haya pretendido lo contrario, y una recurrente y mediatizada doctrina lo repita. Cfr. *Teoría General del Estado*, FCE, México 2004.



cional ya que formaban parte integrante del Imperio Británico. La soberanía a la que supuestamente renunciaron jamás existió, de la misma manera que las colonias españolas en América tampoco eran sujetos del derecho internacional de la época. En rigor, el proceso de integración federal ulterior a la independencia de las colonias inglesas no es tal, pues el fenómeno descrito corresponde de manera estricta a un proceso centrífugo de formación del Estado federal, similar al caso mexicano.

D) La llamada idea del *uti possidetis iuris* 1821

Sin antecedente alguno de cualquier índole, la Corte Internacional de Justicia deforma la doctrina *uti possidetis* 1810 en 1821, sin discernir el problema histórico y jurídico de sucesión de Estados que se da en ese interregno. La Corte comienza por darse cuenta que no es la misma teoría.²² Mientras doctrinaria y jurisprudencialmente el año de 1810 había sido el punto de partida de esa tesis, la Corte lo ignora y señala como fecha crítica para la sucesión en América Central el año de 1821 (primer error), ignorando al verdadero Estado predecesor en la región que no es España sino México (segundo error). De suyo el año de 1821 es un equívoco que vicia toda la decisión, pues carece de

²²"To apply this principle is not so easy when, as in Spanish Central America, there were administrative boundaries of different kinds or degrees; for example, besides 'provinces' (a term of which the meaning was different at different periods), there were *Alcaldías Mayores* and *Corregimientos* and later on, in the 18th century, *Intendencias*, as well as the territorial jurisdictions of a higher court (*audiencias*), *Captaincies-General* and *Vice-Royalties*; and indeed the territories which became El Salvador and Honduras were, before 1821, all part of the same larger administrative area, the *Captaincy-General* or *Kingdom of Guatemala*. Furthermore, the jurisdictions of general administrative bodies such as those referred to did not necessarily coincide in territorial scope with those of bodies possessing particular or special jurisdictions, e.g., military commands. Besides, in addition to the various civil territorial jurisdictions, general or special, there were the ecclesiastical jurisdictions, which were supposed to be followed in principle, pursuant to general legislation, by the territorial jurisdiction of the main civil administrative units in Spanish America; such adjustment often needed, however, a certain span of time within which to materialize. Fortunately, in the present case, insofar as the sectors of the land boundary are concerned, the Parties have indicated to which colonial administrative divisions they claim to have succeeded; the problem is to identify the areas, and their boundaries, which corresponded to these divisions, to be referred to herein, for the sake of simplicity, as 'provinces' which in 1821 became respectively El Salvador and Honduras, initially as constituent States of the Federal Republic of Central America. Moreover it has to be remembered that no question of international boundaries could ever have occurred to the minds of those servants of the Spanish Crown who established administrative boundaries; *uti possidetis iuris* is essentially a retrospective principle, investing as international boundaries administrative limits intended originally for quite other purposes." *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Reports 1992, pp. 387-388.



antecedentes históricos y jurisprudenciales, pero suponer que España es todavía el Estado predecesor para el año de 1821 es ya un atentado contra la lógica.²³

Es bien sabido que la independencia de la Capitanía General de Guatemala se produce históricamente de manera errática en tanto que tras su separación de España declara su anexión al Imperio Mexicano. La pérdida (aún temporalmente reducida) de la subjetividad jurídica internacional de Guatemala (que en la época incluye los departamentos de Costa Rica, El Salvador, Honduras y Nicaragua), conlleva a que los criterios útiles para la delimitación fronteriza internacional ulterior lo sean los derivados del derecho administrativo de la potencia predecesora (*i.e.* el Imperio Mexicano), por lo que resulta inconcuso que el derecho colonial español ya no tenía validez. En esta tesitura la Corte falló en la identificación del Estado predecesor y en la determinación del origen de los Estados predecesores. La aberración lógica puede ser descrita de la siguiente manera: si se toma como punto de partida 1821 quiere decir que el Estado predecesor no es España sino México, o bien, si se toma a España como Estado predecesor la fecha crítica debería ser el año de 1810 y aplicarse esta doctrina de la manera ortodoxa.

E) La doctrina *uti possidetis* en el derecho del mar contemporáneo

El eje tradicional de las discusiones siempre había estado en el ámbito de los contenciosos territoriales, descartándose la posibilidad de extender este método de atribución de espacios a los ámbitos marítimos. Las razones no eran en modo alguno caprichosas, sino sustentadas en sólidos principios del derecho internacional del mar que fácilmente entrarían en crisis al contacto con la mera posibilidad de esgrimir la tesis de que los mares abiertos y el alta mar fuesen heredables y peor todavía que pudiesen acarrear como accesorios a los espacios insulares, lo que ya en sí resultaba herético.²⁴

²³ "Ultimately, therefore, for the present 'land boundary dispute', the object and purpose of any *uti possidetis* juris determination cannot be other than to ascertain the 1821 administrative boundaries of the former Spanish colonial intendencias of El Salvador and of Honduras - administrative units introduced in the Captaincy-General of Guatemala in 1786 (...)" *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Separate Opinion of Torres Bernárdez, Reports 1992, p. 637. 17. El error histórico recurrente: "Before becoming independent in 1821, Nicaragua was a colonial province under the rule of Spain." *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment of 13 December 2007, I.C.J. Reports 2007, p.10; "Both Costa Rica and Nicaragua, which had been under Spanish colonial rule, became independent States in 1821." *The Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 13 July 2009, I.C.J. Reports 2009, n. 17.

²⁴ *Cfr. North Sea Continental Shelf Cases*, I.C.J. Judgment, Reports 1969, p. 51, para. 96.



Más aún, el principio medieval de la libertad de los mares y del libre tránsito de las embarcaciones automáticamente entraría en crisis.²⁵ En el caso específico de la Nueva España uno de los proyectos virreinales en el Golfo de México o *Seno Mexicano*, fue la de adjudicarse los espacios marítimos de la región en una abierta rivalidad con Francia e Inglaterra en el siglo XVII. Sin embargo, no conocemos de antecedentes sólidos de la adjudicación del Golfo de México o de cualquier otra zona en los mares circundantes.

La revolución en la materia la hizo estallar la Corte de Justicia Centroamericana, en la así llamada sentencia del *Golfo de Fonseca*²⁶ en el año de 1917. De acuerdo con esta Corte regional, el mencionado Golfo tenía el carácter de bahía histórica y constituía un mar cerrado, nociones éstas por completo ajenas al derecho internacional general contemporáneo. La idea de que tres Estados ribereños poseyesen derechos marítimos hereditarios y de exclusión absoluta hacia la comunidad internacional no dejaba de ser un regionalismo respecto del cual el derecho internacional general ya arreglaría cuentas después. Pero, dado lo continuado del conflicto, el precedente dictado por la Corte de Justicia Centroamericana determinó con gran fuerza la decisión de la Corte Internacional de Justicia en 1992, en donde el principio aludido obtendría su consagración y el origen de una polémica envenenada.²⁷ Los argumentos lógicos destruyen fácilmente la posición de la Corte: no hay manera de demostrar que España como Estado predecesor poseyese el control absoluto de las aguas en la zona considerada como

²⁵ "Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VIII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: (...) the principle of the freedom of maritime communication; (...)." *The Corfu Channel Case (Judgment of April 9th, 1949)*, I.C.J. Reports 1949, p. 22.

²⁶ "(...) evidentemente se deduce de los hechos constatados en los párrafos que preceden, que el Golfo de Fonseca pertenece a la categoría especial de Bahía histórica y es del dominio exclusivo de El Salvador, Honduras y Nicaragua; porque reúne todos los caracteres o condiciones que los expositores del Derecho de Gentes, los Institutos Internacionales y los precedentes han establecido sobre el carácter de las aguas territoriales; esto es, una posesión secular o inmemorial con *animo domini*, pacífica y continua y con aquiescencia de las demás naciones; (...)." *Corte de Justicia Centroamericana, Sentencia, 9 de marzo de 1917*, p. 137.

"(...) el carácter jurídico del Golfo de Fonseca, está subordinado a otras condiciones de capital importancia que las de una extensión más o menos grande de su capacidad y estrechez de entrada; y en tal sentido es que este Tribunal lo ha estimado como perteneciente a la categoría de *Bahía histórica* y con caracteres de *mar cerrado*, (...)" *Ibid.*, p. 140.

²⁷ "In sum, the concept of 'historic waters' has become practically a redundancy, (...)" *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Dissenting Opinion of Judge Oda, Reports 1992, p. 756.



bahía histórica,²⁸ ni que el derecho internacional general habilitara a ese país a legar los espacios marítimos regionales a voluntad, y hacerlos privativos de tres Estados.

Ciertamente la sentencia de 1992 no es la más sesuda ni afortunada de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia. Tanto el derecho del mar como el derecho interamericano son mal reconocidos y aplicados por una sala de la Corte de La Haya. La Corte llega a preguntarse si el principio *uti possidetis* es aplicable al mar al igual que a la tierra, (...) sin contestarse.²⁹

III. 1810 y la formación del Estado mexicano

La institución del *uti possidetis iuris* se encuentra en la base de la formación del actual Estado mexicano. Ciertamente en nuestro caso dicha doctrina no tuvo como función la delimitación territorial respecto de otro Estado sucesor tras un proceso de emancipación coetáneo como el ocurrido en América del sur. Pero, sirvió como instrumento para que el nuevo Estado nacional reclamase para sí todos los espacios que su predecesor había ocupado de manera efectiva o en su caso, respecto del cual hubiese ejercido influencia preponderante, lo que incluiría posesiones insulares anexas. Es esta la razón y no ninguna otra de carácter caprichoso, por la cual la independencia nacional se ha reconocido por el derecho internacional desde el año de 1810.

1810 es el referente jurídico e histórico de nuestro Bicentenario. Gracias a nuestras gestas y a la inteligente aplicación del principio *uti possidetis* el Estado mexicano tomó su lugar ante el derecho internacional. Hoy descubrimos que la grandeza de nuestro país tiene una importante raíz en el derecho de gentes y en su propia epopeya histórica. Con la conmemoración analítica de doscientos años de soberanía a partir de la declaratoria jurídico internacional de 1810 no se cierra un ciclo en la historia de México, sino que se abre la puerta hacia su futuro.

²⁸ Cfr. *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Dissenting Opinion of Judge Oda, Reports 1992, p. 753.

²⁹ "Accordingly, it is necessary to enquire into the legal situation of the waters of the Gulf in 1821 at the time of succession from Spain; for the principle of the *uti possidetis juris* should apply to the waters of the Gulf as well as to the land." *Land, Island and Maritime Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment of 11 September 1992, I.C.J., p. 589.



APLICACIÓN DEL PRINCIPIO "NON BIS IN ÍDEM" EN EL ÁMBITO FISCAL

Dr. José Ramón Morales Hernández¹

“(…) Nadie puede ser *revisado* dos veces por el mismo periodo *ni por la misma contribución*, ya sea que en el primer *procedimiento administrativo de fiscalización* se le absuelva o se le condene (…).”

ABSTRACT: “*Non bis in ídem*”, o “*Ne bis in ídem*” en latín significa “No dos veces hacia la misma Cosa”. Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Cuando existan en contra de la misma persona y por la misma conducta, por lo que una segunda orden de visita domiciliaria es inconstitucional por violar la garantía de seguridad jurídica consagrada en los artículos 23, 14 y 16 de la Carta Magna. El análisis de esta cláusula en todas sus vertientes en el ámbito fiscal y administrativo nos aporta criterios jurídicos aplicables en diferentes niveles de aplicación de las leyes administrativas.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I.- NON BIS IN ÍDEM, SUS ORÍGENES Y SURGIMIENTO EN MÉXICO. II.- NON BIS IN ÍDEM Y LA COSA JUZGADA EN LO PENAL Y CIVIL. III.- PUNTUALIZACIONES Y PRINCIPALES APORTES DE LO CIVIL Y PENAL A OTRAS RAMAS DEL DERECHO EN GENERAL Y ESPECIALMENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO. IV.- EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM, HASTA EL SIGLO XX, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y FISCAL. V.- FORMA ESPECIAL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y ESPECIALMENTE EN EL FISCAL. VI.- LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y AGRAVIOS QUE RESULTARON PROCEDENTES. VII.- EL NON BIS IN ÍDEM EN EL DERECHO COMPARADO. CONCLUSIONES.

¹ Realizó sus estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México; su Tesis con que obtuvo el Grado de Maestría en Derecho Fiscal fue premiada, con Mención Honorífica, en el Concurso Nacional que organiza el ahora denominado Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Profesor-Investigador y Catedrático en los Postgrados de Diversas Universidades (Autónomas de Aguascalientes, Coahuila, Nayarit, Tlaxcala, Querétaro, Yucatán, Zacatecas. Escuela Libre de Derecho de Puebla, Pue.; y, de la Universidad Nacional Autónoma de México). Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, A. C. y del Colegio Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Fiscal y Finanzas Públicas, A. C. Asesor fiscal, Abogado postulante.



INTRODUCCIÓN

Una revolución copernicana en materia fiscal ha iniciado porque el artículo 46, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación (CFF) vigente hasta 2006, que en suma autorizó la emisión de una segunda orden de vista domiciliaria, fue declarado inconstitucional por la H. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en sentencia de 12 de mayo de 2006 con precedente en 18 de noviembre de 2005 que no se publicaron en el Semanario Judicial de la Federación de los meses citados² y en las que se hace extensivo el principio de “*non bis in ídem*” (Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito -hecho-) para los procedimientos administrativos en que ha existido resolución definitiva ocasionándose, desde nuestro punto de vista, la concreción del mismo en el ámbito fiscal en la máxima que postulamos como:

“(…) Nadie puede ser **revisado** dos veces por el mismo **periodo ni por la misma contribución**, ya sea que en el primer **procedimiento administrativo de fiscalización** se le absuelva o se le condene (…)”

Con anterioridad, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había pronunciado en sentido totalmente contrario al sostenido por la Segunda Sala³ pero en sentencia del Amparo en Revisión 1162/2006 de fecha 23 de agosto de 2006⁴ cambia su postura, misma que es coincidente con la de la Segunda Sala; y, a la vez, ambas Salas retoman y aplican al procedimiento administrativo lo estipulado por el

² Los engroses del Amparo en revisión 726/2006. Ti Group Automotive Systems, S. de R. L. de C. V. 12 de mayo de 2006, así como del Amparo en revisión 1264/2005. Terracerías y Pavimentos de Fresnillo, S.A. de C.V. 18 de noviembre de 2005, los tomaremos de manera especial en el presente estudio y ambos han llegado a integrar el precedente de la Segunda Sala 2^a.III/2007, ahora consultable en la página 823 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV de Enero de 2007. Registro 173418.

³ Cfr. Amparo en revisión 915/2004. Air Routing International Corporation (Canadá). 25 de agosto de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Registro 179693.

⁴ Cfr.: Amparo en revisión 1162/2006. Exportadora Metálica, S.A. de C.V. 23 de agosto de 2006. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert. Registro 174043, cuyo rubro es: “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE FISCALIZACIÓN. EL ARTÍCULO 46, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE EN 2005, VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.



Pleno (P./J_ 84/97⁵) respecto a hacer extensiva la aplicación del Principio *non bis in ídem* consagrado en materia penal en el artículo 23 de la Carta Magna a las otras ramas del derecho (incluidas el administrativo y fiscal); ello, por aplicación del artículo 14 Constitucional.

En los umbrales del siglo XXI, la postura de la Suprema Corte de aplicar en forma especial el principio "*non bis in ídem*" al procedimiento administrativo de fiscalización tratándose de visitas domiciliarias, ocasiona más que una evolución, una revolución en materia administrativa y especialmente en materia fiscal; ya que, desde nuestro punto de vista, dado el especial contenido que la Corte le imprime al principio *non bis in ídem* al aplicarlo al procedimiento administrativo de fiscalización, se perfila la inconstitucionalidad de la segunda orden de los diversos actos de fiscalización listados en el artículo 42 del CFF, pues si una segunda orden de visita domiciliaria es inconstitucional por violar la garantía de seguridad jurídica consagrada en los artículos 23, 14 y 16 de la Carta Magna: donde existe la misma razón, rige la misma disposición; asimismo, la simultaneidad de los procedimientos de la misma naturaleza (Fracciones II y III de artículo 42 del CFF, por ejemplo) o su desarrollo conjunto o sucesivo, quedan ahora en entre dicho a la luz de los criterios jurisprudenciales.

Lo anterior es lo que sucintamente se describe en el presente trabajo; y, que se constituye hoy día, en una de las principales líneas de evolución del principio *non bis in ídem* y de evolución misma de la norma fiscal pues la jurisprudencia vendrá a depurar diversas inconstitucionalidades de los procedimientos administrativos de fiscalización y perfeccionar la norma. Dada su importancia se incluyen, condensados, los agravios o conceptos de violación que resultaron procedentes y son relevantes en el amparo indirecto, directo y/o Revisión procedentes.

⁵ Cfr.: Jurisprudencia P./J. 84/97, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en su Novena Época, Tomo VI, correspondiente al mes de noviembre de 1997, página 57, cuyo rubro es: "SENTENCIAS DE NULIDAD FISCAL PARA EFECTOS. EL ARTÍCULO 239, FRACCIÓN III, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, QUE LAS ESTABLECE, NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 23 CONSTITUCIONAL".



1. NON BIS IN ÍDEM, SUS ORÍGENES Y SURGIMIENTO EN MÉXICO

“*Non bis in ídem*”, o “*Ne bis in ídem*”⁶ en latín significa “No dos veces hacia la misma Cosa”⁷

1.1.- Orígenes.

En el antiguo derecho griego, *Platón* y *Demóstenes* citan diversos pasajes⁸ que recogen de alguna forma el significado de la máxima respecto a la que Quintiliano, a

⁶ El deseo de transformar la frase a estilo directo es lo que hace que, en ocasiones, se prefiera expresar esta regla como “*non bis in ídem*”. En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado la frase “*non bis in ídem*” corroborándose ello con diversas tesis que lo retoman siendo una de las tesis más antiguas de la 5ª. Época (Cfr: IUS, Registro 303628 de 18 de octubre de 1946) y reiterándose por la H. Primera Sala de la SCJN en IUS Registro 178479 de 16 de marzo de 2006. El legislador mexicano también, en el artículo 112 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal lo reconoce cuando dice: “ARTÍCULO 122 (*Non bis in ídem*). Nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene./ Cuando existan en contra de la misma persona y por la misma conducta:/I. Dos procedimientos distintos, se archivará o sobreseerá de oficio el que se haya iniciado en segundo término;/ II. Una sentencia y un procedimiento distinto, se archivará o se sobreseerá de oficio el procedimiento distinto; o/III. Dos sentencias, dictadas en procesos distintos, se hará la declaratoria de nulidad de la sentencia que corresponda al proceso que se inició en segundo término y se extinguirán sus efectos.” Doctrinarios Europeos como De León Villalba, Francisco Javier y E. Vervaele, John A. entre otros, utilizan la frase “*ne bis in ídem*”, incluso en el título mismo de sus obras, a pesar de que en la Unión Europea se utiliza el término “*non bis in ídem*” tanto en el Título del Capítulo 3 (Artículos 54 a 58) como en el Artículo 58 del Convenio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 (CAAS). EL Título del Capítulo 3 es “APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM”; el artículo 58 dice a su literalidad: “Artículo 58,- Las disposiciones anteriores no serán obstáculo para la aplicación de las disposiciones nacionales más extensivas relativas al efecto *non bis in ídem* vinculado a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.” En Países del nuevo continente, por influencia de España, también encontramos en la doctrina la utilización del *Ne bis in ídem*; como ejemplo podemos citar en Argentina a Mair, Julio B. J. *Derecho procesal penal I*. 2ª. ed, Buenos Aires, Editores del Puerto 2002, p. 596, nota 234, quien señala que “el carácter imperativo de este principio sólo queda expresado con el latinazgo *ne bis in ídem*.”

⁷ “*NON BIS IN ÍDEM*” Voz latina que significa no otra vez lo mismo. Significa, además el principio procesal que impide se vuelva a instruir un nuevo juicio sobre cosa que fuere ya juzgada en otra superior y diferente. Asimismo indica la imposibilidad de que se sancione dos veces por una misma infracción, Cfr: Díaz de León Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Editorial Porrúa 42ª. Edición. 2000. Pág. 1424.

La regla *non bis in ídem* aparece también formulada en el diccionario compilado por Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichw* [orter, Munich. 3ª. Ed. 1983, Citado por López Barja de Quiroga, Jacobo, (Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo), en “*El principio non bis in ídem*”, Dykinson, 2004. Nota 1, p. 14.

Wikipedia, la Enciclopedia libre, en locuciones latinas la clasifica como frase latina completa y señala al respecto: “*Non bis in ídem*: ‘No dos veces por lo mismo’ (no por la misma causa). Ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Locuciones_atinas#N, último acceso el 29 de marzo de 2010.

⁸ “No es posible que las leyes sirvan dos veces para uno mismo sobre la misma cuestión, ni que los procesos ni las decisiones judiciales ni las rendiciones de cuentas ni ninguna otra cosa se lleven a cabo de este modo.” Demóstenes, *In Leptinem*, 147, citado en http://sapiens.ya.com/aforismos1/aforismos_3_76_100.htm#Non_bis_consutada el 19 de abril de 2010.

finales del siglo I d. C., afirmaba: “suele también discutirse sobre a qué se refiere lo que está escrito, como en ‘que no tenga acción dos veces por la misma cosa’, es decir, si ‘dos veces’ se refiere al denunciante o a la acción, y todo esto está oscuro en la ley”.⁹

La literatura y doctrina atribuyen al derecho romano este principio general de derecho (podemos situarlo en una compilación de derecho romano posclásico, del siglo III d.C. (las *Sentencias de Paulo*)), y su posterior recepción por los canonistas, en los siglos XII y XIII.¹⁰ Posteriormente, lo encontramos en el Derecho Español con el Rey Alfonso X y Las Siete Partidas (Libro II, Título XIV. Leyes XII y XIII) así como, con el Derecho Inglés y Alemán al establecerse en el primero, el principio o aplicación de la cláusula *double jeopardy* o *doble juego*, y en el segundo, al establecer que *quién a otro acusa por una causa que ya antes había sido procesado y condenado, debe someterse a la mejora*.

En la Revolución Francesa¹¹ se da un primer cambio en el derecho positivo, al formularse la frase *non bis in ídem*, respecto de la cosa juzgada, la cual, sería repetida en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América y dentro de los derecho de los ciudadanos “*Bill of rights*”.¹²

⁹ Quintiliano *Institutiones Oratoriae* 7, 6, 4: “Solet et illud quaeri quo referatur quod scriptum est “Bis de eadem re ne sit actio” id est, hoc “bis” ad actorem an actionem. Haec ex iure obscure”. Citado por Lopez Barja de Quiroga, Jacobo, OP. Cit. . Capítulo I, Nota 4, página 12.

¹⁰ EL origen Romano y la influencia del derecho canónico en este principio la podemos encontrar en el derecho comparado y en sentencias del Siglo XXI como la que a continuación se cita y que señala: “Que, sea bajo la designación romano-canónica bis de eadem res ne sit actio o, abreviadamente, ne bis in ídem, o entendida como simple derivación de la máxima res judicata pro veritate habetur, dicha regla tiene vigencia universal en materia penal. Cfr: El recurso jerárquico planteado por el Dr. Ingeniero Bruno Cernuschi Frías contra la resolución N° 2753/04 del Consejo Directivo de la Facultad de Ingeniería del 26 de marzo de 2004, que dispuso su separación como Decano.”, en: <http://www.uba.ar/download/institucional/consejo/resoluciones/res3158.pdf>, consultada el 19 de abril de 2010.

¹¹ La Revolución Francesa la introdujo en el Art. 9 de la Sección III, Capítulo V, de la Constitución de 1791 (Todo hombre absuelto por un jurado no puede ser citado ni acusado en razón del mismo hecho).

¹² Al proyectar la V Enmienda James Madison previó que nadie sería sujeto a más de una condena o juicio por el mismo hecho, “salvo en casos de juicio político (impeachment)”. Esto lleva a afirmar que en el juicio político no resulta aplicable la regla *ne bis in ídem*. (“*Annals of Congress*” 434, June 8, 1789).

En los Estados Unidos de América dicha regla fue incorporada a la Constitución mediante la V Enmienda, en estos términos: “No se pondrá a ninguna persona dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito”.



1.2.- Surgimiento en México

En México, aparece en la Constitución de 1857 (Artículo 24.¹³ Su antecedente es el artículo 25¹⁴ del proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 16 de junio de 1856, a la que pueden señalarse como fuentes directas tanto la Constitución francesa de 1791 que prescribió: “todo hombre absuelto por un jurado legal, no puede ser perseguido ni acusado por razón del mismo hecho”, como, en cierto modo la enmienda V (*Bill of Rights* 1791)¹⁵ de la Constitución de los Estados Unidos de

¹³ “Art. 24. Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva ó se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia.” Cfr.: Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México, 1808-1995*, Porrúa, Decimonovena Edición Actualizada, México, 1995. p. 610.

¹⁴ “Art. 25.- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”, Cfr.: Tena Ramírez, Felipe, Op. Cit., p. 557.

¹⁵ La V Enmienda contempla lo que se ha dado en llamar el “*double jeopardy*” o “doble juego” íntimamente relacionado con el debido proceso y a la vez con el origen del *Non bis in ídem*. El Dr. Dino Carlos Caro Coria, Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú en su obra, “*El Principio de Ne bis in ídem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” señala al respecto, citando a San Martín Castro, César. (*Derecho procesal penal*. 2^a. ed. T. 1. Lima, Grijley 2003, p. 106): “Se ha relacionado el fundamento constitucional del *ne bis in ídem* procesal con la doctrina norteamericana del “*double jeopardy*” que se erige en la V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1791, según la cual “tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito”. Elocución a raíz de la cual se interpreta jurisprudencialmente que todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometido múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto, “si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso”.

Agrega, citando al efecto la obra de Witt, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales*. México, Gernika 1995, pp. 285ss. que la Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado que esta garantía protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por el mismo delito, con lo que en estricto el *double jeopardy* se relaciona tanto con el *ne bis in ídem* procesal como con el material. En el caso Green contra los Estados Unidos (1957) señaló que “La idea subyacente, de profundo arraigo por lo menos en el sistema anglo estadounidense de jurisprudencia, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aún siendo inocente, se le declare culpable”. Más específicamente, en el fallo de Carolina del Norte contra Pierce (1969), sostuvo “que la garantía de la Quinta Enmienda contra el doble proceso (...) se compone de tres protecciones constitucionales separadas. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de **una absolución**. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de **una condena**. Y protege **contra casos múltiples por la misma ofensa**”.



Norteamérica que, en lo conducente dice: “nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio que puede causarle la pérdida de la vida o de algún miembro (...)”, ya que como explica Edward S. Corwin, (*La Constitución Norteamericana y su actual significado*, página 189), la expresión “vida o algún miembro” viene a significar pérdida de la vida o de libertad.

2. NON BIS IN ÍDEM Y LA COSA JUZGADA

“Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva ó se le condene. Queda abolida la práctica de absolver de la instancia.” es la garantía de seguridad jurídica que se consagra en el Artículo 23 de la Carta Magna y que tiene su apoyo en el viejo principio del derecho romano del “*non bis in ídem*”. El trasfondo de esta garantía a nivel internacional, se concretó en la institución procesal que se denomina la “cosa juzgada”.¹⁶

¹⁶ Tenemos cosa juzgada cuando la sentencia no es recurrible porque: a.- por su naturaleza no es susceptible de recurso; b.- porque venció plazo para recurrirla; c.- porque interpuesto se abandona o se renuncia al recurso; o bien, porque se agotaron todos los recursos prescritos para su impugnación. Esto se desprende de los numerales del CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES que a continuación se citan:

“ARTÍCULO 356.- Causan ejecutoria las siguientes sentencias:

“I.- Las que no admitan ningún recurso;

“II.- Las que, admitiendo algún recurso, no fueren recurridas, o, habiéndolo sido, se haya declarado desierto el interpuesto, o haya desistido el recurrente de él, y;

“III.- Las consentidas expresamente por las partes, sus representantes legítimos o sus mandatarios con poder bastante.

“CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

“ARTÍCULO 357.- En los casos de las fracciones I y III del artículo anterior, las sentencias causan ejecutoria por ministerio de la ley; en los casos de la fracción II se requiere declaración judicial, la que será hecha a petición de parte. La declaración se hará por el tribunal de apelación, en la resolución que declare desierto el recurso. Si la sentencia no fuere recurrida, previa certificación de esta circunstancia por la Secretaría, la declaración la hará el tribunal que la haya pronunciado, y, en caso de desistimiento, será hecha por el tribunal ante el que se haya hecho valer. La declaración de que una sentencia ha causado ejecutoria no admite ningún recurso”.



2.1. COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL; EFECTO POSITIVO Y NEGATIVO DE ÉSTA ÚLTIMA

2.1.1 COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL

La doctrina moderna distingue dos especies de cosa juzgada, la formal y la material.

