

Aproximaciones al derecho de los Estados Unidos visto desde México

Francisco **TORTOLERO CERVANTES**

Coordinador



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Escuela Libre de Derecho de Sinaloa

APROXIMACIONES AL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS
VISTO DESDE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie VERSIONES DE AUTOR, núm. 26

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

APROXIMACIONES AL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS VISTO DESDE MÉXICO

FRANCISCO TORTOLERO CERVANTES
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
ESCUELA LIBRE DE DERECHO DE SINALOA
México, 2021

La serie “Versiones de autor”, a la que pertenece el presente volumen, reproduce las versiones originales de los autores, por lo que no se efectuó corrección ortotipográfica alguna.

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 15 de octubre de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Hecho en México

ISBN 978-607-30-5138-5

CONTENIDO

Presentación	IX
Rodolfo CAMPOY DE LA VEGA	
Introducción	XI
Francisco TORTOLERO	
Retrasos concurrentes en los contratos de construcción, una mirada desde el <i>common law</i> para su análisis en México	1
José Antonio ÁLVAREZ MÉNDEZ	
La naturaleza administrativa de los tribunales migratorios como causa de la violación de los derechos humanos de los migrantes en la frontera México-Estados Unidos	25
María Fernanda ARÁMBULA HERNÁNDEZ	
La trascendencia jurídica y fiscal del establecimiento permanente en el tratado México-Estados Unidos para evitar la doble tributación	53
Luis Javier HERNÁNDEZ JIMÉNEZ	
La fractura hidráulica (<i>fracking</i>) en Texas y su trascendencia en los proyectos de esa tecnología en México sobre el uso y control del agua utilizada	87
Susana Eugenia MÁRQUEZ BOY	
La ponderación y los límites a la libertad de expresión en casos judiciales en México y en Estados Unidos de América	153
María del Sol MATÍAS JUÁREZ	
La doctrina de la vaguedad y su impacto en el contexto de la inmigración	181
Laura Karina PALACIOS ALBORES	

Bank Account Freezing in the US and in the Mexican Legal System 201
Delia SÁNCHEZ CASTILLO

PRESENTACIÓN

Hace poco más de 20 años inició actividades la División de Estudios de Posgrado de la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, las cuales desde entonces siguen de manera ininterrumpida hasta hoy. Durante ese tiempo si bien hemos tenido obstáculos a vencer, también se han disfrutado momentos de gran satisfacción, justo como éste, en que presentamos un libro planeado y realizado en el ámbito de estudios de nivel superior, en constante proceso de mejora.

Lo anterior, siempre, gracias al apoyo decidido y solidario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, a través de sus Directores, Investigadores y demás personal de apoyo. Sin la asesoría y empuje de Jurídicas, el posgrado en esta Casa de Estudios no hubiera alcanzado el nivel de excelencia y reconocimiento, del que hoy a nivel nacional goza, muestra de ello, es la Maestría en Derecho Estadounidense en cuyo seno nace el presente libro, es la primera actividad académica formal y escolar de tan complejo calado que la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa lleva a cabo en la Ciudad de México, trascendiendo así las fronteras del Estado de Sinaloa.

La Maestría en Derecho Estadounidense, en cuyo contexto se gesta y ve la luz, esta importante obra académica, es el resultado de la dinámica de colaboración de la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa con el mayor Centro de investigación en materia jurídica del mundo latino, lo que permitió integrar estudios de frontera, por jóvenes egresados de la maestría en comento. Por ello, me es muy grato presentar a su consideración, este trabajo que tiene en sus manos, que desde sus primeras páginas nos invita a la reflexión y discusión, en torno a la innovación, transversalidad, justiciabilidad, términos, a los que pueden asignárseles diversos significados, pero los autores en cada uno de sus estudios los aplican para presentarnos un análisis integral bajo una óptica innovadora. Sus aportes asumen, de modo implícito, esa nomenclatura por derecho propio y se erige en testimonio de lo que puede lograrse cuando se conjuntan voluntades institucionales, empeños personales, disciplina y rigor científico. El producto académico que hoy se aporta al ámbito jurídico no solo nacional, sino también al espacio normativo in-

ternacional, engloba objetivos de difusión y aportes de solución a problemas que trascienden lo jurídico, por esa razón, junto a otras muchas consideraciones que dejo al margen en este momento, la publicación de *Aproximaciones al Derecho de los Estados Unidos visto desde México* es motivo de gran júbilo para la comunidad de nuestra Institución.

Expreso mi profundo agradecimiento en lo personal e institucional a dos grandes personajes que hicieron realidad la Maestría en Derecho Estadounidense que nos convoca. Los Doctores Héctor Fix-Fierro y Margarita Palomino Guerrero quienes alentaron e impulsaron, desde su origen, tan innovador proyecto académico y profesionalizante, que por cierto, algunos consideraban irrealizable. Mi reconocimiento a tan eximios Juristas, cuya presencia institucional y personal coadyuvaron para diseñar como forma de titulación publicar la presente obra. De igual manera, reitero mi especial gratitud al Dr. Pedro Salazar Ugarte, actual Director de Jurídicas, por apoyar el proyecto.

La publicación del presente libro se ubica en la estela de diversas obras escritas por egresados de los Estudios de Posgrado de esta Casa de Estudios, publicadas todas ellas bajo el sello editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa. En 2009 *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación* del Mtro. Enrique Inzunza Cázares, así como *Desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, o acerca del levantamiento del velo corporativo* (2013) y *Remedievalización del derecho y la política, introducción crítica al estudio de saber jurídico-político* (2019), estos dos últimos libros autoría del Dr. Octavio R. Acedo Quezada. A estos trabajos se suma la obra que hoy se somete al juicio de los lectores.

Permítanme compartir con ustedes, que, a 49 años de fundada la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, se mantiene incólume el legado de los fundadores: crear un centro de enseñanza del Derecho en el que la libertad de cátedra, la calidad académica y la conciencia social de los egresados constituyan directrices primordiales de sus actividades.

Felicito a los egresados de la Primera Generación de la *Maestría en Derecho Estadounidense*. Les exhorto para que continúen sus estudios de doctorado, con decidida vocación y disciplina. Hago votos para que continúen preparándose para enfrentar, desde el Derecho, los contextos socioeconómicos, políticos y culturales tan difíciles que nos ha tocado vivir y que estamos superando con entereza como siempre los mexicanos lo hacemos.

Rodolfo CAMPOY DE LA VEGA
Rector

INTRODUCCIÓN

Enseñar derecho norteamericano en un país de tradición jurídica continental, como México, a partir del método y los materiales que se emplean típicamente en las escuelas y facultades de derecho de los Estados Unidos (a saber, una combinación analítica y didáctica entre el método de casos y el método socrático), somete al estudiante, pero también al docente, a un reto intelectual que contribuye a la construcción de una disciplina jurídica de carácter binacional.

Fue este el mensaje que venía incorporado a la encomienda del entonces Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ), nuestro querido y recordado amigo Héctor Fix-Fierro, entusiasta como era ante el planteamiento original del profesor Juan Javier del Granado, a la postre coordinador del programa del que deriva el libro colectivo que el lector tiene en sus manos.

Quienes fuimos invitados a formar parte de esta iniciativa, coincidimos en la oportunidad única con la que se podía abrir brecha en un terreno prometedor del ámbito académico y profesional de la práctica de la abogacía de México. La confianza depositada en quienes terminamos formando el claustro de profesores, fue fundamental para lograr llevar a término a la primera generación de la Maestría en Derecho Estadounidense, que pudo ver la luz gracias al impulso decidido y permanente del Mtro. Rodolfo Campoy de la Vega desde la Rectoría de la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, cuyo impulso fue fundamental desde la inscripción hasta el cierre del proceso de titulación de la primera generación. La maestría fue impartida en los locales del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México en la Colonia Roma en sesiones nocturnas, y fue confiada a destacados profesores-investigadores mexicanos, teniendo como premisa la importancia de partir de aspectos propios para la enseñanza de un derecho que nos es menos ajeno de lo que pensábamos.

Como profesor del programa, se me encomendó la función de editor de esta compilación de artículos. De la enriquecedora experiencia académica de haber impartido clases a quienes hoy son autores, debo atestiguar y reconocer el nivel de responsabilidad que tuvimos que asumir, en nuestro

papel de profesores y de alumnos de la generación 2015-2017. De la complejidad y la extensión de las materias, había que tomarse en serio el planeamiento que nos exigía trabajar como pares. Por los comentarios que se escucharon, este primer experimento tuvo resultados positivos, que vale la pena evaluar con objetividad pensando en futuras generaciones de este programa, que de entrada considero de lo más pertinente.

Como todo programa que inicia, la principal dificultad se reflejó en la necesidad de buscar formas de titulación más adaptadas al perfil del estudiante típico de una maestría profesionalizante, que logró reunir a jóvenes abogados talentosos y agudos, en su etapa de formación. Lamento la ausencia de varios de ellos en este volumen, pero estoy cierto de que el programa y sus contenidos contribuyeron al crecimiento profesional de quienes se lo tomaron en serio, que fueron muchos. Fue en este mismo sentido que las autoridades académicas de las instituciones participantes, así como la Secretaría de Educación de Sinaloa fueron siempre empáticas y receptivas para ayudarnos a diseñar modalidades de titulación, entre las cuales fue propuesta la publicación de *student notes* (artículos escritos por estudiantes) sometidos a una revisión de pares, cuyos resultados pueden leerse en el presente volumen.

Como docentes del programa (y estoy cierto que mis camaradas profesores asentirán sobre este punto), debemos empezar expresando un cumplido reconocimiento a los estudiantes, quienes nos impulsaron a cumplir el propósito común de adentrarnos en materias que los profesores mexicanos no habíamos impartido antes, partiendo de la conjunción señalada de métodos poco conocidos en el mundo jurídico mexicano.

Una opinión que se escuchó de varios de los demás profesores del claustro, conformado además por Carla Huerta Ochoa, Javier Saldaña Serrano, Juan Carlos Marín González, Juan Pablo Pampillo Baliño, Óscar Cruz Barney, y el más admirado por los estudiantes, Rodolfo Cruz Miramontes, al cual la generación dedicó un reconocimiento al graduarse, consistió en que los casos que se analizaron en cada clase, habían sido cuidadosamente seleccionados. Pero a diferencia del esquema practicado en las escuelas de derecho de México, estudiantes y profesores debíamos preparar los casos, previo a las sesiones de la sesión semanal para cada materia.

Además del reto que significó para todos estudiar directamente las resoluciones judiciales y de tener que analizar un número considerable de páginas antes de llegar a la clase (práctica que pocos estudiantes acostumbran en nuestro modelo de enseñanza), entendimos que la primera condición para asumir el compromiso de este programa, consistía en persuadir a los

alumnos, pero acaso más a los profesores, de alejarnos de los automatismos en que solemos caer en nuestras escuelas de derecho. Aquella actitud nos permitió, a unos y a otros, tomar distancia de la forma en que los materiales jurídicos suelen ser enseñados y asimilados en el mundo continental. Sin duda para todos los profesores, el proceso de enseñanza-aprendizaje también fue bi-direccional.

La lista de *Casebooks* sugerida a cada uno de nosotros para impartir las materias que conformaron esta primera generación de la Maestría, nos llevó a descubrir una forma de trabajo académico que tiende un puente entre una concepción más bien ortodoxa del derecho positivo continental y la práctica de la disciplina del mundo anglosajón. La originalidad del programa mexicano radicó entonces en adaptar los contenidos legales estadounidenses a los intereses y la experticia de nuestros abogados postulantes, quienes parafraseando al coordinador del programa, al recibir una formación paralela en el *common law* pasaron de ser abogados bilingües a profesionistas bijurídicos.

Cabe señalar también que los materiales seleccionados para este curso fueron igual de exhaustivos de lo que se suele enseñar en un curso profesionalizante del *Juris Doctor* (equivalente a la licenciatura mexicana impartida en cinco años, pero en el caso de las universidades estadounidenses, a nivel de posgrado y con duración de tres años). Aunque la encomienda de editor no me permite determinar si se cumplió con la aspiración de que los egresados obtuvieran una formación profesional equivalente a aquel grado, es posible destacar que la enseñanza a través de casos fue representativa de las problemáticas con las que se enfrenta un estudiante de derecho en aquel país en cada una de las materias de su formación profesional, que como decía, allá se imparte en períodos de tres años. También cabe destacar que el programa buscó conformar estudios de mayor profundidad a la que se puede tener acceso cuando se tiene la oportunidad de acudir a alguna universidad estadounidense para cursar alguno de los numerosos *Master of Laws* que se ofrecen a lo largo y ancho de aquel país. En específico, el programa que se impartió en México, durante dos años, permitió a los egresados una comprensión de profundidad de los temas estudiados.

Como muestra de esta asimilación de conocimientos, presentamos siete trabajos que integran una modalidad de titulación, de la que el Director y la Secretaria Académica del IJJ, Pedro Salazar Ugarte e Issa Luna Plá, son en buena medida artífices, y de cuyos resultados se agrupan en este volumen de aproximaciones efectuadas con mucho talento por estudiantes de la primera generación. Y no puede faltar un reconocimiento al trabajo

permanente de Doris Domínguez, quien estuvo pendiente del seguimiento y la vinculación constante entre los autores y esta coordinación editorial.

José Antonio Álvarez Méndez presenta un análisis sobre la temporalidad de los contratos, y hace énfasis en el posible incumplimiento mutuo de obligaciones en ambos países, con algunos contrastes frente al derecho inglés. Cobra relevancia para entender los efectos de la responsabilidad contractual que se genera a falta de legislación secundaria aplicable (en el caso mexicano), sobre todo en el momento de la terminación de obras para los contratos de construcción.

Partiendo de la *doctrina Chevron* sobre la deferencia hacia los agentes reguladores, María Fernanda Arámbula Hernández analiza su aplicabilidad a las vulneraciones a derechos humanos de las personas migrantes. El enfoque planteado involucra a tribunales administrativos en relación con la evolución de la política migratoria de los Estados Unidos, a través de un recorrido a lo largo de las distintas etapas normativas y jurisdiccionales en aquel país. Y también en materia de migración, fue analizada otra herramienta interpretativa de derecho penal, integrada en la llamada “doctrina de la vaguedad (*void for vagueness*)”. En su trabajo, donde se aborda con detalle la noción de “torpeza moral” (*moral turpitude*) Laura Karina Palacios Albores busca entender por qué algunos condenados a la deportación por haber cometido delitos de la legislación migratoria estructuran su defensa en este parámetro interpretativo.

Dentro de los esfuerzos binacionales por evitar la doble tributación y la evasión fiscal, los dos países han avanzado en la suscripción de instrumentos binacionales que otorgan beneficios fiscales o bien, imponen excepciones en ambos países. El texto de Luis Javier Hernández Jiménez explora estas cuestiones desde una perspectiva normativa y jurisprudencial comparada, añadiendo aspectos como el comercio electrónico a la luz de disposiciones aplicables de la OCDE, o diferenciando la residencia del establecimiento permanente, como lugar donde se llevan a cabo las transacciones entre agentes privados de estos dos países.

Susana Eugenia Márquez Boy se interesó en aspectos ambientales como los riesgos derivados del uso excesivo de agua (y la consiguiente contaminación de los mantos freáticos) ante la posibilidad de ver generalizada la técnica de *fracking* en la extracción de diversos hidrocarburos. Puede verse a partir de una descripción crítica de disposiciones estatales en Texas frente a aspectos donde opera y otros donde se excluye la regla federal de prelación (*preemption*), para entender cómo la cuestión de derecho local cobra relevancia binacional, eventualmente transfronteriza, al referirse a la

explotación de tales energías fósiles (tan restringidas internacionalmente en tiempos de cambio climático pero tan aclamadas por gobiernos recientes en ambos países), de donde análisis del marco regulatorio federal de México, e incluso internacional (i.e. del Convenio 169 de la OIT en materia de consulta previa para pueblos indígenas) enciende las alarmas y se inscribe en una primera oleada comparativa que se antoja necesario continuar durante los años posteriores.

En materia de defensa de derechos fundamentales, el trabajo de María del Sol Matías Juárez ofrece un recorrido comparado de la técnica interpretativa de la ponderación y de la manera como ésta se ha empezado a utilizar en los dos países al analizar los linderos de la libertad de expresión, pero también para entender sus límites o restricciones legítimas. En un contexto común de polarización extrema y de ataques arteros a la libertad de prensa por parte de las administraciones Trump y López Obrador, nuestros países parecen descender a niveles preocupantes de restricciones al espíritu crítico y al advenimiento de una prensa complaciente, sometida al gobierno en turno. De ahí que el análisis jurisprudencial comparado ofrezca salidas fiables, sea para la protección de derechos como para contribuir a la defensa de la constitución

Desde luego, quedan en el tintero infinidad de posibilidades luego de la concreción de esta co-edición entre el IJJ-UNAM y la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa (Por solo mencionar la intención de lograr que en futuras ediciones, nuestros estudiantes terminen redactando sus respectivos capítulos en inglés, objetivo que se logró con el trabajo de Delia Castillo sobre la congelación de cuentas bancarias, incluido aquí con una actualización, luego de haberlo publicado en 2017 en la *Mexican Law Review*). Por último, este primer producto editorial que emana de la maestría nos conduce a preguntas, y a temas que valdrá la pena inculcar entre los estudiantes que, esperamos en número consistente, cursen las próximas generaciones de la Maestría, manteniendo en lo posible esta forma de titulación o la titulación mediante *Moot Court* (*juicio simulado*). Los trabajos que aquí se contienen emanan de los intereses de estudiantes, y fueron validados por profesores del programa. Como trabajos de maestría, se trata de aproximaciones sólidas a las preguntas que genera la práctica profesional vista desde otro país, con los lentes de abogados de otro país, buscando sin embargo llenar un hueco en la manera de construir formas novedosas de asesoría legal bi-nacional en una de las zonas de influencia económica más grandes del mundo.

Francisco TORTOLERO

RETRASOS CONCURRENTES EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN, UNA MIRADA DESDE EL COMMON LAW PARA SU ANÁLISIS EN MÉXICO

José Antonio ÁLVAREZ MÉNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Aproximaciones en el Derecho Inglés para el tratamiento de los retrasos concurrentes.* III. *Los retrasos concurrentes en Estados Unidos.* IV. *¿Qué pasa con los retrasos concurrentes en México?* V. *Propuesta para México.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Los retrasos concurrentes son un concepto de la mayor complejidad para determinar su contenido sustantivo. El retraso en la terminación de los trabajos tiene consecuencias muy importantes para los propietarios y contratistas. Los propietarios habitualmente buscan cobrar penas convencionales por los retrasos y los contratistas pretenden el ajuste en el programa de ejecución de los trabajos que les permita completar los trabajos y el pago adicional respecto de la extensión del plazo (Lal, Kaiding, & Casey, pág. 127).

Es la frase con la que tres miembros del despacho Akin Gump de Londres inician un interesante artículo dentro de la obra colectiva sobre arbitraje en materia de construcción, la cual refleja fielmente la importancia práctica para las partes involucradas en un contrato de construcción respecto el entendimiento concreto de lo que son los retrasos concurrentes y de la forma jurídica en que pueden abordarse y decidirse.

* Abogado y economista por la Universidad Tecnológica de México, máster universitario en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, doctorando en Administración Pública por la Universidad Anáhuac Norte. Experto en arbitraje comercial internacional y derecho energético. jose.alvarez@my.unitec.edu.mx. Realizado bajo la supervisión y asesoría del Dr. Juan Javier del Granado del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

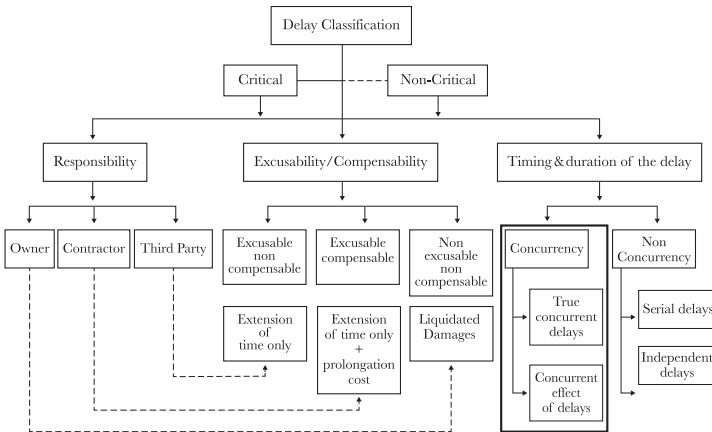
Múltiples artículos relacionados con el tema tratado en este documento lo abordan desde una perspectiva exclusivamente jurídica, cuando estos asuntos resultan más comprensibles si se utilizan herramientas de la ingeniería y de la administración de proyectos, por ello, este documento incorporará como herramienta de análisis algunos de estos métodos para la mejor comprensión del tema.

Es pertinente señalar que todas las citas de textos en idioma inglés que han sido utilizadas en este trabajo fueron llevadas al español por traducción propia.

Primeramente, se abordará la concepción de los retrasos concurrentes, su tipología y la forma en que han sido tratados en las tradiciones jurisprudenciales inglesa y estadounidense, para posteriormente observar cómo (si acaso) la legislación y jurisprudencia mexicana han acometido el análisis de este tópico relevante en el derecho de la construcción.

Resulta importante dar un vistazo del tema de los retrasos en la construcción, inclusive, aunque sea de forma general, ya que ayudará a delimitar adecuadamente el alcance de este estudio.

FIGURA 1.



FUENTE: Kamandang & Casita, pág. 136.

En la figura 1, tomada de un interesante artículo presentado en la Primer Conferencia Internacional sobre Ingeniería Avanzada y Tecnología, llevada a cabo el 29 de septiembre de 2018, en Surabaya, Indonesia, se esquematizaron con suma claridad los retrasos en la construcción desde

las diversas aristas en que pueden ser analizados, asimismo, dicha gráfica nos muestra la complejidad del estudio de los retrasos, este estudio se concentra exclusivamente en los temas que se encuentran dentro del rectángulo rojo. Sin que sea motivo de este análisis explicar dicho diagrama, sirve para ubicar con precisión el objeto de este estudio.

En ese sentido, resulta necesario apuntar que los retrasos en la ejecución de las obras representan costos adicionales para el contratista, ya sea por la necesidad de sufragar trabajos suplementarios, por el pago de penas convencionales o por el aumento del costo de los insumos; por parte del propietario implican (o de quién funge como tal) frustración en el objetivo –inauguración o apertura de un proyecto–, retrasos en una cadena de negocios, responsabilidad corporativa, penas convencionales con otros contratos ligados, entre otros aspectos.

Para comenzar, abordaremos algunas definiciones de retrasos concurrentes¹, David Chappell realiza una acotación importante antes de proponer una definición: “Los retrasos concurrentes son sujetos de mucho debate y, debe ser dicho, una gran cantidad de malos entendimientos. Una aproximación simple es que cuando dos o más cosas pasan al mismo tiempo y retrasan la fecha de terminación de un contrato particular” (Chappell, págs. 217-218).

El ingeniero George E. Baram, en un excelente artículo presentado en la *Association for the Advancement of Cost Engineering*, señaló que los “retrasos concurrentes son experimentados en un proyecto de construcción cuando dos o más eventos de retraso separados ocurren durante el mismo periodo” (Baram, pág. 1), también señaló que una definición alternativa que describe a los retrasos concurrentes es “cuando dos causas separadas de eventos retrasan el proyecto dentro de un periodo de tiempo específico. Incluso si uno de los dos eventos no hubiera ocurrido, el proyecto se hubiera retrasado de cualquier forma, por el mismo periodo de tiempo, por el otro evento.” (Baram, pág. 1)

El Protocolo de Retrasos y Disrupción de la Sociedad del Derecho de la Construcción (el Protocolo) define a los retrasos concurrentes como “la ocurrencia de dos o más eventos de retraso en el mismo tiempo, uno es un Evento de Riesgo del Empleador, el otro, un Evento de Riesgo del Con-

¹ En diversos textos se puede encontrar indistintamente retrasos, demoras o atrasos concurrentes, por lo que en este estudio convencionalmente utilizaremos *retrasos concurrentes*, sin que ello implique alguna distinción específica. Igualmente, se puede encontrar que menciones como Empleador, Propietario, Principal hacen referencia al propietario, en este trabajo nos referiremos únicamente a este último término.

tratista, y los efectos de los cuales son sentidos en el mismo tiempo” (The Society of Construction Law, pág. 16).

Hughes y coautores señalan que “donde se dice que dos o más eventos han causado el mismo periodo de retraso, ellos son denominados retrasos concurrentes” (Hughes, Murdoch, & Champion, pág. 129).

Bailey señala que los retrasos concurrentes hacen referencia a un periodo de demora “...en los trabajos de construcción el cual es causado por dos o más eventos... La consecuencia contractual de un proyecto que es retrasado por la operación simultánea de (a) un retraso por el cual el propietario es responsable, y (b) un retraso por el cual el contratista es responsable” (Bailey, págs. 840-841).

Discerniendo las múltiples definiciones y aproximaciones al concepto de retraso concurrente, podría construirse una definición de la siguiente forma:

Un retraso concurrente es un retraso en un contrato (que implica un proyecto) provocado por dos eventos (al menos), uno atribuido al propietario y otro al contratista, que ocasiona el desplazamiento en las fechas críticas del contrato y cuya responsabilidad no resulta evidente.

Al respecto, conviene apuntar que no cualquier tipo de retraso es relevante para los fines de este análisis, pues sólo los retrasos que pudieran impactar en el logro de algún hito, o en alcanzar la fecha de terminación del proyecto, mismos que pudieran fungir como base para reclamaciones de daños, penas convencionales o extensión de tiempo tienen la relevancia necesaria para este estudio.

Aunque los retrasos concurrentes pueden acontecer en cualquier contrato que implique la ejecución de proyectos, buena parte de la doctrina y de este estudio se enfoca en los retrasos concurrentes en los proyectos de construcción, por lo que resulta importante describir cómo opera en términos generales un contrato de construcción, las obligaciones principales de las partes, las formas más habituales de dar seguimiento a la ejecución de los trabajos y los mecanismos para evaluar el cumplimiento que se le ha dado al contrato.

Sin que sea motivo de este breve análisis alcanzar una definición incontestable de contrato de construcción², utilizaremos la siguiente: es un

² Una definición contenida en el artículo 104 de la Ley de Subsidios, Construcción y Regeneración de Vivienda del Reino Unido de 1996, podría ser la siguiente: Contrato de construcción es el acuerdo para llevar a cabo operaciones de construcción, arreglar lo necesario para que esas operaciones se lleven a cabo, por otros, ya sea por subcontratistas o de cualquier otra forma, proveyendo su propio trabajo o el de otros para la realización de dichas

acuerdo donde una de las partes, denominada propietario, se obliga a pagar un precio a otra, denominada contratista, para que éste lleve a cabo la ejecución de diversos trabajos cuyo fin es realizar una construcción determinada. Estos contratos se conocen como EPC³ (Ingeniería, Procura y Construcción, en inglés), en los cuales, el alcance de los trabajos a cargo del contratista va desde el cumplimiento de la normatividad aplicable hasta el diseño de la ingeniería básica y a detalle, la realización de las compras de los insumos necesarios para llevar a cabo el proyecto, la planeación de la ejecución de los trabajos y la ejecución misma. Es decir, existen tres grandes rubros en la ejecución de los trabajos: ingeniería, procura y obra civil y electromecánica.

En los contratos de construcción es común establecer una serie de hitos intermedios para que se pueda medir el grado de avance de la obra, sin que, en muchas ocasiones el incumplimiento de alcanzar estos hitos constituya un incumplimiento contractual propiamente dicho, sin embargo, en la administración de los proyectos el contrastar el avance real contra el estimado permite establecer con suficiente antelación si el contratista habrá de alcanzar la fecha de terminación de los trabajos, o bien, si es necesario iniciar alguna otra medida de mitigación como lo podría ser el desplazar más frentes de trabajo, o iniciar un programa de aceleración, o cualquier otra acción que se considere necesaria.

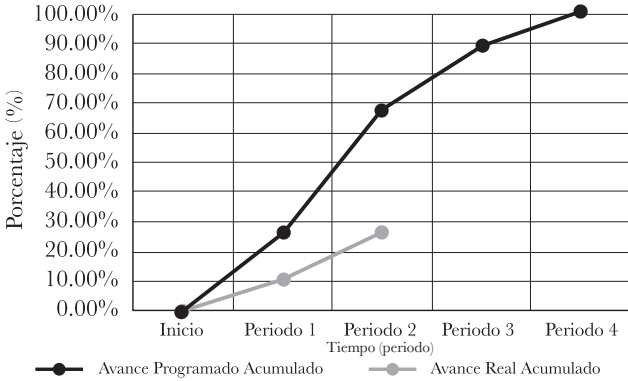
En la figura 2, que es un mero ejemplo de cómo se construye una gráfica en la que se muestra el avance real contra el avance programado (esta gráfica también es conocida como la curva S), se observa cómo en una fase muy temprana del proyecto se puede advertir un retraso importante en la ejecución de los trabajos, lo cual muestra la alta probabilidad de que no se alcance la fecha de terminación pactada.

operaciones. El contrato puede incluir el diseño arquitectónico, diseños varios, o provisión de trabajos de topografía, proveer asesoría sobre la construcción, ingeniería, decoración interior o exterior, o sobre el trazado del paisaje en relación con las operaciones de construcción. Este contrato no implica un contrato de trabajo. *Cfr.* Section 104, UK *Housing Grants, Construction and Regeneration 1996*.

³ Existen múltiples variantes del EPC, cuya explicación excede el alcance de este estudio. Para más información consultar, a manera de ejemplo: <https://fidic.org/bookshop/about-bookshop/which-fidic-contract-should-i-use>

FIGURA 2.

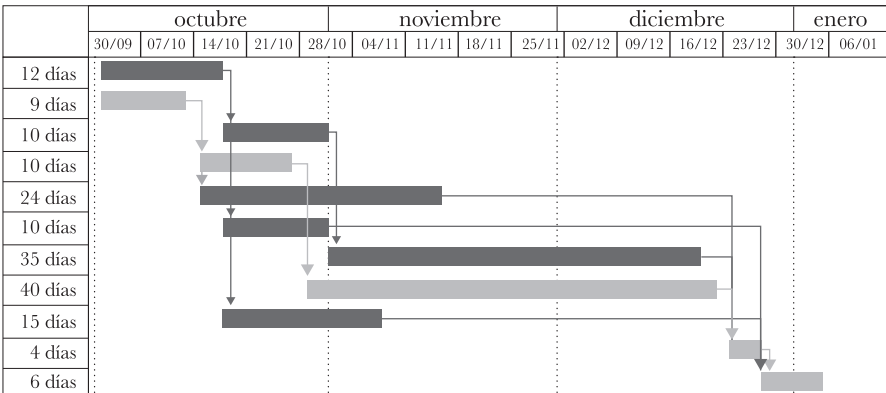
Curva S-Proyecto



FUENTE: elaboración propia.

Asimismo, es habitual en este tipo de contratos el establecer hitos o fechas críticas dentro del periodo estimado del contrato, algunos de dichos hitos serán inexorablemente secuenciales, mientras otros no necesariamente se siguen o siguen a otros hitos dentro del contrato, pero todos son necesarios para completar a totalidad de los trabajos contratados. Realizar esta precisión es esencial para comprender la ocurrencia real de retrasos concurrentes.

FIGURA 3.



FUENTE: elaboración propia.

Para esclarecer la característica de eventos críticos con otros que no lo son se presenta la figura 3, en la que se muestra un diagrama de Gantt, que es un organizador gráfico en el que se puede apreciar la calendarización de las actividades que se incluyen en un proyecto, el tiempo estimado que cada actividad tomaría, así como su secuenciación.

Las barras que aparecen en color rojo tienen una secuencia con otros trabajos de forma tal que, si alguno de esos trabajos se desplaza por alguna circunstancia, se retrasará todo el programa de ejecución de los trabajos. En la figura 3 se aprecia una ruta crítica típica que muestra la liga entre los trabajos que tienen una secuenciación indispensable y que importan la ruta viable más corta en tiempo.