La primera está encaminada a operar exclusivamente en el proceso, pues consiste en la inimpugnabilidad de la sentencia en su certeza jurídica, en virtud de que con la realización de ciertos actos o con el transcurso de los términos se extingue el derecho que pudiera haberse ejercido para realizar determinados actos procesales.

En cambio la material, además de tener como base esa inimpugnabilidad de la sentencia dentro del proceso, su firmeza o inmutabilidad debe ser respetada fuera del proceso, o en cualquier otro procedimiento en que se pretenda promover exactamente el mismo litigio. Esto es, los efectos de la sentencia devienen definitivos y obligatorios para el juzgador en cualquier juicio en el que se pretendiera reiterar lo sentenciado, es decir, la sentencia al ser inimpugnable alcanza autoridad o fuerza de cosa juzgada en sentido formal o externo, pero si, además, resulta jurídicamente indiscutible el pronunciamiento judicial que el fallo contenga, entonces, adquiere fuerza de cosa juzgada en sentido material o interno. Luego, la primera es el presupuesto de la segunda y el significado de ambas puede condensarse así: la cosa juzgada formal es igual a inimpugnabilidad, mientras que la cosa juzgada material es igual a indiscutibilidad. Por lo general coinciden los dos sentidos de la cosa juzgada, pero no en todos los casos, ya que en algunos sólo se produce el primero.¹⁷

2.1.2 EFECTO DE COSA JUZGADA FORMAL

El efecto procesal por el que una sentencia deja de ser susceptible de recurso alguno; y por tanto, se hace inimpugnable dentro de la propia órbita procesal en que se dictó, se denomina efecto de cosa juzgada formal. Es una manifestación más del principio de preclusión procesal. “Cosa juzgada”, (...) es la máxima expresión de la preclusión” señala el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁸

¹⁷ Cfr.: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIX, Junio de 2004 Tesis; XVII.20. C. T.12 K, p. 1427 Materia: Común, Tesis aislada, Registro: 181,353.

¹⁸ Cfr.: Novena Época Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXI, Abril de 2005, Tesis: P. XI/2005, p. 5, Materia: Común Tesis aislada, Registro: 178,613.



2.1.3 EFECTO DE COSA JUZGADA MATERIAL

La seriedad de la cosa juzgada reclama también que su eficacia se mantenga, no sólo en la propia órbita procesal en que se dictó la sentencia que alcanza firmeza, sino que ésta sea reconocida en cualquier ámbito jurídico y resulte también inimpugnable en cualquier otro proceso que se pudiera plantear de nuevo en el futuro; esta especial eficacia es la que se llama efecto de cosa juzgada material, que siempre requiere previamente de la cosa juzgada formal. Esta cosa juzgada material se descompone, a su vez, en una duplicidad de efectos: unos de tipo positivo, otro negativo.

2.1.4 EFECTOS NEGATIVO Y POSITIVO DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

Al respecto coincidimos con Zúñiga Urbina, Francisco,¹⁹ quien, citando a Fairén Guillén²⁰, señala que la cosa juzgada dota a la sentencia de “inimpugnabilidad” en el mismo proceso, y por lo tanto, es una fase desarrollada de la preclusión (cosa juzgada formal). También la cosa juzgada tiene un efecto fuera del proceso, “al exterior”, es la “vinculación” que produce en otro proceso (en palabras de Fairén Guillén) la parte dispositiva de la primera sentencia: es la exclusión - teórica - de la posibilidad de volver a tratar y a decidir sobre el mismo asunto con firmeza (“efecto negativo de la cosa juzgada”) y en su caso, si el segundo proceso igual se produjere, condicionado por el primero de modo inexcusable, la segunda sentencia deberá ser acorde con la primera (“efecto positivo”); a esta “vinculación” se le denomina cosa juzgada material.

En México supuestas las identidades clásicas de partes, de cosa u objeto y de causa de pedir o hecho generador del derecho ejercitado, del pronunciamiento de derecho emana la autoridad de cosa juzgada formal, que hace irrecurrible el acto, y de cosa juzgada material, que hace indiscutible el hecho sentenciado, esto es, las partes no pueden reabrir nueva discusión ni la autoridad resolutoria, o alguna otra, pueden pronunciarse otra vez respecto del hecho ya definitiva e irrecurriblemente juzgado.²¹

¹⁹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, Controles de la Facultad Reglamentaria, en *IUS et Praxis*, Año 7, N° 2: 105 - 178, 2001, Apartado III, nota 40.

²⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 516.

²¹ Cfr. IUS, Registro No. 197, 717.



2.2 NON BIS IN ÍDEM Y LA COSA JUZGADA EN LO PENAL Y CIVIL

La cosa juzgada debe observarse en sus dos aspectos: el positivo²² (lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica) (materia civil) y el negativo (imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema) (materia penal en que cosa juzgada es incluso un auto de sobreseimiento (Art. 304 CFPP”)

2.2.1 MATERIA PENAL

En materia criminal, por derivarse de un precepto constitucional y por coexistir en nuestro sistema federativo dos jurisdicciones, la federal y la local, es inconcuso que la autoridad de la cosa juzgada sólo puede darse en lo que respecta a la jurisdicción federal, cuando tratándose de delitos federales, los Tribunales de la Federación, en ejercicio de sus facultades constitucionales (artículo 104, fracción I)²³, dictan una resolución que adquiere el carácter de irrevocable, conforme a la ley procesal penal aplicable (artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP)²⁴

²² Lorenzo de Membiela, Juan B. *“La discutida eficacia de las sentencias sociales firmes en el proceso contencioso administrativo en materia de gestión recaudatoria de la Seguridad Social”* en Revista Internautica de Práctica Jurídica. Núm. 9. (enero-junio, 2002) señala una diferencia sutil del efecto positivo (prejudicial) que produce la cosa juzgada material, al operar en el sentido de no poder decidirse en un proceso ulterior o punto litigioso de manera distinta a como ya haya sido resuelto por sentencia firme emanando la sutileza de la diferencia de que el efecto positivo no exige una completa identidad (personas, cosas y causas de pedir) sino que basta que el primer proceso exista para que actúe como parte condicionante en el segundo ya que sea que las partes sean idénticas o que simplemente exista conexidad entre el primer y segundo proceso.

²³ “ARTÍCULO 104.- Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

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

²⁴ “ARTÍCULO 360.- Son irrevocables y causan ejecutoria:

I.- Las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se hayan consentido expresamente o cuando, concluido el término que la ley señala para interponer algún recurso, no se haya interpuesto; y
II.- Las sentencias contra las cuales no dé en la ley recurso alguno.



2.2.2 MATERIA CIVIL

En México, el legislador federal, en el artículo 354 del Código Federal de Procedimientos Civiles dispuso que la cosa juzgada es la verdad legal y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo los casos expresamente determinados por la Ley. En sus siguientes preceptos dispone que existe cosa juzgada cuando la sentencia ha causado ejecutoria (Art. 355); y, causan ejecutoria las que no admiten recurso, las que admitiéndolo, no son recurridas o se haya desistido de él, o bien, causan ejecutoria aquéllas que se han consentido expresamente por las partes (Art. 356). La cosa juzgada se presume si se da lo que la doctrina y la jurisprudencia ha dado en llamar la triple identidad, *eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*: a) Identidad de las personas que intervinieron en los dos juicios; b) Identidad en las cosas que se demandan en los mismos juicios; c) Identidad de las causas en que se fundan las dos demandas.

3. PUNTUALIZACIONES Y PRINCIPALES APORTES DE LO CIVIL Y PENAL A OTRAS RAMAS DEL DERECHO EN GENERAL Y ESPECIALMENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO

Al final del siglo XX, respecto al principio *non bis in ídem*, sobresalen las siguientes puntualizaciones y resalta un nuevo aporte.

3.1 NO IDENTIDAD ENTRE LO CIVIL Y PENAL

Entre lo civil y lo penal no existe identidad en cuanto a la aplicación del principio *non bis in ídem* ni en cuanto a la cosa juzgada.

De hecho, la conexión entre el *non bis in ídem* y la cosa juzgada, técnicamente ofrece dificultades, pues, por ejemplo, en México, en materia civil para que la presunción de cosa juzgada surta efectos en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, exista la triple identidad: Identidad de las personas, cosas y causas; sin embargo, en materia penal tenemos por ejemplo, el artículo 304 del CFPP que estipula que “El auto de sobreseimiento que haya causado estado, surtirá los efectos de una sentencia absolutoria con valor de cosa juzgada.”



Desde una postura eminentemente civilista, a partir del sistema de triple identidad se ha producido una doctrina que no puede corresponder exactamente con la penal y que, con mayor motivo, tampoco puede ser extendida al Derecho Administrativo y Fiscal.

3.2 SUSTENTO CONSTITUCIONAL LITERAL, EN LO PENAL

“(…) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene (…)” dice a su literalidad el artículo 23 de la Carta Magna levantándose el señorío del principio *non bis in ídem* en materia penal desde el texto constitucional mismo. En materia civil, ello no acontece; sin embargo, posee sustento genérico en la garantía de debido proceso legal.

3.3 EL NON BIS IN ÍDEM EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

“El derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4º de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: “(…) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: (...) 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

México, el 23 de marzo de 1981 signó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Conforme al artículo 14, inc. 7º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

3.4 APORTACIONES AL FINAL DE SIGLO XX

Al final del siglo XX encontramos una aportación de la aplicación del principio *non bis in ídem* en lo civil: esencia y sustancia de lo ya decidido en adición a las tres identidades; y, otra, en lo penal: “delito” por “hecho”.



En efecto, legislaciones civiles de finales del siglo pasado adoptan el sistema de las tres identidades a efecto de establecer la existencia de la cosa juzgada; y, adicionalmente, exigen que para afirmar su existencia debe acudir a la esencia y sustancia de lo ya decidido, con lo que el principio *non bis in ídem* que de origen fue una derivación de la cosa juzgada experimenta un proceso de extensión pues de ser meramente procesal pasa a presentar un componente meramente sustancial.

Así, al establecer la norma condiciones como “pero si las acciones son diversas basta que provengan de una misma causa”, deja abierta la posibilidad para que al analizar el tema de cosa juzgada, se deba acudir a la sustancia de las relaciones jurídico-procesales existentes (por ejemplo, el artículo 392 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua)²⁵; y, además, el análisis se realiza con independencia de si ello implica la existencia o no de un proceso judicial o su reproducción con lo que se prepara el camino para que se pase del proceso al procedimiento.

²⁵ Cfr.: Por ejemplo, el artículo 392 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua que establece: “Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por sentencia ejecutoria y aquel en que ésta sea invocada, haya identidad de personas de los litigantes y en la calidad con que lo fueren, en las acciones y en las cosas; pero si las acciones son diversas basta que provengan de una misma causa. (...)”.



Por su parte, en lo penal, “delito” se generaliza a “hecho” convirtiéndose la máxima en que “*nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo hecho*”²⁶ y, con ello, generalizándose la aplicación del principio a otras ramas del derecho pues hecho o delito se substituye por infracción y la sanción substituye a la sentencia del juicio.

Hecho y procedimiento para otras ramas del derecho; y, delito para lo penal; y, cosa juzgada para lo civil, son conceptos claves que condensan la evolución de la institución del principio “*non bis in ídem*”, esto hasta finales del siglo XX en donde se encuentra su aplicación a la infracción y sanción en el derecho administrativo sancionador.

Lo anterior permite puntualizar que el principio *non bis in ídem*, a finales del siglo XX experimentó un proceso de expansión continua que se focaliza en la práctica en los siguientes aspectos:

“a.- De ser meramente procesal ha pasado a presentar un componente esencialmente sustancial lo que se ha traducido en la práctica en la imposibilidad de sancionar dos veces por una misma causa.

“b.- La no doble sanción por una misma causa, además, es con independencia de si ello implica la existencia o no de un proceso judicial y su reproducción; es decir, se extiende el campo de aplicación del principio al pasar del proceso al procedimiento.

“c.- El principio *non bis in ídem*, de la mera infracción/sanción jurídico penal, ha pasado a ser de aplicación en toda rama jurídica en la que exista potestad sancionadora, por ende, también en la materia administrativa en donde los conceptos de infracción y sanción son relevantes.

“d.- Trasciende de lo penal hacia otras ramas del derecho al extenderse su aplicación no solo al “delito” sino al “hecho” y el campo de aplicación del principio *non bis in ídem* se vuelve inmenso al unirse el hecho ya no con el proceso sino con cualesquier procedimiento.”

²⁶ Es indispensable dejar en claro que la expresión “el mismo delito” debe ser entendida como “los mismos hechos”; lo anterior, en virtud de que no es el nombre del delito lo que importa para efectos de la procedencia de este principio constitucional, sino los hechos que hayan tenido lugar para que dicho delito se configurara, es decir, la conducta observada por un sujeto. (Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación; *Las Garantías de Seguridad Jurídica*, Colección Garantías Individuales, Tomo 2, México, SCJN, 2004, pp. 200 y 201.)



4. EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM, HASTA EL SIGLO XX, EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y FISCAL

4.1.- EL DERECHO ADMINISTRATIVO HASTA EL SIGLO XX:

A finales del siglo XX, cuatro aspectos sobresalen en materia administrativa con relación al principio *non bis in ídem*:

4.1.1 INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Las infracciones y sanciones administrativas son las que primero se ven determinadas por el principio *non bis in ídem*.

El 15 de Julio de 1955, siendo Ministro de la SCJN el ilustre Felipe Tena Ramírez, como ponente en la Revisión Fiscal 319/54, propone a los demás Ministros de la Sala Auxiliar, la tesis cuyo contenido es:

“CONTRABANDO, RESOLUCIONES DEFINITIVAS DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, EN MATERIA DE (NON BIS IN ÍDEM). **Si la resolución impugnada tiene el carácter de definitiva**, y en ella se declaró a los actores responsables de infracciones de contrabando, dicha resolución les da derecho a no ser juzgados nuevamente, dentro de un procedimiento semejante; y no habiéndose demostrado dentro de ese procedimiento oficioso la infracción atribuida a los actores, la resolución que los declara responsables de la misma debe nulificarse lisa y llanamente, y no para que reponga la autoridad demandada el procedimiento oficioso, porque tal finalidad es indebida, por los motivos antes expresados.”²⁷

Dicha tesis, aprobada por unanimidad, es uno de los antecedentes más remotos de la aplicación del principio *non bis in ídem* a las infracciones administrativas sobresaliendo, además, la procedencia de una nulidad lisa y llana que impida un posible doble procedimiento administrativo.

²⁷ Cfr.: Registro en IUS No. 384,318.



4.1.2 FALTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA

En materia administrativa la falta de técnica legislativa ha ocasionado tesis jurisprudenciales que han dado preponderancia a lo penal en el derecho administrativo sancionador y confusiones con matices constitucionales en la aplicación del principio *non bis in ídem*.

A partir de enero de 1983, con la entrada en vigor de las reformas al Título Cuarto de la Constitución Federal y el inicio de vigencia de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos así como adecuación de otros ordenamientos se inicia la estructuración de un Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos pues en la ley citada se contemplaron el juicio político, la declaración de procedencia en materia penal (desafuero) y el procedimiento sancionador en materia de responsabilidades administrativas; es decir, un procedimiento constitucional, uno penal y otro administrativo. La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos señaló, en su artículo 45:

“ARTÍCULO 45.- En todas las cuestiones relativas al procedimiento no previstas en esta Ley, así como en la apreciación de las pruebas, se observarán las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales. Asimismo, se atenderán, en lo conducente, las del Código Penal.”

El texto del dispositivo, que se ubicó en el Título Segundo relativo a los “Procedimientos ante el Congreso de la Unión en materia de juicio político y Declaración de Procedencia”, a la literalidad de la ley, se entendió que se aplica a todos los procedimientos que regula esta ley, y no solo a los que regula este Título, los cuales se desarrollan ante el Congreso, a diferencia del procedimiento disciplinario, que se lleva a cabo en el seno de la Administración Pública. La falta de técnica jurídica llevó a que incluso, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, estableciera en la Jurisprudencia II.1°. A. J /15,²⁸ que procede la aplicación del Cód-

²⁸ Cfr.: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XI. Mayo de 2000, Tesis: IL10.A. J/15 p. 845, Materia: Administrativa, Jurisprudencia.



go penal a toda la ley, jurisprudencia ratificada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis: 2a./J. 60/2001, al resolver la Contradicción de tesis 47/2001-SS (No. Registro: 188,105) tesis y criterio también sustentado por el Pleno en tesis clasificada como Penal (Pleno, tesis P. XXII/96. No. Registro: 907,533), por lo que con ello, se establece la supletoriedad de un código adjetivo de materia penal, a un procedimiento administrativo que se encuentra en un apartado diferente de la ley, relativo a una materia diferente a la penal.

En Diario Oficial de la Federación del 13 de marzo de 2002 se publica la nueva “Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos” mediante la que a la vez se deroga el Título Tercero por lo que se refiere a la materia de responsabilidades administrativas únicamente por lo que respecta al ámbito federal, y a la nueva ley, en su artículo 47 señala como supletorio en el ámbito administrativo, al Código Federal de Procedimientos Civiles cuando dice:

“ARTÍCULO 47.- En todas las cuestiones relativas al procedimiento no previstas en los Títulos Segundo [Responsabilidades Administrativas] y Tercero [Registro Patrimonial de los Servidores Públicos] de la Ley, así como en la apreciación de las pruebas, se observarán las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.”²⁹

Ante lo anterior, la Segunda Sala modificó su criterio al resolver la Contradicción de tesis 174/2003-SS, que motivó la jurisprudencia 2a./J. 41/2004 (No. Registro: 181,660) quedando, por ende, sin aplicación el criterio del Pleno sustentado en la tesis citada con registro 907,533 que establece la supletoriedad de las normas penales debiendo agregar que, ello con modalidades, pues no rige la suplencia de la deficiencia de la queja en las revisiones administrativas según jurisprudencia P./J. 97/2001 (Ver Registro No. 188,744).

Lo anterior demuestra cómo la falta de técnica legislativa influye en la jurisprudencia y ésta última incorpora las quejas administrativas en la materia penal, según la tesis del Pleno citada; y ahora, al modificarse la ley se vislumbra un derecho administrativo en evolución.

²⁹ El texto entre corchetes es propio y se incluye para precisar el ámbito de aplicación del CFPC.



4.1.3 PLURALIDAD DE SANCIONES A SERVIDORES, MATICES CONSTITUCIONALES

La pluralidad de sanciones en materia de Responsabilidad de Servidores Públicos, en primera postura interpretativa de la Corte, posee matices constitucionales pues el Constituyente Permanente, al reformar el Título Cuarto de la Carta Magna para introducir el sistema de responsabilidades de los servidores públicos, en la exposición de motivos, señala que se crea un sistema autónomo e independiente. Dicha Autonomía e independencia, es estudiada en las tesis jurisprudenciales del Pleno localizables en el IUS con los Registros Núms. 200,154; 903,162 y 911,676 y que pareciera que contradicen el principio *non bis in ídem*, pero que en última instancia le imprimen matices pues se reconoce por el Constituyente Permanente, un sistema autónomo e independiente que ocasiona, la responsabilidad política, penal, administrativa y civil de los servidores públicos, -sin que ello signifique que dejen de imperar los principios constitucionales que rigen en materia penal-, sistema respecto al cuál el Pleno de la Corte originalmente dice:

“Por lo demás, el sistema descansa en un principio de autonomía, conforme al cual para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propias, aunque algunas de éstas coincidan desde el punto de vista material, como ocurre tratándose de las sanciones económicas aplicables tanto a la responsabilidad política, a la administrativa o penal, así como la inhabilitación prevista para las dos primeras, de modo que **un servidor público puede ser sujeto de varias responsabilidades y, por lo mismo, susceptible de ser sancionado en diferentes vías y con distintas sanciones.**”³⁰

³⁰ En apartado diferente (7) de este trabajo, se puntualiza cómo la doctrina y jurisprudencia españolas han ido evolucionando respecto a la aplicación del principio *non bis in ídem*, a la par de las sentencias del Tribunal Constitucional de las que sobresalen las siguientes cuatro. 1.- STC 2/1981, 2.- STC 177/1999, 3.- STC 152/2001 y 4.- SCT 2/2003. También se puntualiza lo contenido en el Boletín Oficial del Estado. 20/01/2006. Sección T que viene a contener la postura española actual. El apartado 7 se ha incluido para que quede manifiesto la total diferencia entre el Derecho extranjero ahí analizado y lo contemplado en la Carta Magna que rige en México; y, sobre todo, prevenir de un posible traslape de instituciones y criterios que por la diferencia fundamental que reside en que la Constitución Mexicana contempla el principio *non bis in ídem* mientras que la española no, ello hace de mayor extensión el principio *non bis in ídem* en México; y, hace innecesarias diversas disquisiciones.



La SCJN que originalmente de manera irrestricta recalcaba la autonomía del sistema de responsabilidades para los servidores públicos ahora postula que a pesar de la pluralidad de normas por diferentes tipos de responsabilidad subsiste en materia administrativa la aplicación de los principios propios del derecho penal como el principio *non bis in ídem*, lo que viene a dar un salto evolutivo en la aplicación de este principio.

En efecto, como ya hemos señalado el Constituyente Permanente, en la Exposición de Motivos de modificaciones a la Constitución publicadas en el DOF del 20-XII-99 señaló una marcada diferencia entre la naturaleza de las sanciones administrativas y las penales con base en la cual se dispone que los procedimientos administrativos se desarrollarán en forma autónoma e independiente; pero ello no significa que en el ámbito sancionador administrativo dejen de imperar los principios constitucionales que rigen en materia penal, como es el relativo a la exacta aplicación de la ley (*nullum crimen, sine lege y nulla poena, sine lege*), que constituye un derecho fundamental para todo gobernado en los juicios del orden criminal, garantizado por el artículo 14 de la Constitución Federal, sino que tal principio alcanza a los del orden administrativo, en cuanto a que no se podrá aplicar a los servidores públicos una sanción de esa naturaleza que previamente no esté prevista en la ley relativa.³¹

4.1.4 DERECHO PRIVADO VS. DERECHO PÚBLICO

Debemos observar que tanto lo penal como lo civil se ubican dentro del ámbito del derecho privado, mientras que lo administrativo y fiscal están inmersos en el derecho público. Esta observación permite dimensionar desde ya, las consecuencias y matices de la actual evolución del principio *Non bis in ídem*.

4.2 EL DERECHO FISCAL Y EL *NON BIS IN ÍDEM* AL FINAL DEL SIGLO XX

El principio "*non bis in ídem*", dentro de la rama autónoma del derecho fiscal, posee también autonomía y características propias que se pueden delinear en las siguientes temáticas.

³¹ Cfr.: Novena Época Instancia: Segunda Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, Septiembre de 2001, Tesis: 2a. CLXXXIII/2001, p. 718 Materia: Constitucional, Administrativa, Tesis aislada.



1.- Surge de lo civil y penal pero no existe identidad entre dichas ramas y lo propiamente fiscal.

2.- De lo penal, pasando primero por lo administrativo, resalta lo referente a las infracciones y sanciones.

3.- En lo administrativo cobra relevancia la autonomía e independencia del sistema de responsabilidades administrativas que en 1983 el constituyente permanente postula para la misma y que focaliza la necesidad de ir creando una dogmática propia del campo del derecho administrativo para la aplicación del principio *non bis in ídem* y de la cosa juzgada y que la jurisprudencia y la doctrina en forma incipiente van arrojando luz a lo fiscal.

4.- Los principios de derecho penal, resaltan en lo fiscal con matices particulares sobresaliendo los de:

- a.- *nullum crimen y nulla poena sine lege* (tipicidad).
- b.- *in dubio pro reo*;
- c.- Retroactividad; y,
- d.- *non bis in ídem*

En el apartado 4.2.1 comentaremos los tres primeros para detenernos, en el apartado 4.2.2 sobre el tercero que es el que más nos interesa.

4.2.1 Principios de Derecho Penal aplicables al Derecho Fiscal

Los principios de derecho penal: *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; e, *in dubio pro reo* jurisprudencialmente se han señalado como aplicables plenamente al derecho fiscal.

El principio fundamental establecido en el artículo 14 de la Carta Magna, relativo a la exacta aplicación de la ley y consistente en que no puede haber pena que no esté establecida en una ley exactamente aplicable al caso (*nullum crimen, nulla poena sine*



lege), también rige en las infracciones administrativas y fiscales, como son las multas.³² La Jurisprudencia del Pleno de la Corte J/P 100/2006 así lo determina de manera indubitable³³.

³² Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, septiembre de 2001, página 718, tesis 2a. CLXXXIII/2001, de rubro: "RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA TAMBIÉN SE RIGEN POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY QUE IMPERA EN LAS DE CARÁCTER PENAL, AUN CUANDO SEAN DE DIVERSA NATURALEZA."; Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 133-138, Sexta Parte, página 228, tesis de rubro: "MULTAS. DEFINICIÓN DE LA INFRACCIÓN."; Y, Quinta Época, Tomo VI, página 639, tesis de rubro: "NULLA PENA SINE LEGE."

³³ Cfr.: Novena Época, Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXIV, Agosto de 2006, Tesis: P./J. 100/2006, Página: 1667, Materia: Constitucional, Administrativa, Jurisprudencia.

TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. El principio de tipicidad, que junto con el de reserva de ley integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. En otras palabras, dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción; supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones.

En este orden de ideas, debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica. Sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma. Ahora bien, toda vez que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y dada la unidad de ésta, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador debe acudir al aducido principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas, de modo tal que si cierta disposición administrativa establece una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar ésta por analogía o por mayoría de razón.

Precedentes

Acción de inconstitucionalidad 4/2006. Procurador General de la República. 25 de mayo de 2006. Unanimidad de ocho votos.

Ausentes: Mariano Azuela Guitrón. Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz y Marat Paredes Montiel. El Tribunal Pleno, el quince de agosto en curso. aprobó. con el número 100/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal. a quince de agosto de dos mil seis.



Respecto al principio, *in dubio pro reo*, el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero (fundamento, en materia fiscal, de todo procedimiento de fiscalización distinto al de visitas domiciliarias); 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva el principio de presunción de inocencia, y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, segundo párrafo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio *in dubio pro reo*, el cual goza de jerarquía constitucional aplicándose el mismo a lo fiscal.³⁴

Por otra parte, la aplicación en forma retroactiva de la norma más benéfica se ha recogido por la Suprema Corte como también procedente para lo fiscal. Ello en la tesis con Número de registro 196,642 en el IUS 2005, que dice: “Si la imposición de las sanciones (penales o fiscales) tienen como finalidad mantener el orden público a través del castigo que en mayor o menor grado, impone el Estado al que incurre en una infracción, debe considerarse que las multas fiscales tienen una naturaleza similar a las sanciones penales y, por tanto, la aplicación en forma retroactiva de las normas que beneficien al particular, se apegan a lo dispuesto por el artículo 14 constitucional y al principio de

³⁴ Un ejemplo de su aplicación en lo fiscal lo tenemos en: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXII, Septiembre de 2005, Tesis: XVII.1o.P.A.30 A, Página: 1423.



retroactividad en materia penal aceptado por la jurisprudencia,³⁵ la ley y la doctrina, en tanto que por tratarse de castigos que el Estado impone, debe procurarse

³⁵ Dos excepciones a este principio son: A.- La contraposición a la Cosa Juzgada; y, B.- El derecho de acción con relación al principio *Non bis in ídem*. Ambas excepciones se avalan con tesis jurisprudenciales que las contemplan:

A.- Excepción referente a la contraposición a la cosa juzgada:

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, Agosto de 2005, Tesis: I.13o.A.116 A, Página: 2014, Materia: Administrativa, Tesis aislada.

RETROACTIVIDAD. NO ES APLICABLE ESE PRINCIPIO QUE RIGE COMO EXCEPCIÓN EN MATERIA PENAL A LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS, CUANDO LAS RESOLUCIONES QUE LAS IMPONGAN CONSTITUYEN COSA JUZGADA, YA QUE ELLO CONTRAVENDRÍA EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la equiparación de las multas fiscales con las normas que imponen sanciones penales, para permitir la aplicación retroactiva de la norma más benéfica para el particular, de allí la determinación de que el principio de retroactividad que como garantía individual prevé el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulte aplicable tanto a las multas fiscales como a las sanciones administrativas. Sin embargo, no debe considerarse que de igual manera resulta aplicable el principio de derecho penal de que la ley más benigna debe aplicarse con efectos retroactivos a favor del infractor, cuando se esté ante la presencia de otro tipo de sanciones administrativas como lo son las que deriven de una resolución que constituye cosa juzgada o que se encuentra en la etapa de ejecución, pues en este supuesto el bien jurídico tutelado no es la libertad del individuo sino su seguridad jurídica, por lo que al aplicarse el principio de retroactividad a sanciones administrativas como lo son las derivadas de una resolución que constituye cosa juzgada o que se encuentra en la etapa de ejecución se contravendría el principio de seguridad jurídica contenido en el citado precepto constitucional, pues debe considerarse que la aplicación retroactiva en materia administrativa es aplicable al emitirse la resolución que defina la situación del gobernado, inclusive, al resolverse los medios de impugnación interpuestos en su contra, pero no así cuando la resolución haya adquirido el carácter de cosa juzgada o se encuentre pendiente de ejecución, toda vez que la cosa juzgada es una institución que debe entenderse como la inmutabilidad de lo resuelto en las sentencias o resoluciones firmes, la cual precisamente fue establecida por razones de seguridad jurídica. Consecuentemente, el principio de retroactividad que hasta ahora, rige como excepción en materia penal, no debe considerarse procedente en cuanto a las resoluciones en las que se impongan sanciones administrativas que constituyen cosa juzgada, pues de aplicarse dicho principio se contravendría el citado de seguridad jurídica contenido en el artículo 14 de la Constitución Federal. DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 371/2004. Francisco Tomás Braniff Suinaga. 28 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Luz Cueto Martínez. Secretario: José Antonio García Ochoa.