Así pues, comprender la ruta crítica y cómo funcionan las holguras es importante en nuestro tema porque sólo los retrasos que acontezcan en actividades que sean críticas para el logro de los hitos del contrato o de la fecha de terminación de los trabajos son los únicos que deben considerarse para efectos de este análisis.

Para medir adecuadamente los impactos en un programa de ejecución de los trabajos existen numerosas herramientas, siendo notable el método de la ruta crítica (*Critical path method*, CPM), la cual es una técnica de redes ampliamente usada que “hace referencia a la(s) ruta(s) de mayor duración a lo largo de la red; si se retrasa una actividad en la ruta, el proyecto se demora el mismo tiempo.” (Gray & Larson, pág. 135) Los métodos de la ruta crítica “sí tienen la capacidad de considerar las relaciones de precedencia y la interdependencia de actividades.” (Heizer & Render, pág. 61)

Asimismo, la figura 3 nos revela otro concepto esencial para entender los retrasos concurrentes, las holguras. Estas son los periodos de tiempo que existen entre las barras azules que no están seguidas en forma inmediata de otra actividad, de forma tal que existen *tiempos libres* desde la terminación de estas actividades al inicio de otras que sí son críticas, “por holgura se refiere a un periodo de tiempo durante el cual, si una actividad se retrasa, no tendrá el efecto de retrasar la terminación de los trabajos, o de una actividad sucesiva” (Bailey, pág. 844), el concepto de las holguras resulta relevante para el análisis de los impactos de los retrasos concurrentes, pues el contratista puede utilizar ciertas holguras para intentar mitigar los efectos de los retrasos acaecidos en la ejecución de los trabajos,⁴ o bien,

⁴ Para conocer otros métodos de evaluación de los retrasos que se han aplicado en la resolución de diversos casos, véase el artículo *Concurrent delays in contracts*, escrito por Jim Doye Dip, ya citado en este trabajo.

en ocasiones se reclama la ocurrencia de un retraso concurrente, pero este se detonó dentro de una holgura, por lo que bien podría ser subsumido en dicho periodo.

Otro tema esencial para el correcto entendimiento de los retrasos concurrentes es el deber de mitigación que tienen los contratistas para mitigar cualquier retraso, independientemente de la asignación de la responsabilidad que proceda. “La doctrina de la mitigación de pérdidas significa que un demandante no podrá reclamar daños por ninguna parte de la pérdida la cual el demandante pudiera haber evitado por tomar ciertos pasos razonables” (Hughes, Murdoch, & Champion, pág. 332), en ese sentido, el contratista que desee reclamar daños tiene el deber de mitigar, es decir, tiene un deber de hacer lo que razonablemente pueda reducir el monto de las pérdidas.

Los principios de la mitigación son sencillos:

- El contratista no puede reclamar daños como resultado de las acciones del propietario si hubiera sido posible evitar dichos daños por tomar medidas razonables.
- El contratista no puede recuperar daños de los cuales ha sido evitados por adoptar medidas más grandes de las que pudieran ser consideradas razonables.
- El contratista puede recuperar el costo de adoptar medidas razonables para evitar o mitigar daños potenciales.
- El contratista no está obligado a hacer todo lo posible. Si ese fuera el caso, una reclamación exitosa de daños podría ser rara. El contratista no necesita hacer nada más de lo que una persona prudente ordinaria haría en el curso de sus negocios. (Chappell, pág. 253)

Otro concepto esencial para contextualizar el problema de los retrasos concurrentes es el principio de impedimento (*prevention principle*) que implica que, cuando se pretende reclamar alguna pena convencional, el propietario no puede reclamarla si un contratista ha fallado en alcanzar la fecha de terminación y la razón de dicho incumplimiento fue “alguna conducta de parte del propietario que impidió al contratista en alcanzarla”,⁵ o como lo resume la cita del principio establecido por Lord Denning:⁶

⁵ Cfr. Peak Construction (Liverpool) Limited v McKinney Foundations [1970] y Multiplex Constructions (UK) Ltd v Honeywell Control Systems Ltd [2007]

⁶ Cfr. Trollope & Colls Ltd v North West Metropolitan Regional Hospital Board [1973]

Está bien establecido que en los contratos de construcción —y en otros contratos también— cuando hay una estipulación para que el trabajo se realice en un tiempo limitado, si una de las partes por su conducta —puede ser una conducta bastante legítima, como ordenar trabajo adicional— hace imposible o impracticable que la otra parte haga su trabajo dentro del tiempo estipulado, entonces la persona cuya conducta causó el problema ya no podrá insistir en el estricto cumplimiento del tiempo establecido. No puede reclamar ninguna sanción o indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento en ese tiempo. (High Court of Justice Commercial Court, 2011)

El principio de impedimento encuentra su fundamento en que, de permitirse lo contrario, el propietario prevalecería en su posición sobre el contratista aprovechándose de su propio error. Este concepto está relacionado con la excepción de *si no fuera por (but for)* que básicamente significa que, en el supuesto de que un contratista cause algún retraso, el propietario podría invocar una excepción en el otorgamiento de cualquier extensión del plazo, aunque dicho propietario también hubiera causado alguna dilación, ya que, el contratista sería incapaz de demostrar que el proyecto no se hubiera demorado sin el retraso causado por el propietario toda vez que sus propias acciones también habría impactado negativamente en la fecha de conclusión del proyecto; el *barrister*⁷ John Marrin explica que *but for* consiste en “La defensa es que el contratista no puede establecer la causalidad porque no puede demostrar que se hubiera completado a tiempo si no fuera por el evento en el que se basó” (Marrin, pág. 8).

Ahora bien, resulta importante señalar el efecto práctico del tratamiento de los retrasos concurrentes. Cuando estos acontecen, la fecha de terminación de los trabajos se desplaza generando costos adicionales (aumento en los precios de los materiales, pago de mano de obra, penas convencionales, etc.) a los que se habían originalmente estimado, así como el eventual inicio de acciones legales cuyo objetivo sea determinar cuál de las partes es responsable por el retraso y derivado de ello, quién debe pagar los costos adicionales, si fuesen procedentes o no las penas convencionales, así como si existiese o no el derecho del contratista para obtener una extensión en el plazo de ejecución de los trabajos.⁸

⁷ En el Reino Unido existe una división de la profesión legal, en la que los *barristers* son abogados que están autorizados para comparecer ante las Cortes y regularmente no tienen contacto directo con los clientes. El otro tipo de abogados son los *solicitors* que atienden en forma directa a los usuarios, pero, en general, no pueden comparecer ante las Cortes.

⁸ Para conocer más acerca de los problemas asociados con el tratamiento de los retrasos

Resulta pertinente señalar que, como lo hace Jim D. Dip, los retrasos concurrentes a menudo son utilizados como un pretexto para no otorgar extensión en los plazos para alcanzar las fechas críticas o para no pagar las penas convencionales surgidas con motivo de dichos retrasos (Dip, pág. 1); de igual forma Thomas F. Peters asiente en que las partes “rutinariamente usan los retrasos concurrentes como una excusa global para explicar su fracaso en la ejecución de los trabajos” (Peters, pág. 1).

Como un último tema contextual relevante conviene explicar los tipos de retrasos concurrentes, uno de ellos es el retraso concurrente propiamente dicho, en el cual existen dos eventos de retraso, uno causado por el propietario y otro causado por el contratista acontecen en el mismo periodo de tiempo, y sus efectos son percibidos en el mismo tiempo; por otra parte, existen eventos de retraso que acontecen en distintos tiempos, uno atribuible al propietario y otro al contratista, pero cuyos efectos sí son percibidos concurrentemente, a los primeros, el Protocolo les denomina verdaderos retrasos concurrentes y a los segundos los refiere como “efectos concurrentes de eventos de retraso secuenciales” (Marrin, pág. 8).

En términos generales, se considera que se han planteado los temas esenciales que delimitan y dan contexto al entendimiento de los retrasos concurrentes y que sirven para abordar este tema desde las principales perspectivas jurídicas que se han desarrollado en el *Common Law*.

Pero para resumir la problemática de lo que realmente son los retrasos concurrentes y la dificultad a la que se enfrentan los juzgadores al momento de decidir este tipo de casos se sintetiza en la siguiente hipótesis: “Si un propietario causara un retraso crítico para completar los trabajos... pero, independientemente, un retraso atribuible al contratista causara el mismo retraso, ¿estaría el contratista facultado para reclamar una extensión en el plazo?” (Lal, Kaiding, & Casey, pág. 129)

II. APROXIMACIONES EN EL DERECHO INGLÉS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RETRASOS CONCURRENTES

En Reino Unido, que es una de las jurisdicciones más avanzadas en el desarrollo de una rama especializada del derecho enfocada en la construcción se han desarrollado distintos principios para tratar y asignar las responsa-

en los contratos de construcción véase el artículo *Concurrent Delay Analysis: Methods, Case Law, and Expert Perception* de Chintan Munvar et al.

bilidades derivadas de los retrasos concurrentes, en general, actualmente se identifican tres formas (Gillies, 2018): el enfoque de la causa dominante, la doctrina del prorrateo y el enfoque *Malmanson*.

El enfoque de la causa relevante significa que, ante la presencia de dos eventos que puedan causar retrasos concurrentes en una obra, se deberá determinar cuál es la causa dominante y hecho eso, resulta irrelevante el análisis de la causa de retraso concurrente, pues la causa dominante prevalecería en cualquier caso sobre otras causas de retraso.

Marrin, citando a Sir Anthony May señala que “si hay dos causas de responsabilidad contractual, una del propietario y otra del contratista, el contratista tendrá éxito si puede establecer la causa por la cual la responsabilidad del propietario es efectiva, la causa dominante”, pero allí mismo se establece una limitación muy importante para este enfoque “si una causa es dominante es una cuestión de hecho, lo cual no es resuelto por un mero punto de cuál fue primero en tiempo, sino que debe ser decidido aplicando estándares de sentido común” (Marrin, pág. 12). Es decir, la racionalidad del enfoque de la causa dominante teóricamente es adecuado, pues asigna la responsabilidad a la parte que hubiera causado el retraso concurrente dominante, sin necesidad de analizar los otros retrasos, pues estos no prevalecerían sobre el dominante, sin embargo, el problema de definir cuál de las causas resulta dominante reduce la utilización de este enfoque.

No obstante su dificultad práctica, un caso destacado que defiende su utilización es *City Inn Ltd*, que es un caso resuelto por la Court of Sessions de Escocia, en el que se afirmó que “si un evento o eventos por los cuales el propietario es responsable puede ser descrito como la causa dominante... eso será suficiente para establecer responsabilidad, a pesar de la existencia de otras causas que en algún grado hayan concurrentemente aparecido” (Court of Sessions Inner House, 2010), sin embargo, como ya se apuntó, la determinación de la causa dominante se deja al arbitrio del sentido común, lo cual no resulta una solución óptima cuando se suscitan causas que tiene la misma potencia efectiva, o al menos esa apariencia.

El enfoque del prorrateo (*apportionment approach*) encuentra su racionalidad en que, ante la presencia de un retraso concurrente verdadero, resulta apropiado la distribución del riesgo y la responsabilidad, este criterio también toma sustento en el principio de *comparative negligence*⁹ que si bien es una

⁹ *Comparative negligence* es una doctrina estadounidense que constituye una defensa parcial que tiende a reducir el monto de los daños que un actor puede recuperar en una recla-

figura utilizada en *torts* (responsabilidad civil) sirve para sustentar lo *justo y razonable* de este enfoque.

El caso remarcable que apoya este enfoque es *John Doyle* que en lo sustantivo señala “el prorrato de una pérdida entre diferentes causas es posible en un caso apropiado... dicho procedimiento puede ser apropiado en un caso donde las causas de la pérdida sean verdaderamente concurrentes, en el sentido que ambas operen juntas en el mismo tiempo para producir una única consecuencia” (Court of Sessions Outer House, 2004). Aunque este enfoque pudiera resultar *justo y razonable* no ha encontrado cabida fuera de Escocia, pues trae aparejados dos principales problemas: la distribución 50:50 podría parecer injusta al tenor de los hechos particulares del caso, y sin mayores elementos para decidir una proporcionalidad distinta, el juzgador no tendría otra opción que distribuir la responsabilidad por la mitad; otro problema en su aplicación es que podría chocar con el principio del impedimento, es decir, a pesar de que una de las partes le hubiera impedido a la otra el cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato, en la aplicación de este enfoque se vería beneficiada indebidamente.

El último enfoque surgido en el Reino Unido es el famoso *Malmaison approach* que es un caso surgido de un arbitraje relativo a la construcción de un hotel en el centro de Manchester, el cual se basa en un retraso respecto de la fecha de terminación de los trabajos que originalmente estaba planteada para el 6 de enero de 1998, sin embargo, la fecha real de terminación de los trabajos fue el 13 de marzo de 1998. El contratista demandó en arbitraje una extensión del plazo, basado, entre otras cosas, en variaciones y entrega tardía de información, a su vez, el propietario se defendió señalando que los retrasos alegados no causaban variación en la ruta crítica y que la verdadera causa de los retrasos era el propio contratista. El contratista no estuvo de acuerdo con el laudo, por lo que lo impugnó ante la Corte de Construcción y Tecnología que, en la ponencia del Juez Dyson, estableció el principio de este enfoque de la siguiente forma: “si hay dos retrasos concurrentes, uno de los cuales es un evento relevante y otro no, entonces el contratista está autorizado para obtener una extensión de tiempo por el periodo del retraso causado por el evento relevante, a pesar de los efectos concurrentes del otro evento” (High Court of Justice Technology and Construction Court, 1999).

De acuerdo con Gordon Smith, el enfoque *Malmaison* “es el ‘punto de referencia legal en Inglaterra’ y ‘el principio general del Derecho inglés

mación basada en negligencia, que toma su fundamento en el grado de la propia negligencia del actor que contribuyó en la causación del daño.

sobre retrasos concurrentes⁹, y se dice que está consagrado en el Protocolo” (Smith, 2015) La racionalidad del enfoque Malmaison es que el contratista tiene derecho a obtener una extensión del plazo, a pesar de que la solicitud del contratista no resida en un retraso de causa dominante, tan sólo es suficiente que recaiga en, al menos, una potencial circunstancia, que junto con otros eventos que puedan provocar retrasos. Es decir, con el simple hecho de que se presente un retraso en un evento relevante, esto constituye una causa suficiente para que el contratista pueda obtener una extensión en el plazo. Este enfoque relaja o flexibiliza el principio de *but for*, pues no resulta necesario demostrar que el retraso no se hubiera causado si no fuese por tal o cual evento, con la simple existencia de un retraso por un evento relevante es más que suficiente para lograr la extensión del plazo.

Este enfoque ha sido principalmente criticado porque, al conceder la extensión del plazo sin mayor análisis, se podría otorgar un plazo indebido al contratista si los retrasos alegados no incidían directamente en la ruta crítica, es decir, el contratista podría alegar un retraso en una actividad secundaria que no retrasara efectivamente la terminación de los trabajos (por ejemplo, remoción de escombros y limpieza general), pero que al ser un evento relevante le otorgaría un tiempo adicional extra tan sólo para cubrir sus propios retrasos.

Asimismo, el problema de definir qué es un evento relevante conduce a este enfoque a la determinación de la causa relevante. Otra dificultad que se apunta del enfoque Malmaison es que parece sustentarse en una especie de *contributory negligence*¹⁰ en contra del propietario, es decir, que, ante la mínima presencia de negligencia de su parte, estaría impedido para defender su negativa para conceder una extensión de tiempo al contratista.

En una indagación formal respecto la percepción de estos tres enfoques, un equipo de investigación en India halló que el 92.5% de los demandados consideran que el enfoque Malmaison “no es justo con los propietarios porque les da una ventaja indebida a los contratistas” (Munvar, Mengistu, & Mahesh, pág. 6).

Existe otro criterio, el llamado enfoque Devlin, que surgió de la resolución de un caso de un caso de 1950, conocido como el caso Heskell (King’s Bench Court, 1950) enfoque que se puede resumir en una frase del caso citado que señala “si un incumplimiento de contrato es una de las

¹⁰ *Contributory negligence* es un concepto de responsabilidad civil (torts) que constituye una defensa que impide completamente al actor para recuperar daños en una reclamación basada en negligencia, que toma su fundamento en su propia contribución para causar dicho daño.

dos causas de la pérdida, ambas causas cooperaron a ella y ambas son aproximadamente de igual eficacia, el incumplimiento es suficiente para imputarle la pérdida”, este criterio podría considerarse como un antecedente del *Malmaison approach*, sin embargo, su uso no ha sido extendido en los litigios de construcción ya que no explica cómo se debe proceder cuando ambos retrasos concurrentes fueron causados por diversos incumplimientos contractuales (El Gezery, pág. 71) .

III. LOS RETRASOS CONCURRENTES EN ESTADOS UNIDOS

Como lo apunta John Livengood, el aparato conceptual desarrollado en el Reino Unido puede ser utilizado en Estados Unidos con algunas diferencias terminológicas, ya que “en un nivel básico, el Derecho Inglés y Estadounidense sobre la concurrencia son virtualmente idénticos” (Livengood, pág. 13), y si bien existen algunas peculiaridades marcadas, finalmente los conceptos generales resultan igualmente explicativos.

Las diferencias más importantes en el tratamiento que las diversas cortes de los Estados Unidos le han dado a este tema es una utilización más destacada de métodos para determinar la ruta crítica y la asignación de responsabilidades basada en dicha asunción de los riesgos.

La aproximación principal de los retrasos concurrentes en Estados Unidos ha surgido esencialmente de las disputas suscitadas con diversas agencias del Gobierno de los Estados Unidos, en particular con las áreas constructivas del Ejército y de la Armada; así, se ha generado una regla general orientada a dichas disputas y esta se expresa de la siguiente forma “el Gobierno no será responsable de los retrasos a menos que el contratista puede demostrar que los retrasos fueron causados por el Gobierno” (U.S. Court of Federal Claims, 1961), lo cual constituye un principio radicalmente distinto al tratamiento que se le da en Reino Unido (tanto en Escocia como en Inglaterra y Gales), pues a pesar de que en lo general, los retrasos concurrentes se desarrollan bajo los mismos constructos, esta regla constituye una presunción para la determinación de la responsabilidad. Si bien, a través de numerosos casos se ha modulado e inclusive, se han incorporado elementos para favorecer el prorrateo, lo cierto es que en Estados Unidos se ha favorecido la utilización de métodos objetivos para determinar la responsabilidad en forma objetiva.

Pueden advertirse la existencia de cuatro aproximaciones para el tratamiento de los retrasos concurrentes: los retrasos inextricablemente entrela-

zados, el enfoque moderno (equivalente al enfoque del prorrateo), el método de la ruta crítica y el enfoque del veredicto de jurado.

En el enfoque de retrasos inextricablemente entrelazados, también conocido como la óptica tradicional respecto los retrasos concurrentes, consiste en que, si existen retrasos indisolublemente entrelazados, el propietario está impedido para reclamar penas convencionales contra el contratista, y de igual forma, el contratista —en virtud de su responsabilidad parcial— no tiene derecho de reclamar daños, es decir, se otorgaría únicamente la extensión del plazo para poder terminar los trabajos. Casos destacados que sustentan este enfoque son, entre otros, *Stewart v. Keteltas*, 36 N.Y. 388, (1867) y *Acme Process Equipment v. United States*, 347 F.2d 509 (1965).

Por su parte, el enfoque moderno se refiere a que, si existen elementos para poder prorratear el retraso entre las partes, entonces debe ser prorrateado entre las partes, es decir, si resulta imposible segregar los impactos y efectos de cada uno de los retrasos concurrentes, entonces debe optarse por prorratearlos entre las partes. Si el retraso puede ser distribuido entre las partes, las cortes permitirán recuperar proporcionalmente la falta del gobierno (el propietario), algo similar al análisis de las faltas comparativas (*comparative negligence*). Este enfoque se puede resumir, tal como lo hace la U.S. Court of Federal Claims en el caso Sollitt:

...si la evidencia muestra que el contratista, junto con el gobierno, causaron retrasos concurrentes a la ruta crítica del proyecto, el contratista debe prorratear los retrasos que afectaron la terminación del proyecto para estar en aptitud de recuperar daños... porque los retrasos concurrentes que no afectaron la ruta crítica del contrato no retrasaron la terminación del proyecto; un análisis preciso de la ruta crítica es esencial para la determinación de si los retrasos concurrentes han causado daños relacionados con la terminación del proyecto... (U.S. Court of Federal Claims, 2005)

Además de Sollitt, otro caso remarcable en el que se aprecia este enfoque es *Tyger Construction Co., Inc. v. United States*, 31 Fed.Cl. 177 (1994).

Como se aprecia de *Sollitt*, la visión estadounidense requiere la demostración de las afectaciones efectivas en la ruta crítica y no concede ventajas a los contratistas, al contrario, los principios que se han desarrollado constituyen presunciones a favor del Gobierno (que actúa como propietario), e inclusive, se puede mostrar con precisión que es el propio Gobierno el que podría causar ciertos retrasos concurrentes, pero si estos no constituyen un obstáculo para el curso de los trabajos, entonces no habrá derecho a la

recuperación de daños. Al respecto, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en el Circuito Federal, al resolver una impugnación contra el Secretario de la Armada señaló que

el contratista no puede recuperar daños de retrasos concurrentes por la simple razón de que ninguna relación causal pudo ser demostrada: un acto del gobierno que retrasa parte de la ejecución del contrato no retrasa el progreso general de los trabajos cuando la continuidad del trabajo como un todo hubiera sido retrasada independientemente de los actos del gobierno. (U.S. Court of Appeals Federal Circuit, 2000)

Del análisis de los enfoques precedentes, se revela que en los Estados Unidos el estudio y asignación de las responsabilidades entre las partes constituye una determinación esencial, misma que se busca sea lo más objetiva y precisa posible. En ese sentido, la utilización de métodos de redes o de la ruta crítica se ha tornado tanto un mecanismo imprescindible como un enfoque independiente en sí mismo.

Así, bajo este enfoque, las cortes buscan segregar los retrasos a lo largo de la ruta crítica y asignan cada retraso a la parte responsable en consecuencia, siendo el caso más destacado el de *Fischbach & Moore International Corp.*, ASBCA 14216, 71-1 BCA 8775, 59244 (1971).

Por último, se encuentra un enfoque denominado veredicto del jurado el cual consiste en asignar las responsabilidades de los retrasos concurrentes basados en estimaciones y no en el análisis cronológico ni en la ruta crítica; se establece que este enfoque ha sido utilizado cuando no ha sido posible asignar responsabilidades basados en el análisis de la programación y como último recurso se utilizó la asignación por estimaciones. Se dice que este enfoque se utiliza raramente y uno de los casos identificados que lo han utilizado es *Raymond Constructors of Africa, Ltd v. United States*, 188 F.2d 1227 (1969).

Como se aprecia, la construcción de los conceptos para el análisis de los retrasos concurrentes en Estados Unidos, son muy similares a los conceptos creados en Reino Unido, sin embargo, la posición que se ha adoptado para su tratamiento por la judicatura y la resolución de las disputas surgidas resulta radicalmente distinta, mientras en Inglaterra se ha consolidado una presunción a favor del contratista, relajando los principios de la prueba, en Estados Unidos, sin negar el derecho que les asiste a los contratistas a buscar recuperar daños de los retrasos concurrentes, sí se les impone la prueba de demostrar objetivamente que los retrasos del gobierno (como propietario) fueron los eventos determinantes de los retrasos.

IV. ¿QUÉ PASA CON LOS RETRASOS CONCURRENTES EN MÉXICO?

En México el concepto de los retrasos concurrentes no ha sido tratado ni por la legislación (ya sea federal o estatal), ni por la jurisprudencia, lo cual, desde luego, no quiere decir que no se presente dicho fenómeno, sino que, al no ser debidamente entendido regularmente se obtienen decisiones jurisdiccionales que infravaloran el tema y determinan la responsabilidad relativa a través de otras figuras aproximadas, o inclusive, basados en principios cercanos a la equidad.

Resolver en equidad no está prohibido en México, sin embargo, la tradición jurídica derivada de los derechos fundamentales previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales sí exige que todas las decisiones que se pronuncien sean debidamente fundadas y motivadas en la letra de la Ley, o en su interpretación jurídica, por lo cual, las decisiones que no están revestidas por determinaciones objetivas y trazables pueden generar problemas importantes en cuanto a lograr justicia completa, o al menos, respecto de la percepción de objetividad que deben revestir las sentencias.

El *quid* de este tema es que los retrasos no tienen una regulación específica en la Ley, menos aún los retrasos concurrentes y las normas jurídicas que existen no resultan suficientes para articular el concepto de retrasos concurrentes y entonces poder emitir una decisión con mayores fundamentos jurídicamente objetivos.

El Código Civil Federal, en su artículo 2617 establece como principio general que el contratista asume todo el riesgo hasta la entrega de la obra: “Todo el riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega, a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla, o convenio expreso en contrario” (Estados Unidos Mexicanos, 1928), más allá de esto, el Código no hace referencia alguna a la forma en que debe distribuirse la responsabilidad de eventos de retraso concurrentes, o de efectos concurrentes de eventos de retraso secuenciales. Podemos observar que en México también existe una especie de *prevention principle* contenido en el artículo 1945 “Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento” (Estados Unidos Mexicanos, 1928), sin embargo, dicho artículo no expresa qué debe ocurrir cuando el acto de impedimento del obligado resulte en forma accidental (sin el concurso de su voluntad).

Por su parte, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas sólo hace referencia a que, en el caso de que exista algún retraso

causado por el propietario (en el contexto de las obras públicas, este carácter lo revisten las dependencias de la Administración Pública), se le concederá al contratista un tiempo igual al del retraso causado por la entidad contratante (Estados Unidos Mexicanos, 2000):

Artículo 52. La ejecución de los trabajos deberá iniciarse en la fecha señalada en el contrato respectivo, y la dependencia o entidad contratante oportunamente pondrá a disposición del contratista el o los inmuebles en que deban llevarse a cabo. El incumplimiento de la dependencia o entidad prorrogará en igual plazo la fecha originalmente pactada para la conclusión de los trabajos...

Esta disposición es una solución clara y evidente cuando la responsabilidad es atribuible al propietario —en este caso el rol es personificado por la Administración Pública—, pero nada se expresa respecto a qué se debe hacer cuando la entidad contratante y el contratista concurren en la causación de eventos de retraso.

En la legislación estatal, se sigue el modelo federal, es decir, sólo se prevé el caso de que el retraso causado por la Administración Pública le confiere el derecho al contratista para extender el programa de ejecución de obras por un plazo igual al retraso causado por la Administración Pública, pero sin que se haga referencia a la concurrencia de eventos de retraso. A manera de ejemplo, el artículo 12.50 del Código Administrativo del Estado de México muestra con claridad lo antes señalado:

La ejecución de los trabajos contratados deberá iniciarse en la fecha señalada en el contrato. La dependencia, entidad o ayuntamiento contratante, proporcionará previamente al contratista el o los inmuebles en que deberán llevarse a cabo. El incumplimiento de la contratante diferirá en igual plazo la fecha originalmente pactada para la entrega de los trabajos. (Estado de México, 2001)

Habiendo realizado una búsqueda exhaustiva en el Semanario Judicial de la Federación y en la Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, se advierte que los retrasos concurrentes son un tema que no ha sido tratado por la judicatura federal, por lo cual no existen precedentes jurisprudenciales en las citadas fuentes jurisprudenciales.

V. PROPUESTA PARA MÉXICO

Como se ha advertido, en México la regulación de los retrasos concurrentes es inexistente y tampoco ha existido un tratamiento por parte de la judicatura, lo cual, desde luego no implica que dicho fenómeno no se actualice, al contrario, como en cualquier jurisdicción, los problemas respecto a la administración de los contratos de construcción son prácticamente iguales, independientemente la tradición jurídica que se siga (*Common law*/Derecho civil), el modelo de contrato utilizado (JCT o FIDIC, por ejemplo) o los métodos de administración de proyectos (CPM o PERT o sin ruta crítica) bajo los cuales se siga la ejecución de los trabajos.

En ese sentido, los retrasos concurrentes desde luego se presentan en los contratos de construcción celebrados en México, los cuales, al ser tratados para asignar las responsabilidades derivadas son tratados indebidamente pues no se aplican métodos de evaluación adecuados ni se sigue la vasta experiencia acumulada en el *Common Law* para el tratamiento de este tipo de eventos.

En México, la principal regulación respecto de los contratos de construcción no se encuentra en el Código Civil (ya sea federal o estatales), pues nuestra tradición jurídica sólo establece los elementos mínimos bajo los cuales deben regularse los contratos de obra (no necesariamente constructivos) como una especie de los contratos de servicios, sin que dicha regulación profundice en la forma de asignación de las responsabilidades derivadas de los retrasos, ni en particular, del acaecimiento de retrasos concurrentes propiamente dichos o de efectos concurrentes de retrasos secuenciales.

Esto cobra especial relevancia en el ámbito de la contratación pública, en la cual se supone que los recursos del Estado (que regularmente actúa como propietario en los contratos de obras) deben ser administrados y utilizados con rigurosidad extrema y bajo principios constitucionalmente establecidos de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, cuyo fin sea de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.¹¹

En tal sentido, se propone que en las leyes de obras públicas y servicios relacionados con las mismas (o las denominaciones que pudieran adoptar

¹¹ Tratándose de la utilización de recursos públicos conviene contrastar el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para tener presentes los principios constitucionales en materia de contratación pública.

en las Entidades Federativas o las regulaciones especiales para las Empresas Productivas del Estado) se incorporase como un requisito de los contratos de obra pública el que el programa de ejecución de los trabajos sea diseñado bajo el criterio de la ruta crítica, así como que el deber de mitigar a cargo del contratista utilice efectivamente todos los costos razonables para disminuir el impacto de los retrasos, inclusive la utilización de las holguras que fuesen necesarias y útiles.

También se propone la incorporación de una disposición o serie de disposiciones que incluyan una especie del criterio de prorrateo, siempre que el contratista no haya originado el evento dominante que hubiera causado el retraso concurrente, o los efectos concurrentes de eventos secuenciales, ya que, con ello, se garantizaría una asunción proporcional y equitativa de la responsabilidad derivada de la causación mutua de retrasos, sin que se incentivase al contratista a buscar una solución compartida, en detrimento de los recursos públicos, ante un error de dicha parte.

Con la inclusión de dichos principios en la legislación de obras públicas, las numerosas disputas acontecidas con relación a los retrasos concurrentes (extensión de plazo para alcanzar fechas críticas, reconocimiento de costos adicionales, procedencia de penas convencionales, retenciones, etc.) tendrían un estándar de resolución objetivo con lo cual se disminuiría la percepción de que dichas resoluciones beneficiaron o perjudicaron a una de las partes sin bases objetivas, razonables y trazables.

Así, aunque no se modificase el entramado clásico del Código Civil, la inclusión de estas propuestas en la legislación de obras públicas podría servir de guía para la resolución de controversias en materia de construcción no ligadas a la obra pública.

VI. CONCLUSIONES

Se ha analizado un tema ampliamente tratado en la tradición jurídica del *Common Law* respecto de una de las áreas del derecho que más se ha desarrollado en dichas jurisdicciones y no en las jurisdicciones de Derecho civil, nos referimos al derecho de la construcción.

Este desarrollo histórico en el *Common Law* es el resultado de que la judicatura al analizar un área sumamente técnica como lo son los asuntos relacionados con la construcción lo hace desde una perspectiva pragmática y no exclusivamente basada en la doctrina jurídica, sino que, analiza y escu-

driña los fenómenos, entendiendo sus implicaciones prácticas para buscar una solución jurídica.

Se ha visto que no existe un consenso sobre el método que debe utilizarse para atender y resolver los casos de retrasos concurrentes, lo cual dejaría al lector de jurisdicciones de Derecho civil con una percepción de que el *Common Law*, entonces, no ofrece una ventaja al respecto. Esta percepción no debería tener tal resultado, pues si bien no existe una posición unánime en el *Common Law* respecto los retrasos concurrentes, todo el entramado, el análisis y experiencia jurisprudencial que han logrado delinear métodos consolidados para la atención de dichos retrasos constituyen un avance indisputable del cual las jurisdicciones de Derecho civil podrían abreviar para mejorar sus propias legislaciones.