B.- Excepción referente al derecho de acción, con relación al principio *non bis in ídem*.

Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: X, Diciembre de 1999, Tesis: P. CI/99, Página: 27, Materia: Constitucional, Administrativa Tesis aislada. REVOCACIÓN. EL ARTÍCULO 126 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL ESTABLECER LA IMPROCEDENCIA DE ESE RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA LOS ACTOS TENDIENTES A HACER EFECTIVAS FIANZAS OTORGADAS PARA GARANTIZAR OBLIGACIONES FISCALES A CARGO DE TERCEROS, NO VIOLA EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN. La garantía consagrada por el artículo 17 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que en las leyes se consignent los procedimientos administrativos, contenciosos o judiciales a través de los cuales los gobernados puedan obtener una



la mayor equidad en su imposición, en atención a lo dispuesto por el artículo 10 de la Carta Magna.³⁶

4.2.2 EL PRINCIPIO DE DERECHO PENAL, NON BIS IN ÍDEM

Recordemos que este principio posee fundamento constitucional en el artículo 23 de la Carta Magna; y, que es aplicable al derecho fiscal de acuerdo a jurisprudencia firme del Pleno de la Corte J./P. 84/97 y, ahora por las Ejecutorias de la Segunda Sala que adelante analizaremos, el mismo se matiza y acota totalmente en esta rama del derecho cuya diferencia esencial para con el derecho administrativo es que en el derecho fiscal, si bien se trata de un derecho público, se regulan relaciones, en torno a

administración de justicia expedita, pronta, completa, imparcial y gratuita. Sin embargo, esta garantía no es ilimitada en el sentido de que los gobernados puedan solicitar la impartición de justicia a través del procedimiento o juicio que deseen, ante la autoridad o tribunal que elijan y cuantas veces lo estimen pertinente, independientemente de la materia y del caso específico sobre el que se solicite se administre justicia. Tal interpretación tornaría nugatoria la garantía aludida pues provocaría un grave estado de inseguridad jurídica al impedir el acceso a la administración de justicia a través precisamente del procedimiento administrativo, contencioso o judicial y ante la autoridad o tribunal que garanticen una impartición expedita, pronta, completa e imparcial de justicia en el caso concreto y que culmine con una resolución o sentencia que adquiera la calidad de cosa juzgada o verdad legal. Por tanto, el artículo 126 del Código Fiscal de la Federación, al establecer que el recurso de revocación no procederá contra actos que tengan por objeto hacer efectivas fianzas otorgadas para garantizar obligaciones fiscales a cargo de terceros, no viola el artículo 17 constitucional pues aun cuando el gobernado no pueda defenderse contra los actos aludidos a través del recurso mencionado, ello no significa que se limite o suspenda su derecho para solicitar y obtener la administración de una justicia expedita, pronta, completa, imparcial y gratuita, en virtud de que en contra de los actos referidos procede el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación conforme a lo dispuesto por los artículos 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, 197 y 207 del Código Fiscal de la Federación y 11, fracción IX, de la Ley Orgánica del citado Tribunal.

Amparo directo en revisión 3100/98. Constructora Tatsa, S.A. de C. V. 4 de noviembre de 1999. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. Amparo directo en revisión 2022/98. Constructora Tatsa, S.A. de C. V. 4 de noviembre de 1999. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Genaro David Góngora Pimentel, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dieciséis de noviembre en curso, aprobó, con el número CI/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

³⁶ Cfr.: Novena Época Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VII, Marzo de 1998 Tesis: 2a. /J. 8/98, Página: 333, Materia: Administrativa. Tesis, de rubro: "MULTAS FISCALES, DEBEN Aplicarse EN FORMA RETROACTIVA LAS NORMAS QUE RESULTEN BENEFICAS AL PARTICULAR. (...)" Ver también: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIV, Agosto de 2001. Tesis: 111.10.A.85 A, Página: 1364, Materia: Administrativa, Tesis aislada.



la obligación principal: la de pago entre el ente público y el particular mientras que ello no acontece en todo el derecho administrativo en cuanto que ahí predominan las relaciones entre entes públicos del mismo o diverso nivel de gobierno así como entre sus organismos descentralizados o empresa desconcentradas e incluso, entre servidores públicos y estado o particulares actuando como servidores públicos.

En materia fiscal la aplicación del principio “*non bis in ídem*” se da en la relación que surge entre la persona (contribuyente) y el ente público, con la característica de que el contribuyente goza de todas las garantías individuales que la autoridad debe de respetar ajustando su conducta a la garantía de legalidad.

De las garantías individuales del contribuyente, sobresale la garantía de seguridad jurídica que el artículo 23 constitucional consagra para la materia penal y que por lo estipulado en los artículos 14 y 16 de la misma Constitución Federal resulta extensivo a todas las demás ramas del derecho, incluida la fiscal.

En efecto, así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los amparos directos en revisión que se citan con posterioridad; y, la Segunda Sala, en los dos últimos que se citan, ha declarado inconstitucional el último párrafo del artículo 46 del Código Fiscal de la Federación lo que con posterioridad ha sido confirmado por la Primera Sala.

Para ahondar sobre este principio, en el siguiente apartado detallamos las aportaciones de la SCJN, específicamente con relación al mismo, en materia administrativa y fiscal.

5. FORMA ESPECIAL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO Y ESPECIALMENTE EN EL FISCAL

En los apartados I a IV anteriores hemos sumariamente resaltado lo relevante de la evolución del principio *non bis in ídem* en el derecho mexicano hasta antes de las sentencias contenidas en los expedientes 1264/2005 y 726/2006, ambos resueltos por la H. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A continuación, teniendo a la vista los engroses de dichos amparos en revisión que decretan la inconstitucionalidad del artículo 46, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación en vigor señalamos la aplicación de este principio, tanto al derecho administrativo como al procedimiento administrativo de fiscalización.



5.1 ÁMBITO ADMINISTRATIVO

La Segunda Sala (1994) mediante tesis aislada y luego el Pleno (1997) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante jurisprudencia firme han trascendido las posturas penal y civil tradicionales y no idénticas en contenido, respecto a la aplicación del principio *non bis in ídem* contemplado en el artículo 23 de la Carta Magna y tradicionalmente consistente, básicamente, en la prohibición de sujetar a una misma persona a un proceso penal por la comisión de una misma conducta, respecto de la cual exista una resolución firme que revista carácter de cosa juzgada.

5.1.1 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Desde 1994, la interpretación de nuestro más Alto Tribunal ha dotado de mayor contenido a la garantía individual de seguridad jurídica contenida en el artículo 23 de la Constitución Federal, haciéndola extensiva a materias diversas a la penal, y desvinculándola del concepto estricto de cosa juzgada, por virtud del cual dicha garantía estaba circunscrita a la actividad jurisdiccional.

Lo anterior se desprende de la misma evolución de los criterios jurisprudenciales de la última década del siglo pasado y la primer década del siglo actual sobresaliendo los resúmenes que al respecto hace la misma Segunda Sala de la Suprema Corte, en las ejecutorias de los amparos en revisión 1264/2005, resuelto en noviembre del 2005; así como la del amparo en A. R. 726/2006, resuelto en sesión de 12 de mayo de 2006 y que retomamos como referencia en este apartado

5.1.2 DEBE REGIR EN TODAS LAS RAMAS JURÍDICAS

En efecto, al fallar el amparo en revisión 995/94, por unanimidad de votos, en sesión de diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, la anterior integración de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo el criterio de que la citada garantía individual no se limita a la materia penal, tomando en cuenta que conforme al artículo 14 constitucional la garantía de seguridad jurídica debe regir en todas las ramas jurídicas.



Asimismo, en el referido precedente se sostuvo que, en materia administrativa, el principio de *non bis in ídem* se traduce en la prohibición de que una misma conducta se castigue doblemente con la misma sanción, o bien, que la propia conducta sea sometida a dos procedimientos diferentes y que en cada uno de ellos se imponga idéntica sanción.

Es decir, que se reconoció la aplicación del artículo 23 constitucional no sólo en materia penal respecto de actos juzgados en definitiva, sino también en otras materias, como la administrativa, tratándose de conductas respecto de las cuales exista pronunciamiento en un procedimiento administrativo.

Tales consideraciones dieron origen a la tesis 2a. XVI 1194, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, en su Octava Época, Tomo XIV, correspondiente al mes de diciembre de 1994, página 45, cuyo rubro es: "ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES Y CELEBRACIÓN DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS EN EL DISTRITO FEDERAL, REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE. SU ARTÍCULO 141, NO ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 23 CONSTITUCIONAL."³⁷

5.1.3 REPRODUCCIÓN POR EL PLENO DEL CRITERIO DE LA SEGUNDA SALA:

El referido criterio de la Segunda Sala contenido en la tesis 2a. XVII/94, por cuanto, hace a la aplicación del principio *non bis in ídem*, en materias distintas a la penal, fue retomado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al fallar el amparo directo en revisión 425/1996, en sesión de diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y seis, cuya reiteración dio origen a la jurisprudencia P. J. 84/97, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en su Novena Época, Tomo VI, correspondiente al mes de noviembre de 1997, página 57, cuyo rubro es: "SENTENCIAS DE NULIDAD FISCAL PARA EFECTOS. EL ARTÍCULO 239, FRACCIÓN ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, QUE LAS ESTABLECE, NO ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 2 CONSTITUCIONAL"³⁸ que señala: "(...) la garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 23 constitucional no se limita a la materia penal, en atención a que, conforme al diverso 14 constitucional, tal garantía debe regir en todas las ramas jurídicas."

³⁷ Cfr.: Registro en IUS 206, 324.

³⁸ Cfr.: Registro en IUS 900, 491.



En estas condiciones se puede afirmar que la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 23 constitucional rige en todas las materias, incluyendo la administrativa, y se traduce en la proscripción de iniciar un nuevo juicio o procedimiento sobre una cuestión ya resuelta en forma definitiva en un procedimiento de naturaleza judicial o administrativa.

Lo anterior también ha sido sostenido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada número 2a. XIII/2003, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en su Novena Época, Tomo XVII, correspondiente al mes de febrero de 2003, página 333, bajo el siguiente rubro: "REVISIÓN DE ESCRITORIO. EL ARTÍCULO 48, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, VIGENTE EN 1997, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, AL PREVER LA EMISIÓN DE UN 'OFICIO DE OBSERVACIONES' POR PARTE DE LAS AUTORIDADES FISCALES COMO CONSECUENCIA DE AQUÉLLA."³⁹

De esta forma, el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito se traduce, en materia administrativa, en la imposibilidad de incoar un procedimiento administrativo tendiente a la emisión de una resolución de la autoridad respecto de situaciones que ya hayan sido objeto de un procedimiento de la misma naturaleza; salvo, por supuesto, que el nuevo procedimiento se inicie en cumplimiento a lo ordenado en una sentencia dictada en un procedimiento jurisdiccional

Lo anterior se justifica plenamente, porque **la seguridad jurídica de los gobernados se ve afectada** en la misma medida por la tramitación de dos procesos judiciales respecto de una misma conducta que **por la tramitación de dos procedimientos administrativos de la misma naturaleza, respecto de una misma situación.** (tratóndose de la materia administrativa en general)

Además si bien es cierto que los actos emitidos en un procedimiento administrativo no son materialmente definitivos, en tanto que están sujetos al control jurisdiccional, también lo es que el resultado de un procedimiento respecto del cual se han agotado los medios de impugnación en la vía administrativa, es la emisión de un acto administrativo definitivo, dotado de firmeza, que no puede ser unilateralmente revocado por la propia autoridad, lo que explica que no pueda volverse a llevar a cabo un procedimiento

³⁹ Cfr.: Registro en IUS 184,773.



respecto de una situación que ya haya sido objeto de una resolución administrativa, pues ello equivaldría a que la autoridad revocara su propia determinación, atentando así contra la seguridad jurídica de los particulares.

Sobre el particular la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio: “RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, EFECTOS DE LAS” (Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 127-132, Tercera Parte, página 99).⁴⁰

Como corolario de lo hasta aquí expuesto es dable afirmar que, por virtud del artículo 23 constitucional, la emisión de una resolución definitiva es **un procedimiento administrativo** impide que se vuelva a llevar a cabo un nuevo procedimiento de la misma naturaleza, en contra de la misma **persona** y por los mismos **hechos**.

5.2 EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM Y SU APLICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE FISCALIZACIÓN:

La H. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los amparos en revisión 1264/2005 y 726/2006 determina el alcance del artículo 23 constitucional en los procedimientos administrativos de fiscalización. Con ello llena de contenido y acota la aplicación de éste principio en lo fiscal y llega a ello mediante los tres siguientes pasos:

⁴⁰ Cfr.: Registro No. 237975 correspondiente a la Séptima Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación 127-132 Tercera Parte. Página: 99, Tesis Aislada en Materia Administrativa cuyo rubro y texto son:

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, EFECTOS DE LAS. Si la resolución dictada debida o indebidamente, no es recurrida en forma legal, no deja de causar estado, ya que fija determinadas circunstancias generadoras de derecho que no pueden ser modificadas sino siguiendo los procedimientos que la ley autoriza; y si no hay ningún precepto legal que faculte a la autoridad para modificar la resolución, y la modifica, es evidente que viola las garantías que consignan los artículos 14 y 16 constitucionales, en perjuicio de la parte interesada.

Amparo en revisión 5198/78. Francisco Ramos Córdova y otro. 29 de agosto de 1979. Cinco votos. Ponente: Eduardo Langle Martínez. Secretario: Jaime C. Ramos Carreón.

Sexta Época, Tercera Parte:

Volumen XLIX, página 65. Revisión fiscal 31/61. “Nacional de Cobre”, S.A. 12 de julio de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rafael Matos Escobedo.

Quinta Época:

Tomo LXXXVIII, página 254. Amparo en revisión 5774/45. Rivero de Bada Ana María. 5 de abril de 1946. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Tomo XXVIII, página 1708. Amparo en revisión 3316/29. Castillo Canales Diego. 28 de marzo de 1930. Cinco votos. Ponente: J. Guzmán Vaca.

Nota: En el Tomo LXXXVIII, página 254, la tesis aparece bajo el rubro “RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS, MODIFICACION DE LAS.”



5.2.1 PRIMER PASO: DEFINICIÓN

En primer lugar define los procedimientos administrativos de fiscalización como aquellos previstos en el artículo 42 del CFF.

5.2.2 SEGUNDO PASO: ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

Continúa con la determinación de las fases o etapas de un procedimiento de fiscalización siendo estas:

5.2.2.1 ETAPA DE REVISIÓN O COMPROBACIÓN.- consta de actos de trámite o instrumentales del procedimiento y por ello posee carácter instrumental. La autoridad únicamente indaga la producción de hechos con trascendencia tributaria. Cumple una función meramente informativa.

5.2.2.2 ETAPA DE LIQUIDACIÓN.- Consiste en la calificación jurídica de tales hechos u omisiones y la resolución que se emite constituye una resolución definitiva.

5.2.3 TERCER PASO: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Continúa el estudio de los fundamentos constitucionales de cada una de las dos etapas y determina:

5.2.3.1 RESPECTO AL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA LA PRIMERA ETAPA CONCLUYE QUE:

Las facultades de comprobación fiscal constituyen únicamente actos de molestia que se rigen por el principio de legalidad, esto es, en términos del primer párrafo del artículo 16 constitucional.

Las facultades de comprobación fiscal no tienen, en principio, más limitación constitucional que la de apegarse a las garantías de fundamentación y motivación y desarrollarse conforme a lo previsto en las leyes fiscales aplicables.



5.2.3.2 RESPECTO AL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA LA SEGUNDA ETAPA CONCLUYE QUE:

Por regla general, el principio de *non bis in ídem* no opera tratándose de las facultades de comprobación de la autoridad hacendaria, puesto que éstas no implican pronunciamiento alguno sobre la situación fiscal del contribuyente. Sin embargo, **dicho principio sí resulta aplicable al procedimiento administrativo de fiscalización que culmine con una resolución** en la que, en forma definitiva, se resuelva sobre la situación fiscal del contribuyente respecto de una determinada contribución y por un ejercicio específico. Esto es, que la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratándose del procedimiento administrativo de fiscalización, no se traduce en la imposibilidad de ejercer diversas y reiteradas facultades de comprobación respecto de un mismo ejercicio y por la misma contribución, cuando por algún motivo no concluyan con una liquidación; sino en la imposibilidad de iniciar un procedimiento de fiscalización por la misma contribución y por el mismo ejercicio, cuando éstos ya hayan sido objeto de una resolución que establezca el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones fiscales, casos en que existirá una liquidación.

5.3 EL PRINCIPIO *NON BIS IN ÍDEM* EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE FISCALIZACIÓN Y EL ARTÍCULO 46, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CFF

Determinado por la Segunda Sala de nuestro mas Alto Tribunal el cómo opera la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 23 de la Carta Magna tratándose de los procedimientos administrativos de fiscalización y llenando de contenido la aplicación del principio *Non bis in ídem* en los procedimientos administrativos, la H. Segunda Sala determina la inconstitucional del último párrafo del artículo 46 del Código Fiscal de la Federación que dice:

“Artículo 46.-

“(…)

“Concluida la visita en el domicilio fiscal, para iniciar otra a la misma persona, se requerirá nueva orden, inclusive cuando las facultades de comprobación sean para el mismo ejercicio y por las mismas contribuciones.”



El último párrafo del artículo 46 del CFF es inconstitucional porque el mismo infringe la garantía de seguridad jurídica consagrada en los artículos 16 y 23 constitucionales, es la razón por la cual la Segunda Sala concluye que:

a.- Con relación al artículo 23 constitucional.- El numeral preinserto es inconstitucional pues prevé la posibilidad de que la autoridad hacendaria ejerza sus facultades de comprobación respecto del mismo contribuyente, por el mismo ejercicio y por las mismas contribuciones ya revisadas que derivan de los mismos hechos o abstenciones ya verificados.

b.- Con relación al artículo 16 constitucional.- Lo anterior, se traduce en una nueva transgresión a la inviolabilidad del domicilio del contribuyente que se pretende visitar nuevamente.

Lo sobresaliente es que la Segunda Sala deja asentada la inconstitucionalidad por la actualización en el numeral en cita, del principio *non bis in ídem*; y además, porque es contrario al texto del artículo 16. Constitucional que no permite más de una visita domiciliaria.

Respecto al artículo 16 de la Carta Magna, abunda la Corte señalando que en la visita la autoridad debe ajustarse a las formalidades prescritas en la constitución para los cateos, y cumplir con los requisitos establecidos por las leyes fiscales respectivas en cuanto a:

1.- El contenido de las ordenes de visita.- Regulado por el artículo 16 de la Carta Magna así como por los artículos 38 y 43 del CFF.

2.- En cuanto al desarrollo de la visita.- Cuyas reglas se establecen por los artículos 44, 45, 46, 46-A, 47 y 50 del propio Código Fiscal de la Federación,

De lo anterior la Segunda Sala desprende que “la inviolabilidad del domicilio, (...) constituye un derecho público subjetivo del gobernado, elevado a garantía individual y sólo se autoriza el acceso al domicilio del gobernado mediante el cumplimiento de determinadas formalidades y requisitos, (...), **inviolabilidad de domicilio que no puede ni debe ser reiterativa** so pretexto de realizar nuevas visitas domiciliarias al mismo contribuyente, por las mismas contribuciones y por el mismo ejercicio, cada vez que la autoridad hacendaria considere necesario.”



Lo anterior es así, aclara la H. Segunda Sala, ya que si bien las facultades de comprobación de la autoridad fiscal son discrecionales, su ejercicio es reglado por las leyes que la rigen y una vez ejercida esa atribución están en aptitud de revisar, fiscalizar, verificar, comprobar, corroborar o confirmar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones fiscales del gobernado visitado, emitiendo al final de la visita la resolución que consideren conducente, sea favorable al particular o liquidatoria de algún crédito fiscal, sin embargo una vez realizado esto, no pueden bajo ningún aspecto volver a ejercer tales facultades sobre el mismo contribuyente, por el mismo ejercicio e idénticas contribuciones, pues se insiste, sería una constante intromisión en el domicilio del contribuyente, además de que se le estaría sometiendo a un nuevo procedimiento fiscalizador por cuestiones ya revisadas y determinadas en uno u otro sentido por la propia autoridad hacendaria.

Aún más la Segunda Sala señala que en el artículo 16 constitucional, el Constituyente estableció como garantía para los gobernados que las autoridades fiscales estarían obligadas a agotar sus facultades de comprobación respecto de las contribuciones y ejercicios que ordenen en una única visita domiciliaria,

Por lo anterior, concluye la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que la inconstitucionalidad del artículo 46, último párrafo deriva de su texto mismo que establece las facultades de la autoridad hacendaria para realizar en forma permanente la emisión de nuevas órdenes de visita a un mismo contribuyente por el mismo ejercicio y las mismas contribuciones ya revisadas.

6. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y AGRAVIOS QUE RESULTARON PROCEDENTES

A continuación se transcriben, en lo medular, el concepto de violación así como el agravio que resultaron procedentes para decretar la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 46 del CFF tanto en el amparo en revisión 1264/2005 como en el 726/2006, respectivamente.



6.1 CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y AGRAVIOS DE LOS AMPAROS EN REVISIÓN YA RESUELTOS A FAVOR

6.1.1 PRIMER CASO: A. R. 1264/2005

“TERCERO.- La peticionaria de amparo estimó como infringidas en su perjuicio las garantías individuales que consagran los artículos 1, 14, 16 y 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, e hizo valer entre otros, el concepto de violación que a continuación se inserta:

“Se conculcan en perjuicio de la parte quejosa, las garantías de seguridad jurídica y de legalidad consagradas en los artículos 1, 14, 16 y 23 de la Constitución Federal, porque en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo debe gozar de las garantías que otorga nuestra Constitución Federal, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, debiendo ser este imperativo respetado por todas las autoridades; porque nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, debiendo tomarse en cuenta que la garantía de seguridad jurídica rige en todas las ramas jurídicas y no únicamente en la penal; porque nadie puede ser molestado en su persona, domicilio, papeles y posesiones, sin mandamiento escrito emitido por autoridad competente, debidamente fundado y motivado en una causa legal del procedimiento; y, además, porque nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. - - - EN RELACIÓN CON EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. - - - Se hace valer en contra de los actos reclamados al Congreso de la Unión, relativos a la aprobación y expedición del Código Fiscal de la Federación, el vicio de inconstitucionalidad, atacando el artículo 46, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación, vinculado con el primer acto de aplicación concreto y actual contenido en la orden de visita domiciliaria (...), bajo el oficio número 324-SAT-32-1-2112 de fecha 28 de abril de 2004, identificada con el número RIM5600014/04, en cuanto que este dispositivo legal establece: - - - “concluida la visita en el domicilio fiscal, para iniciar otra a la misma persona, se requerirá nueva orden, inclusive cuando las facultades de comprobación sean para el mismo ejercicio y por las mismas contribuciones o aprovechamientos”. - - - Este dispositivo legal transcrito en la parte reclamada es violatorio



del artículo 23 de la Constitución Federal, ya que la garantía constitucional de seguridad jurídica que tutela dicho precepto legal, tiene como propósito proteger al gobernado que ha sido juzgado por un delito, de ser sujeto de juicio nuevamente por el mismo delito, habida cuenta de que dicha garantía no es exclusiva de la materia penal, tomando en cuenta que conforme al artículo 14 constitucional, la garantía de seguridad jurídica debe regir en todas las ramas jurídicas, y tiene como propósito proteger al gobernado que ha sido juzgado por un delito, de ser sujeto de juicio nuevamente por el mismo delito; en otras palabras, el citado principio consiste en que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, presupone la existencia de un juicio originado en la comisión de un delito, por el cual el gobernado no puede ser objeto de otro juicio, es decir, lo que el principio *non bis in ídem* prohíbe es que una misma consecuencia de una conducta se castigue doblemente con la misma sanción, o bien que la propia conducta sea sometida a dos procedimientos diferentes, por lo que si el precepto legal reclamado permite ordenar una segunda visita domiciliaria a un mismo contribuyente, por un mismo ejercicio y sobre los mismos impuestos, sin que dicho precepto normativo prevenga o regule bajo que circunstancias es factible ordenar una nueva visita domiciliaria y de esta manera violentar nuevamente la garantía de inviolabilidad del domicilio y causar una nueva molestia, resulta evidente que es violatorio de las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica tutelados por nuestra Ley Fundamental la Constitución Federal al permitir el citado precepto normativo que las autoridades fiscales, invadan sin justificación alguna y por infinidad de veces el domicilio de los contribuyentes, permitiendo con ello una constante e indefinida molestia hacia las personas, domicilios, papeles y posesiones de los gobernados, vulnerando flagrantemente las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica tuteladas en los artículos 14, 16 y 23 de nuestra Ley Fundamental, ya que no es posible que un precepto legal arroje (sic) a las autoridades administrativas la facultad de que éstas se introduzcan al domicilio de un contribuyente por dos o más ocasiones, para revisar un mismo ejercicio o año fiscal y por las mismas contribuciones, federales sin que señale o límite los supuestos bajo los cuales pudiere ser factible tal intromisión, por lo que al abstenerse el legislador de precisar en el citado precepto normativo las hipótesis que motiven o justifiquen a realizar una segunda, tercera o posteriores auditorias o revisiones a un mismo contribuyente, sobre un mismo ejercicio y por las mismas contribuciones antes revisadas, genera imperativamente el presente vicio de inconstitucionalidad, que debe ser reparado por esta vía (...), por lo que, ante la falta de sumisión y respeto de las garantías de



legalidad y seguridad jurídica previstas en los artículos 14, 16 y 23 de la Constitución Federal, el Congreso de la Unión viola directa y flagrantemente estas garantías individuales del gobernado por no ajustar el artículo 46, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación, a las invocadas garantías constitucionales, que consisten en que nadie puede ser molestado en su persona, domicilio, papeles y posesiones, por dos o más ocasiones, sobre un mismo ejercicio fiscal y por los mismos impuestos, sin que se contemplen legalmente las razones o motivos justificados de tales actos de molestia, lo que redundaría en la violación a estas garantías de legalidad y seguridad jurídica en detrimento de la hoy quejosa, pues ha soportado la intromisión a su domicilio y la molestia constante por actos de fiscalización, que le impiden la realización de sus actividades normales, ya que (...), apenas transcurrido un escaso mes en que fue concluido el acto de molestia, la autoridad fiscal ordena una nueva visita domiciliaria a la misma contribuyente, hoy quejosa, por el mismo ejercicio fiscal de 2000 y sobre los mismos impuestos ya revisados, sin existir justificación legal alguna de continuar con el acto de molestia, cuando ya había apreciado la situación fiscal de la hoy quejosa, agotando todos los plazos permitidos por la ley, en franca burla e inobservancia del principio de definitividad, que consiste en que los procedimientos de comprobación de cumplimiento de obligaciones fiscales, cuya instauración es potestad de la autoridad impositiva, deben de poseer un plazo para su conclusión. Sino (sic) existiese un término temporal máximo para su terminación, éstos quedarían sujetos en cuanto a su conclusión a la voluntad del ente autoritario y, por ende, podrían extenderse indefinidamente a través del tiempo lo que iría en contra de la garantía de seguridad jurídica contemplada en el artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación, tornándose dichos actos en una molestia constante y en una permanente intromisión al domicilio, lo que es contrario a la protección que otorga el artículo 16 constitucional, que tutela que los actos de molestia deben estar acotados por un tiempo prudente para lograr el objetivo que con ellos se pretende, de modo que no quede al arbitrio de las autoridades fiscales la duración del acto de molestia, por tal razón no puede permitirse que un precepto normativo como el reclamado permita arbitrariamente a las autoridades, la intromisión constante al domicilio de los contribuyentes, sin que señale o delimite los supuestos bajo los cuales pueda ser factible tal intromisión, por lo que al abstenerse el legislador de precisar en el citado precepto normativo las hipótesis que motiven o justifiquen a la autoridad realizar una segunda, tercera o más auditorías o revisiones a un mismo contribuyente sobre un mismo ejercicio y por las mismas contribuciones ya antes revisa-



das, genera imperativamente el presente vicio de inconstitucionalidad que se hace valer. De no considerarse así, serían letra muerta las garantías de legalidad y seguridad tuteladas por el artículo 46-A del Código Fiscal de la Federación, en relación con los diversos 16 y 23 de nuestra Ley Fundamental. - - - Resultan aplicables a -lo antes expuesto los criterios jurisdiccionales siguientes: Novena Época. Instancia Primera Sala. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVI, julio de 2002. Tesis 1a. XLVII 1/2002. Página 56, Materia Constitucional, Administrativa_”CONTRIBUCIONES OMITIDAS. EL TERCER PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 64 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, VIGENTE EN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS, AL ESTABLECER QUE AQUÉLLAS SE PODRÁN VOLVER A DETERMINAR CUANDO SE COMPRUEBEN HECHOS DIFERENTES, NO ES CONTRARIO AL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”⁴¹ (Se transcribe y se cita precedente).- Registro. 187,036. Jurisprudencia Materia Constitucional Administrativa. Novena Época. Instancia Primera Sala. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XV, abril de 2002. Página 430. Tesis 1a./J. 22/2002. “VISITAS DOMICILIARIAS O REVISIÓN DE LA CONTABILIDAD. EL ARTÍCULO 46-A DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN (VIGENTE EN LOS AÑOS DE 1995 A 1997), ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, EN CUANTO QUE NO SEÑALA UN LÍMITE. A LA DURACIÓN DE TALES ACTOS DE FISCALIZACIÓN QUE SE PRACTICAN A DETERMINADOS GRUPOS DE CONTRIBUYENTES”. (Se transcribe y se citan precedentes). - - - Novena Época. Instancia Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XI, febrero de 2000. Tesis 11.20.A.8 A Página 1059. “FACULTADES DE REVISIÓN DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. NO SON VIOLATORIAS DE GARANTÍAS LAS EJERCITADAS POR SEGUNDA OCASIÓN

⁴¹ Es de importancia hoy día, por el texto vigente a partir de enero de 2007 del último párrafo del artículo 46 del Código Fiscal de la Federación, tener en cuenta el criterio contenido en la tesis cuyo rubro es: CONTRIBUCIONES OMITIDAS. EL TERCER PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN “DEL ARTÍCULO 64 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, VIGENTE EN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS, AL ESTABLECER QUE AQUÉLLAS SE PODRÁN VOLVER A DETERMINAR CUANDO SE COMPRUEBEN HECHOS DIFERENTES, ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Registro: 186,630



SOBRE UN EJERCICIO FISCAL REVISADO CON ANTERIORIDAD, SI EN LA PRIMERA LA AUTORIDAD HACENDARLA NO REALIZÓ PRONUNCIAMIENTO ALGUNO”. (Se transcribe y se cita precedente). - - - Luego entonces, al considerar inconstitucional el precepto normativo aplicado como primer acto en la orden de visita domiciliaria (...), ante lo evidente de que se violan flagrantemente las garantías de legalidad y seguridad jurídica, tuteladas en los artículos 14, 16 y 23 de nuestra Ley Fundamental, al permitir molestar en su persona, domicilio, papeles y posesiones, por dos o más ocasiones a un mismo contribuyente, por un mismo ejercicio fiscal y sobre los mismos impuestos federales, aún y cuando ya se hubiere apreciado su situación fiscal, sin contemplar los motivos o razones que justifiquen dicha actuación, tal inconstitucionalidad trasciende al primer acto de aplicación concreto y actual (...). - - Por todo lo antes expuesto, se solicita se conceda en favor de la hoy quejosa la protección de la Justicia Federal, ya que en el caso particular el precepto normativo aplicado en la orden de visita domiciliaria que nos ocupa, resulta inconstitucional, además de que la orden de visita domiciliaria reclamada resulta inconstitucional en sí misma por vicios propios.”