Se ha mostrado que el análisis de los retrasos concurrentes resulta más fácil si se adoptan métodos de la administración de proyectos que desde un enfoque estrictamente jurídico, es decir, dada la naturaleza eminentemente técnica de estos fenómenos resulta conveniente que los operadores jurídicos se involucren con el análisis técnico de los mismos para su planteamiento dentro de los procesos jurisdiccionales, y que su estudio no sea relegado a una simple prueba (la pericial) que se anexe sin mayor detalle al expediente.

Asimismo, aunque se ha establecido que los métodos de la ruta crítica no tienen el alcance de resolver la asignación de las responsabilidades por la causación de los retrasos o los efectos concurrentes, sí constituye la “*mejor evidencia para establecer la causación de los retrasos que resultaría en un análisis de la ruta crítica*” (U.S. Court of Appeals Federal Circuit, 1993).

De igual forma se ha evidenciado la utilidad que tendría la incorporación del análisis de los retrasos concurrentes desde la perspectiva del *Common Law* en jurisdicciones de Derecho civil como lo es México, ya que permitiría contar con herramientas de análisis objetivo, trazables y no sólo basadas en criterios de equidad o buen juicio.

En el área de los contratos de obras públicas sería un elemento importante para asegurar que los principios especiales que rigen a ese tipo de contrataciones, así como los que se aplican para la utilización y administración de los recursos públicos contasen con un mecanismo de garantía adicional.

VII. REFERENCIAS

BAILEY, J. (2011). *Construction Law*. Abingdon: Routledge.

- BARAM, G. E. (2000). Concurrent Delays—What are they and how to deal with them? *AACE International Transactions*, 8.
- CHAPPELL, D. (2011). *Construction Contracts. Questions and Answers*. Londres: Spon Press.
- Court of Sessions Inner House. (2010). *City Inn Ltd. v Shepherd Construction Ltd*. Glasgow, Scotland.
- Court of Sessions Outer House. (2004). *John Doyle Construction Ltd v Laing Management (Scotland) Ltd*. Glasgow, Scotland.
- DIP, J. D. (2014). Concurrent delays in contracts. *Insight to hindsight*, 7.
- El Gezery, A. S. (2018). *Construction Delays and Concurrent Delays*. Dubai: The British University in Dubai.
- Estado de México. (2001). *Código Administrativo del Estado de México*. Toluca, Estado de México, México.
- Estados Unidos Mexicanos. (1928). *Código Civil Federal*.
- Estados Unidos Mexicanos. (2000). *Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas*. México.
- GILLIES, N. (2018). *Concurrent Delay. A Guide for New Zealand Construction Professionals*. Obtenido de Hesketh Henry: www.heskethhenry.co.nz/assets/uploads/2018/08/Concurrent-Delay-Paper.pdf.
- GRAY, C. F., & Larson, E. (2009). *Administración de Proyectos* (4a. ed.). México, 4a. Ed., México, McGraw Hill, pág. 135.: McGraw Hill.
- HEIZER, J., & Render, B. (2009). *Principios de Administración de Operaciones*. México: Person Educación.
- High Court of Justice Commercial Court. (11 de 04 de 2011). *Adyard Abu Dhabi v SD Marine Services*. London, England & Wales: EWHC (Comm).
- High Court of Justice Technology and Construction Court. (1999). *Henry Boot Construction (UK) Ltd v Malmaison Hotel (Manchester) Ltd*. London, England & Wales: EWHC (TCC).
- HUGHES, W., MURDOCH, J., & CHAMPION, R. (2015). *Construction Contracts. Law and management*. Abingdon: Routledge.
- KAMANDANG, Z. R., & CASITA, C. B. (2018). *Delays in Construction Project: A Review*. OP Conference Series: Materials Science and Engineering No. 6 The 1st International Conference on Advanced Engineering and Technology (pág. 136). Surabaya: IOP Publishing Ltd.
- King's Bench Court. (1950). *Heskell v Continental Express Ltd*. London, England & Wales: 1 All E.R. 1033.

- LAL, H., KAIDING, J., & CASEY, B. (2019). Comparative Approaches to Concurrent Delay. En S. Brekoulakis, & D. B. Thomas, *The Guide to Construction Arbitration* (pág. 473). Londres: Law Business Research Ltd.
- LIVENGOOD, J. (2014). Comparison of English and U.S. Law on Concurrent Delay. *Insight to Hindsight*, 13.
- MARRIN, J. (2013). Concurrent Delay revisited. *The Society of Construction Law Paper 179*, 2013, pág. 8., 19.
- MUNVAR, C., MENGISTU, D., & MAHESH, G. (2019). Concurrent Delay Analysis: Methods, Case Law, and Expert Perception. *American Society of Civil Engineers*, 8. doi:10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000343
- PETERS, T. F. (2013). Dissecting the doctrine of concurrent delay. *Insight to hindsight*, 1.
- SMITH, G. (18 de Febrero de 2015). What is the Malmaison approach? Obtenido de Gordon Smith Legal: www.gordonsmithlegal.com.au
- The Society of Construction Law. (2002). *The Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol*. London: The Society of Construction Law.
- U.S. Court of Appeals Federal Circuit. (1993). *Wilner v. United States*. Washington, D.C., Estados Unidos de América.
- U.S. Court of Appeals Federal Circuit. (2000). *Essex Electro Engineers, Inc. v. Danzing*. Washington, D.C., Estados Unidos de América.
- U.S. Court of Federal Claims. (1961). *William A. Smith Contracting Co., Inc. of Missouri, and Brown & Root, Inc. v. United States*. Washington, D.C., Estados Unidos de América.
- U.S. Court of Federal Claims. (2005). *George Sollitt Construction Co. v. United States*. Washington, D.C.

LA NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE LOS TRIBUNALES MIGRATORIOS COMO CAUSA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES EN LA FRONTERA MÉXICO-ESTADOS UNIDOS

María Fernanda ARÁMBULA HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. Nota introductoria. II. Política migratoria estadounidense y su incidencia en los derechos de los migrantes en la frontera México-Estados Unidos. Antecedentes de la “Doctrina Chevron” y su incidencia en asuntos migratorios. III. Idoneidad de la deferencia derivada de la Doctrina Chevron para asuntos migratorios. IV. Conclusiones. V. Lista de referencias.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El 2020 fue un año de grandes retos para la humanidad. Seguimos enfrentando hambruna, desempleo, caídas bursátiles y el creciente fenómeno migratorio; mismo que ahora se ha visto afectado en diferentes puntos del orbe debido a incidentes inesperados tales como el incendio fortuito en el campamento de Lesbos, mismo que dejó a miles de migrantes sin refugio en Grecia (La Jornada, 9 de septiembre de 2020) o al cierre parcial de fronteras entre México y Estados Unidos, el cual ha restringido el paso de visitantes transfronterizos que no realizan actividades consideradas básicas pero, sobre todo, han cerrado la ventana de posibilidades a los solicitantes de asilo en EUA (The New York Times, 23 de marzo de 2020).

* Traductora por el ISIT, abogada por la UNAM y masteranda en Derecho Estadounidense. Perito traductora e intérprete a nivel local y federal desde 2007. Profesora de la ENALLT. Conferenciante en congresos organizados a cargo de la Universidad de Ginebra, Universidad Autónoma de Barcelona y el Colegio de Traductores Públicos de Buenos Aires. Realizado bajo la supervisión y asesoría de la doctora Carla Huerta Ochoa.

El objeto de este artículo es ahondar en la manera en que la Doctrina *Chevron* (mediante la cual los tribunales otorgan deferencia a las interpretaciones hechas por dependencias públicas a sus propios preceptos normativos) ha influido, en su caso, en la política migratoria de los EUA afectando así la satisfacción de los derechos básicos de miles de peticionarios de asilo o refugio en dicho país, pero particularmente, la principal: la vida.

II. POLÍTICA MIGRATORIA ESTADOUNIDENSE Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN LA FRONTERA MÉXICO-ESTADOS UNIDOS. ANTECEDENTES DE LA “DOCTRINA CHEVRON” Y SU INCIDENCIA EN ASUNTOS MIGRATORIOS

1. *Legislación y normas migratorias vigentes en los EUA*

A. Breve exposición sobre su origen y evolución hasta nuestros días

Según Edward E. Hoyt (1952) citado por Liliya Paraketsova (2018) la primera norma migratoria estadounidense se remonta al año 1790 cuando se promulgó la Ley de Naturalización (*1790 Naturalization Act*), misma que se abrogó en 1795. De acuerdo con Hoyt, los Estados Unidos daban entrada a todos aquellos migrantes que podían sufragar el gasto inherente, sin necesidad de un permiso del gobierno federal ni de los estatales. Fue hasta 1864 que el Congreso creó el cargo del Comisionado de Migración y la Oficina de Emigrantes de los Estados Unidos (*Commissioner of Immigration and the United States Emigrant Office*) quien asistía a los inmigrantes contra los fraudes que estos pudieran sufrir mientras viajaban por dicho país (*An Act to Encourage Immigration*, 1864). En 1921 se promulgó la Ley de Cuotas de Emergencia (*The Emergency Quota Act, 1921*) conforme a la cual se estipulaba un límite al flujo de migrantes y se establecieron cuotas anuales a la migración. Asimismo, se crearon clases de inmigrantes con exenciones de cuotas máximas.

Como lo menciona Paraketsova (2018), al transcurrir del tiempo se fueron incrementando y haciendo distinciones en el tipo de categorías de inmigrantes, estableciendo categorías por empleo, por tipo de familia y como refugiados; así como en los diferentes requisitos y procedimientos para cada una de ellas. Por tales motivos, como respuesta al tipo de migración que se recibía en Estados Unidos, fue necesario promulgar una ley para refugiados que regulara a aquellos individuos que se veían obligados a abandonar

sus países en circunstancias extremas y emigrar hacia lugares donde poder salvaguardar sus vidas y sus derechos esenciales.

Sin embargo, este tipo de fenómeno migratorio no solamente acontecía en los Estados Unidos. Después de las Guerras Mundiales, también fue necesario cubrir las necesidades básicas de este tipo de migrantes en el mundo. En consecuencia, la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (ONU, 28 de julio de 1951) y su Protocolo de 1967 (ACNUR, 4 de octubre de 1967). Dicha Convención definió el término “refugiado” de la siguiente manera:

...2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Si bien los Estados Unidos fungieron como un miembro activo durante la redacción de la Convención, dicho país nunca la ratificó, sino solamente se constituyó como Estado Parte del Protocolo de 1967 (ACNUR, 4 de octubre de 1967).

Sin embargo, según Paraketsova (2018), los Estados Unidos sí adoptaron algunas medidas a nivel nacional para ayudar a los refugiados, tales como la Ley sobre Refugiados y Migración de 1962 (*Refugee and Migration Act of 1962*), misma que permitía a los Estados Unidos brindar asistencia a “ciertos migrantes y refugiados”. Al mismo tiempo, al no ser parte de la Convención al momento de su promulgación, Estados Unidos podía crear sus propios términos y definiciones pues no estaba obligado a brindar asistencia a los refugiados de la misma manera que los Estados Miembros de la Convención.

El 1 de noviembre de 1968, los Estados Unidos ratificaron el Protocolo. Posteriormente, el Congreso promulgó la Ley sobre Refugiados de 1980 (*Refugee Act of 1980*), misma que reformó la Ley de Migración y Nacionalidad de 1965 (*Immigration and Nationality Act of 1965-INA*) y la Ley de Migración y Asistencia a Refugiados de 1962 (*Migration and Refugee Assistance Act of 1962*). La nueva Ley sobre Refugiados de 1980 modificó la definición de “refugiado” a:

Cualquier persona que se encuentre fuera del país que le otorgue la nacionalidad o que, en caso de una persona sin nacionalidad, se encuentre fuera del país donde solía residir, y al que no pueda o no quiera regresar, por no poder o no querer acogerse a la protección de dicho país por persecución, o por un temor fundado a ser objeto de persecución debido a la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a algún grupo social en particular o por su opinión política. (Legal Information Institute, 1994)

De conformidad con Paraketsova (2018), al momento en que Estados Unidos suscribe el Protocolo (mismo que pudiera decirse se inserta a la letra la Convención) reconoce a aquellas personas que cumplen con la definición de “refugiado” (*refugee*) conforme a la misma; sin embargo, dicho país llama “asilados” (*asylees*) a aquellos que solicitan asilo una vez que se encuentran dentro de Estados Unidos. Por el contrario, este país considera “migrantes” (*migrants*) a aquellas personas que cumplen con la definición internacional del término “refugiadas” (*refugees*) pero que se encuentren fuera de los Estados Unidos.

De conformidad la *Refugee Act of 1980* vigente en Estados Unidos (Legal Information Institute, 1994) se pueden aceptar solamente a cierto número de refugiados que el mismo Presidente determina año con año. No obstante, esta ley no determina un número limitado de solicitudes de asilo que puedan otorgarse anualmente; asimismo, no constituye una garantía de que se resolverá la solicitud en el mismo año en que se presentó.

En Estados Unidos existen dos tipos de solicitudes de asilo (USCIS, 2020) dependiendo de la condición migratoria del solicitante. Si la persona no es objeto de un *removal proceedings* (procedimiento de remoción), entonces debe presentar una solicitud afirmativa de asilo. De lo contrario, dicha persona deberá presentar una solicitud de asilo en defensa.

De conformidad con la sección §1229 correspondiente al Título 8, Capítulo 12, Subcapítulo II relativo a la Inmigración del Código de los Estados Unidos (*United States Code*), el procedimiento de remoción es aquél en el que un juez de migración determina sobre la inadmisión o la deportación de un extranjero. Si el tribunal determinara la remoción, entonces el extranjero puede apelarla ante el Consejo de Apelaciones Migratorias (*Board of Immigration Appeals - BIA*) como lo establece el Capítulo 1, inciso 1.4 del Manual Práctico del Consejo de Apelaciones Migratorias. Si la decisión del BIA no fuera favorable, ésta puede someterse a revisión judicial (*judicial review*) por parte de los tribunales federales (DoJ, 2020).

El organismo autorizado para procesar las solicitudes de asilo afirmativas es la Dirección de Refugiados, Asilo y Operaciones Internacionales (*The Refugee, Asylum, and International Operations - RAIIO*), perteneciente a los Servicios de Migración y Ciudadanía de los EUA. (*the U.S. Citizenship and Immigration Services – USCIS*) y, a su vez, del Departamento de Seguridad Nacional (*Department of Homeland Security - DHS*) (USCIS, 2020).

Por otro lado, las solicitudes de asilo en defensa se presentan ante los jueces de los tribunales migratorios, mismos que pertenecen al Departamento de Justicia (*Department of Justice*) a través de la Oficina Ejecutiva de Revisión de Casos Migratorios (*Executive Office for Immigration Review—EOIR*). (USCIS, 2020).

De acuerdo con los Servicios de Migración y Ciudadanía de los EE.UU. (USCIS, 2020), si no se obtuviera una decisión favorable de un juez de migración en primera instancia, entonces se puede presentar un recurso de apelación ante el Consejo de Apelaciones Migratorias (*Board of Immigration Appeals -BIA*). Además, si la decisión a cargo del BIA todavía resultara desfavorable, el resultado se puede apelar ante los tribunales federales del sistema judicial de los Estados Unidos.

Matthew F. Soares (2014) menciona que, además de las disposiciones legales que existen para cancelar la remoción de un individuo, como la Ley de Nacionalidad y Migración (*the Immigration and Nationality Act*) hasta 1990, y después la Ley de Reforma de la Inmigración Ilegal y de Responsabilidad del Inmigrante (*the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996-IIRIRA*) promulgada en 1996, también es posible recurrir a la vía administrativa para defenderse de un proceso de remoción que pudiera basarse en la aplicación de la Doctrina *Chevron*.

B. *La Doctrina Chevron y su influencia en las sentencias de los tribunales migratorios*

Soares (2014) también establece que uno de los casos migratorios más significativos derivó de la actuación de los tribunales migratorios al amparo de la Doctrina *Chevron*. Pero antes de entrar en materia, hagamos un repaso de la manera en que la misma surgió.