6.1.2 Segundo Caso: A. R. 726/2006

“**CUARTO.** Los agravios que se hacen valer son infundados en parte y fundados en otra, de conformidad con las consideraciones siguientes.

“(…)

“Al respecto, resulta importante transcribir el principal de los argumentos que la quejosa hoy recurrente, hizo valer en los conceptos de violación, el cual es del tenor siguiente:

“(…) Con lo anterior se pone en relevancia que el precepto que se reclama otorga a la autoridad fiscal la facultad para que una vez agotado el término señalado por la ley para que tenga verificativo una visita domiciliaria, la autoridad pueda realizar otra visita con el objeto de revisar el cumplimiento de exactamente las mismas obligaciones, lo que permite a la autoridad fiscal repetir una y otra vez, sin límite alguno la práctica de visitas domiciliarias con el objeto de revisar el cumplimiento de exactamente las mismas obligaciones y extender de forma indefinida la duración material del acto y, por lo tanto, otorga facultades que convierten la revisión en una molestia constante y en una permanente intromisión al domicilio del particular afectado, lo que es: contrario a la protección que otorga el artículo 16 Cons-



titucional y deviene en una afectación personal y directa en la seguridad jurídica de la empresa quejosa.”

“(…) es fundado el segundo de los agravios que se hace valer, en el que se aduce que el artículo 46, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación, es contrario al artículo 16 constitucional, porque permite que las autoridades hacendarias practiquen visitas domiciliarias respecto de ejercicios fiscales ya revisados, sin limitación alguna, lo que se traduce en una molestia permanente en el domicilio de los gobernados, máxime que la duración y frecuencia de las visitas domiciliarias son requisitos indispensables que se deben observar para respetar el principio de inviolabilidad del domicilio de los gobernados.”

El último párrafo, del artículo 46, del Código Fiscal de la Federación, que se reclama, es del tenor siguiente:

“Artículo 46. La visita en el domicilio fiscal se desarrollará conforme a las siguientes reglas:

“Concluida la visita en el domicilio fiscal, para iniciar otra a la misma persona, se requerirá nueva orden, inclusive cuando las facultades de comprobación sean para el mismo ejercicio y por las mismas contribuciones o aprovechamientos.”

El artículo transcrito fija las reglas conforme a las cuales se desarrollarán las visitas domiciliarias, precisando en su último párrafo que para iniciar otra visita domiciliaria a la misma persona se requerirá de nueva orden, inclusive cuando las facultades de comprobación sean para el mismo ejercicio y por las mismas contribuciones o aprovechamientos.

Ahora bien, en relación con el problema de constitucionalidad planteado, esta, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver en sesión de dieciocho de noviembre de dos mil cinco, por unanimidad de votos, el amparo en revisión 1264/2005, determinó que el último párrafo, del artículo 46, del Código Fiscal de la Federación, es contrario a los artículos 16 y 23 constitucionales, toda vez que prevé la posibilidad de que la autoridad hacendaria ejerza sus facultades de comprobación respecto del mismo contribuyente, por el mismo ejercicio y por las mismas contribuciones ya revisadas y determinadas, que derivan de los mismos hechos o abstenciones ya verificados, esto porque se estaría sometiendo al gobernado a un nuevo procedimiento fiscalizador por cuestiones ya revisadas y determinadas por la autoridad hacendaria.”



6.2 CONSIDERACIONES SOBRE OTROS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y POSTURA ACTUAL DE LA 1A. Y 2A. SALAS

En general una norma tildada de inconstitucional, como es sabido, puede ser impugnada en un amparo indirecto o bien en demanda de amparo directo de acuerdo con la jurisprudencia 2a./J. 152/2002 con Registro Núm. 185269 y cumpliendo con los requisitos de las jurisprudencias 1a./J. 58/99 y 2a/J. 53/2005 con números de registro: 193,008 y 178,539 teniendo, en su caso, la carga de agotar el recurso de revisión de acuerdo, entre otras, con la jurisprudencia VI.30.A. J/43 con número de registro 179,643. Si se impugna la norma mediante amparo directo anulará la sentencia mientras que si se impugna en amparo indirecto la norma que se decreta inconstitucional ya no se aplicara al quejoso.

Ante estas reglas para la impugnación de normas inconstitucionales y dado que el principio *Non bis in ídem* es aplicable a los procedimientos administrativos; son diversos los supuestos que en la realidad se presentan para casos concretos. Por ello se considera importante señalar aspectos relevantes respecto a elementos sobresalientes, que en su caso, lleven a profundizar al Poder Judicial, a través de los argumentos que se viertan, sobre la aplicación del principio *Non bis in ídem* en materia fiscal y no solo en los procedimientos de fiscalización.

En principio podemos reafirmar que la segunda orden de visita domiciliaria, como segundo procedimiento administrativo de fiscalización es inconstitucional por violar el principio *non bis in ídem*; y, mientras no exista jurisprudencia firme, dada la existencia de la jurisprudencia del Pleno de la Corte P./J. 68/2000 con Núm. Registro: 191,384 resulta relevante tener en cuenta y plenamente ubicadas las ejecutorias aquí citadas, sobre todo porque las sentencias de la Segunda Sala de 12 de mayo de 2006 y de 18 de noviembre de 2005, constituyen precedentes en términos de la Ley de Amparo, no sólo hasta que se publican.⁴² Por lo anterior, reiteramos, cobra relevancia tener conocimiento del criterio contenido en las ejecutorias relativas a la inconstitucionalidad del artículo 46, último párrafo del Código Fiscal de la Federación cuyos engroses que contienen los criterios jurisprudenciales que declaran la inconstitucionalidad del artículo 46, último párrafo del Código Fiscal de la Federación, se han tenido a la vista al redactar el presente.

⁴² Cfr.: Registro en IUS 191,339; así como, el Registro 183,053.



Es conveniente puntualizar que para el mes de enero de 2007 se publica en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta el precedente redactado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a las dos anteriores ejecutorias siendo su rubro: "VISITAS DOMICILIARIAS. EL ARTÍCULO 46, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA (VIGENTE A PARTIR DEL 1° DE ENERO DE 2004)"⁴³ mismo que se centra sobre todo en la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 16 Constitucional, mas no puntualiza nada respecto al artículo 23 de la Carta Magna siendo por ello de relevancia acudir a las ejecutorias respectivas.

Por otra parte, en el Semanario Judicial de la Federación de octubre de 2006 se publicó el criterio de la Primera Sala respecto a la aplicación del *Non bis in ídem* en materia fiscal y que a la vez modifica su anterior postura que consideraba como constitucional una segunda orden de visita. El rubro de dicha tesis es:

"PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE FISCALIZACIÓN. EL ARTÍCULO 46, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE EN 2005, VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."⁴⁴

Finalmente, por modificaciones al Código Fiscal de la Federación, en vigor a partir del primero de enero de 2007, el último párrafo del artículo 46, señala:

"Artículo 46.-

"(...)

"Concluida la visita en el domicilio fiscal, para iniciar otra a la misma persona, se requerirá nueva orden. En el caso de que las facultades de comprobación se refieran a las mismas contribuciones, aprovechamientos y periodos, sólo se podrá efectuar la determinación del crédito fiscal correspondiente *cuando se comprueben hechos diferentes* a los ya revisados. La comprobación de hechos diferentes deberá estar sustentada en información, datos o documentos de terceros, en la revisión de conceptos específicos que no se hayan revisado con anterioridad o en los datos aportados por los particulares en las declaraciones complementarias que se presenten."

⁴³ Cfr.: Registro en IUS. 173,418.

⁴⁴ Cfr.: Registro en IUS 174,043.



Con lo anterior se pretendió subsanar el problema de inconstitucionalidad del numeral en comento pero el caso es que dicho texto es idéntico al tercer párrafo de la fracción del artículo 64 del Código Fiscal de la Federación vigente para 1992 que decía:

“Artículo 64.

“II.-

“(…)

“Siempre se podrá volver a determinar contribuciones omitidas correspondientes al mismo ejercicio, *cuando se comprueben hechos diferentes.*”

Texto que precisamente también se decretó inconstitucional en el siguiente precedente:

“CONTRIBUCIONES OMITIDAS. EL TERCER PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 64 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, VIGENTE EN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS, AL ESTABLECER QUE AQUÉLLAS SE PODRÁN VOLVER A DETERMINAR CUANDO SE COMPRUEBEN HECHOS DIFERENTES, ES VIOLATORIO DE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si se toma en consideración que las normas que prevén una afectación cuya realización corresponde a una autoridad administrativa, respetan la garantía de seguridad jurídica consagrada en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando el legislador acota de tal manera la actuación de aquella, que aunque le dé un margen que le permita valorar las circunstancias en que aconteció la respectiva infracción o conducta antijurídica, no permita la actuación caprichosa o injustificada de la autoridad, se concluye que el tercer párrafo de la fracción 11 del artículo 64 del Código Fiscal de la Federación, vigente en mil novecientos noventa y dos, es violatorio de la garantía constitucional de referencia, al establecer que las contribuciones omitidas correspondientes al mismo ejercicio se podrán volver a determinar, cuando se comprueben hechos diferentes. Lo anterior también lo es que en términos del párrafo mencionado, la actuación de la autoridad no se justifica, es así, porque aunque es cierto que la facultad de fiscalización de la autoridad va dirigida a valorar las circunstancias en que acontece la conducta antijurídica del contribuyente sujeto a revisión, en virtud de que la dirige a un ejercicio del que ya conoció y del que estuvo en posibilidad



de valorar los hechos que pudieron constituir alguna conducta antijurídica, por lo que tal actuación, al no encontrar justificación, se vuelve caprichosa y arbitraria.

“Amparo directo en revisión 1315/2001. Promotora Turística El Panorama, S.A. de C.V. 8 de mayo de 2002. Mayoría de tres votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

La enmienda legal que autoriza una segunda visita por hechos diferentes más que superar la inconstitucionalidad, introduce elementos sobre los que ya existen pronunciamientos previos de la inconstitucionalidad de los mismos; y, sobre todo, provoca un efecto multiplicador pues permite ahora cuestionar ante el Poder Judicial la inconstitucionalidad de hechos diferentes como causa de duplicidad de órdenes de visitas domiciliarias así como el respeto al principio *non bis in ídem* en todo procedimiento administrativo pues el legislador pretende introducir excepciones al principio cuando las mismas se le contraponen; y, aún más, la adición al segundo párrafo del artículo 113 de la Carta Magna vigente a partir del primero de enero de 2004, contempla en México la responsabilidad patrimonial del Estado para actividades administrativas irregulares como lo sería un primer procedimiento administrativo decretado nulo y, sin embargo, a pesar de dicha irregularidad, pretenda la autoridad, volver a iniciar el mismo.

7. EI “NON BIS IN ÍDEM” EN EL DERECHO COMPARADO

El principio *non bis in ídem*, se regula en los artículos 54 al 58 de los acuerdos de Schengen, mismos que han sido incorporados al Título VI del Tratado de la Unión Europea (TUE). Por ello, brevemente hacemos alusión a los acuerdos de Schengen (punto 7.1) y su influencia en la Unión Europea (punto 7.2) para detallar las evoluciones doctrinales y jurisprudenciales del Principio *non bis in ídem* en España hasta el año de 2006 (punto 7.3).

Con lo anterior, tendremos el panorama para puntualizar claramente la situación, en los umbrales del siglo XXI, del principio *del non bis in ídem* en el viejo continente y en México, lo que se hace en el apartado 7.4.



7.1 SCHENGEN:

Schengen, es una localidad de Luxemburgo de 500 habitantes en el límite con Francia y Alemania en cuya localidad el 14 de junio de 1985, cinco estados de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) (Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo), llegaron a un acuerdo para la supresión de fronteras comunes. Los cuatro siguientes países que se adhirieron fueron: Italia, España, Portugal y Grecia.

7.2 EL NON BIS IN ÍDEM EN LA UNION EUROPEA Y EL ACUERDO SCHENGEN

Los acuerdos intergubernamentales de Schengen de 1985 y 1990 y el acervo elaborado de Schengen han sido incorporados a la estructura de la UE mediante un Protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al Tratado Comunidad Europea (TCE) por el Tratado de Ámsterdam, del Convenio de 1990 de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 (CAAS) y esto lo podemos corroborar, entre otras formas, al ver el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 21 de junio de 2005, No. 157, serie L en donde encontramos el Anexo II: Lista de las disposiciones del acervo de Schengen y que dice:

“Lista de las disposiciones del acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea y de los actos que lo desarrollan o guardan relación con el que serán obligatorios y aplicables en los nuevos Estados miembros a partir de la adhesión (contemplados en el apartado 1 del artículo 4 del Acta de adhesión) mismo,

“1. El Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes de 14 de junio de 1985 (1).

“2. Las siguientes disposiciones del Convenio, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, junto con su acta final y las declaraciones comunes correspondientes (2), en las versiones modificadas por algunos de los actos enumerados en el punto 8:

“artículo 1, en la medida en que se refiera a las disposiciones del presente punto; artículos 3 a 7, salvo la letra d) del apartado 1 del artículo 5; artículo 13; artículos



26 y 27; artículo 39; artículos 44 a 59; artículos 61 a 63; artículos 65 a 69; artículos 71 a 73; artículos 75 y 76; artículo 82; artículo 91; artículos 126 a 130, en la medida en que se refieran a las disposiciones del presente punto, y artículo 136; Declaraciones comunes Núms. 1 y 3 del Acta Final.”

Respecto a la incorporación de los acuerdos de Schengen al CAAS, de lo que habla ampliamente el Profesor Holandés JOHN A. E. VERVAELE,⁴⁵ sobresalen los artículos 54 a 58 sobre la aplicación del principio *ne bis in ídem* que se incorporaron al Título VI del (TUE) (disposiciones del tercer pilar) sobre la base jurídica de los artículos 34 TUE y 31 TUE (6). El artículo 54 dispone: “Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”. El artículo 55 contiene excepciones a la regla del *non bis in ídem*, pero deben plantearse formalmente en el momento de la firma o ratificación. Una de las posibles excepciones es que los actos hayan tenido lugar total o parcialmente en su propio territorio. Otro artículo importante en este contexto es el artículo 58 que señala que las disposiciones nacionales pueden ser más amplias e ir más allá de las disposiciones Schengen sobre el *non bis in ídem*, dando una protección más amplia.

7.3 EL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM, SU EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ESPAÑOLA:

La jurisprudencia y la doctrina española han ido evolucionando respecto a la aplicación del principio *non bis in ídem*, a la par de las sentencias del Tribunal Constitucional de las que sobresalen las siguientes cuatro. 1.- STC 2/1981, 2.- STC 177/1999, 3.- STC 152/2001 y 4.- STC 2/2003 mismas cuya esencia es conveniente resaltar.

A las cuatro sentencias anteriores, por su importancia, les asignamos un subapartado en que sucintamente las describimos en lo esencial. Respecto a la cuarta sentencia, la sentencia STC 2/2003, por su importancia, le dedicamos un apartado

⁴⁵ VERVAELE, John A. E. “*El principio ne bis in ídem en europa. El Tribunal de Justicia y los Derechos Fundamentales en el Espacio Judicial Europeo*” localizable en: Nueva doctrina penal, Núm. 1, 2005, pp. 287-305, Traducción de Isidoro BLANCO CORDERO, Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Vigo. España.



adicional: el 7.5 que denominamos “Boletín Oficial del Estado. 20/01/2006. Sección T.”, en virtud de que la encontramos aplicada recientemente en la sentencia publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) del 20 de enero de 2006, primer precedente de 2006 que marca la postura española en la materia y la influencia de la citada sentencia en cuanto a la aplicación del non bis in ídem en la actualidad.

Los subapartados anteriores preparan el camino para el punto 7.4 en que se vierten las consideraciones respecto a la evolución y postura española con relación al principio *Non Bis In Ídem*, que nos da a la vez la aplicación actual de este principio en la Unión Europea y permite ir puntualizando la diferencia esencial con México

7.3.1 LA SCT 2/1981, DE 30 DE ENERO

En España la primera referencia a la postura de “las relaciones de sujeción especial” la encontramos en la STC 2/1981, de 30 de enero (FJ cuarto) en que se postula la aplicación de la prohibición del *non bis in ídem* cuando se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. Esta construcción doctrinal de origen jurisprudencial parece no encontrar una total aceptación. Así, la STC 234/1991, de 10 de diciembre (FJ segundo), parece olvidar toda la jurisprudencia constitucional anterior, al afirmar que las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Sin embargo, la resolución en su conjunto no se muestra tan radical en cuanto al cambio de doctrina, aceptando la posibilidad del non bis in ídem: Es evidente que esta segunda sanción no se impone en ejercicio del *ius puniendi* que el Estado ostenta para reprimir las conductas tipificadas como delito o falta dentro del territorio nacional sino en uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre sus dependientes o funcionarios, esto es, en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración sancionadora.

El Art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proscribire la doble sanción -penal y administrativa- de unos mismos hechos cuando, además, existe identidad de sujeto y fundamento.



7.3.2 LA STC 177/1999, DE 11 DE OCTUBRE

El propio Tribunal Constitucional en sus memorias, la titula como “Sentencia 177/1999 de 11/10/1999 *Ne bis in ídem* Anulación de sentencia del Tribunal penal por haberse impuesto anteriormente sanción administrativa por los mismos hechos.

La STC 177/1999, de 11 de octubre, apunta a un cambio doctrinal en esta materia pues declaró que una condena por delito ecológico impuesta al directivo de una empresa que había vertido contaminantes en el río Congost, vulneraba la interdicción de sancionar dos veces los mismos hechos (*ne bis in ídem*), implícita en el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE, STC 2/1981). La empresa ya había sido sancionada por la Junta de Aguas de Cataluña, con una multa administrativa; no es lícito volver a sancionar penalmente por los mismos hechos. Dos Magistrados formularon Voto particular.⁴⁶

7.3.3 LA STC 152/2001

La Sentencia 152/2001 inadmite la demanda de amparo promovida por una persona, condenada por un delito contra la seguridad del tráfico después de haber sido sancionado administrativamente por los mismos hechos. La interdicción del *bis in ídem* tiene una vertiente procesal (STC 177/1999). Pero en la duplicidad de los procedimientos sancionadores seguidos, uno por la Administración y otro por los Tribunales penales, influyó de modo decisivo la actitud del recurrente, que perfectamente pudo haberla impedido, y no lo intentó hasta después de que hubiera finalizado el procedimiento administrativo. Pero con esa conducta, no cumplió el requisito procesal de invocar el derecho fundamental tan pronto sea conocida la infracción, por lo que su recurso de amparo devino inadmisibles.⁴⁷

7.3.4 LA STC, 2/2003, DE 16 DE ENERO

El punto de inflexión que supuso la STC, 177/1999 frente a la doctrina que había sido mantenida anteriormente por el Tribunal Constitucional, así como las manifestaciones recogidas en la STC, 152/2001, pusieron de relieve que en el propio seno del

⁴⁶ Cfr.: Tribunal Constitucional MEMORIA 1999 numeral V. Actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional apartado 3. Sentencias de las Salas, inciso b) Derechos y libertades fundamentales. Para ahondar sobre el tema resulta recomendable el libro: “El principio “non bis in ídem” en el procedimiento administrativo sancionador. Meseguer Yebra, J. Editorial Bosch. 2000.

⁴⁷ Cfr.: Tribunal Constitucional MEMORIA 2001 numeral IV. Actividad jurisdiccional apartado 3. Sentencias de las Salas, inciso d) Los demás derechos y libertades de acuerdo al Tribunal Constitucional.



Tribunal existían discrepancias sobre el contenido y la fundamentación que debía reconocerse al principio *non bis in ídem*. Para resolver tales discrepancias el Tribunal Constitucional se reunió en Pleno y elaboró una nueva sentencia sobre este principio en la que se aparta de la doctrina contenida en aquella sentencia Núm. 177 de 1999; se trata de lo que en terminología anglosajona se denomina un *overrule-case*.

No obstante, ha de indicarse que en la sentencia se pretende guardar un cierto equilibrio entre la postura anterior a la STC, 177/1999 y la mantenida por ésta, lo que implica que, aunque se aparta de aquella doctrina, acepta algo de ella, por lo que en realidad pretende colocarse en una situación, no intermedia, pero tampoco olvidarse de lo que se defendió en la STC, 177/1999; así se resalta en lo que Landa Gorostiza afirma al decir:

“Esa doctrina es la establecida en la sentencia del Pleno del TC 2/2003, de 16 de enero en la que se aparta y revisa, en algunas cuestiones, de la establecida en las SSTC 177/1999 y 152/2001. En lo que ahora importa puede resumirse afirmando que el principio ‘*non bis in ídem*’ como garantía material, integra el derecho fundamental al principio de legalidad del Art. 25.1 CE y tiene por finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, pues la suma de sanciones crea una sanción distinta de la establecida por el legislador que quiebra la garantía del ciudadano sobre previsibilidad de sanciones que se materializa, en definitiva, en una sanción no prevista legalmente. Se funda también en el principio de culpabilidad y proporcionalidad. No se produce reiteración punitiva, interdictada constitucionalmente, aunque haya identidad de sujeto, hecho y fundamento, cuando el órgano judicial toma en consideración la anterior sanción administrativa para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal. Materialmente sólo ha existido una sola sanción. El Art. 25.1 CE no prohíbe el ‘doble reproche aflictivo’ sino la reiteración sancionadora y no basta, frente a lo sostenido en la STC 177/99, para considerar vulnerado el derecho fundamental en su vertiente material la mera declaración de la imposición de la sanción (en este sentido STS 52/2003 de 24 de febrero -RJ 950/2003-).”⁴⁸

⁴⁸ Cfr.: Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA, en *Evolución Jurisprudencial en los Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente: Una Crónica (SSTS 2002-2003)**, UPV/EHU-p. 27.



7.3.5 BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 20/01/2006. SECCIÓN T

Lo último que encontramos respecto al principio *Non bis in ídem*, y que corrobora las grandes diferencias entre las normas españolas y mexicanas, está en BOE del 20 de enero de 2006 que aplica la STC 2/2003 y que a continuación se transcribe, en lo conducente:

“El recurrente aduce en su demanda de amparo las vulneraciones siguientes:

“a) Vulneración del derecho a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en su vertiente de no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos (*non bis in ídem*), con fundamento en que se ha impuesto al recurrente una sanción disciplinaria y otra penal por los mismos hechos existiendo identidad de bien jurídico protegido en ambas infracciones. Se argumenta que no es posible excepcionar en el presente caso este principio ni por la mera existencia de una relación de sujeción especial, conforme ya se estableció en la STC 234/1991, de 10 de diciembre, ni en virtud de una preeminencia del derecho penal sobre el administrativo sancionador, según la STC 177/1999, de 11 de octubre, ni, por último, en virtud de la existencia de determinadas previsiones legales como la del artículo 44 LODFA de 1985 sobre la posibilidad de someter a un doble procedimiento por falta leve y, posteriormente, por falta grave, unos mismos hechos, aunque ello suponga dejar sin efecto la anterior sanción, en tanto que no es factible que el legislador contraríe una previsión constitucional 2. En cuanto a la vulneración aducida del principio *non bis in ídem*, como una de las garantías inherentes al derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), el Pleno de este Tribunal ha destacado en la STC 2/2003, de 16 de enero, apartándose expresamente de la doctrina establecida en la STC 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio, que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in ídem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto a la sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada. (FJ 6) Igualmente en la citada STC 2/2003, también he-



mos reiterado, desde la perspectiva procesal del principio non bis in ídem, que 'la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravoso como la de quien se halla sometido a un proceso penal' (FJ 8); de tal modo que, cuando la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impidan equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado a un proceso penal, no cabe apreciar la vulneración del derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador. En el presente caso tal como se ha destacado en los antecedentes y queda acreditado en las actuaciones, el recurrente, con fundamento en los hechos acontecidos el día de autos, fue sancionado, en primer lugar, por resolución administrativa dictada el mismo día en que se elevó el parte, denunciando los hechos y tras la sustanciación de un procedimiento oral en que se tomó declaración al recurrente y tres testigos, como autor de una infracción leve de desobediencia del artículo 8.33 de la entonces vigente Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las fuerzas armadas (LODFA de 1985), a la sanción de ocho días de arresto a cumplir en la dependencia militar, con participación en las actividades de la unidad. Y, en segundo lugar, por resolución judicial firme tras la tramitación de un procedimiento penal, como autor de un delito de desobediencia del artículo 102 del Código Penal Militar (CPM), a la pena de nueve meses de prisión y accesorias legales, acordándose que para su cumplimiento le fuera de abono cualquier tiempo pasado en privación de libertad por los mismos hechos. En atención a ello, y sin necesidad de entrar a analizar siquiera si concurren en ambas sanciones la identidad de sujeto, hecho y fundamento o la eventual influencia que sobre la interdicción constitucional de incurrir en bis in ídem plantea la existencia de determinadas relaciones administrativas, debe descartarse que se haya incurrido en la vulneración aducida tanto desde la perspectiva material como procesal de este principio. En efecto, materialmente no concurre en este caso el necesario exceso punitivo para apreciar la vulneración aducida, pues se ha previsto expresamente en la resolución impugnada que para



el cumplimiento de la sanción penal le fuera de abono el tiempo de privación de libertad sufrido por la imposición de la sanción administrativa, habiéndose hecho también expreso que le había sido cancelada al recurrente la nota desfavorable por falta leve. Con ello se evidencia que la resolución impugnada ha procedido a solventar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora. Del mismo modo, y desde la perspectiva procesal, tampoco concurre en este caso la posibilidad de equiparar el procedimiento disciplinario sufrido con un proceso penal como presupuesto necesario para apreciar la prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador, habida cuenta de la poca complejidad fáctica de los hechos que habían sido objeto de sanción y de la sencillez en la tramitación de dicho expediente disciplinario, que es oral y se sustanció en un solo día con la toma de declaración del recurrente y de los testigos presenciales.”⁴⁹

7.4 UMBRALES DEL SIGLO XXI Y EL NON BIS IN ÍDEM EN EL VIEJO CONTINENTE Y EN MÉXICO

7.4.1 NOTORIOS DESACUERDOS CON EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Acerbas críticas ha encontrado la postura del Tribunal Constitucional, así por ejemplo, López Barja de Quiroga, Jacobo señala: “Sin embargo, a nuestro juicio, la STC 2/2003, de 16 de enero es, desde el punto de vista argumental, bastante errática, seguramente por pretender superar una doctrina (la de la STC, 177/1999) sin argumentos excesivamente convincentes y dando una imagen de que dicho Tribunal no se cree totalmente lo que dice. Seguramente el problema se encuentra en que no encara de frente y a fondo el problema de la fundamentación del principio non bis in ídem que, dicho sea de paso, no tiene nada o poco que ver con el principio de legalidad por mucho que se esfuerce el Tribunal Constitucional en buscarle dicho encaje”.⁵⁰

⁴⁹ Cfr.: BOE 20/01/2006 Suplemento del Tribunal Constitucional. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, pp. 7 y SS.

⁵⁰ Cfr.: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, en El principio non bis in ídem (2004) La STC, 2/2003, de 16 de enero. Editorial Dykinson, S. L. 2004. Introducción al numeral VIII, del Capítulo III.



7.4.2 PRIMACÍA DE LO MATERIAL POR LO PROCEDIMENTAL

Con la STC 2/2003, la doctrina del TC declara la primacía de la vertiente sustantiva del principio sobre la procedimental. Vertientes que la STC 2/2003 explica en su fundamento jurídico 3 incisos a) a d).

7.4.3 SUSTANCIAL DIFERENCIA ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA

A diferencia de México, la Constitución Española no contempla expresamente el denominado principio "*non bis in ídem*", si bien según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1, en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (STC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 221/1997, entre otras) en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre "(...) la identidad de sujeto, hecho y fundamento (...)"

Lo anterior nos lleva a una diferencia fundamental entre la doctrina y jurisprudencia citadas en este apartado VII y lo que debe regir para México pues tal doctrina se forma precisamente porque la Constitución Española no contempla nada respecto al principio *non bis in ídem* mientras que en México en sus diversas Constituciones y hasta la Carta Magna del 17, en su artículo 23, consagra expresamente dicho principio; por ende, ha superado de origen diversas disquisiciones doctrinales; y, ahora se encuentra en posibilidad de dar aportes partiendo no de disquisiciones previas al texto constitucional o necesarias por ausencias del mismo, sino partiendo de, como ya lo han hecho el Pleno y ambas Salas, de interpretación sistemática de la Carta Magna en su parte dogmática y teniendo en cuenta las garantías del gobernado. En este punto cabe agregar que el artículo 113, adicionado con su texto vigente a partir de 2004, introdujo una nueva garantía individual según reiteración del Constituyente Permanente en los debates respectivos; y, al llevar el estudio sistemático de las garantías constitucionales hasta dicho segundo párrafo del artículo 113, necesariamente el principio *non bis in ídem* vendrá a perfeccionarse en cuanto a su aplicación y alcance dando aportes al derecho patrio e internacional pues no tiene caso que se permita un doble procedimiento administrativo si el primero se anula por ser irregular la actividad administrativa estatal desplegada por el o los funcionarios que en él actuaron ocasionando por ello la obligación de indemnización. Ello no solo violenta el principio *non bis in ídem* y las garantías individuales implícitas en ello sino que mermaría el patrimonio del Estado mismo.



CONCLUSIONES:

Primera.- Inconstitucionalidad de una segunda orden

Es inconstitucional una segunda orden de visita domiciliaria habiendo existido resolución definitiva en la anterior porque va en contra de la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 23 constitucional que reza: “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene”, que tiene su apoyo en el viejo principio del derecho romano del *non bis in ídem*, o bien en la cosa juzgada y que la Segunda Sala así como el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han señalado que dicho principio, dado lo amplio de la garantía de seguridad jurídica contemplado en el artículo 14 constitucional, es aplicable a todas las demás ramas del derecho, incluida la administrativa y lo fiscal última rama en que el mismo se fortalece con las garantías de seguridad jurídicas consagradas en el numeral 16 de la Carta Magna que autoriza sólo una única visita domiciliaria.

Segunda.- Revolución Copernicana

En los umbrales del siglo XXI, la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 23 de la Carta Magna en la parte que dice:

“(...) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene (...)”

Y tradicionalmente aplicable sólo a la penal, por interpretación jurisprudencial de la SCJN se ha clarificado y rige en el ámbito del procedimiento administrativo de fiscalización en los siguientes términos:

“(...) Nadie puede ser **revisado** dos veces por el mismo **periodo ni por la misma contribución**, ya sea que en el primer **procedimiento administrativo de fiscalización** se le absuelva o se le condene (...)”

Lo anterior porque con respecto al principio “*non bis in ídem*” la evolución jurisprudencial del mismo ha ocasionado la substitución de las palabras: juzgado, delito y juicio por: sancionado, hecho y procedimiento en el derecho administrativo; y, por revisado, periodo y/o contribución, y, procedimiento administrativo de fiscalización en el Derecho Fiscal.



Las primeras tres substituciones en materia de sanciones administrativas en general y las segundas tres substituciones en materia del procedimiento administrativo de fiscalización fiscal, según se condensa en la siguiente tabla de la

EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN ÍDEM EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y FISCAL

En Texto Constitucional	En Materia Administrativa	En Materia Fiscal
juzgado	sancionado	revisado
delito	hecho	periodo y/o contribución
juicio	procedimiento	procedimiento administrativo de fiscalización
le absuelva		le favorezca (caso de cumplimiento de obligaciones fiscales)
le condene		le liquide (caso de incumplimiento de obligaciones fiscales)

Derivado de las puntualizaciones anteriores, el texto constitucional en vigor, de acuerdo a las interpretaciones jurisprudenciales del mismo, debe leerse:

“Nadie puede ser juzgado/sancionado/revisado dos veces por el mismo delito/hecho/periodo y/o contribución ya sea que en el primer juicio/Procedimiento/Procedimiento Administrativo de Fiscalización se le absuelva/Favorezca o se le condene.”

Lo anterior ocasiona una revolución copernicana en materia fiscal pues el principio *non bis in ídem* se desprende de lo meramente jurisdiccional (juicio) y del concepto de “cosa juzgada” (doctrina meramente civilista) y adquiere matices y contenidos propios que:

Atienden a la esencia y sustancia de lo ya decidido

Sobresale la misma causa (obligaciones fiscales referentes a una contribución en un periodo de tiempo determinado)

El término de cosa juzgada viene incluso a substituirse por el de “revisión definitiva”

Tercera.- El principio de *non bis in ídem* es aplicable al procedimientos administrativo de fiscalización, no solo a las visitas.



Lo señalado en la conclusión dos, cobra más relevancia al aplicarse el principio *non bis in ídem*, en los términos aquí asentados, no sólo a las visitas domiciliarias sino a los “procedimientos administrativos de fiscalización”. Lo importante ahora son los resultados que se esperan cuando los contribuyentes hagan valer los medios de defensa apropiados para obtener la declaración de inconstitucionalidad de las normas en vigor que autorizan la multiplicidad, sin límites, de los procedimientos de fiscalización como por ejemplo, el último párrafo del artículo 42 que dice. “Las autoridades fiscales podrán ejercer estas facultades conjunta, indistinta o sucesivamente, entendiéndose que se inician con el primer acto que se notifique al contribuyente.” y que se contrapone a lo señalado por la Segunda Sala respecto al principio *no bis in ídem* en materia fiscal.

Cuarta.- Hechos y resolución definitiva

Es la garantía de seguridad jurídica contemplada en el artículo 23 constitucional en materia penal, la que consagra el principio *non bis in ídem* mismo que, según la jurisprudencia P./J. 84/97, con fundamento en el artículo 14, segundo párrafo de la norma suprema, resulta aplicable a todas las ramas del derecho y por ende al derecho administrativo y fiscal; y, no solo en el proceso sino en el procedimiento. En tratándose de procedimientos administrativos de fiscalización, tal principio se ilumina aun más con los párrafos primero y octavo del artículo 16 de la Carta Magna, que consagran la garantía de seguridad jurídica, el primero para todos los actos de fiscalización diferentes a la visita domiciliaria y el octavo precisamente para ésta última. Señalado lo anterior, el caso es que debe entenderse que esos actos de fiscalización están delimitados temporalmente, esto es, que deben estar acotados por un tiempo prudente para lograr el objetivo que con ellos se pretende, pues de no ser así se volverían en una molestia constante o en una permanente intromisión al domicilio, lo que es contrario a la protección que otorga el citado precepto constitucional (ver registro no. 187,036).

Quinta.- Transcurso del plazo y no existencia de resolución definitiva

Respecto a la “resolución definitiva” con que culmina el acto de fiscalización debe señalarse que su no existencia por vencimiento de plazo prudente hace las veces de caducidad especial pues cuando las autoridades no emitan la resolución correspondiente dentro del plazo mencionado, quedará sin efectos la orden y las actuaciones que se derivaron durante la visita o revisión de que se trate (Ver párrafo cuarto de Art. 50 de CFF) y resulta importante que cuando la hipótesis se da en la realidad misma,



por disposición de ley, se equipare a una resolución absolutoria; y dicha hipótesis es similar a la contenida en el artículo 304 del Código Federal de Procedimientos Penales que equipara el auto de sobreseimiento a la cosa juzgada y sobre todo resalta el término “se le absuelva” del artículo 23 constitucional por lo que este argumento es importante para textos vigentes como el contemplado en el cuarto párrafo del artículo 50 o último párrafo del artículo 46-A, ambos del CFF que señalan un plazo fatal; así el último de los citados dice: “Cuando las autoridades no levanten el acta final de visita o no notifiquen el oficio de observaciones, o en su caso, el de conclusión de la revisión dentro de los plazos mencionados, ésta se entenderá concluida en esa fecha, quedando sin efectos la orden y las actuaciones que de ella se derivaron durante dicha visita o revisión” fortaleciendo este argumento el principio *non bis in ídem* aplicable en materia fiscal.

Sexta.- Determinación de Contribuciones por diferentes hechos, inconstitucional

Respecto a la determinación de contribuciones por diferentes hechos, la misma es inconstitucional (ver registro Núm.186630) pues la actuación de la autoridad no se justifica, en virtud de que la dirige a un ejercicio del que ya conoció y del que estuvo en posibilidad de valorar los hechos que pudieron constituir alguna conducta antijurídica, por lo que tal actuación, al no encontrar justificación, se vuelve caprichosa y arbitraria. Este criterio se sostuvo de origen con relación al artículo 64 fracción II, tercer párrafo del Código Fiscal de la Federación vigente para 1990 que señalaba algo no similar sino idéntico a lo que a partir de enero de 2007, señala el artículo 46, último párrafo, del Código Fiscal de la Federación en vigor sobresaliendo ahora que dicho nuevo texto ya declarado inconstitucional por la Segunda Sala, posee como precedentes tanto la jurisprudencia del Pleno P/J 84/97 como los precedentes de las Salas antes citados sobresaliendo lo sostenido con relación al artículo 64 vigente en 1990 y que contemplaba precisamente la posibilidad de determinar contribuciones cuando se comprueben hechos diferentes. El contenido de ambos ordenamientos en cita, por la reintroducción reciente del segundo, se detalla a continuación.



<p>Tercer párrafo de la fracción II del artículo 64, del CFF decretado inconstitucional.</p> <p>64.</p> <p>II.-</p> <p>(...)</p> <p>Siempre se podrá volver a determinar contribuciones omitidas correspondientes al mismo ejercicio, cuando se comprueben hechos diferentes</p>	<p>46</p> <p>(...)</p> <p>Último párrafo del artículo 46 del CFF. (...) REFORMA publicada en el D.O.F. de 27 DE DICIEMBRE DE 2006)</p> <p>Concluida la visita en el domicilio fiscal, para iniciar otra a la misma persona, se requerirá nueva orden. En el caso de que las facultades de comprobación se refieran a las mismas contribuciones, aprovechamientos y periodos, sólo se podrá efectuar la determinación del crédito fiscal correspondiente <i>cuando se comprueben hechos diferentes</i> a los ya revisados. La comprobación de hechos diferentes deberá estar sustentada en información, datos o documentos de terceros, en la revisión de conceptos específicos que no se hayan revisado con anterioridad o en los datos aportados por los particulares en las declaraciones complementarias que se presenten.</p>
---	---

Lo anterior, por otra parte, permite vislumbrar la inconstitucionalidad de diversos numerales del Código Fiscal vigente pues es claro que lo que el principio *non bis in ídem* prohíbe es que una misma consecuencia de una conducta se castigue doblemente con la misma sanción, o bien, que la propia conducta sea sometida a dos procedimientos diferentes (Cfr.: IUS Registro No. 186,631)



Séptima.- El *Non bis In ídem* en los Tratados Internacionales y la jurisprudencia mexicana.

Además, desde la vertiente del procedimiento, resulta sumamente importante tener en cuenta que el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: (...) 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos" y con respecto a ello debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia número 199/2003 de la Segunda Sala de la SCJN contempla, en suma, que si un Tratado no define aquello a que alude el término debe ser entendido como aquel que define el derecho mexicano y las sentencias 1264/2005 y 726/2006 han por ello llenado de contenido la parte preinserta del Tratado Internacional citado que es aplicable a la materia administrativa.

Octava.- La garantía de seguridad jurídica y el *Non Bis In Ídem*

La garantía de seguridad jurídica y el principio *non bis in ídem* aplicable al derecho administrativo en su parte referente al procedimiento lleva a que figuras como la caducidad especial, que se dan por el simple transcurso del tiempo, por disposición expresa de ley se equiparen, como en lo penal sucede con el sobreseimiento, a la cosa juzgada. Esto trae consigo dos efectos, uno para el gobernado y otro para la autoridad. Para el gobernado redundaría en un fortalecimiento de la garantía de seguridad jurídica; para la autoridad, en la mayor eficiencia en su actuar. Los plazos para terminar una visita, para determinar en cantidad líquida una contribución, etc. Provocan caducidad especial y por ende, caducidad de las facultades de la autoridad que ha iniciado el procedimiento en el que debe emitir resolución; permitir su reinicio dado el supuesto de caducidad implica violación al principio *non bis in ídem*; por ello, debe incluso el legislador contemplar un artículo genérico que expresamente señale que la caducidad especial contemplada en las leyes hará las veces cosa juzgada para efectos de aplicación del principio *non bis in ídem* en materia administrativa y preeminencia así de la garantía de seguridad jurídica.



Novena.- El *Non Bis in Ídem* y los servidores públicos

La Revolución Francesa introdujo el principio *non bis in ídem*, en el artículo 9 de la constitución de 1791 contempló, “Todo hombre absuelto por un jurado no puede ser citado ni acusado en razón del mismo hecho”; en la QUINTA Enmienda de la Constitución Norteamericana James Madison previó que nadie sería sujeto a más de una condena o juicio por el mismo hecho “salvo en casos de juicio político (*impeachment*)”.

En México, la Constitución de 1917 a diferencia de otros países, como España, contempla este principio en su artículo 24 y si bien dice “delito” la corte ya lo ha interpretado como “hecho” lo que trae consecuencias, además de las ya anotadas, respecto a la Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, en donde el cambio de criterio de la Suprema Corte de Justicia respecto a ésta se rige por un sistema autónomo al admitir la aplicación de los principios de derecho penal –incluido en el de *non bis in ídem*- para las sanciones administrativas, implica una evolución que necesariamente llevará a una no múltiple sujeción a proceso sin tener en cuenta **cuando menos** la no acumulación de sanciones pecuniarias sino la inclusión de las menores en la de mayor cuantía; ello, claro está, teniendo casos de excepción como el “*impeachment*” de Madison; es decir, *contemplando excepciones para casos específicos de funcionarios públicos que así lo ameriten*.



BIBLIOGRAFÍA

CARO CORIA, Dino Carlos. *"El Principio de Ne bis in ídem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*. En *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*/ coord. por Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora, Alfonso Serrano Maíllo, 2006, ISBN 84-9772-969-2.

CORWIN, Edward S. *"La Constitución Norteamericana y su actual significado"*, Ed. Kraft, . Buenos Aires, 1942.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Porrúa 42ª. Edición. 2000.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina General del Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1990.

JON-MIRENA, Landa Gorostiza, en *Evolución Jurisprudencial En Los Delitos Contra Los Recursos Naturales y El Medio Ambiente: Una Crónica (SSTS 2002-2003)**, UPV/EHU

LIEBS, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichw[orter, Munich. 3ª. Ed. 1983, Citado por López Barja de Quiroga, Jacobo, (Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo), en *"El principio non bis in ídem"*, Dykinson, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo- Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, en *El principio non bis in ídem (2003) La STC, 2/2003, de 16 de enero*. Editorial Dykinson, 2004.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. *"La discutida eficacia de las sentencias sociales firmes en el proceso contencioso administrativo en materia de gestión recaudatoria de la Seguridad Social"* en Revista Internautica de Práctica Jurídica. Núm. 9. (enero-junio, 2002)

MAIR, Julio B. J. *Derecho procesal penal I*. 2ª. ed, Buenos Aires, Editores del Puerto 2002.

MESEGUER YEBRA, J. *"El principio "non bis in ídem" en el procedimiento administrativo sancionador*. Bosch. 2000.



Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación; *Las Garantías de Seguridad Jurídica*, Colección Garantías Individuales, Tomo 2, México, SCJN, 2004.

Quintiliano *Institutiones Oratoriae* 7, 6, 4: Citado por López Barja de Quiroga, Jacobo, OP. Cit., Capítulo I, Nota 4, p. 12.

San Martín Castro, César. *Derecho procesal penal*. 2ª. ed. T. 1. Lima, Grijley 2003, Citado por Caro Coria, Dino Carlos, Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú en "*El Principio de Ne bis in ídem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*" Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez / coord. por Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora, Alfonso Serrano Maíllo, 2006, ISBN 84-9772-969-2, pp. 655-683.

TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes Fundamentales de México, 1808-1995*, Porrúa, Decimonovena Edición Actualizada, México, 1995.

VERVAELE, John A. E. "*El principio ne bis in ídem en europa. El tribunal de justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*" localizable en: Nueva doctrina penal, N°. 1, 2005, Págs. 287-305, Traducción de Isidoro Blanco Cordero, Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Vigo. España.

WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales*. México, Gernika 1995.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, Controles de la facultad Reglamentaria, en IUS et Praxis Año 7 N° 2: 105-178, 2001, Apartado III.

HEMEROGRAFÍA

Convenio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 (CAAS).

Tribunal Constitucional *MEMORIA 1999* numeral V. Actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional apartado 3. Sentencias de las Salas, inciso b) Derechos y libertades fundamentales.



Tribunal Constitucional *MEMORIA 2001* numeral IV. Actividad jurisdiccional apartado 3. Sentencias de las Salas, inciso d) Los demás derechos y libertades,) de acuerdo al tribunal Constitucional.

"Annals of Congress" 434, June 8, 1789.

Boletín Oficial del Estado. (BOE) 20/01/2006. Sección T. Suplemento del Tribunal Constitucional. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

LEYES

Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua

Código Federal de Procedimientos Civiles

Código Federal de Procedimientos Civiles

Código Fiscal de la Federación

Código Penal para el Distrito Federal

Constitución de los Estados Unidos de América

Constitución Francesa de 1791

MEDIOS ELECTRÓNICOS

Demóstenes, In Leptinem, 147, citado en http://sapiens.ya.com/aforismos1/aforismos_3_76_100.htm#Nonbis consultada el 19 de abril de 2010.

El recurso jerárquico planteado por el Dr. Ingeniero Bruno Cernuschi Frías contra la resolución N° 2753/04 del Consejo Directivo de la Facultad de Ingeniería del 26 de marzo de 2004 que dispuso su separación como Decano.", en: <http://www.uba.ar/download/institucional/consejo/resoluciones/res3158.pdf>, consultada el 19 de abril de 2010.



IUS 2009, Cd. de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Wikipedia, la Enciclopedia libre, en locuciones latinas. Ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Locuciones_'atinas#N, último acceso el 29 de marzo de 2010.

SENTENCIAS NACIONALES Y EXTRANJERAS

Sentencias del Tribunal Constitucional de las que sobresalen las siguientes cuatro. 1.- STC 2/1981, 2.- STC 177/1999, 3.- STC 152/2001 y 4.- SCT 2/2003.

Las ejecutorias de los amparos en revisión 1264/2005, resuelto en noviembre del 2005; así como la del Amparo en A. R. 726/2006, resuelto en sesión de 12 de mayo de 2006.



LA (IN) DEFINICIÓN DEL DERECHO

Maestro Alfonso E. Ochoa Hofmann

De acuerdo a las últimas investigaciones no deberías comer cualquier tipo de pescado. De acuerdo con las últimas investigaciones todas aquellas investigaciones que dicen que el pescado realmente es bueno para ti, son conducidas por hippies con el cerebro muerto de fumar tanta hierba jamaicana. De acuerdo con las últimas investigaciones todos aquellos niños que comen pescado en Japón para poder desarrollar bien su inteligencia, han hecho trampa en los exámenes de matemáticas para obtener esos altos resultados, si comes pescado, el último estudio indica que te crecerán branquias, o empezarás a responder al nombre de Flipper. De acuerdo con la última investigación el pescado contiene cosas malas como botas, algas o peor aún otro pescado. De acuerdo con la última investigación no deberías atrapar pescado por temor a dañar sus sentimientos. De acuerdo con la última investigación tu eres un idiota con cara de pescado, con un I.Q. más bajo que un sándwich de atún, por creer los últimos estudios profunda y llanamente.¹

ABSTRACT: El derecho es resultado de los distintos contextos históricos, de las ideologías, de los intereses y conflictos predominantes en los mismos. Su naturaleza es normativa, por su contenido, pertenece al mundo del deber ser, es a la vez la expresión de un sistema de valores, preferencias, ideologías, que se expresan a través de modelos de comportamiento, de ahí que ningún modelo jurídico sea neutro desde el punto de vista axiológico. El carácter emotivo del término se evidencia cuando se utiliza como sinónimo de justicia, también lo entendemos como metalenguaje sintáctico y metalenguaje semántico. Finalmente podemos decir en coincidencia con Rolando Tamayo que el derecho puede ser entendido como una construcción de tres niveles. Cuando se refiere la idea del derecho desde la ciencia del derecho se remite a las normas jurídicas, todo el comportamiento jurídico se reduce a ellas, formando una relación imputativa de comportamientos, que dura cierto tiempo y que se da en cierto espacio, por lo que resulta complejo definir con precisión lo que el derecho es desde una concepción personal y su expresión real.

¹(www.consumerfreedom.com, 2006)

SUMARIO: ¿QUE ES EL DERECHO? AMBIGÜEDAD DEL TÉRMINO DERECHO. ¿SE PUEDE DAR EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EN EL DERECHO? FILOSOFÍA DEL DERECHO, CIENCIA JURÍDICA Y DERECHO POSITIVO. ESTRUCTURA DE LA CIENCIA JURÍDICA. BIBLIOGRAFÍA.

¿QUÉ ES EL DERECHO?

¿EL DERECHO TIENE DEFINICIÓN?

Herber Lionel Adolphus Hart en su obra el Concepto del Derecho puntualiza lo que para objeto de éste, reza el inicio de su trabajo “Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras diversas, extrañas y aun paradójicas ¿qué es el derecho?

Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años y dejemos a un lado la especulación clásica medieval acerca de la “naturaleza” del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma.²

Y es que el derecho puede ser analizado desde múltiples dimensiones, todo depende de la perspectiva que estemos analizando. El derecho constituye un mecanismo específico de ordenación de la existencia social humana. Con ello podemos observar que el derecho no está constituido por el tipo de actividades o dimensiones de la vida humana regulada por él, sino por la determinada forma en que se produce la regulación de aquellas.

Cuando afirmamos que el derecho es un fenómeno humano estamos diciendo dos cosas a la vez, el derecho es un producto humano que regula comportamientos humanos, por otra, el derecho es producido por los seres humanos en el marco de diversas circunstancias y contextos históricos. En el marco de esas circunstancias es que debe de ser entendido. De ahí que se diga que el derecho tiene una vinculación circunstancial con el conjunto de realidades concretas en el seno de las que surge.

² (Hart, 1963), p.1



El derecho es resultado de los distintos contextos históricos, de las ideologías, de los intereses y conflictos predominantes en los mismos. Por eso varía en sus contenidos en función de las circunstancias históricas y refleja los caracteres de esas circunstancias.

El derecho se destaca por su naturaleza normativa, los modelos de conducta incluidos en un ordenamiento jurídico constituyen criterios de comportamiento a los que están sujetos los destinatarios de ese sistema. En este contenido se afirma que el derecho pertenece al mundo del deber ser.

Los ordenamientos jurídicos incluyen sistemas de coacción destinados a asegurar el cumplimiento de sus modelos de conducta, como aseveraba Kelsen en su Teoría Pura del Derecho,³ *“una nota en común de los sistemas sociales designados como ‘derecho’ es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es con un mal), como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante conducta humana de ese tipo, un mal que debe infringirse contra la voluntad del que lo padece inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza de la voluntad del que lo padece inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir coactivamente”*.

En este contexto podemos entender mejor las relaciones que tiene el derecho con la sociedad a la luz del pensamiento de Kant, cuando observa que el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad (...) por consiguiente el derecho está unido a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola según el principio de contradicción.

Aunado a esto el derecho establece modelos de comportamiento lo hace pues, se considera que dichas conductas son necesarias para el mantenimiento de un modelo o el logro de unos determinados fines. De ello se deduce que el derecho es expresión de un sistema de valores, preferencias, ideologías, que se expresan a través de esos modelos de comportamiento, de ahí que ningún modelo jurídico sea neutro desde el punto de vista axiológico.

³(Kelsen, 2005), p. 15



Los problemas de definición del término *derecho*, pueden ser por varios factores, dado que es un producto histórico, es sujeto de muchas pre concepciones que los individuos tienen sobre el fenómeno; también podemos observar que el término derecho pertenece al lenguaje natural y forma parte de nuestro bagaje cotidiano, en este contexto podemos estar ante la presencia de problemas de ambigüedad, vaguedad, y emotividad del lenguaje.

AMBIGÜEDAD DEL TÉRMINO DERECHO

Por ambigüedad de un término se entiende que puede ser entendido de distintas maneras, es decir que puede tener varios significados, la aceptabilidad de dichos significados depende del contexto en el que se emplee el término, de esto que podemos entender el término *derecho* desde cuatro posibles contextos:

1. Como conjunto de normas, es decir *el derecho objetivo*, esto es, como conjunto de normas jurídicas obligatorias en un determinado territorio.
2. Puede ser entendido como la posibilidad de actuación que el ordenamiento me reconoce o me concede, es decir *el derecho subjetivo*, esto es, como capacidad de actuación respaldada por el ordenamiento, por el derecho objetivo
3. Utilizar el término como *sinónimo de justicia*, es decir, expresando una valoración del término en relación con determinadas situaciones.
4. Se puede usar el término derecho en referencia a la *ciencia jurídica*, cuando hablamos del conjunto de teorías, reflexiones y propuestas que los estudiosos y profesionales del Derecho, los juristas, elaboran en torno al ordenamiento jurídico.

Tiene problemas de vaguedad, esto es, que los términos que empleamos en el lenguaje natural pueden analizarse tanto desde el plano intencional como desde el plano extensional. La intención de un término está constituido por el conjunto de rasgos o propiedades que se predicán de él y lo caracterizan. La extensión por su parte se refiere al conjunto de objetos o de dimensiones de la realidad abarcadas por ese término a los que se hace referencia con el mismo.



Emotividad sería el tercer tipo de problema que se tiene, y está ligado a darle una carga valorativa al término, esto tal vez es la raíz de muchas disputas doctrinales, generadas alrededor de la cuestión de que normas son o no derecho. Por otra parte, es patente que el carácter emotivo del término se evidencia cuando se utiliza como sinónimo de justicia.

Tal vez en este sentido es cuando cobra más importancia la teoría tridimensional del derecho, en donde se subrayan las tres dimensiones básicas a través de las cuales se manifiesta el derecho, Así cuando se afirma que el derecho se manifiesta como norma, como hecho y como valor, se está haciendo referencia a la dimensión normativa, a la dimensión fáctica y a la dimensión axiológica o valorativa del derecho, respectivamente, sin embargo estas tres dimensiones no dibujan en si todas las dimensiones del derecho.

Si esto no fuese problema suficiente, encontramos serios problemas en cuanto a lo que la mayoría de los tratadistas asumen como objeto del derecho, es decir, entender que el derecho es principalmente norma o conjunto de normas que forman un ordenamiento jurídico, esto nos lleva a otra de las grandes dificultades del definir el derecho y esto es *el lenguaje normativo*.