Con anterioridad a la Doctrina *Chevron*, la actividad de las dependencias públicas, pertenecientes al poder ejecutivo, se controlaba judicialmente mediante dos vías. La primera compuesta por aplicación de la cláusula de debido proceso y del artículo III Constitucional que otorga la función judicial

a los tribunales (Legal Information Institute, Art. III, 2021). La segunda, mediante la aplicación de las disposiciones de la *Administrative Procedure Act* (Legal Information Institute, APA, 2021).

En el siglo XIX, la revisión de gran parte de los actos realizados por dependencias federales se llevaba a cabo mediante un *writ of mandamus* (o recurso de *mandamus*) presentado ante los tribunales de apelación. Para que dicho recurso procediera, se debía demostrar que la dependencia o sus funcionarios habían transgredido alguno de sus deberes gubernamentales (Bamzai, 2017).

Por otro lado, tomando como fundamento las disposiciones del artículo III constitucional antes mencionado, y a través de los tribunales del *common law*, (tribunales de apelación) se presentaba el recurso de *de novo review* (un nuevo estudio de las consideraciones de derecho) de dichos actos (Bamzai, 2016-2017) Dichos tribunales realizaban el nuevo estudio analizando ley por ley, tomando en cuenta el grado de especialización de la dependencia, la complejidad técnica del tema y determinando si la interpretación a cargo de la dependencia en cuestión se había realizado sobre bases sólidas, si era contemporánea a la promulgación de la ley y si la dependencia en cuestión podía ejercer funciones legislativas (Scalia, 1989).

A mediados del siglo veinte, previa promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo, se suscitaron dos casos importantes en materia administrativa que establecieron dos líneas jurisprudenciales diferentes (Pierce, Shapiro, Verkuil, 2009).

El primero es el caso *National Labor Relations Board v. Hearst Publications* (Supreme Court, 1944) y, el segundo, el de *National Labor Relations Board v. Bell Aerospace* (Supreme Court, 1974).

El caso *National Labor Board v. Hearst Publications* se resolvió en 1944 y derivó de un conflicto laboral que involucraba a cuatro periódicos muy importantes de la ciudad de Los Ángeles. Los periódicos se rehusaron a celebrar un contrato colectivo con los repartidores de periódicos arguyendo que no eran empleados del periódico. La dependencia normativa encargada de aplicar las normas laborales vigentes interpretó que los repartidores efectivamente sí se consideraban empleados y podían exigir la celebración de dicho contrato. No obstante, el Tribunal de Apelaciones, apeándose a las disposiciones jurisprudenciales del *common law*, estableció que los repartidores no eran empleados sino contratistas independientes.

Finalmente, la Corte Suprema, en una sentencia elaborada por el Justice Wiley Blount Rutledge, confirmó la interpretación de la dependencia administrativa arguyendo que, a pesar de que los tribunales estaban facul-

tados para interpretar las leyes, dicha función se vía limitada hasta cierto punto porque la dependencia tiene mayor experiencia al ejecutar la norma laboral, por lo que su interpretación de la misma adquiere mayor prioridad.

En el segundo caso, el de *Skidmore v. Swift & Co.* un grupo de trabajadores de una planta de almacenado exigía el pago de horas extras, daños y perjuicios conforme a lo que establecía la ley laboral vigente, la *Fair Labor Standards Act* (Ley de Normas Laborales Justas). La sentencia a cargo del Justice Robert H. Jackson estableció que solamente los Tribunales, y no las dependencias públicas, tienen la facultad para determinar si un supuesto corresponde a lo dispuesto en la ley conforme al espíritu de la misma. Sin embargo, también mencionaba que los Tribunales deben tomar en cuenta el nivel de especialización que han alcanzado ciertas dependencias públicas. La cuestión radicaba en determinar hasta qué punto debía llegar la deferencia de los tribunales. La Corte Suprema concluyó que, para considerar que la interpretación de una norma a cargo de cualquier dependencia era válida, se debían tomar en cuenta cuatro aspectos: el grado de minuciosidad de la investigación llevada a cabo por la dependencia, la validez de sus razonamientos, la coherencia de los mismos a lo largo del tiempo o los criterios que utilizaron para presentar argumentos convincentes ante los tribunales.

En el año 1946 se promulgó la *Administrative Procedure Act* (Ley de Procedimiento Administrativo), misma que en su Sección 706 estipula que el tribunal encargado de determinar la legalidad de los actos administrativos debe resolver todas las cuestiones jurídicas aplicables a los mismos. A pesar de ello, en algunos casos, la Corte Suprema determinó aceptar los criterios de interpretación de las dependencias si eran razonables. Como ejemplo de lo anterior, tenemos el caso *Federal Election Campaign v. Democratic Senatorial Campaign Committee* (Supreme Court, 1981) decidido en 1981, en el que la Corte Suprema determinó de manera unánime que la labor de los tribunales no era interpretar jurídicamente el texto emitido por la dependencia administrativa sino establecer si la interpretación a cargo de la misma era razonable para que el tribunal de apelaciones la pudiera aceptar. La consecuencia de lo anterior es que, en algunos casos, se reconocía que debía darse prioridad a la interpretación que las dependencias públicas hacían de ciertos textos jurídicos, mientras que en otros, se daba mayor prioridad a la interpretación exclusiva de los tribunales sin que mediara un criterio claro que fungiera como fundamento para las resoluciones de la Corte Suprema en dichos casos (Pierce, Shapiro, Verkuil, 2009).

Varios años después, de acuerdo con Legal Information Institute (1984), el caso *Chevron U.S.A., Inc., vs. Natural Resources Defense Council, Inc.* deriva

de una controversia sobre qué autoridad debía interpretar la reforma a la Ley de Aire Limpio de 1977 (*Clean Air Act of 1977*): si los tribunales de circuito o la Agencia de Protección al Ambiente (*Environment Protection Agency-EPA*). La cuestión constaba en determinar si la interpretación de la EPA del concepto jurídico “*stationary source*” (fuente estacionaria) derivado de la reforma a la ley era razonable o no. El Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia rechazó las pretensiones de la dependencia. En tal virtud, la Corte Suprema estableció una prueba en dos etapas para elegir en qué casos los tribunales debían otorgar la deferencia a las interpretaciones de las dependencias públicas.

De tal modo, la Doctrina *Chevron* constituye un principio del derecho administrativo por el que se obliga a los tribunales federales a dar deferencia o a adherirse a la interpretación a cargo de una dependencia administrativa de una ley ambigua o poco clara y cuya administración haya sido delegada a la misma por el Congreso.

En la etapa uno, el tribunal de apelaciones debe preguntarse si el espíritu de la ley ha sido claro sobre el asunto en cuestión. Si el Congreso ha sido claro al promulgar la ley, ahí concluye la etapa uno y la dependencia debe dar cumplimiento a la misma. Sin embargo, si el espíritu de la ley no es claro sino ambiguo, entonces el tribunal debe continuar a la etapa segunda, misma que se abre cuando el espíritu de la ley resulta ambiguo o poco claro con respecto a su objeto. En consecuencia, el tribunal de apelaciones deberá determinar si la resolución adoptada por la dependencia se basa en una interpretación adecuada de la ley. La Corte Suprema aclara a través de la Doctrina *Chevron* que la resolución de un tribunal no puede reemplazar la interpretación de una ley por parte de una dependencia si dicha interpretación resulta apropiada.

Si observamos bien, a través de la Doctrina *Chevron*, los tribunales otorgan una deferencia a las interpretaciones que las dependencias públicas hacen de algunas lagunas o ambigüedades que pueden encontrarse en las leyes y por las que determinan el curso de un caso concreto.

Según Maureen A. Sweeney (2019), el impulso inicial de la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron* estaba representado por el argumento de otorgar a las dependencias una función legislativa indirecta que pertenecía principalmente al Congreso. Además, otra de las justificaciones de la multicitada doctrina es que la dependencia en comento dominaba las capacidades técnicas o contaba con la experiencia específicas que correspondían a las lagunas que el Congreso había dejado a propósito en la ley para que las dependencias públicas realizaran las interpretaciones de la misma y deter-

minaran la forma de cubrirlas. Paul Chaffin (2013) menciona que la experiencia o capacidades técnicas de las dependencias representaba una de las principales justificaciones que sustentaban la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron*. Pero ¿se podría decir que todas las dependencias cuentan con la experiencia y las capacidades necesarias en todos los ámbitos de la vida humana?

C. Casos migratorios representativos en los que se ha aplicado la Doctrina *Chevron* y sus consecuencias

Tras haberse aprobado la Doctrina *Chevron*, se suscitaron dos casos importantes dentro del contexto migratorio: el primero fue el caso *INS v. Cardoza Fonseca*; el segundo, *INS vs. Aguirre-Aguirre*.

En el caso de *INS v. Cardoza Fonseca* el Tribunal de Apelación (*Court of Appeals*) determinó que, para que un extranjero demuestre un “temor bien fundado de persecución” y pueda solicitar asilo como refugiado conforme a la sección 208 (a) de la INA, dicho extranjero no tendrá que probar que la persecución es más probable que improbable (Law School Case Brief, 1987). Asimismo, el Tribunal estableció que dicho tipo de temor no debe interpretarse como más probable que improbable de persecución en caso de regresar a su país de origen. Por lo tanto, el extranjero demandado no tiene que comprobar una clara probabilidad de persecución en su país para obtener la protección solicitada. En pocas palabras, Soares (2014) señala que “la Corte revocó la interpretación que realizó el BIA sobre las reglas de asilo y suspensión de deportación”.

A partir de dar lectura al caso (Law School Case Brief, 1987), el BIA confirmó, pero el Tribunal de Apelaciones revocó, que el estándar de “temor fundado” previsto en la sección 208 (a) de la INA antes mencionada parecía ser un estándar más generoso que el del artículo 243 (h) porque los solicitantes de asilo solamente deben comprobar que fueron objeto de persecución en el pasado o que tenían buenas razones para pensar que lo serían en el futuro. En vista de los argumentos esgrimidos, el Tribunal de Apelación remitió la solicitud de asilo al INA para volver a considerarla conforme los estándares legales adecuados.

Se podría decir, según Soares (2014), que el caso de Cardoza Fonseca es uno el que es evidente la aplicación de la Doctrina *Chevron* a favor de la solicitante, en este caso, se agotan la primera etapa (la interpretación del caso a cargo de la BIA) y la segunda (la remisión del caso al Tribunal de Apela-

ción para realizar una interpretación judicial de la determinación del BIA a partir de la interpretación que éste realizó de los estándares de “temor fundado de persecución” en sus diferentes grados de gravedad. En virtud del análisis del Tribunal, se decide remitir la solicitud de asilo nuevamente al BIA para que determinara conforme a los estándares adecuados.

Pero ¿será que la Doctrina *Chevron* haya resultado ineficaz en otros casos migratorios?

Veamos ahora, el caso *INS vs. Aguirre-Aguirre*. Según información contenida en el portal Casetext (1999), la INA da lugar a la suspensión de deportación a un país que, según el Fiscal General, amenaza la vida o libertades del solicitante de asilo debido a sus opiniones políticas: 8-U.S.C. (*United States Code*) sección 1253 (j) 1). Sin embargo, no se otorgaría la suspensión si el Fiscal General descubriera que el solicitante cometió graves delitos fuera del orden político antes de llegar a los Estados Unidos: sección 1253 (h)(2) (C). El demandado, un guatemalteco, solicitó la suspensión de su deportación por parte del Servicio de Naturalización e Inmigración (*Immigration and Naturalization Service - INS*). Durante una audiencia administrativa, el demandado declaró haber participado en varias protestas contra las políticas gubernamentales en Guatemala, mismas que habían implicado la quema de autobuses, lesiones a pasajeros y vandalismo contra propiedad privada.

El juez migratorio otorgó la suspensión, pero el BIA la revocó tras determinar que los delitos que el demandado había cometido sí eran delitos graves del orden político. De acuerdo con la prueba de evaluación que el BIA había desarrollado en un caso previo, el BIA determinó que el tipo de delitos cometidos por el demandado sobrepasaban su naturaleza política.

Finalmente, el Tribunal del Noveno Circuito devolvió el caso al BIA arguyendo que el BIA debía haber equiparado los delitos declarados por el demandado contra la amenaza de persecución; debió haber considerado los delitos cometidos, su desproporción y atrocidad con respecto al precedente del Circuito y la necesidad política y la eficacia de los métodos del demandado. Posteriormente, la Corte Suprema revocó la sentencia del Tribunal Noveno de Circuito y se reinstauró la decisión original del BIA.

De conformidad con Soares (2014), la Suprema Corte resolvió que la redacción de la ley no era clara, sino más bien ambigua. En tal virtud, se pasó a la segunda etapa de la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron* y ordenó al Tribunal Noveno de Circuito otorgar deferencia a la interpretación razonable del BIA, mostrando que la aplicación de dicha doctrina también podía limitar la extensión de la revisión judicial en casos migratorios.

D. *El estándar de pertenencia a un determinado grupo social (Particular Social Group, PSG), el Asunto Acosta, el Asunto C-A y su relación con la deferencia derivada de la Doctrina Chevron a favor del BIA*

A manera de recordatorio, diremos que la Ley sobre Refugiados de 1980 se creó de conformidad con lo previsto en el Protocolo de las Naciones Unidas para que sus disposiciones migratorias estuvieran en el mismo tenor. Como consecuencia, en la Ley sobre Refugiados de 1980 se estipuló el nuevo estándar llamado “estándar de pertenencia a un determinado grupo social” (*Particular Social Group* --PSG). De acuerdo con la ley, se incluía este nuevo estándar por medio del cual el solicitante debe comprobar que escapa a la persecución por ser miembro de cierto grupo social. Según Jessica Senat (2019), a pesar de que dicho estándar pretendía probar la existencia de la persecución, la ley no logró definir claramente el estándar de “ser perseguido por pertenecer a cierto grupo social”. En consecuencia, se dejó al BIA la interpretación y aclaración de dicho estándar.

Uno de los casos representativos a través de los cuales el BIA buscó aclarar el estándar antes mencionado es el Asunto Acosta (*Matter of Acosta*). En ese asunto el BIA determinó que “la persecución debido a la pertenencia a cierto grupo social” significaba que el objeto de la misma era una persona que fuera miembro de dicho grupo y estuviera compuesto por individuos que compartieran una característica común e inmutable (el género, color de piel o parentesco o incluso haber compartido una experiencia pasada como el liderazgo militar o agrario). El tipo de característica grupal aplicable al presente estándar se determinaría caso por caso (DoJ, 1985).

No obstante, de acuerdo con Kristin A. Bresnahan (2011) citada por Senat (2019), en el ámbito de la ley sobre asilo siempre se había suscitado mucha confusión y un gran debate durante los años previos al Asunto Acosta de 1985 sobre la determinación de la pertenencia a un grupo social determinado. El Asunto Acosta trajo claridad a la aplicación del estándar en los Estados Unidos. Sin embargo, aclara Bresnahan (2011): “la claridad del estándar del Asunto Acosta solamente duró hasta 2006, año en el que el BIA decidió en el Asunto C-A y destacó, por primera vez, la importancia de la ‘visibilidad social’ de los miembros que pertenecen a un grupo social en particular al determinar si se debe otorgar asilo a quien solicita esa protección”.

En el Asunto C-A, el BIA determinó que un grupo que se definió como un “grupo de informantes no involucrados en drogas que trabajaban contra el cartel de Cali” no calificaban como grupo social particular debido

a que ellos se habían convertido voluntariamente en informantes del gobierno, por lo que sus miembros carecían de ‘visibilidad social’ y que, según los registros de dicho cartel, este último cobraba venganza contra aquellos que interferían con sus actividades” (DoJ, 2006).

Según Bresnahan (2011), el BIA reconoció que el Asunto Acosta era el estándar más socorrido para determinar la pertenencia a algún grupo social en particular y también reconoció que el Tribunal de Segundo Circuito requería que los miembros de un grupo social en particular compartieran elementos externos que pudieran distinguirse según lo que se estipula en el caso *Gomez vs. INS* (USCA, 2nd Cir., 1991).