Los principales problemas que podemos ver alrededor del lenguaje normativo pueden ser reducidos a tres aspectos que son los siguientes:

1. En cuanto que la realidad objeto de estudio y definición son normas, es decir, lenguaje y además lenguaje normativo
2. En cuanto que para estudiar, describir y analizar ese lenguaje normativo, -lenguaje objeto- necesitamos de otro lenguaje, es decir de un *metalenguaje*.
3. En cuanto que ese *metalenguaje* a su vez puede ser: *metalenguaje sintáctico* y *metalenguaje semántico*.

Y es que el lenguaje puede tener distintas funciones, el lenguaje es un instrumento que utiliza el hombre para fines muy distintos, y normalmente se viene clasificando, los fines son los siguientes:



- Uso informativo.- Es decir el lenguaje es utilizado para describir cierto estado de cosas y comunicar esa información.
- Uso Expresivo.- Cuando se utiliza para expresar emociones o provocarlas en los demás.
- Uso Interrogativo.- Cuando tratamos de obtener información de otro.
- Uso operativo.- Cuando se pronuncia ciertas palabras implica realizar la acción a que esas palabras se refieren.
- Uso prescriptivo o directivo.- Cuando quien habla se propone dirigir el comportamiento de otro.

Esto genera un gran problema pues no todo el lenguaje prescriptivo es lenguaje normativo, por ejemplo cuando decimos le suplico cierre la puerta, todo lenguaje normativo es prescriptivo o directivo y es el que mayor fuerza prescriptiva tiene dentro de esta categoría de lenguaje directivo, y esto por varias razones:

- Porque viene dado por una autoridad normativa, instaurada jurídicamente
- Porque es promulgado también normativamente y,
- Porque su incumplimiento es sancionado también normativamente, es decir, se trata de una sanción jurídicamente institucionalizada.

Mientras que el lenguaje informativo se puede decir que es verdadero o falso, según refleje o no fielmente el estado de cosas que pretende describir, del lenguaje normativo no tiene sentido predicar la categoría de verdad-falsedad. Podrá decirse que es justa o injusta, arbitraria o racional, oportuna o inoportuna, eficaz o ineficaz, y sobre todo podrá decirse que es válida o inválida según éste o no dada por la autoridad competente y siguiendo el procedimiento establecido para la formulación de las normas.

Este problema de la definición todavía tiene una arista que puede ser muy interesante, las distintas definiciones que se han dado para explicar que es el derecho, es decir cada una de las escuelas de pensamiento jurídico ha propuesto un modelo que explique el derecho de ahí que sea interesante analizarlas en su propia particularidad.



No hay duda alguna que son tres las corrientes que por lo menos para la gran mayoría de los pensadores jurídicos; estas son la concepción iusnaturalista, la concepción iuspositivista y la concepción marxista del derecho. Tres concepciones muy distintas para apreciar el derecho.

Mientras que el iusnaturalismo sitúa al derecho en una dimensión valorativa o moral, el iuspositivismo lo sitúa más bien en un ámbito científico normativo y el marxismo lo desarrolla preferentemente en la esfera sociológica.

¿SE PUEDE DAR EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EN EL DERECHO?

Es innegable que la presencia del derecho como constante en las distintas formas de organización social ha motivado siempre una necesidad de formalizarlo como objeto de conocimiento humano, lo cual a su vez ha dado pie a una búsqueda de elementos epistemológicos que permitan el desarrollo de un conocimiento científico sobre el derecho, generando cuestiones como las siguientes: ¿le es realmente posible al hombre el conocimiento científico sobre el derecho? ¿Qué tipo de conocimiento filosófico o saber científico se puede desarrollar sobre el derecho y como ha de estructurarse? ¿Existe un único tipo de conocimiento científico sobre el derecho o varios? ¿Qué funciones teóricas o prácticas han de cumplir tales conocimientos?

En la época de los romanos se desarrolló un tipo de conocimiento científico sobre el derecho de carácter básicamente práctico, la jurisprudencia, el cual puede ser entendido como el concepto griego de *fronesis*, de ahí que sea un conocimiento no absoluto ni incuestionable, sino derivado de la *recta ratio agibilium*.

El desarrollo de la *iurisprudencia* romana, que ha sido considerada posteriormente como el origen de la ciencia jurídica europea, se inició en el siglo V a.C. cuando, con la aparición del primer texto legal conocido –la Ley de las XII Tablas– los juristas romanos comenzaron una labor básicamente interpretativa y técnica dirigida a la toma de decisiones jurídicas.

Posteriormente con la Edad Media, el conocimiento científico del derecho se convierte en un conocimiento de tipo dogmático, basado en interpretaciones exegeticas de los textos del derecho romano. Con la aparición en el siglo XII primero de los glosadores (juristas teóricos formalistas del Derecho) y después de los comentaristas



(juristas prácticos del Derecho), se fueron elaborando las grandes exégesis, codificaciones y comentarios jurídicos con base en el derecho romano, el cual era tomado siempre como argumento de autoridad incuestionable. Esta labor favoreció una concepción dogmática del derecho, al igual que la concepción desarrollada en la teología y en la medicina escolásticas.

Con la llegada de la modernidad el conocimiento se convierte en racionalista, abstracto, lógico y deductivo, adoptando como modelo cognitivo a seguir el de las ciencias lógico matemáticas. En relación con el conocimiento científico del derecho el modelo epistemológico dominante dio lugar a una concepción iusnaturalista y racionalista del derecho. El iusnaturalismo racionalista aspira a la construcción de conceptos jurídicos de validez universal basados no ya en los argumentos de autoridad escolásticos propios de la Edad Media, sino en la deducción lógica y racional de unos principios apriorísticos y metafísicos.

Esto quiere decir, se toma como punto de partida la existencia de leyes naturales, inmutables, eternas y universales, que rigen la conducta humana, y a cuyo conocimiento llega el hombre mediante un procedimiento cognitivo lógico, racional y deductivo que parte de la propia naturaleza racional del ser humano. El conocimiento científico sobre el derecho se torna en esta etapa en un conocimiento teórico, formal, abstracto, racional y metafísico y, por tanto, bastante alejado de la realidad histórica y de las experiencias sociales del Derecho positivo.

El conocimiento científico sobre el derecho se transforma en esta etapa en un conocimiento teórico, formal, abstracto, racional y metafísico y, por tanto, bastante alejado de la realidad histórica y de las experiencias sociales del derecho romano.

A partir del siglo XIX el auge de la epistemología positivista, junto con las corrientes historicistas y con el triunfo definitivo del paradigma de las ciencias físico-naturales como modelo cognitivo dominante, produjeron un cambio radical de orientación en el conocimiento científico sobre el derecho.

La epistemología positivista se enfrentó a cualquier tipo de concepción metafísica del Derecho como las anteriormente existentes (las diferentes teorías del iusnaturalismo) y centro la reflexión científica sobre el derecho positivo, es decir, el derecho que es realmente, en cuanto dato real que debe ser analizado y descrito. El positivismo jurídi-



co en cuanto dato real debe ser analizado y descrito. El positivismo jurídico, en sus diversas manifestaciones, parte de la concepción básica del positivismo filosófico o científico, según el cual la ciencia se ocupa únicamente de los fenómenos observable, es decir, lo dado en el ámbito del ser, de la experiencia real. En este sentido, la filosofía positivista rompe con el ser ideal y separa radicalmente los hechos de los valores, el mundo del ser del mundo del deber ser rechazando todo tipo de concepción metafísica y reivindicando lo real, los hechos y los valores.

Mientras en Alemania aparece la corriente historicista, representada por Savigny y Puchta, esta escuela se ocupó en dar realce a la realidad histórica, evolutiva y variable del derecho positivo, propugnando desde un punto de vista epistemológico un método cognitivo de carácter socio-histórico-comparativo. Era un movimiento que buscaba dar respuesta a todas las teorías de la razón teorizante y generalizadora en el dominio propio de la razón práctica, era el paso de la razón práctica a la razón histórica y ubicada dentro de un contexto determinado. El historicista no busca estudiar lo que el derecho debe ser, sino lo que lo ha originado y su evolución histórico social, el derecho es la expresión unilateral del acto de voluntad de un legislador, si no un fenómeno social e histórico, variable y relativo.

Tal vez una de las escuelas más importantes que se dan en el desarrollo epistemologista del derecho ha sido la corriente del formalismo jurídico, tanto en su versión meramente legalista que se puede ver en la escuela de la exégesis o el legalismo de John Austin, esta identifica al derecho real con el derecho legislado por una autoridad estatal, se reduce el derecho a la ley escrita, aportando una concepción dogmática de los contenidos normativos del texto legal, como en su versión normativista (Hans Kelsen), la cual reduce el derecho a un mero conjunto lógico-formal de normas, olvidando otras dimensiones de la realidad jurídica.

El formalismo jurídico en este caso de Kelsen reduce la reflexión científica sobre el derecho al análisis de la estructura lógico formal de las normas jurídicas, prescindiendo de sus contenidos y de los desarrollos empíricos de las mismas, es decir, ignorando la realidad fáctica y la racionalidad político-material del Derecho. Su finalidad fue crear una "ciencia pura del Derecho".

La sociología del Derecho, estudia los diferentes contextos sociales en los que se desarrolla el derecho en su interrelación mutua, entendiendo el derecho como un subsistema integrado en el sistema social



La antropología y la etnografía jurídicas, que desde las primeras obras de Malinowski y Levy-Bruhl se ocupan del estudio de las instituciones y de los sistemas jurídicos primitivos y de la organización de las culturas jurídicas no occidentales, es decir, lo que se ha denominado los derechos de los pueblos sin derecho.

La psicología jurídica, esta consiste en la actualidad no solo en considerar el derecho como expresión de un fenómeno de naturaleza psicológica o psicosociológica, es decir entender el derecho como racionalización de vivencias de obligatoriedad, como fue propuesto por el realismo jurídico escandinavo, el derecho también se entiende en la aplicación de las técnicas de la psicología experimental en diversos ámbitos del funcionamiento de los sistemas jurídicos, muy especialmente en los distintos campos de aplicación del Derecho Penal y de la Criminología.

FILOSOFÍA DEL DERECHO, CIENCIA JURÍDICA Y DERECHO POSITIVO

A título particular me afilio al pensamiento del Doctor Tamayo y Salmoran cuando observa que el derecho puede ser entendido como una construcción de tres niveles, para poder entender su modelo teórico se antoja necesario entender primeramente que esta distinción opera en función del discurso, de lo que podemos entender cuando se dice que hacemos X o Y argumento, en este sentido el derecho puede ser dividido en tres niveles un primero denominado como Derecho Positivo, este es emitido por el legislador, este regula a las personas normando su conducta, el lenguaje del legislador no es un discurso descriptivo sino prescriptivo, normativo, su discurso en tanto conjunto de directivas, no está diseñado para aplicar o dilucidar, no constituye siquiera un inventario de hechos, este discurso está hecho para establecer razones para la acción.⁴

Cuando el jurista intenta describir el derecho mediante enunciados jurídicos, el lenguaje que utiliza deja de ser denominable como “lenguaje” y se vuelve metalenguaje, este tipo de lenguaje al querer explicar el derecho se coloca en un nivel más alto con respecto al ordinario. Este es el lenguaje de la ciencia jurídica, ahora bien es importante destacar que para el Doctor Tamayo no hay una distinción entre ciencia jurídica y dogmática jurídica, y la entiende como una ciencia secular del derecho.

⁴ (Tamayo y Salmorán, 2003), p. 272.



La ciencia jurídica se mueve dentro del campo de la razón práctica, pues opera con consideraciones dogmáticas como determinación, descripción, interpretación, y ocupa de hecho de razones de un cierto tipo, las consideraciones dogmáticas de los juristas se ocupan de las razones jurídicas y de cualquier consecuencia normativa que puede inferirse de ellas.

Por último está el nivel de la filosofía del derecho, con esta expresión se entiende una actividad intelectual que reflexiona sobre las cuestiones fundamentales de la explicación jurídica, para el Doctor, la filosofía puede ser entendida como un sector de la filosofía general que examina los problemas jurídicos fundamentales.⁵

Esto lo podemos observar en este cuadro⁶

NIVEL	DISCIPLINA	OBJETIVO
N2	FILOSOFÍA DEL DERECHO	Análisis y prueba de los conceptos y métodos de la ciencia jurídica
N1	CIENCIA JURÍDICA	Descripción o explicación del Derecho Positivo
N0	DERECHO POSITIVO	Derecho Positivo

ESTRUCTURA DE LA CIENCIA JURÍDICA

En principio es importante distinguir las cuatro vertientes o dimensiones de la actual Ciencia del Derecho, a saber la Dogmática jurídica, misma que se ocupa del aspecto material o de los contenidos normativos de los sistemas jurídicos: la Teoría General del Derecho, que se ocupa de la estructura lógico-formal de los mismos; el derecho comparado, que es el sector de la ciencia jurídica que analiza comparativa-

⁵ Ibid, pp. 275-276.

⁶ Ibid, p. 277.



mente tanto las instituciones jurídicas vigentes como sectores jurídicos en su conjunto o incluso los sistemas jurídicos considerados en su totalidad y por último, la teoría de la legislación, que se ocupa del análisis de los procesos y técnicas legislativas y tiene un carácter prescriptivo, en cuanto suministra criterios, principios y directivas para la correcta elaboración de las leyes.⁷

La dogmática jurídica es la teorización realizada por esta disciplina científica se centra sobre el contenido normativo de los textos legales, esto nos llevaría a plantear que la dogmática jurídica no puede ser general, debería en un momento determinado ser la dogmática de cada sistema jurídico en concreto, es mas debería de haber un dogmático jurídico de cada ordenamiento jurídico en función de las diferentes ramas o sectores existentes dentro del mismo, como la dogmática penal, la dogmática civil, la dogmática mercantil.

Las funciones de la dogmática jurídica son las siguientes:

- Tiene una función descriptiva se limita a una exégesis descriptivista de los textos legales, con ello se cumplía la aspiración de neutralidad y objetividad cognoscitivas de la epistemología positivista.
- La función interpretativa y practica, consistente en suministrar criterios interpretativos y de aplicación del Derecho, así como propuestas de interpretación que contienen, a su vez, una valoración del Derecho Vigente.
- La función normativa o prescriptiva, para muchos autores ésta es una función realmente polémica pues algunos dudan de que deba de tener el carácter de normatividad o de ser meramente descriptivista, tal y como dijese Albert Calsamiglia, la ciencia jurídica conlleva una función ideológica en el sentido de que trata de presentar como resultado de una actividad científica lo que es producto de la voluntad.

Y es que hablar de ciencia en un sentido estricto implica hablar de un conjunto de proposiciones o enunciados cuya estructura y sentido dependen de las reglas o principios que los constituyen, es simple y sencillamente un lenguaje organizado a partir de ciertas reglas.

⁷ (Peces-Barba, 2000), p. 131.



En este contexto la idea del derecho cuando la referimos desde la ciencia del derecho se remite a normas jurídicas, todo el comportamiento jurídico se reduce a ellas, formando una relación imputativa de comportamientos, que dura cierto tiempo y que se da en cierto espacio.

Esto hace que la explicación de lo que es el derecho sea sumamente compleja, pues unas son nuestras aspiraciones personales y otras, muy distintas son las pretensiones que están en la ley.



- BIBLIOGRAFÍA** Hart, H. L., *El concepto del Derecho*. Argentina, Abeledo Perrot, 1963.
- Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*. México, Porrúa, 2005.
- Ost, F., & Van de Kerchove, M., *Elementos para una teoría crítica del Derecho*. Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- Peces-Barba, G. e. *Curso de Teoría del Derecho* (Segunda Ed.). España, Marcial Pons, 2000.
- Tamayo y Salmorán, R., *Elementos para una Teoría General del Derecho*. México, Themis, 2003.



LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Dr. Raymundo Gil Rendón

ABSTRACT: Para Bobbio y Ferrajoli juristas constitucionales, con los cuales coincido plenamente, lo trascendente en la actualidad radica en hacer efectivos los Derechos Humanos, en virtud de que son la Piedra Angular de la Democracia Sustancial que caracteriza al nuevo Estado Constitucional del Derecho del Siglo XXI.

SUMARIO: Introducción. Conceptualización de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos en el Devenir Histórico. Escuelas Idealistas y Materialistas. Clasificación de los Derechos Humanos por Generaciones. Definición de Derechos Humanos. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Concepciones Filosóficas de los Derechos Humanos. El Ombudsman Mexicano y los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos en México. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Se pretendió abordar el tema de los Derechos Humanos, partiendo de una dimensión filosófica, para después ubicarlos históricamente, mediante una clasificación de los derechos fundamentales agrupados por generaciones de derechos, tal y como han ido apareciendo a nivel internacional. Una vez que se haya esbozado el contenido de los derechos fundamentales, haré una presentación sobre “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los Instrumentos Internacionales” que sean aplicables. Así mismo, abordaré el procedimiento para la presentación de las peticiones ante la Comisión Interamericana y concluiré mi exposición, con un breve recorrido de la Queja ante la Comisión de Derechos Humanos, hasta la emisión de la recomendación correspondiente.



Como dijera el gran politólogo y jurista Norberto Bobbio: “Es tiempo de los Derechos Humanos”, pero es más importante su protección y defensa que la misma especulación o discusión filosófica sobre la justificación o el contenido de los Derechos Fundamentales, incluso sobre cuantos y cuales son, que finalmente se encuentran plenamente identificados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. O bien como recientemente escribiera Luigi Ferrajoli en su obra “Derechos Fundamentales y Garantías, la ley del más débil”, lo importante de los Derechos Humanos es garantizar en forma eficaz, no sólo los Derechos Humanos de la Primera Generación, sino también los Derechos de la Segunda Generación, consistente en los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales consisten en una obligación o prestación de hacer, por parte del Estado.

Conceptualización de los Derechos Humanos

Es muy difícil definir a los Derechos Humanos en un concepto acabado, ya que existe un catálogo amplísimo de ellos en diferentes ordenamientos nacionales y en Tratados Internacionales, a lo largo de la historia y de la doctrina jurídica y política.

De acuerdo con la concepción lusnaturalista Racional, los Derechos del Hombre existen aún antes del reconocimiento que de ellos lleve a cabo el Derecho Positivo, por tanto, los considera inherentes a la persona humana.

Los Derechos Humanos en el devenir histórico

Los Derechos Humanos, históricamente se encuentran plasmados, por primera vez, en la Declaración Francesa de 1789 de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Un antecedente importante de los Derechos Subjetivos fundamentales de la persona física jurídica, deriva de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se reglamentan los derechos a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la seguridad, a la enseñanza y a la libertad de expresión y de información, entre otros.

En la historia contemporánea del siglo XX, los localizamos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 1948, ya que contiene el catálogo o enunciación de los derechos que todo hombre tiene por el solo hecho de existir.



Los derechos subjetivos humanos fundamentales de la persona física jurídica no pueden ser separados de su titular. Constituyen un elemento indispensable e inherente a la persona misma y de ahí su carácter fundamental, ya que como lo afirma Ferrajoli, son Derechos Universales porque su respeto implica que a todos por igual se le deben de atribuir y son fundamentales porque son necesarios para el adecuado funcionamiento del Estado de Derecho, ya que son la piedra angular del mismo.

Escuelas idealistas y materialistas

Las Escuelas Idealistas consideran algunos derechos como esenciales para la dignidad humana, es decir, son indispensables para que el hombre cumpla con su misión o fin dentro de la sociedad.

Esos derechos, llamados “Derechos del Hombre”, quedan fuera de la jurisdicción del legislador, quien no podría privar de los mismos a persona alguna.

El filósofo alemán Emanuel Kant, explica que la base de los Derechos Humanos consiste en el segundo de los imperativos categóricos: “Tratar al ser humano como un fin en sí mismo y no como un medio”.

Por otra parte, las Escuelas Materialistas niegan la existencia de tales prerrogativas, en especial, la Escuela Histórica sostiene que el concepto de “Derechos del Hombre” está sometido a la evolución y, en consecuencia, no es susceptible de ser definido.

Sin embargo, podemos concluir que los Derechos del Hombre son fundamentales a la persona humana y se adquieren por el solo hecho del nacimiento del ser humano.

Los Derechos Humanos son uno de los temas recurrentes de la historia universal, pero también resultan ser una de las grandes preocupaciones de las últimas décadas como reacción a las barbaries y a la falta de respeto a la dignidad humana antes, durante y después la Segunda Guerra Mundial, y por las atrocidades ocasionadas por las guerras subsecuentes y los gobiernos totalitarios y dictatoriales.

De todos los antecedentes históricos y jurídicos, el que a nuestro juicio es el más importante, por ser el más reciente resulta ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, promulgada en París, Francia.



En su artículo 1° establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Clasificación de los Derechos Humanos por generaciones:

De la definición anterior se puede desprender que existen varios tipos de Derechos Fundamentales; los cuales se clasifican en su orden de aparición histórica por Generaciones de Derechos, conforme al siguiente agrupamiento:

Los 3 primeros tipos de Derechos que a continuación se enuncian, se clasifican en Derechos de la Primera Generación y los Derechos Sociales se ubican en la Segunda Generación.

a) LOS DERECHOS INDIVIDUALES.- Tales como la vida, la libertad, derecho a la seguridad, derecho de igualdad ante la ley, derecho a un debido proceso legal y derecho al recurso efectivo.

b) LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS.- A la vida privada, a la participación en el Gobierno, el derecho de asilo y el derecho de propiedad.

c) LOS DERECHOS DE CONCIENCIA.- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de opinión, de expresión, de reunión y de asociación.

d) LOS DERECHOS SOCIALES.- De seguridad social, al trabajo, al descanso, a un nivel de vida adecuado y a la educación.

En nuestros días se están abriendo paso nuevos Derechos Humanos a los cuales se suele denominar “De la Tercera Generación” o “de Solidaridad”.

Entre los Derechos de Solidaridad se pueden mencionar el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, el derecho a ser diferente.



A continuación, expondré la clasificación de los Derechos Fundamentales para las generaciones de derechos humanos.

a) Primera Generación: derechos civiles y políticos (Civil Rights). Los Derechos de la Primera Generación serán los derechos individuales; derechos del ciudadano, y los civiles y políticos que de acuerdo a nuestra clasificación, estarían comprendidos en los numerales 1, 2 y 3 antes referidos, y que se resumen en los derechos de libertad, donde estarían enmarcadas las garantías individuales, y que implican un deber de abstención de parte del Estado.

b) Segunda Generación: derechos sociales, económicos y culturales. Los Derechos de la Segunda Generación, conocidos como derechos de igualdad, son aquellos derechos económicos, sociales y culturales que implican que el Estado debe de conceder al gobernado una serie de prestaciones de tipo económico, cultural y social, que por lo general se encuentran enmarcados en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, el cual entró en vigor en 1976.

Dentro de los Derechos de la Segunda Generación, se encuentran: el derecho al trabajo, el derecho al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, el derecho de fundar sindicatos y afiliarse a ellos, incluyendo el derecho de huelga, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el derecho a la educación y el derecho a participar en la vida cultural.

Con fundamento en lo anterior, los Derechos de la Segunda Generación se encuentran comprendidos en el numeral 4 de nuestra clasificación denominada “Los Derechos Sociales”.

c) Derechos de la Tercera generación: derechos de solidaridad. Nos faltaría únicamente incluir en una quinta clasificación, los Derechos de Solidaridad como derechos de la “Tercera Generación”, que implica una fuerte lucha para que se incluyan en el catálogo de los Derechos humanos dentro del Derecho Positivo Mexicano y dentro del marco del Derecho Internacional.



Por todo lo anterior, nos percatamos de la dificultad para definir y conceptualizar a los Derechos Humanos, debido a la diversidad de aspectos que ésta noción contempla, así como los distintos puntos de vista que en su mayoría rebasan el marco de referencia del Derecho Positivo.

Definición de derechos humanos:

Sin embargo, no obstante la dificultad para definir el contenido de los Derechos Humanos, ya que tienen un carácter multidimensional (ámbito filosófico, axiológico, político, jurídico y sociológico) se intenta una aproximación al concepto de los Derechos Humanos, en base a la siguiente definición:

“Los derechos humanos son aquellos principios inherentes a la dignidad humana que necesita el hombre para alcanzar sus fines como persona, y para dar lo mejor de si a la sociedad en que se desarrolla, o bien, son aquellos reconocimientos mínimos sin los cuales la existencia del individuo o la colectividad carecerían del significado y de fines en si misma.”

Es decir, que desde un punto de vista filosófico, consisten en la satisfacción de las necesidades y exigencias morales y materiales de la persona humana.

Bajo el ámbito jurídico, se entiende por Derechos Fundamentales, al conjunto de prerrogativas, facultades, recursos y pretensiones de contenido social, económico y cultural que tiene el ser humano por el simple hecho de ser persona y que el Estado y el Derecho están obligados a garantizar de una manera efectiva.

Son por ello la piedra angular del Estado Constitucional del Derecho y el contenido básico de una democracia sustancial, de ahí que son Fundamentales por la importancia que tienen para que funcione adecuadamente el Sistema de Garantías que debe contener una Constitución de un Estado Democrático (Ferrajoli).

En nuestro Derecho Positivo Mexicano, la Constitución se refiere a las Garantías Individuales en el Título Primero, Capítulo Primero, donde se reconocen los Derechos Humanos mediante la protección de las Garantías Individuales otorgadas por la Constitución, y que no son más que los mismos derechos del hombre que son inherentes a la persona humana.



Dentro del marco de protección y defensa de los Derechos Humanos, el artículo 102, inciso "b" de la Constitución Mexicana, establece el ámbito de Competencia Federal para que el Congreso de la Unión constituya o cree un organismo protector de los Derechos Humanos denominado Comisión Nacional de Derechos Humanos, contemplados en el orden jurídico mexicano, el cual conocerá de las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier servidor público o autoridad.

De tal suerte que el dispositivo constitucional estructura la forma de tutelar los Derechos Humanos en el país, mismos que se encuentran enmarcados en las Garantías Individuales consagradas en los artículos 1o. al 28 constitucional, además de los incluidos en los Tratados Internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, ya que son Ley Suprema en el País, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Federal, entre los que se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y los dos Pactos que entraron en vigor en 1976, el primero sobre los Derechos Civiles y Políticos, y el segundo, sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por último, el Reglamento de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de noviembre de 1992, define a los Derechos Humanos de la siguiente manera:

"Artículo 6o.- Para los efectos del desarrollo de las funciones de la comisión nacional de derechos humanos, se entiende que los derechos humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que reconocen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados en México".

Conviene agregar que nuestro sistema legal también vela y protege los Derechos Humanos a través de los órganos encargados de la impartición de justicia en el ámbito judicial y administrativo, cuando por ejemplo, la violación de los Derechos Humanos acaece por virtud de personas particulares, morales y físicas, ante lo cual son estos los órganos que conocen de tal violación.

Existen actualmente algunos Ombudsmen que conocen violaciones de Derechos Humanos atribuidos a particulares, empresas, o grupos sociales poderosos, como los sindicatos, corporaciones, etc., tal es el caso del Ombudsman Canadiense.



No debe de escapar a este estudio introductorio de los Derechos Humanos, las características modernas de internacionalización y progresividad de los mismos, a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Derecho Internacional de los derechos humanos

En el Siglo XX ya se hablaba del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esta manera, Héctor Gros Espiell (Derechos Humanos y Vida Internacional, UNAM y CND, p.p.219-221), reconoce la existencia del término “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, cuando considera que “en América Latina se comprende unánimemente hoy que la materia relativa a los Derechos Humanos no está reservada a la jurisdicción interna de los Estados. Es un asunto en que coexisten la jurisdicción interna y la jurisdicción internacional en los países latinoamericanos se acepta unánimemente la aplicación directa en el Derecho Interno, del Derecho Internacional en los Derechos Humanos de base convencional.

De esta manera el autor concluye que existe el término “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” cuando señala: “En la actuación de Jueces internacionales independientes, que sepan, comprendan y apliquen el Derecho, está la mejor garantía de la protección de los Derechos Humanos. La más eficaz protección de los Derechos Humanos es la que resulta del funcionamiento de Tribunales o Cortes Internacionales, Órganos Jurisdiccionales que apliquen “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Sin embargo, la internacionalización de los Derechos Humanos no es un nuevo imperialismo, en el cual un Estado fuerte y poderoso se inmiscuya en los asuntos internos de otro, y lo quiera juzgar por presuntas violaciones de Derechos Humanos, o que con ese pretexto pretenda dictar y determinar las políticas nacionales.

Desde luego que no. La internacionalización de los Derechos Humanos es y debe ser, primordialmente, la aceptación de órganos jurisdiccionales, internacionales y regionales, integrados por Jueces Independientes y probos, que apliquen el Derecho Internacional sin presión de ningún Estado.



México aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diciembre de 1998, por tal motivo ya se insertó en el ámbito de aplicación del llamado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 mediante la cual la Asamblea Francesa proclamaba la libertad y la igualdad de los derechos de todos los hombres, se reivindicaban sus derechos naturales e imprescriptibles, tales como la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. La Declaración de los Derechos ha planteado diversos problemas que han sido, al mismo tiempo, políticos y conceptuales:

Sobre este tema chocaron a fines de 1700, por un lado, el Racionalismo lusnaturalista y, por el otro, el Utilitarismo y el Historicismo. Era posible así el conflicto entre los Abstractos Derechos del Hombre y los concretos Derechos del Ciudadano.

Ferrajoli señala atinadamente, que una de las cuestiones a resolver en el Siglo XXI es precisamente universalizar los Derechos Humanos como Derechos Fundamentales, para dejar atrás la vieja concepción de su aplicación únicamente a los ciudadanos de cada país o nación con la idea de que todos los habitantes de la aldea común que es el mundo, cuenten con el respeto y protección de estos Derechos Fundamentales (“Derechos y Garantías, la ley del más débil”).

Concepciones filosóficas de los derechos humanos

Podemos resumir tres concepciones sobre los Derechos del Hombre.

La primera consiste en la *Corriente lusnaturalista* que considera a los Derechos del Hombre como Derechos Naturales que pertenecen al hombre en cuanto hombre, opina también que el Estado puede y debe solamente reconocerlos, admitiendo así, un límite preexistente a su soberanía; para quien no siga al lusnaturalismo, estos son Derechos Subjetivos concedidos a los individuos por el Estado en su autonomía soberanía, que de tal manera se autolimita; una posición intermedia es tomada por aquellos que siguen al contractualismo, los cuales, ayer como hoy, fundan estos derechos sobre el contrato, expresado por la Constitución entre las diversas fuerzas políticas y sociales.



Varían las teorías, pero varía también la eficacia de estos derechos, que es máxima solamente en un fundamento lusnaturalista, porque los hace imprescriptibles.

Es esta la última razón fundamental por la cual la mayoría de los defensores de los Derechos Humanos, sostienen la Tesis lusnaturalista de que los Derechos del Hombre son inherentes a la persona humana y que pertenecen al hombre en cuanto a hombre y que por tal motivo, el Estado solamente debe reconocerlos, respetarlos y tutelarlos.

Sin embargo, en el Derecho Positivo Mexicano, se encuentran perfectamente tutelados y garantizados en las Garantías Individuales de la Constitución Mexicana, en los primeros 28 artículos de la misma, en forma dogmática y; en el artículo 102, inciso "b", en forma orgánica, al estructurar y organizar la Institución del Ombudsman Mexicano, como un medio de defensa y protección de los Derechos Humanos, estableciendo así un sistema de control no jurisdiccional o cuasijurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, que resuelve la denuncia de violaciones de Derechos Humanos mediante Recomendaciones no vinculatorias, en contra de las autoridades o servidores públicos que violan o atentan contra los Derechos Humanos.

Señala el Dr. Burgoa, sobre la diferencia entre Garantías Individuales y los Derechos Humanos, lo siguiente:

"De estos elementos fácilmente se infiere el nexo lógico jurídico que media entre las garantías individuales o del gobernado y los "derechos del hombre" como una de las especies que abarcan los derechos públicos subjetivos.

"Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad: son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de estos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del estado mismo.

"Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a estas como meras relaciones jurídicas entre los gobernados, por un lado, y estado y autoridades, por el otro".



Los Derechos Humanos son aquellos principios inherentes a la dignidad humana que necesita el hombre para alcanzar sus fines como persona, y para dar lo mejor de sí a la sociedad en que se desarrolla, o bien, son aquellos reconocimientos mínimos sin los cuales la existencia del individuo o la colectividad carecerían del significado y de fines en sí misma. Es decir, lo anterior consiste en la satisfacción de las necesidades morales y materiales de la persona humana.

Para el autor German J. Bidart Campos, los adjetivos “Derechos Naturales del Hombre” y “Derechos Fundamentales del Hombre” acusan un sentido trascendente, mas allá de las posturas y las divergencias filosóficas “Naturales”, quiere decir, como mínimo, que tales derechos le son inherentes al hombre en cuanto hombre que tiene naturaleza (esencia) de tal, o cuanto cada hombre y todo hombre participa de una naturaleza que es común a toda la especie humana como distinta e independiente de las demás especies.

Esta noción de que el ser humano tiene por su naturaleza ciertos derechos valerosos viene destacada por Del Vecchio, y sirve de base en Maritain a su filosofía de los derechos del hombre, cuando afirma enfáticamente que hay naturaleza humana.

Por lógica ilación, se comprende que si estos derechos son naturales o propios de la naturaleza de la persona humana, revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables.

La fundamentalidad coincide con la inherencia a la naturaleza humana; sobre el particular Luigi Ferrajoli, habla de un Sistema de Garantías para la protección de los Derechos Fundamentales, pero sobre todo como el lo señala en su obra, como un sistema efectivo de protección del más débil.

El autor Bidart Campos destaca al respecto lo siguiente:

“Hay derechos ‘humanos’ porque el hombre -cada hombre y todo hombre- tiene una naturaleza en virtud de la cual ‘hay’ exigencias que provienen del orbe del valor, a las que debe darse recepción en ese otro ámbito cultural de la vida humana, que es el mundo jurídico-político.”



El Ombudsman Mexicano y los Derechos Humanos

Es importante destacar que el artículo 2o. de la Ley de la Comisión Nacional De Derechos Humanos dispone textualmente:

“La comisión nacional de derechos humanos es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios que tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano.”

Del precepto legal antes citado, se desprende que los Derechos Humanos son los derechos que tiene todo gobernado ante el Estado y sus autoridades, que se encuentren previsto en el orden jurídico mexicano, es decir, en la Carta Magna que rige a nuestro país, así como los previstos en los Tratados Internacionales suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, considerados como la ley suprema del país, de conformidad con el artículo 133 de la Constitución Federal.

Por lo anterior se debe entender que los Derechos Humanos se encuentran contenidos en las Garantías Individuales y sociales previstos por la Ley Fundamental, aun cuando las garantías se contemplan desde un punto de vista mas restringido que los derechos humanos que tienen un concepto más amplio y universal.

Los Derechos Humanos en México

En el Derecho Positivo Mexicano se encuentran tutelados y garantizados en las garantías individuales que consagra nuestra Carta Magna, en sus primeros 28 artículos, y en el artículo 102, inciso “b”, se protege a los derechos del hombre, al estructurar y organizar al Ombudsman Mexicano, con un sistema de control no jurisdiccional, que dicta recomendaciones no vinculatorias y sin fuerza coercitiva, en contra de las autoridades o servidores públicos que violan o atentan contra los derechos humanos.

De igual manera, el Derecho Positivo Mexicano demuestra su eficacia en la defensa de los derechos del hombre o derechos humanos, mediante la figura jurídica del Juicio de Amparo, el cual constituye la defensa jurídica por excelencia de los derechos del gobernado.



Es conducente señalar que el Juicio de Amparo y el Ombudsman Mexicano, tienen la difícil misión de tutelar los derechos del hombre o del gobernado frente a la actividad estatal, es decir, ambas instancias protegen a todo ciudadano de sus derechos y garantías consagradas en el Derecho Positivo Mexicano frente a los actos del poder público, y es aquí en donde encontramos una gran similitud entre ambas instituciones.

Sin embargo, los medios de defensa son diferentes, ya que el Juicio de Amparo constituye un sistema de defensa jurisdiccional, ya que se substancia ante los Tribunales Federales integrantes del Poder Judicial, en cambio la defensa de los derechos humanos a través del Ombudsman Mexicano se lleva a cabo bajo un sistema de control no jurisdiccional, ya que la *queja* (en lugar de la demanda), se substancia en las Comisiones Nacional o Locales, que no forman parte del Poder Judicial.

Por último, la noción de los Derechos Humanos ha planteado una problemática de difícil solución teórica y práctica, ya que por un lado, el constitucionalismo moderno pretende la inclusión de los Derechos Humanos en la propia Constitución, para consagrar las victorias del ciudadano sobre el Poder.

Por otro lado, su eficacia tutelar deviene en una dificultad para que un órgano del Estado asegure y garantice la protección de los Derechos Humanos.

Coincido con Norberto Bobbio en que la declaración de los derechos ha planteado diversos problemas que han sido, al mismo tiempo, políticos y conceptuales.

Antes que nada, la relación entre la declaración y la constitución, entre la enunciación de grandes principios de derecho natural, evidentes a la razón, y la concreta organización del poder por medio del derecho positivo, que impone a los órganos del estado órdenes y prohibiciones precisas: en efecto, o dichos derechos quedan como meros principios abstractos (pero los derechos pueden ser protegidos sólo en el ámbito del ordenamiento estatal, por ser derechos jurídicamente exigibles) o son principios ideológicos, que sirven para subvertir el ordenamiento constitucional.

Sobre este tema chocaron a fines del siglo XVIII, por un lado, el racionalismo iusnaturalista y, por el otro, el utilitarismo y el historicismo, ambos hostiles a la temática de los derechos del hombre.



Era posible así el conflicto entre los abstractos derechos del hombre y los concretos derechos del ciudadano, es decir una contienda sobre el valor de las dos cartas.

De otra manera, si inicialmente, tanto en Norteamérica como en Francia, la declaración estaba contenida en un documento separado, la Constitución Federal de Estados Unidos acabó con esta tendencia, hoy los Derechos Fundamentales son identificados en el texto constitucional (mediante las enmiendas constitucionales).

En México, los Derechos Humanos se encuentran consagrados en los primeros 28 artículos constitucionales.

Un segundo problema deriva de la naturaleza de estos derechos: quien opina que son naturales, pertenecientes al hombre en cuanto hombre, opina también que el estado puede y debe solamente reconocerlos, admitiendo así, un límite preexistente a su soberanía; para quien siga al iusnaturalismo, éstos son derechos subjetivos concedidos a los individuos por el estado en su autónoma soberanía, que de tal manera se auto-limita; toman una posición intermedia aquellos que siguen al contractualismo, los cuales, ayer como hoy, fundan estos derechos en el contrato expresado por la constitución, entre las diversas fuerzas políticas y sociales.

Varían las teorías, pero varía también la eficacia de la defensa de estos derechos, que es máxima solamente en un fundamento iusnaturalista, porque los hace imprescriptibles.

Por ejemplo, la actual Constitución de la República Federal Alemana, prevé la posibilidad de revisión constitucional para los derechos del ciudadano, trastornando así toda la tradición iuspublicista alemana, fundada en la teoría de la autolimitación del Estado.

El tercer problema se refiere al modo de proteger estos derechos: mientras que la tradición francesa se confiaba solamente en la separación de poderes (y sobre todo en la autonomía del judicial) y en la participación de los ciudadanos, a través de sus propios representantes, en la formación de la ley, la tradición norteamericana, desconfiada frente a la clase gobernante, quiso una constitución rígida, no modificable más que por un poder constituyente, un control de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el legislativo: esto garantiza los derechos del ciudadano contra el despotismo legal de la mayoría.



Los países que han vivido la experiencia del totalitarismo, como Italia y Alemania, se han inspirado para sus constituciones más en la tradición norteamericana que en la francesa.

Hemos pasado de un estado individualista en cuanto a la protección de los Derechos Humanos, a un estado asistencial que protege las nuevas libertades de los grupos sociales, como es el caso de las minorías étnicas (comunidades indígenas y religiosas), los incapacitados o discapacitados, los ancianos, las mujeres, etc., ya que la protección de sus Derechos Humanos derivan del principio de igualdad que ha sido el motor principal de las transformaciones sociales.

En la actualidad, la vigencia y protección de los Derechos Humanos están demostradas por el hecho de que hoy, en todo el mundo, se lucha de diversas maneras por los derechos civiles, por los derechos políticos, por los derechos sociales; éstos eventualmente pueden no coexistir, aun cuando, por principio, son tres clases de derechos que, para estar verdaderamente garantizados, deben ser solidarios.

Se lucha todavía por estos derechos porque, luego de las grandes transformaciones sociales, no se llegó a la situación garantizada de una vez por todas en la que creía el optimismo ilustrado.

Las amenazas pueden provenir, como ayer, del Estado, pero también de la sociedad de masas, con sus conformismos, o de la sociedad industrial, con su deshumanización.

Es significativo que, mientras que la tendencia de nuestro siglo y del pasado parecía dominada por la lucha por los derechos sociales, se asista ahora a una inversión de tendencias y se retome la batalla por los derechos civiles, sin olvidar desde luego la protección de los Derechos de la Segunda y Tercera Generación.

Principios Generales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Concepción Axiológica).

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 De Diciembre de 1948, se acotan los principios rectores siguientes:



A) Todo ser humano por el solo hecho de existir es persona y, por tanto, titular de Derechos Humanos;

B) Los Derechos Humanos tienen su origen en la propia naturaleza del ser humano y son expresión natural de su existencia;

C) Los Derechos Humanos pertenecen a la persona por igual, es decir, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad o condición social;

D) Los Derechos Humanos son preexistentes a la Ley; ésta los reconoce, protege y garantiza, pero no los crea, y

E) Los Derechos Humanos constituyen el conjunto de facultades y prerrogativas de las personas, sin las cuales no se puede existir realmente como ser humano.

Ciertamente, los valores y principios que dan contenido a los Derechos Humanos, como son: la vida, la libertad, la seguridad, la dignidad, la capacidad de incidir en la historia y en la cultura y contar con un mínimo de bienestar económico, son prerequisites de una existencia real y verdaderamente humana; de una vida digna de ser vivida.

Los Derechos Humanos, en tanto que principios generales, son reconocidos y recogidos por el Estado mediante la acción de los parlamentos y congresos, y se reflejan en los textos de las Leyes.

Así, el Estado no crea los Derechos Humanos, sino los reconoce, los precisa, fija su extensión y sus modalidades, y establece los mecanismos y procedimientos para su adecuada tutela y conservación.

Pero, como acertadamente apunta Norberto Bobbio:

“No se trata de saber cuales y cuantos son estos derechos, cual es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”, (Anuario de Derechos Humanos, 1981 p. 9, citado por Jesús González Pérez, “La Dignidad de la Persona”, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1986, p. 25).



Efectivamente, de nada serviría que las constituciones y las leyes crearan las normas que expresan los derechos fundamentales de las personas, si a la par no promueven las formas para reivindicar un Derecho Humano violentado por los órganos y servidores públicos del Estado.

De aquí mismo se colige que mientras los Derechos Humanos expresan principios generales y abstractos, las garantías individuales son normas que delimitan y precisan tales principios; representan la dimensión, límites y modalidades, bajo los cuales el Estado reconoce y protege un Derecho Humano determinado.

Huelga decir que los Derechos Humanos, que son innatos a la persona humana, han estado presentes a lo largo de toda la evolución social y con independencia de las específicas formas de organización del Estado, desde el más primario o elemental, hasta las más complejas formas de la entidad estatal contemporánea.

CONCLUSIONES

Para concluir, los Derechos Humanos coinciden con los derechos fundamentales de la persona humana, y que es necesaria la protección de los mismos por parte del Estado para garantizar un mínimo de libertad de acción de la persona y de su adecuado desarrollo, para el logro de sus propios fines, así como para que alcance su realización plena.



BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, *Acerca del Concepto de los Derechos Humanos*. McGraw -Hill, México 1998.

ANSALDI, Waldo y DOS SANTOS Mario R., "Los derechos humanos y las ciencias sociales" en La ética de la democracia en ansaldi, Waldo (compilador), CLACSO, Buenos Aires, 1986. "La ética de la democracia. Una reflexión sobre los derechos humanos desde las ciencias sociales", en La ética de la democracia.

ATIENZA, Manuel, Marx y los derechos humanos, Mezquita, Madrid, 1983. "Una clasificación de los derechos humanos" en Anuario de derechos humanos, número 4, Madrid 1986/1987.

AYALA CORAO, Carlos. *El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos Visible en la obra "México y las Declaraciones de los Derechos Humanos"*, UNAM, IJ y Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1ª Edición agosto 1999.

BOBBIO, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*. De. Sistema, Madrid España, 1991.

BURGOA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 1986.

BURGENTHAL, Thomas, *"Protected Human Rights in Americas"*, Selected Problems, N.P. Engel, Publisher Kehl Strasbourg Arlington 1982.

BRUICE, Ackerman, "Social Justice in The Liberal State".

CARCOVA, Carlos y RUIZ Alicia, "Derecho y transición democrática" en Groisman, Enrique, El derecho en la transición de la dictadura a la democracia: la experiencia en América Latina, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1990, tomo I.

CARRIÓN WAM, Roque, "Reconocimiento jurídico y fundamentación filosófica de los derechos humanos en América Latina", en Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, número 26/27.



COLÍN T. Reid "The Polish Ombudsman", en *Revieww of Socialist Law* Vol. 14 núm. 3, Martín Nijhoff Publishiers, Países Bajos, 1988.

CORREAS, Oscar, "Los derechos humanos suversivos", en *Revista Jurídica Jaliciencie*, número 3.

CORREAS, Oscar, "Democracia y derechos humanos en América Latina", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, número 26/27, 1986/1987.

"Los derechos humanos en la democracia", en Groisman, enrique, *El derecho en la transición de la dictadura a la democracia: la experiencia en América Latina*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1990, tomo I.

FARREL, Martín Diego, "La justificación ética de los derechos humanos", en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, número 26/27, 1986/1987.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2ª Edición aumentada, México, 1999.

FIX ZAMUDIO, Héctor México y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2ª Edición, 1999.

FLISFISCH, Ángel, "Derechos Humanos, Política y Poder" en Ansaldi, Waldo, *La ética de la democracia*.

GARCÍA MAYNES, Eduardo, *Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón*, UNAM, México, 1981.

Doctrina aristotélica de la justicia, UNAM, México, 1973.

GÓMEZ, José María, "Derechos humanos, política y autoritarismo" en Ansaldi, Waldo, *La ética de la democracia*, citado.



GROSS SPIEL, Héctor, *Derechos Humanos y Vida Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH, México, 1995.
Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Ariel, México, 1992.

LECHNER, Norbert, "Los derechos humanos como categoría política" en Ansaldi, Waldo, *La ética de la democracia*, citado. López Calera, Nicolás María, "La democratización del derecho" en *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 28, 1998.

Manual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Comité de Abogados por los Derechos Humanos OEA.

MÁRQUEZ RODRÍGUEZ, Edith. Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Separata del libro "La Corte y el sistema Interamericanos de Derechos Humanos", Rafael Nieto Navia Editor, Corte IDH, San José, Costa Rica, Noviembre de 1994.

VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ Goyri, Los Derechos Humanos en el México del Siglo XX, publicación de la UNAM y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998.

NAPIONE, Giovanni, "L Ombudsman" II Controlle de la Publica Amministrazione, Milano Dotta Giufrré Editore 1969.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.

O'DONNELL, Daniel, Protección Internacional de los Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima Perú, 1988, 1ª Edición.

OVILLA MANDUJANO, Manuel, *Teoría del derecho* 7ª ed. Due-ro, México, 1992.

PALACIO, Germán, "Derechos humanos y trabajo internacional" en *El otro derecho*, número 4.



PECES-BARBA, Gregorio, "Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales" en Anuario de Derechos Humanos, número 4, Madrid, 1986/1987.

PLATÓN, República, varias ediciones. Rawls, John, Teoría de la justicia, F:C:E:, México, 1969.

RECASENS SICHES, Panorama del Pensamiento Jurídico en siglo XX, Ed. 1963.

ROMERO, Amanda, "el neoliberalismo, los derechos humanos y el "nuevo paradigma" en El otro derecho, número 2.

ROWLS, Jhon, "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica.

RUIZ, Alicia, "El uso alternativo del derecho y los derechos humanos", en Ansaldi, Waldo, La ética de la democracia, citado.

SKINER, "Más Allá de la Libertad y la Dignidad".

TREJOS, Gerardo, "Organos y Procedimientos de Protección de los Derechos Humanos en la Convención Americana", en la obra de Hernández, Rubén, La Tutela de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Ediciones Juricentro, 1977.

VASAK, Karel, La Commission Interamericana des Droits de l'Homme, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968.

VILLEY, Michel, Estudios en Torno a la noción de derecho subjetivo, Universidad de Valparaíso, 1976.

WORKIN, Ronald, "El Imperio de la Ley", "The Real of the Law", "El Concepto de la Ley de Hart.



EL PODER ELECTRÓNICO JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA EN EL 2009, ESTADO DEL ARTE¹

Dr. José Miguel Busquets²

ABSTRACT: Definir que es el gobierno electrónico, y lo que se entiende por poder judicial electrónico, es materia de este estudio, y para ello se examina el grado de incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) en el Poder Judicial. El análisis comparativo sobre el Poder Judicial Electrónico en 18 países de Iberoamérica realizada para las Supremas Cortes de Justicia en el 2006, significó un trabajo que realizamos entre abril y junio de 2009 en el marco de la Red LEFIS (Legal Framework for Information Society) para 14 países de la misma región, en el que se tomaron en cuenta los elementos de información, gestión, relación y decisiones tomadas que muestran la cantidad de indicadores positivos por país, lo que dio por resultado valorar quienes lograron mas desarrollo y quienes no dentro de este análisis comparativo con resultados al año 2009.

SUMARIO: I.-Introducción. 2. El Gobierno Electrónico y el Poder Judicial Electrónico. 3. Resultados Comparados por País: 2006 y 2009. 4. Resultados por Dimensión. 4.1 Dimensión información. 4.2 Dimensión gestión. 4.3 Dimensión relación. 4.4 Dimensión decisión. 5. Resultados por indicador. 5.1 Indicadores de información. 5.2 Indicadores de gestión. 5.3 Indicadores de relación. 5.4 Indicadores de decisión. 5.5 Resumen de los indicadores. 6. Conclusiones.

¹ Este artículo es una versión corregida de la ponencia que presentara en el Séptimo Encuentro Ibero latinoamericano de Gobierno Electrónico e Inclusión Digital realizado en la Universidad de Zaragoza, España el 4 y 5 de mayo de 2009. Aprovecho para agradecer a los expertos de los diferentes países de Iberoamérica que hicieron posible el relevamiento y que aparecen mencionados en el Anexo.

² Doctor en Ciencias Humanas, Ciencia Política por el Instituto de Pesquisas de Río de Janeiro (Universidad Cândido Mendes). Profesor Agregado e investigador de la Facultad de Derecho- Área Socio-Jurídica y de la Facultad de Ciencias Sociales- Instituto de Ciencia Política de la Universidad de la República del Uruguay. Investigador Activo de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación del Uruguay.



I.- INTRODUCCIÓN

Este artículo comienza por conceptualizar la idea de gobierno electrónico, y de poder judicial electrónico. Luego, examina quienes y como han medido el grado de incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) en el Poder Judicial.

En segundo lugar, compara una medición sobre el Poder Judicial Electrónico en 18 países de Iberoamérica realizada para las Supremas Cortes de Justicia en el 2006, con un estudio realizado por nosotros entre abril y junio de 2009 en el marco de la Red LEFIS (Legal Framework for Information Society) para 14 países de la misma región.

En tercer término, analizamos las cuatro dimensiones del índice del Poder Judicial Electrónico del 2009, a saber: información, gestión, relación y decisión mostrando la cantidad de indicadores positivos por país.

En cuarto lugar, mostramos en las cuatro dimensiones de información, gestión, relación y decisión, la cantidad de países con mayor número de indicadores desarrollados y la cantidad de países con menor número de indicadores desarrollados. Luego presentamos los indicadores más desarrollados y los menos desarrollados en el conjunto de países.

Finalmente, formulamos las conclusiones sobre el desarrollo relativo de las distintas dimensiones y el posicionamiento relativo de 14 países de Iberoamérica, según el índice de Poder Judicial Electrónico calculado para el 2009.

2. EL GOBIERNO ELECTRÓNICO Y EL PODER JUDICIAL ELECTRÓNICO

El gobierno electrónico ha sido definido³ como el uso de las TIC's para promover el más eficiente y efectivo gobierno. Esto es, para facilitar el más accesible servicio gubernamental, a través del mayor acceso público a la información y para hacer el gobierno más prestador de cuentas ante los ciudadanos. Involucra información y servicios no sólo en la esfera del gobierno (G2G), sino también hacia los ciudadanos y el mundo de los negocios (G2C y G2B).

³ Working Group on E-Government in the Developing World, 2002.



Definido así el gobierno electrónico, el poder judicial electrónico podría conceptualizarse como el uso de las TIC's para promover la más eficiente y efectiva administración de justicia.

De otra manera, la administración de justicia y su incorporación de las TIC's de la información es una dimensión del gobierno electrónico.

Por lo tanto, al igual que el gobierno electrónico que involucra información y servicios no sólo en la esfera del gobierno (G2G), sino también hacia los ciudadanos y el mundo de los negocios (G2C y G2B), la e-justicia podría ser estudiada como una política pública en por lo menos esas tres dimensiones.

Una primera propuesta formulada para medir la incorporación de TIC's en el Poder Judicial es el índice de accesibilidad de la información judicial en Internet elaborado por el Centro de Estudios Jurídicos de las Américas (CEJA) sobre los 34 países miembros de la OEA.⁴

Este índice se construye sobre un conjunto de 10 categorías y 25 indicadores para los Tribunales de Justicia a saber: página web institucional, publicación y actualización de sentencias en Internet, publicación de reglamentos internos en Internet, publicación regular de causas ingresadas, resueltas y pendientes en Internet, publicación de la agenda actualizada de Tribunales, publicación de recursos físicos y materiales con que cuenta los Tribunales, Presupuesto, información sobre salarios, información sobre sanciones aplicadas a jueces o funcionarios de juzgados, publicación en Internet de llamados a concurso para licitaciones de bienes y/o infraestructura, régimen de acceso a estadísticas en Internet y centralización de la información. Tabla 1.

⁴ Interesa destacar que el CEJA es un Organismo Internacional creado en 1999 por las instituciones del Sistema Interamericano. Este índice ha sido calculado en los años 2004, 2006, 2007, 2008 y 2009. Asimismo, se ha calculado un índice mediante 19 indicadores para los Ministerios Públicos en los mismos años.



Tabla 1:
Categorías evaluadas para los Tribunales de Justicia,
su peso relativo e indicadores asociados

No. categoría	Descripción	Peso Relativo	No. de indicadores asociados
1	Existencia de página web	5,00%	1
2	Publicación y actualización de sentencias	16,70%	4
3	Publicación y actualización de reglamentos	5,00%	1
4	Publicación de estadísticas de causas ingresadas, resueltas y pendientes	16,70%	4
5	Publicación de agenda de Tribunales	15,00%	1
6	Publicación de recursos físicos y materiales con que cuentan los Tribunales	5,00%	1
7	Presupuesto	16,70%	3
8	Salarios, antecedentes curriculares, patrimonio y temas disciplinarios de funcionarios relevantes	10,00%	4
9	Publicación de concursos y licitaciones para contrataciones	5,00%	3
10	Régimen de acceso y centralización de información	5,00%	3

Fuente: Índice de accesibilidad a la información judicial en internet, 2008. CEJA.

Una segunda propuesta, es la desarrollada en el documento “E-JUSTICIA: LA JUSTICIA EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO: Retos para los países Iberoamericanos”⁵ que fue presentado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Santo Domingo (República Dominicana) a fines de junio de 2006.

Este trabajo propone y calcula un índice de desarrollo de la justicia electrónica (e-justicia) a partir de más de veinte indicadores, a partir de considerar cuatro posibles dimensiones: a) tratamiento y disseminación de la información (existencia de webs o boletines electrónicos, bases de datos de normativa y jurisprudencia o conocimiento de las causas); b) gestión procesal y tratamiento de los expedientes judiciales (de la oficina judicial como la gestión documental o los casos y vistas); c) relación entre la administración de justicia, operadores jurídicos y ciudadanos (posibilidad de descargar formularios, presentar demandas, la existencia de foros y los pleitos electrónicos);

⁵ El equipo de investigadores estuvo formado por los profesores Agustí Cerrillo, Albert Batlle, Pere Fabra, Ismael Peña, Clelia Colombo y Antoni Galiano. La investigación involucró 22 países de Iberoamérica, de los cuales se logró calcular el índice en 18 países.



y por último, d) toma de decisiones (soluciones de inteligencia artificial⁶ como asistente a la toma de decisiones y a los juicios electrónicos).

Este año nosotros hemos realizado, con el apoyo de 21 expertos el cálculo de un índice similar, con las mismas cuatro dimensiones y un número similar de indicadores, para el que hemos tomado como referencia el índice calculado para el 2006.

Nosotros también analizamos la introducción de TIC's en cuatro dimensiones del Poder Judicial de los países, a saber: información, gestión, relación y decisión.⁷

En la dimensión de *información* consideramos seis categorías. Para el cálculo de las seis categorías utilizamos doce indicadores a saber: la información sobre la organización del Poder Judicial, sobre la jurisprudencia y sobre la legislación; la existencia de boletines electrónicos, la existencia de bases de datos de normativa, jurisprudencia y doctrina; la posibilidad de conocer el estado de la tramitación; la alerta de plazos y la existencia de intercambio de datos entre órganos judiciales, administraciones públicas y operadores jurídicos.

En la dimensión de *gestión*, consideramos una categoría. Esta categoría la calculamos a través de seis indicadores a saber: la gestión de oficina judicial (personal, presupuesto o patrimonio); la gestión documental; la informatización de registros (consulta telemática e interconexión); gestión de casos sin realización de estadísticas; gestión de casos con realización de estadísticas y gestión de vistas (videoconferencias para tomar declaraciones).