Por lo tanto, el BIA procedió a aplicar el estándar del Asunto Acosta en dos apartados: inmutabilidad con base en experiencias pasadas y visibilidad. El BIA no especificó por qué ahora requería una indagación por separado sobre invisibilidad pero pretendió justificarla con una serie de casos que la demostraban. Para justificar este argumento, el BIA enlistó una serie de casos en donde aparecían grupos sociales en particular con características de alta visibilidad o reconocibles. Entre ellos figuran el caso de las mujeres de Tchamba-Kunbuntu, una tribu de Togo que se opusieron a la mutilación del clítoris; a personas enlistadas por el gobierno cubano como “homosexuales” y a miembros antiguos de la policía nacional de El Salvador (DoJ, 2006).

Como consecuencia, el BIA no reconoce que los casos antes mencionados más bien debieron haberse sujetado al estándar del Asunto Acosta con base en características protegidas o rasgos inmutables, mas no en la percepción social de los individuos involucrados ni en su visibilidad. Al argüir que sus resoluciones incluían los estándares de “capacidad de reconocimiento” y “visibilidad social” de casos anteriores, el BIA no pudo admitir que se estaba alejando del precedente (DoJ, 2006).

No conforme con lo anterior, el BIA, al concluir que los informantes confidenciales no constituían un grupo social conocible, debido a que, al ser informantes, debían pasar inadvertidos por el público, no podrían considerarse como un grupo reconocible para el público salvo que se revelaran sus identidades y que, por tal motivo, no podrían pasar la prueba de visibilidad social ni de reconocimiento. Al llegar a esta conclusión, la prueba de visibilidad social del BIA no cumple con las directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Otro estándar aplicado por el BIA ante las solicitudes de refugio por temor fundado de persecución debido a raza, religión, nacionalidad, perte-

nencia a un grupo social en particular conforme a lo previsto en la INA es el de la pertenencia a una familia.

Se ha considerado (Matter of L-E-A, 2020) que tanto el BIA como los Tribunales de Apelación estadounidenses durante décadas han determinado que una unidad familiar puede constituir un grupo social particular (DoJ, 1985). Uno de los casos más representativos y actuales es el Asunto L-E-A (DoJ, 2019).

Según el Departamento de Justicia de Estados Unidos, se trata de un ciudadano mexicano que solicitó asilo en los Estados Unidos tras recibir amenazas de un cartel en México. El demandado primero había entrado a los Estados Unidos en 1998 y se retiró voluntariamente de dicho país en mayo de 2011 tras haber iniciado el procedimiento de remoción. Al regresar a México, los miembros del cartel llamado la “Familia Michoacana” habían pedido al padre del demandado que vendiera drogas en su tienda; a lo que se rehusó. Cuando el demandado ya estaba en México, algunos miembros de la “Familia Michoacana”, tras dispararle varias veces desde un auto, le pidieron que vendiera drogas en la tienda de su padre e intentaron secuestrarlo. Poco tiempo después de estos incidentes, el demandado ingresó nuevamente a los Estados Unidos. Sin embargo, los miembros del cartel siguieron contactando a su padre quien terminó por pagarle derecho de piso a la “Familia Michoacana”. El demandado fue aprehendido en Estados Unidos y solicitó asilo arguyendo que se le perseguía en México por pertenecer a un grupo social particular compuesto por los miembros de la familia de su padre (DoJ, 2019).

El tribunal migratorio le negó el asilo arguyendo que el cartel había puesto en la mira al demandado porque querían que él distribuyera sus drogas en la tienda pero que no deseaba lastimar a su familia. En tal virtud, el demandado apeló su caso ante el BIA, el cual, a su vez, determinó que el demandado no había logrado demostrar que su pertenencia a dicho grupo fuera una razón central de los momentos que vivió. No obstante, de acuerdo con las reclamaciones del demandado conforme a la Convención contra la Tortura (ONU, 1984), el BIA determinó que el juez migratorio no había considerado todos los puntos resolutivos de la sentencia, por lo que la remitió al tribunal migratorio para que emitiera la resolución correspondiente (DoJ, 2019).

En ese entonces, el Fiscal General interino era Matthew Whitaker y, el 3 de diciembre de 2018, instruyó al BIA para que remitiera su resolución para revisión, particularmente las circunstancias en las que un extranjero puede

alegar persecución por pertenecer a un grupo social en particular con base en la pertenencia a dicha unidad familiar (DoJ, 2019).

Posteriormente, el Fiscal General William Barr, emitió una resolución el 29 de julio de 2019 con base en L-E-A- II mediante la cual se desestimaba la parte de la resolución del BIA en la que reconocía a la familia del demandado como un grupo social particular, pero confirmaba el resto de la resolución. Antes de entrar al fondo del asunto, el Fiscal General desahogó “algunos argumentos limitantes” sobre sus facultades al revisar un caso. Primero, concluyó que su dependencia podía someter el asunto a revisión (aun cuando el BIA había devuelto el asunto al juez migratorio para mejor resolución) debido a que “no hay nada en la INA ni en las normas de implementación que se lo impidiera” (Matter of L-E-A, 2020).

James C. Hathaway y Michelle Foster, estipulan que “la determinación anterior tomada por el Fiscal General rompe abruptamente con los precedentes asentados por los Tribunales de Circuito y el BIA, desestimando inadecuadamente décadas de jurisprudencia, así como los esfuerzos continuados para evitar la erosión de la definición ‘grupo social particular’” (Hathaway y Foster, 2014).

E. *El estándar de grupo social particular y la Doctrina Chevron*

Según Senat (2019), aplicar la Doctrina *Chevron* a las interpretaciones del requisito del estándar de grupo social particular trajo más confusión en los tribunales de circuito. Aun cuando muchos tribunales han aplicado la prueba *Chevron* (etapas uno y dos) y otorgado deferencia a la interpretación del BIA con respecto al requisito de pertenencia a un grupo social en particular, todavía hay una minoría de tribunales que se rehúsan a otorgarla.

De acuerdo con R. George Wright (2014), el “rompimiento del circuito se da al realizarse viarias familias de interpretaciones de la idea ‘visibilidad social’”.

Según Senat, uno de los casos más ejemplares del estándar de visibilidad social es el de *Valdiviezo-Galdamez v. Attorney General of U.S.* en el que el tribunal federal de Tercer Circuito estipuló los nuevos estándares de visibilidad y especificidad del estándar de PSG. En este caso se establece que el demandado, Valdiviezo-Galdamez, argüía que era objeto de persecución por ser miembro de un grupo social particular y por sus opiniones políticas y que presentaba un temor fundado de que dicha persecución continuaría en caso de regresar a Honduras. Valdiviezo-Galdamez había sido secuestra-

do, golpeado y torturado por miembros de la Mara Salvatrucha. Llamó a la policía pero no pudieron protegerlo. El demandado eventualmente viajó a Estados Unidos para huir de la banda delictiva.

El Tribunal evaluó los nuevos estándares conforme al estándar PSG y determinó que el estándar de visibilidad social no estaba sujeto al otorgamiento de la deferencia derivada de la Doctrina Chevron porque no coincidía con las resoluciones previas del BIA. En otras palabras, el BIA había reconocido grupos como PSG cuando no había indicación de que sus miembros presentaban características de gran visibilidad y reconocimiento por otras personas en el país en cuestión o que mostraban características “socialmente visibles” o reconocibles. El Tribunal concluyó que la visibilidad social era una “adición irracional” al estándar PSG (US 3rd Cir., 2007).

Con respecto a este caso, George Wright (2014) se establece que “el problema más polémico dentro del contexto de este caso es la supuesta contradicción, sin explicación satisfactoria alguna, de los casos del BIA sobre si el requisito de “visibilidad social” es un requisito válido o no o quizás un mero factor de cierto peso utilizado para determinar un PSG”.

Desde el punto de vista del Justice Richard Posner, uno de los acérrimos críticos de estas adiciones a los estándares previamente establecidos, el “BIA ha sido más incoherente que silencioso al respecto, por lo que no debería otorgársele ninguna deferencia judicial en especial”. Aquí el Justice Posner tiene razón en hacer dicha afirmación, pues el BIA ha tenido muchos más errores que aciertos y se ha extralimitado en el ejercicio de la Doctrina *Chevron*, pasando por encima de los derechos fundamentales de aquellos migrantes que han pedido asilo con pruebas concluyentes de sus circunstancias.

Regresando al caso Valdiviezo-Galdamez, el Tercer Circuito argumentó que el BIA había, por momentos, determinado la existencia en otros casos de PSG sin tener que determinar su “visibilidad social” sobre todo en grupos que carecen de ella. Por lo tanto, la aplicación del estándar de visibilidad social sin argumentos ni coherencia descalificó la decisión del BIA y la apartó de la deferencia derivada de la Doctrina Chevron. Con base en lo anterior, el tribunal de Tercer Circuito determinó que dado que el requisito de visibilidad social era incompatible con las últimas resoluciones adoptadas por el BIA y concluyó que el nuevo estándar era una adición irracional para determinar la condición de refugiado con base en persecución por pertenecer a un PSG determinado (US 3rd Cir., 2007).

III. IDONEIDAD DE LA DEFERENCIA DERIVADA DE LA DOCTRINA CHEVRON PARA ASUNTOS MIGRATORIOS

De acuerdo con Senat (2019), la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron* conforme a las leyes administrativas de los Estados Unidos representaba una solución muy requerida pues ayudaba a cubrir las lagunas legales que se presentaban en ciertas áreas de especialización en las que los tribunales carecían de las capacidades técnicas necesarias para poder resolver. Conforme a las leyes migratorias, los tribunales han aplicado las pruebas *Chevron* para determinar el requisito del PSG conforme al 8. U.S.C. sección 1158 (b)(1)(B) (i) y, en tal virtud, se otorga asilo a los refugiados perseguidos conforme a la legislación federal.

Por su parte, el BIA estipuló que para satisfacer el estándar PSG, éste debe basarse en una característica compartida del grupo, la visibilidad social y la definición particular. No obstante, los tribunales de circuito no se ponen de acuerdo con respecto a la interpretación que la BIA ha realizado sobre el fondo de la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron* en cuanto al estándar PSG. La pregunta es si la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron* debe utilizarse para cuestiones migratorias. Uno de los mayores problemas es que su uso puede constituir una amenaza por cuestiones de sesgos políticos y judiciales debido a la reforma migratoria. Se sabe que los políticos presentan sesgos personales. Por ejemplo, Jeff Sessions, quien fuera Fiscal General, se tomó la libertad de adoptar una resolución en el Asunto A-B.

Charles J. Cooper, afirma que Sessions revocó, en el Asunto A-R-C-G, una sentencia que permitía que aquellas mujeres que huían de la violencia doméstica podrían solicitar asilo. En su opinión, no le parecía que la violencia doméstica ni la de bandas delictivas fueran un argumento suficiente para satisfacer los argumentos de persecución de grupo que el gobierno no quiere o no puede atender (Cooper, 2017).

Entonces, la aplicación de la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron* ¿resulta adecuada para las cuestiones migratorias?

1. *Defensores*

En 1989 el hoy difunto Justice Antonin Scalia publicó en la *Duke Law Journal* un artículo titulado “*Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*”. En dicho artículo Scalia, aceptó que no se tiene clara la razón por la

que un tribunal habría de aceptar la interpretación de una cuestión de ley por parte de una dependencia pública. Scalia notaba que la prueba *Chevron* implica facultades judiciales típicas que se estipulan en el caso *Marbury vs Madison*. Sin embargo, Scalia estableció en dicho artículo que las justificaciones teóricas no constituían un intento legislativo legítimo sino más bien un soporte a la norma jurídica. Scalia justificaba que si esa era la verdadera función de la prueba, no había razón para exigir que la deferencia consistiera en una interpretación de la ley a cargo de una dependencia (Scalia, 1989).

Por su parte, Heidi Marie Werntz (Werntz, 2017) establece que, paradójicamente, el caso de la Doctrina *Chevron* proviene de la separación de poderes, pues el Congreso delega a las dependencias públicas la facultad de interpretar la ambigüedad normativa debido a que, al hacerlo, se toman decisiones a nivel de las políticas administrativas. Por lo tanto, los jueces, al no tener que responder a nivel de política, se les otorga la facultad constitucional de interpretar las leyes, no de promulgarlas. De acuerdo con la sección 706(2)(A) de la *Administrative Procedure Act – APA* (Congress, 1966), los tribunales solamente deben revisar si las interpretaciones a cargo de las dependencias públicas tienen como fundamento el texto, contexto y objeto de la norma y si dichas interpretaciones se consideran razonables. Por su parte, el Congreso delega esa facultad de interpretación de las ambigüedades o lagunas normativas a las dependencias porque, aunque éstas no son responsables directamente frente al público, sí lo son frente al poder ejecutivo.

De acuerdo con Werntz, lo anterior, se refuerza en *Marbury v. Madison*, pues en ese caso se establece que, aunque la función de los tribunales implica interpretar las leyes, ésta debería limitarse en cuestiones políticas pues éstas son competencia del poder legislativo (Werntz, 2017).

Los defensores encuentran varios aspectos prácticos derivados la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron*. Por ejemplo, Joel B. Eisen menciona que las dependencias, a diferencia de los jueces (quienes tienden a guiarse por criterios a nivel general) constituyen grupos de expertos especializados en diversos temas. En tal virtud, el Congreso les ha confiado el cumplimiento de objetivos a largo plazo que emanan de las leyes que las gobiernan. Dichos expertos, a final de cuentas, rendirán cuentas frente al Presidente, al Congreso o a la opinión pública sobre el cumplimiento, o no, de la misión que emana de sus marcos normativos.

Finalmente, Werntz menciona que Leon Friedman aclara que una vez que los jueces han determinado la naturaleza razonable de la interpretación de alguna norma a cargo de las dependencias gubernamenta-

les, se realiza una última revisión democrática, reafirmando la separación de poderes. El Congreso revisa entonces dichas interpretaciones. Si el Congreso disintiera, podría promulgar una reforma a la norma en cuestión para derogarla. Si no lo lograra, o si la opinión pública no aprobara las políticas del Congreso o de la administración, entonces el público puede elegir nuevos representantes. (Werntz, 2017)

Un ejemplo de lo anterior es el caso de *Association of Public Agency Customers v. Bonneville Power Administration* en el que el tribunal de Noveno Circuito, declaró que la *Federal Power Act* (Ley Federal de Energía) impedía que la *Federal Energy Regulatory Commission* (Comisión Federal de Regulación de Energía - FERC) solicitara a los organismos no jurisdiccionales el pago de reembolsos. En consecuencia, el Congreso reformó la FPA de manera que pudiera hacerlo en determinadas circunstancias (CoA 9th Circ., 2013).

2. *Detractores*

Por su parte, uno de los detractores acérrimos de la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron* es el Justice Neil Gorsuch.

Según lo que menciona Jonathan R. Siegel, el Justice Gorsuch expresó sus opiniones sobre *Chevron* desde que era magistrado del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos del Décimo Circuito en el caso *Gutiérrez Brizuela v. Lynch* (Siegel, 2018).

De acuerdo con la sentencia del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos del Décimo Circuito, en el caso *Gutiérrez Brizuela v. Lynch*, el caso tenía que ver con un asunto que implicaba una ley migratoria y el principio administrativo llamado *Brand X*, el cual faculta a las dependencias a desestimar una opinión judicial mediante la emisión de una nueva interpretación razonable de la ley que administra, aun si la interpretación difiriera de una interpretación judicial previa de la misma (US 10th Cir. CoAp, 2016).

El Justice Gorsuch escribió una confirmación de lo que él mismo había redactado. Gorsuch se quejaba de que tanto *Chevron* como *Brand X* permitían que las burocracias ejecutivas abarcaran grandes porciones de los poderes judicial y legislativo y concentraran el poder federal de tal manera que pareciera que fuera más difícil cuadrarlos con el diseño original de los legisladores de la Constitución. Haciendo referencia al caso *Marbury v. Madison*, el Justice Gorsuch estableció que, de conformidad con dicho caso, la resolución sobre cuestiones relativas a derechos personales reconocidos por la ley constituye una función judicial. Según él, *Chevron* “parece una doctrina hecha por jueces para abdicar de su deber judicial”.