En la dimensión de *relación*, consideramos una categoría. Esta categoría la calculamos a través de diez indicadores a saber, la descarga de formularios; la existencia de petición de certificados; la existencia de obtención de certificados; la tramitación de procesos de presentación de demandas; la tramitación de procesos de aportación de pruebas; la tramitación de procesos de notificaciones; la tramitación de procesos de pagos de tasas o depósitos; las encuestas de satisfacción, los *forums* y finalmente, los pleitos electrónicos.

⁶ Sobre la temática es posible consultar Informática no Direito. Inteligencia Artificial del Dr. Aires Rover de la UFSC de Brasil.

⁷ Las cuatro dimensiones del índice y la ponderación de las mismas son las mismas que utilizaran los Dres. Pere Fabra y Agustí Cerrillo de la Universidad Abierta de Cataluña, en su estudio comparado sobre E-Justicia para las Supremas Cortes de Justicia de Iberoamérica en el 2006.



Finalmente, en la dimensión *decisión*, consideramos una categoría que calculamos a través de dos indicadores, a saber: la asistencia para la toma de decisiones y la existencia de juicios electrónicos.

El índice se construyó de forma que la máxima calificación fuese de 100 % y la mínima de 0 %. La ponderación utilizada para cada una de las dimensiones del índice fueron: 30 % para cada una de las tres primeras dimensiones a saber: información, gestión y relación y 10 % para la dimensión de decisión.

Para todos y cada uno de los indicadores se empleó una escala de evaluación comprendida entre 0 y 1. Donde 0 corresponde al total incumplimiento del criterio y 1 por el contrario al total cumplimiento del mismo.

En la siguiente Tabla 2 se muestran las categorías evaluadas para los Poderes Judiciales, su peso relativo respecto a la composición del índice, y el número de indicadores asociados a cada una de ellas:



Tabla 2:
Categorías evaluadas para los Poderes Judiciales, su peso relativo y cantidad de indicadores asociados

No Categoría	Descripción	Peso Relativo	No de indicadores asociados
1.	Información en página web	7,5%	3 - Sobre la organización del Poder Judicial, - Sobre la jurisprudencia y - Sobre la legislación
2.	Boletines electrónicos	2,5%	1 - Existencia de boletines electrónicos
3.	Base de datos (Bd)	7,5%	3 - Bd de normativa, - Bd de jurisprudencia y - Bd de doctrina
4.	Conocimiento del estado de la tramitación	2,5%	1 - Posibilidad de conocer el estado de la tramitación
5.	Alerta de plazos	2,5%	1 - Posibilidad de recibir alerta de plazos
6.	Intercambio de datos	7,5%	3 Posibilidad de conocer la existencia de intercambio de datos entre órganos judiciales y ... - Otros órganos judiciales, - Administraciones públicas y/o - Operadores jurídicos
7.	Gestión	30%	6 - Gestión de oficina judicial (personal, presupuesto o patrimonio); - Gestión documental; - Gestión de la informatización de registros (consulta telemática e interconexión); - Gestión de casos sin realización de estadísticas; - Gestión de casos con realización de estadísticas; y - Gestión de vistas (videoconferencias para tomar declaraciones)
8.	Relación	30%	10 - Descarga de formularios; - Existencia de petición de certificados; - Existencia de obtención de certificados; - Tramitación de procesos de presentación de demandas; - Tramitación de procesos de aportación de pruebas; - Tramitación de procesos de notificaciones; - Tramitación de procesos de pagos de tasas o depósitos; - Encuestas de satisfacción, - <i>Forums</i> ; y finalmente, - Pleitos electrónicos.
9.	Decisión	10%	2 - Asistencia para la toma de decisiones y - Existencia de juicios electrónicos



En resumen:

- a) El Poder Judicial Electrónico puede ser considerado una dimensión del gobierno electrónico.
- b) Los índices de accesibilidad de la información del Poder Judicial y de Poder Judicial Electrónico permiten la comparabilidad de los países en la región.
- c) Mientras el índice de e-justicia elaborado por el CEJA sólo fue diseñado tomando en cuenta la dimensión de acceso a la información, el construido por el Grupo de Trabajo de E-Justicia cuenta con cuatro dimensiones bien definidas que le permiten recoger de mejor manera la complejidad.

3. Resultados comparados por país: 2006 y 2009

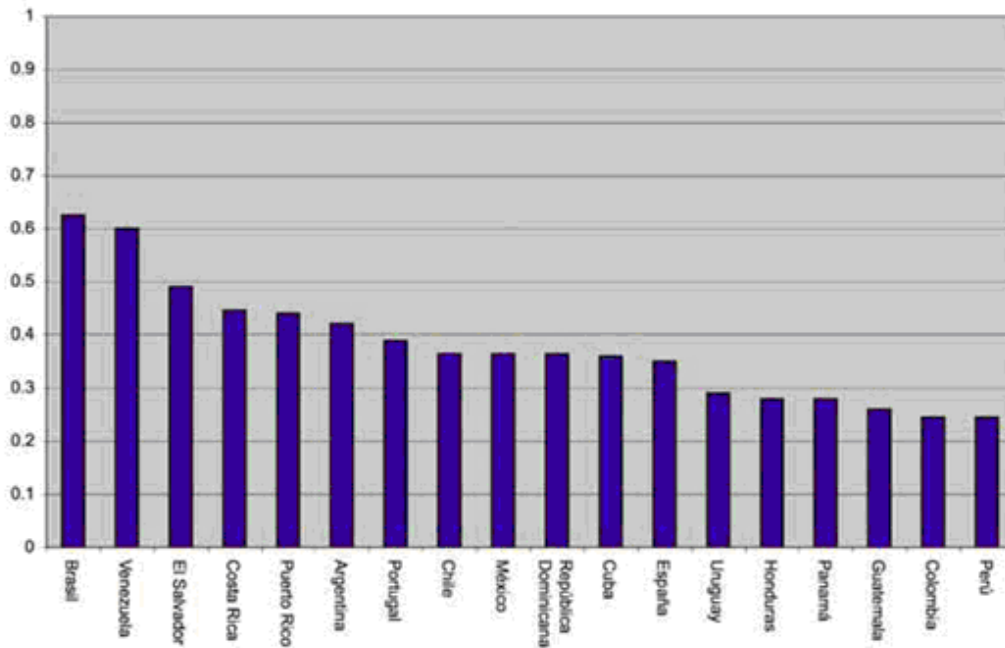
En primer lugar en el 2006, el índice de E- Justicia oscilaba entre 0 (desarrollo mínimo) y 1 (desarrollo máximo). Brasil (0,63) y Venezuela (0,60) encabezan los valores del índice de desarrollo de la justicia electrónica entre los 18 países iberoamericanos relevados, siendo los dos únicos países que superan el nivel de 0,5. Les siguen países como Argentina, Puerto Rico, Costa Rica y El Salvador, todos ellos con índice por encima del 0,4. En un tercer lugar, entre el 0,3 y el 0,4, se sitúan Portugal, Chile, México, República Dominicana, Cuba y España. Los países con menor implantación de las TIC en su administración de justicia son Uruguay, Honduras, Panamá, Guatemala, Colombia y Perú. (Tabla 3 y Gráfico 1).

Tabla 3:
Índice de poder judicial electrónico y posición por país, 2006.

Nivel	Países	Índice
1er	Brasil y Venezuela	Mayor a 0,6
2do	Argentina, Puerto Rico, Costa Rica y El Salvador	Entre 0,4 y 0,5
3er	Portugal, Chile, México, República Dominicana, Cuba y España	Entre 0,3 y 0,4
4to	Uruguay, Honduras, Panamá, Guatemala, Colombia y Perú	Menor a 0,3



Gráfico 1. Índice del Poder Judicial Electrónico en Iberoamérica



Fuente : E-Justicia en la Sociedad del Conocimiento. Retos para los países Iberoamericanos. 2006.

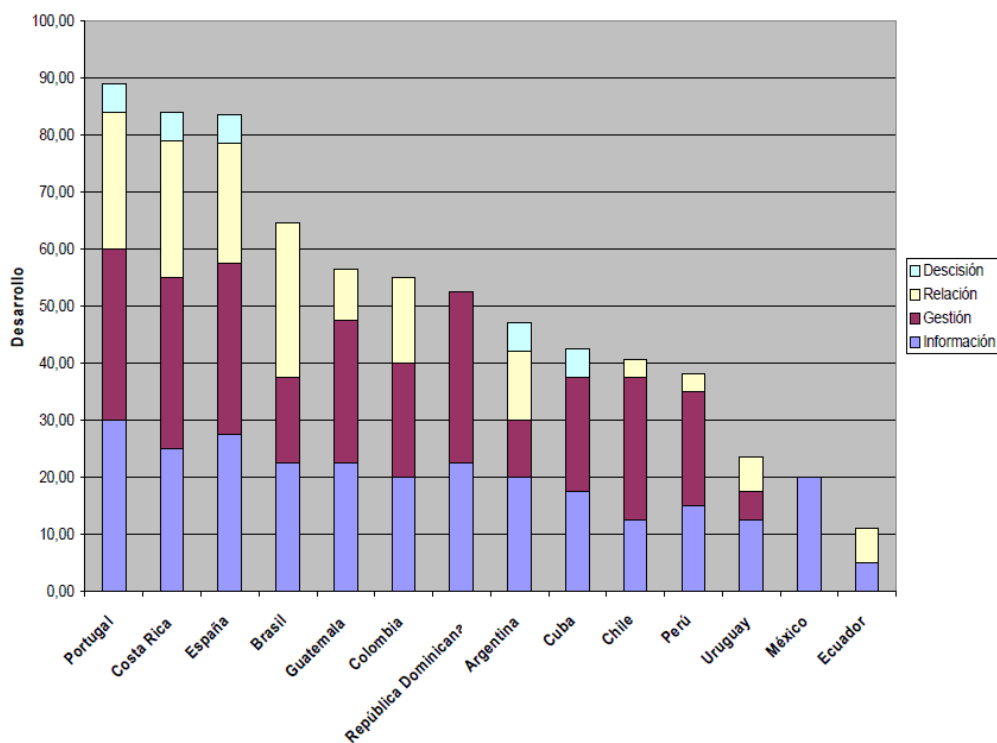
En segundo lugar, presentamos los resultados de la medición del índice en 14 países de Iberoamérica, 13 de los cuales fueron estudiados en el 2006. Junto al valor del índice, se muestra la posición ocupada por cada país respecto al total de países. Tabla 4 y Gráfico 2.



Tabla 4.
Índice del poder judicial electrónico y posición por país, 2009

Posición	País	Índice 2009
1	Portugal	89%
2	Costa Rica	84%
3	España	83,5%
4	Brasil	64,5%
5	Guatemala	56,5%
6	Colombia	55%
7	República Dominicana	52,5%
8	Argentina	47%
9	Cuba	42,5%
10	Chile	40,5%
11	Perú	38%
12	Uruguay	23,5%
13	México	20%
14	Ecuador	11%

Gráfico 2. Índice de Poder Judicial Electrónico del 2009



Con más de un 50% del índice de Poder Judicial Electrónico desarrollado se encuentran 7 países o sea la mitad de los países estudiados en el 2009. En esa primera mitad de la tabla de posiciones se encuentran Portugal y España de Europa y Costa Rica, Brasil, Guatemala, Colombia, República Dominicana de América Latina.

De la comparación⁸ entre el índice de 2006 con el índice de 2009 resulta que:

- a) Habría una mayor incorporación de TIC's en los punteros de los años respectivos, de un poco más de 60 % en 2006, se pasó a más de un 80% en 2009.
- b) Habría un progreso considerable en países como Costa Rica, España, Portugal y en menor medida en Colombia y Guatemala, un poco menor crecimiento en Perú y República Dominicana.
- c) Habría una relativa estabilidad con respecto al pasado en Argentina, Brasil, Cuba, Chile y Uruguay. Sin embargo, esa relativa estabilidad supone situaciones muy distintas.
- d) Mientras que para Brasil supone mantener una de las primeras posiciones en el caso de Uruguay implica permanecer en las posiciones de menor desarrollo relativo.
- e) Finalmente, el cambio más relevante lo constituye que uno de los dos indicadores de la dimensión de decisión del índice, se ha desarrollado en cinco países de la región en 2009, a saber: Argentina, Costa Rica, Cuba, España y Portugal.

4. Resultados por dimensión⁹

4.1 Dimensión información

En la dimensión *información*, Portugal tiene el primer lugar con 12 indicadores positivos o sea la totalidad, España tiene 11 indicadores, Costa Rica 10 indicadores, Brasil, Guatemala y República Dominicana 9 indicadores, Argentina, Colombia y México 8 indicadores, Cuba 7 indicadores, Perú 6 indicadores, Chile y Uruguay 5 indicadores y Ecuador 2 indicadores.

⁸ Interesa dejar constancia que las afirmaciones comparativas tienen un margen de error debido a que no conocemos exactamente la ponderación de los indicadores del 2006 y nosotros no hemos utilizado exactamente los mismos indicadores para el cálculo del índice. Sin embargo, las cuatro dimensiones del índice son las mismas y la ponderación de las mismas también.

⁹ En los capítulos 4 y 5 de este artículo seguimos de forma textual el Informe El Poder Judicial Electrónico en Iberoamérica 2009 de mi autoría.



Cantidad de indicadores positivos de Información

Lugar	País	Valor
1	Portugal	12
2	España	11
3	Costa Rica	10
4	Brasil, Guatemala, República Dominicana	9
5	Argentina, Colombia, México	8
6	Cuba	7
7	Perú	6
8	Chile, Uruguay	5
9	Ecuador	2

La dimensión *información* tiene la mitad o más de los indicadores desarrollados en once de los 14 países, mientras que sólo 3 países tienen menos del 50 % de los indicadores desarrollados.

4.2 Dimensión gestión

En la dimensión *gestión* Costa Rica, España, Portugal y República Dominicana ocupan el primer lugar con 6 indicadores positivos o sea la totalidad, Chile y Guatemala 5 indicadores, Cuba, Colombia y Perú 4 indicadores, Brasil 3 indicadores, Argentina y Uruguay 2 indicadores y Ecuador y México no tienen ningún indicador positivo en esta dimensión.

Cantidad de indicadores positivos de Gestión

Lugar	País	Valor
1	Costa Rica, España, Portugal, República Dominicana	6
2	Chile, Guatemala	5
3	Colombia, Cuba, Perú	4
4	Brasil	3
5	Argentina	2
6	Uruguay	1
7	Ecuador, México	0



La dimensión de *gestión* está desarrollada en la mitad o más de la mitad de los indicadores también en 11 países, mientras que sólo 3 países tienen menos de la mitad de los indicadores desarrollados.

4.3 Dimensión relación

En la dimensión *relación* Brasil ocupa el primer lugar con 9 indicadores positivos, Costa Rica y Portugal 8 indicadores, España 7 indicadores, Colombia 6 indicadores, Argentina 4 indicadores, Guatemala 3 indicadores, Ecuador y Uruguay 2 indicadores, Chile y Perú 1 indicador y Cuba, México y República Dominicana ningún indicador en esta dimensión.

Cantidad de indicadores positivos de Relación

Lugar	País	Valor
1	Brasil	9
2	Costa Rica, Portugal	8
3	España	7
4	Colombia	6
5	Argentina	4
6	Guatemala	3
7	Ecuador, Uruguay	2
8	Chile, Perú	1
9	Cuba, México, República Dominicana	0

La dimensión de *relación* está desarrollada en la mitad o más de la mitad de los indicadores en sólo 4 países, mientras que en diez países tienen menos de la mitad de los indicadores desarrollados.

4.4 Dimensión decisión

En la dimensión *decisión* Argentina, Costa Rica, Cuba, España y Portugal ocupan el primer lugar con un indicador positivo, mientras que el resto de los 14 países no tienen ninguno de los dos indicadores positivos.



Cantidad de indicadores positivos de decisión:

Lugar	País	Valor
1	Argentina, Costa Rica, Cuba, España, Portugal	1
2	Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Perú, República Dominicana, Uruguay	0

La dimensión de *decisión* está desarrollada en la mitad de los indicadores en sólo 5 países, mientras que en 9 países no tienen ninguno de los dos indicadores desarrollados.

5. RESULTADOS POR INDICADOR

5.1 Indicadores de información

Los indicadores más desarrollados en la dimensión de *información* en los 14 países de Iberoamérica relevados son: información sobre la organización del Poder Judicial en la totalidad de los países, información sobre la jurisprudencia e información sobre el estado de las causas en 12 países, información sobre la legislación, la existencia de boletines electrónicos, la existencia de bases de datos de jurisprudencia en 11 países, la existencia de bases de datos de normativa, la interconectividad entre órganos judiciales en 9 países, la existencia de bases de doctrina en 7 países. Los indicadores menos desarrollados son la interconectividad entre órganos judiciales y administraciones públicas en 5 países y los servicios de alertas de plazos y la interconectividad entre órganos judiciales y operadores jurídicos en 4 países.

Indicadores de información	Cantidad de países
Organización del Poder Judicial	14
Sobre la jurisprudencia, Sobre el estado de las causas	12
Sobre la legislación, Boletines Electrónicos, Bases de datos de jurisprudencia	11
Bases de datos de normativa, interconectividad entre órganos judiciales	9
Bases de doctrina	7
Interconectividad entre órganos judiciales y administraciones pública	5
Interconectividad entre órganos judiciales y operadores jurídicos	4

5.2 Indicadores de gestión

Todos los indicadores en la dimensión de *gestión* en los catorce países de Iberoamérica relevados son positivos en más de la mitad de casos: en la gestión documental y la informatización de registros (consulta telemática e interconexión) en 10



países; en la gestión de casos sin realización de estadísticas en 9 países y en la gestión de oficina judicial (personal, presupuesto o patrimonio) y en la gestión de casos con realización de estadísticas en 8 países; y en la gestión de vistas en 7 países.

Indicadores de gestión	Cantidad de países
Gestión documental, Informatización de registros	10
Gestión de casos sin realización de estadísticas	9
Gestión de oficina, Gestión de casos con realización de, estadísticas	8
Gestión de vistas	7

5.3 Indicadores de relación

Los indicadores más desarrollados en la dimensión de *relación* son: la tramitación de procesos de notificaciones con 10 países, la descarga de formularios y la tramitación de procesos de presentación de demandas con 7 países. Los indicadores menos desarrollados son: la tramitación de procesos de aportación de pruebas y la tramitación de procesos de pagos de tasas o depósitos en 5 países; la existencia de obtención de certificados y las encuestas de satisfacción en 4 países; la existencia de petición de certificados y los *forums* en 3 países y finalmente, los pleitos electrónicos en sólo 2 países.

Indicadores de relación	Cantidad de países
Tramitación de procesos de notificaciones	10
Descarga de formularios, Tramitación de procesos de presentación de demandas	7
Tramitación de procesos de aportación de pruebas, Tramitación de procesos de pagos de tasas o depósitos	5
Obtención de certificados, Encuestas de satisfacción	4
Petición de certificados, Forums	3
Pleitos electrónicos	2

5.4 Indicadores de decisión

El indicador más desarrollado en la dimensión de *decisión* en los catorce países de Iberoamérica relevados es la asistencia para la toma de decisiones en 5 países y el otro indicador sobre la existencia de juicios electrónicos no se encuentra presente en ninguno de los 14 países.

Indicadores de decisión	Cantidad de países
Asistencia para la toma de decisiones	5
Existencia de juicios electrónicos	0



5.5 Resumen de los indicadores

Los indicadores positivos en la mitad o más de la mitad de los países son: información sobre la organización del Poder Judicial en 14 países, información sobre la jurisprudencia y sobre el estado de las causas en 12 países, información sobre la legislación, boletines electrónicos, bases de datos de jurisprudencia en 11 países, gestión documental, informatización de registros, tramitación de procesos en 10 países, base de datos de normativa, interconectividad entre órganos judiciales, gestión de casos sin realización de estadísticas en 9 países, gestión de oficina, gestión de casos con realización de estadísticas en 8 países y gestión de vistas, descarga de formularios, tramitación de procesos de presentación de demandas en 7 países.

Los indicadores positivos en menos de la mitad de los países son: interconectividad entre órganos judiciales y administración pública, tramitación de procesos de aportación de pruebas, tramitación de procesos de pagos de tasas o depósitos y asistente en la toma de decisiones en 5 países, la interconectividad entre órganos judiciales y operadores jurídicos, la obtención de certificados y las encuestas de satisfacción en 4 países, la petición de certificados y los *forums* en 3 países y los pleitos electrónicos en 2 países.

Los juicios electrónicos no aparecen en ninguno de los países.

Indicadores	Cantidad de países
Información sobre la organización del Poder Judicial	14
Información sobre la jurisprudencia, Información sobre el estado de las causas	12
Información sobre la legislación, Boletines electrónicos, Bases de datos de jurisprudencia	11
Gestión documental, Informatización de registros, Tramitación de procesos de notificación	10
Bases de datos de normativa, Interconectividad entre órganos judiciales, Gestión de casos sin realización de estadísticas	9
Gestión de oficina, Gestión de casos con realización de estadísticas	8
Gestión de vistas, Descarga de formularios, Tramitación de procesos de presentación de demandas	7
Tramitación de procesos de aportación de pruebas, Tramitación de procesos de pagos de tasas o depósitos	5
Asistencia para la toma de decisiones, Obtención de certificados, Encuestas de satisfacción	4
Petición de certificados, Forums	3
Pleitos electrónicos	2
Juicios electrónicos	0



6. CONCLUSIONES

- 6.1.1** Mientras el índice de incorporación de TIC's en los Poderes Judiciales elaborado por el CEJA sólo fue diseñado tomando en cuenta la dimensión de acceso a la información, el construido inicialmente por el Grupo de Trabajo de E-Justicia y el posteriormente desarrollado por nosotros cuenta con cuatro dimensiones bien definidas que le permiten recoger de mejor manera la complejidad del proceso.
- 6.1.2** De la comparación del índice de 2006 y el de 2009 resulta que: habría una mayor incorporación de TIC's en los punteros de los años respectivos, de un poco más de 60 % en 2006, se pasó a más de un 80 % en 2009; habría un progreso considerable en países como Costa Rica, España, Portugal y en menor medida en Colombia y Guatemala, un poco menor crecimiento en Perú y República Dominicana y finalmente, habría una relativa estabilidad con respecto al pasado en Argentina, Brasil, Cuba, Chile y Uruguay.
Sin embargo, esa relativa estabilidad supone situaciones muy distintas. Mientras que para Brasil supone mantener una de las primeras posiciones en el caso de Uruguay implica permanecer en las posiciones de menor desarrollo relativo.
- 6.1.3** La dimensión información del índice 2009 tiene la mitad o más de los indicadores desarrollados en 11 de los 14 países, mientras que sólo 3 países tienen menos del 50 % de los indicadores desarrollados.
- 6.1.4** La dimensión de gestión del índice 2009 está desarrollada en la mitad o más de la mitad de los indicadores también en 11 países, mientras que sólo 3 países tienen menos de la mitad de los indicadores desarrollados.
- 6.1.5** La dimensión de relación del índice 2009 está desarrollada en la mitad o más de la mitad de los indicadores en sólo 4 países, mientras que en 10 países tienen menos de la mitad de los indicadores desarrollados.
- 6.1.6** La dimensión de decisión del índice 2009 está desarrollada en la mitad de los indicadores en sólo 5 países, mientras que en 9 países no tienen ninguno de los dos indicadores desarrollados.
- 6.1.7** Mientras que las dimensiones de información y gestión son las más desarrolladas las dimensiones de relación y gestión son las menos desarrolladas en los 14 países de Iberoamérica estudiados.



- 6.1.8** La evolución entre las diferentes dimensiones no es necesariamente lineal, o lo que es lo mismo, no es necesario que se desarrolle una dimensión para que comience el desarrollo de la siguiente.
- 6.1.9** Los indicadores positivos en la mitad o más de la mitad de los países son:
- a) Información sobre la organización del Poder Judicial en 14 países;
 - b) Información sobre la jurisprudencia y sobre el estado de las causas en 12 países;
 - c) Información sobre la legislación, boletines electrónicos, bases de datos de jurisprudencia en 11 países;
 - d) Gestión documental, informatización de registros, tramitación de procesos en 10 países;
 - e) Base de datos de normativa, interconectividad entre órganos judiciales, gestión de casos sin realización de estadísticas en 9 países;
 - f) Gestión de oficina, gestión de casos con realización de estadísticas en 8 países; y
 - g) Gestión de vistas, descarga de formularios, tramitación de procesos de presentación de demandas en 7 países.
- 6.2.0.** Los indicadores positivos en menos de la mitad de los países son: interconectividad entre órganos judiciales y administración pública, tramitación de procesos de aportación de pruebas, tramitación de procesos de pagos de tasas o depósitos y asistente en la toma de decisiones en 5 países, la interconectividad entre órganos judiciales y operadores jurídicos, la obtención de certificados y las encuestas de satisfacción en 4 países, la petición de certificados y los *forums* en 3 países y los pleitos electrónicos en 2 países. Los juicios electrónicos no aparecen en ninguno de los países.
- 6.2.1.** Con más de un 50 % del índice desarrollado de Poder Judicial Electrónico del 2009 se encuentran 7 países o sea la mitad de los países. En esa primera mitad de la tabla de posiciones se encuentran Portugal y España de Europa y Costa Rica, España, Colombia, Brasil, Guatemala y República Dominicana de América Latina. En la segunda mitad de la tabla se ubican Argentina, Cuba, Perú, Chile, Uruguay, México y Ecuador.
- 6.2.2** Finalmente, en términos generales se confirma que el desarrollo del Poder Judicial Electrónico es un proceso evolutivo. No se necesita que se desarrolle en todos sus posibilidades una dimensión para que comience a desarrollarse la otra.



Anexo. Informantes calificados según países

País	Nombre	Cargo
1. Argentina	Batista, Alejandro	Gerente de Asuntos Jurídicos – PAMI
1. Argentina	Martino, Antonio	Académico de la Universidad del Salvador
2. Brasil	Gaziero Cella, José Renato	Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná.
2. Brasil	Rover, Aires José	Profesor de la Universidad de Santa Catarina
3. Colombia	Barrera Martínez, Antonio Enrique	Director Unidad de Informática Consejo Superior de la Judicatura
4. Costa Rica	Navarro, Sonia	Directora del Programa de Modernización de la Administración de Justicia
4. Costa Rica	Ramírez López, Rafael	Jefe de Departamento de Tecnología de Información y Comunicaciones del Poder Judicial
4. Costa Rica	Patricia Bonilla	Profesional en Informática del Poder Judicial
5. Cuba	Amoroso, Yarina	Gerente General Proyecto Informatización de Registros Mercantiles y Públicos, ALBA.
6. Chile	Cruz Cruz, Sergio Andrés	Abogado Socio Cruz y Cía.
7. Ecuador	Páez Rivadeneira, Juan José	Director Nacional del CETID
8. España	Cabezudo, Nicolás	Profesor Titular de la Universidad de Valladolid. Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Valladolid
8. España	Galindo Ayuda, Fernando	Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza
9. Guatemala	Pichiyá Catú, Miguel Leonardo	Coordinador Técnico para la implementación del Sistema de Gestión de Tribunales
10. México	Durán Sánchez, Enrique de Jesús	Secretario Proyectista de Juzgado de Primera Instancia, TSJ del Distrito Federal
11. Perú	Távora Córdoba, Francisco Artemio	Presidente de la Sala Civil Permanente
12. Portugal	López Romao, Miguel José	Asesor del Ministro de Justicia de Portugal
12. Portugal	Marlene Mendes	Mtra. del Area de Derecho del Instituto Politécnico de Beja
12. Portugal	Masseno, Manuel	Profesor Adjunto del la Escuela Superior de Tecnología y Gestión del Instituto Politécnico de Beja
13. República Dominicana	Rizek, José Alfredo	Directivo de INDOTEL
14. Uruguay	Del Piazzo, Carlos	Director del Instituto de Derecho Informático



BIBLIOGRAFÍA

BUSQUETS, José Miguel. (2009). *El Poder Judicial Electrónico en Iberoamérica*, 2009. Mimeo.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás (2004). Proyecciones del gobierno electrónico en la Administración de justicia, Dossier distribuido en curso de posgrado en la Facultad de Derecho de la U. de la R.

CEJA – JSCA (2008). Índice de accesibilidad a la información judicial en internet.

FABRA, Pere y otros. E-Justicia. La justicia en la sociedad del conocimiento. Retos para los países Iberoamericanos. U.O.C. 2006.

LANDONI COUTURE, Pablo (1991). Las Nuevas Tecnologías como instrumento para la transformación de la Justicia, en las VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Ed. Universidad.

ORTELLS RAMOS, Manuel (2002). Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso Jurisdiccional. Especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales, "XI Jornadas Nacionales y XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", celebradas en Montevideo, 16 al 18 de octubre de 2002, Libro de Ponencias, F.C.U., Mdeo.

ROVER, Aires (2001). Informática no Direito. Inteligencia Artificial. Introducao aos Sistemas especialistas legais, Jurua Editora.

VALENTIN, Gabriel (2004). Las nuevas tecnologías en la gestión del Poder Judicial. Su impacto en las categorías del proceso jurisdiccional. Informe final, C.S.I.C.