Asimismo, el Justice Gorsuch estipula que, de conformidad con *Chevron*, los tribunales determinan si una ley administrativa es ambigua y si su interpretación por parte de la dependencia es razonable. Entonces, se planteaba la pregunta “en todo ello, ¿el tribunal verdaderamente interpreta las leyes y dice el derecho?”

En consecuencia, el Justice Gorsuch estableció que la deferencia derivada de la Doctrina Chevron es incompatible con el Artículo III de la Constitución de Estados Unidos, mismo que establece que es deber de los tribunales interpretar la ley; es decir, que el ejercicio del poder judicial debe realizarse en los tribunales y que no se debe ceñir a la interpretación que de las leyes hagan las dependencias públicas. Asimismo, también argumentó que, podría darse solución al problema que surge del Artículo III al establecer que cuando una dependencia establece el fondo de una ley ambigua no está realmente interpretando la ley sino ejerciendo las facultades delegadas para implementar políticas. De apreciarse desde este punto de vista, la deferencia derivada de la Doctrina Chevron no violaría el Artículo III de la Constitución de los EUA, pero sí el Artículo I, mismo que confiere facultades legislativas, que no ejecutivas, al Congreso.

Otro de los detractores de la deferencia derivada de la Doctrina Chevron es el Congreso, pues algunos de sus miembros comparten la idea de que es ilegítima. Según la Ley de Restauración de Poderes (*the Separation of Powers Restoration Act - SOPRA*) (US Congress, 2019).

Los miembros del Congreso que están en contra pretenden promulgar esta ley (Congress.Gov, 2019), misma que fue aprobada por la Cámara de Representantes en sus Congresos 114 y 115. La intención es reformar la sección 706 de la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*). Actualmente, dicha sección establece que el tribunal revisor determinará los asuntos de ley e interpretará todas las cuestiones legales.

Hay algunos otros detractores que se encuentran dentro de la vida académica. Uno de los más representativos es el Profesor Philip Hamburger de la Universidad de Columbia quien recientemente publicó un artículo en contra de la deferencia derivada de la Doctrina Chevron, en el que estipula que dicha deferencia es contraria al deber judicial que impone el Artículo III de la Constitución para emitir un juicio independiente al decir el derecho. Según su parecer, esta función constituía la identidad del juez, por lo que no se puede otorgar cierta deferencia a una dependencia administrativa sin dejar de lado la labor del juez (Hamburger, 2016).

Otra de las razones por las que el Profesor Hamburger está en contra de la deferencia derivada de la Doctrina Chevron se debe a que la inter-

pretación y administración de leyes por parte de las dependencias públicas pueden dar lugar a sesgos sistemáticos. En virtud de todos estos motivos, argumenta que la deferencia derivada de la Doctrina Chevron es inconstitucional pues representa el abandono de los ideales del poder judicial y del debido proceso que se registran en la historia del derecho anglosajón.

En su artículo “*Chevron Bias*” establece que la deferencia derivada de la Doctrina *Chevron* a la interpretación que las dependencias públicas hacen de sus normas constituye una facultad otorgada en estas últimas. Sin embargo, para entender esa deferencia otorgada por el poder judicial es necesario comprender las bases constitucionales inherentes a la función de los jueces, particularmente, su deber de ejercer un juicio independiente y de su propensión sistemática a infringir el derecho de debido proceso (Hamburger, 2016).

En segundo lugar, continúa Hamburger, la Constitución prohíbe a los jueces omitir el debido proceso, por lo que no pueden ejercer una predilección sistemática a favor del gobierno. No obstante, otorgan deferencia a las interpretaciones de las dependencias públicas a favor del gobierno y en contra de otras partes.

En el caso de la Doctrina Chevron, según Hamburger, los jueces abandonan su labor judicial y acogen las tendencias del sistema. Considera preocupante lo que pensarán los estadounidenses al darse cuenta de que los tribunales ya no pueden emitir un juicio independiente, situación que podría generar sospechas sobre la actuación tanto de los tribunales como del propio gobierno.

Hamburger considera que el poder judicial se ha prestado a un juego peligroso pues el ejercicio de un juicio independiente e imparcial a cargo de aquél constituye uno de los cimientos del gobierno estadounidense, en el que los conflictos deben resolverse por medios legales y no por la fuerza al momento en que los jueces dicen el derecho tras conocer los hechos. A ese paso, los gobernados percibirán que pueden convertirse en juez y parte y que tendrán la facultad de decidir por sí mismos o hacerse justicia por su propia mano. Ante tal escenario, los jueces no podrían negarles esa atribución.

Por último, también puntualiza que los jueces deben preocuparse por la ilicitud de deferencia otorgada a las dependencias públicas mediante la Doctrina *Chevron* y por resolver los riesgos inherentes a la misma. Confirma que el poder judicial debe emitir juicios independientes conforme a lo que estipula la constitución y evitar cualquier tendencia sistemática en contravención del debido proceso. De lo contrario, se encuentran en peligro de perder el respeto del público o el propio.

IV. CONCLUSIONES

Vivimos en un mundo globalizado en el que un creciente número individuos se ven obligados a enfrentar diversas circunstancias desventajosas. Cada vez es más común que, debido a alguna o varias de sus características humanas (el género, la edad, la nacionalidad, la pertenencia a cierto grupo o la ideología), se vean obligados a abandonar el lugar en el que viven y a buscar apoyo en otros países donde las libertades individuales sí se respeten.

De acuerdo con el comunicado de prensa que publicó la Organización Internacional para las Migraciones a principios de 2020, por lo menos 800 personas perdieron la vida al cruzar desiertos, ríos y territorios remotos en diversas rutas de las Américas en 2019 (OIM, 2020). Según los datos recopilados por el Proyecto de Migrantes Desaparecidos de la misma Organización Internacional para las Migraciones (MMP, por sus siglas en inglés), dicha cifra es la más elevada de muertes documentadas en esa región desde que la OIM empezó a registrarlas en 2014.

La amenaza de perder la vida, la falta de oportunidades, la violencia, la delincuencia, pero, sobre todo, la persecución en virtud de todas esas circunstancias son las que han obligado a un número cada vez mayor de personas a huir de sus lugares de origen y a poner sus esperanzas de vida en países tales como los Estados Unidos, en donde el estado de derecho sigue vigente y las libertades individuales son objeto de respeto. No obstante, según lo que declaró Marcelo Pisani, Director Regional de la OIM para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe, en una entrevista para “Voz de América”: “la aplicación de políticas restrictivas a la migración, sin abrir opciones a una migración regular, solo genera más vulnerabilidades” (Voz de América, 2020).

Los Estados Unidos, como estado miembro del Protocolo de 1967 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, cuenta con leyes como la Ley sobre Refugiados de 1980 que constituye uno de los sustentos jurídicos primordiales por el cual se brinda asistencia a ciertas personas cuyas necesidades fundamentales (libertad, vida, sustento, etc.) se han puesto en peligro debido a la guerra, la violencia, la delincuencia y las ha convertido en víctimas de persecución de todo tipo de agresores. Asimismo, en virtud de dicho Protocolo y de la multicitada ley, Estados Unidos se encuentra en la obligación de brindar asilo a aquellos solicitantes que cumplan con los requisitos impuestos por sus propias leyes, procurando mantener un equilibrio de poderes que beneficie tanto a ciudadanos como a asilados.

No obstante lo anterior, las políticas restrictivas en materia migratoria —sobre todo durante el gobierno de Donald Trump— impidieron que esa ayuda se brindara en un sinnúmero de casos. El presidente Trump, a través de diversas órdenes ejecutivas, deportó a numerosos individuos por ser sospechosos de delitos aun sin resolver su proceso o por haber abusado de la asistencia pública; intensificó las redadas, canceló programas de protección temporal y contribuyó con la separación de familias mixtas (migrantes documentados e indocumentados) y binacionales (indocumentados y ciudadanos o residentes legales), dejando atrás a un número importante de menores de edad en Estados Unidos. (EMIF NORTE, 2014)

Dicho país, como república federal, cuenta teóricamente con los mecanismos necesarios para mantener el equilibrio de fuerzas entre las ramas legislativa, judicial y ejecutiva para conservar, así, el estado de derecho y brindar protección a quienes busquen acceso a la misma, sin perjuicio de su lugar de origen.

Justamente es la rama ejecutiva la que tiene la facultad de determinar el destino de todos esos individuos. Si bien la deferencia derivada de la Doctrina Chevron proviene de la decisión judicial sobre el caso *Chevron U.S.A., Inc., vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*, aquélla resulta aplicable a la rama ejecutiva. La Corte Suprema reconoció a nivel de sentencia judicial la facultad que el Congreso otorgó a la administración pública para interpretar sus leyes administrativas con base en sus capacidades técnicas y experiencia propias en temas específicos. No obstante, esa facultad no debería servir como fundamento para soslayar los derechos fundamentales de propios y ajenos en ninguna circunstancia.

En materia migratoria, dicha deferencia ha resultado benéfica para ciertos solicitantes de asilo, como en el Asunto Acosta o en el caso de *INS vs. Cardoza-Fonseca*. Sin embargo, como se expuso anteriormente, no lo fue tanto en el Asunto L-E-A, en el Asunto C-A, ni en los juicios *INS vs. Aguirre-Aguirre* ni en el de *Valdiviezo-Galdamez v. Attorney General of U.S.*, en los que una determinación discrecional y subjetiva a cargo de las dependencias públicas dejaron en completo estado de indefensión a dichos solicitantes. Es en ese punto en el que resulta válidamente cuestionable si el grado de deferencia otorgado por el Congreso a la administración pública pudiera considerarse inconstitucional al ejercerse en contra de las facultades otorgadas a los distintos poderes federales (en particular, al judicial y al ejecutivo) y de los derechos humanos de quienes solicitan ayuda a dicho gobierno dadas las funestas condiciones en las que viven y en las que sus libertades individuales se ven atropelladas sistemáticamente.

V. LISTA DE REFERENCIAS

- Asylum law - particular social group - Attorney general overrules finding of family as a social group. - Matter of L-E-A-, 27 i. & n. Dec. 581 (Att’y Gen. 2019). (2020). Harvard Law Review, Vol. 133, Issue 4, February, 1500-1507. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.b.ebscohost.com/pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=a41e7d23-a506-4d23-a8dc-d2685f28b024%40pdc-v-sessmgr03>.
- BAMZAI, A., (2017), The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation, The Yale Law Journal, vol. 126, number 4, February, pp. 947-958, p. 913. Recuperado el 3 de abril de 2021 de: https://www.yalelawjournal.org/pdf/BamzaiFinalPDF_9nhy6gyp.pdf.
- BRESNAHAN, K. A. (2011). The Board of Immigration Appeals’s New “Social Visibility” Test for Determining “Membership of a Particular Social Group” in Asylum Claims and its Legal and Policy Implications. Berkeley Journal of International Law, Vol. 29, Issue 2, 649-679. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.b.ebscohost.com/pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=824b74d8-8649-406f-8088-77ee90ccad9c%40pdc-v-sessmgr04>.
- BAMZAI, A., (2016-2017), Justice Scalia and the Evolution of Chevron Deference. Texas Review of Law and Policy, Vol. 21, number 2, Winter, 295-301, p. 298. Recuperado el 3 de abril de 2021 de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3012230.
- COOPER, C. J. (2016-2017). The Flaws of Chevron Deference. Texas Review of Law & Politics, Vol. 21, Issue 2, Winter, 307-313. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.b.ebscohost.com/pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=39c1d84f-156f-446b-8c91-2c39b65a435a%40pdc-v-sessmgr03>.
- HAMBURGER, P. (2016), Chevron Bias, The George Washington Law Review, vol. 84, no. 5, September, 1187-1251. Recuperado el 30 de marzo de 2021 de: <http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2016/09/84-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1187.pdf>.
- HERNANDEZ, M. J. (2011). The Invisible Refugee: Examining the Board of Immigration Appeals’ “Social Visibility” Doctrine. Missouri Law Review, Vol. 76, Issue 2, Spring, 575-597. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.b.ebscohost.com/pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=f16d485a-146f-407c-802f-760a71f6cced%40pdc-v-sessmgr05>.

- PARAKETSOVA, L. (2018). Why Guidance from the Supreme Court is Required in Redefining the Particular Social Group Definition in Refugee Law. *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 51, Issue 2, 437-467. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.a.ebscohost.com.pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=13&sid=23e74bbd-b7c7-4de5-b998-1c6ca954ab8e%40sdc-v-sessmgr03>.
- PIERCE, R. J.; SHAPIRO, S. A., y VERKUIL, P. R. (2009), *Administrative law and process*, 5th. ed., United States, Foundation Press, 2009, 493 p., pp. 397-407, citado por Pérez, J. (2011), ¿El Ocaso de Chevron?: Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo. *Revista de Administración Pública*, número 184, enero-abril, 2011, p- 325-348. Recuperado el 3 de abril de 2021 de: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40455/23033>.
- SCALIA, Antonin (1989), *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*. *Duke Law Journal*, vol. 1989, number 3, june. Recuperado el 30 de marzo de 2021 de: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>.
- SENAT, J. (2019). The Asylum Makeover: Chevron Deference, The Self-Referral and Review Authority. *Touro Law Review*, Vol. 35, Issue 2, 867-896. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.b.ebscohost.com.pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=7a0da438-7d64-4e4c-96bd-558dc5001555%40pdc-v-sessmgr01>.
- SIEGEL, J. R. (2018). The Constitutional Case for Chevron Deference. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 71, Issue 3, April, 937-993. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.b.ebscohost.com.pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=c186d1fc-b99c-4332-87b5-e7e695464a78%40pdc-v-sessmgr04>.
- SOARES, M. F. (2014). Agencies and Aliens: A Modified Approach to Chevron Deference in Immigration Cases. *Cornell Law Review*, Vol. 99, Issue 4, May, 925-951. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.a.ebscohost.com.pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=5358972f-f74e-46c9-b917-b1026fd83045%40sessionmgr4008>.
- SWEENEY, M. A. (2019). Enforcing/Protection: The Danger of Chevron in Refugee Act Cases. *Administrative Law Review*, Vol. 71, Issue 1, Winter, 1-54. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3228530.
- WERNITZ, H. M. (2017), Counting on Chevron?, *Energy Law Journal*, vol. 38, issue 2, p. 297-358, p. 351. Recuperado el 3 de abril de 2021

de: [https://www.eba-net.org/assets/1/6/16-297-358-Werntz_\[FINAL_FOR_POSTING\]1.pdf](https://www.eba-net.org/assets/1/6/16-297-358-Werntz_[FINAL_FOR_POSTING]1.pdf).

WRIGHT, R. G. (2014). Persecution of Particular Social Groups and the Much Bigger Immigration Picture. *Cleveland State Law Review*, Vol. 62, Issue 1, 163-188. Recuperado el 3 de marzo de 2020 de: <http://eds.a.ebscohost.com/pbidi.unam.mx:8080/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=59e9db43-e77d-4a22-aa85-1c43f2f5c314%40sessionmgr4008>.

Referencias complementarias

AHMED A., Jordan, M. y Semple, K. (23 de marzo de 2020). El cierre de la frontera de Estados Unidos y México frustra la esperanza de los solicitantes de asilo. *The New York Times*. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.nytimes.com/es/2020/03/23/espanol/america-latina/trump-cierra-frontera-coronavirus.html>.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (4 de octubre de 1967). Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506.pdf>.

Casetext. (1987). *INS vs Cardoza-Fonseca*. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://casetext.com/case/ins-v-cardoza-fonseca>.

Casetext. (1999). *INS vs Aguirre-Aguirre*. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://casetext.com/case/ins-v-aguirre-aguirre>.

Colegio de la Frontera Norte (2014), Encuesta Sobre Migración en la Frontera Norte de México EMIF NORTE Informe Anual de Resultados 2014, El Colegio de la Frontera Norte, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Relaciones Exteriores, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2014, 82 p. Recuperado el 3 de abril de 2021 de: http://politicamigratoria.gob.mx/work/models/PoliticaMigratoria/CEM/UPM/EMIF_Norte_Informe_2014.pdf.

Harvard Law Review. (2020). *Matter of L-E-A- Attorney General Overrules Finding of Family as a Social Group*. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://harvardlawreview.org/2020/02/matter-of-l-e-a/>.

Law School Case Brief. (1987). *INS vs. Cardoza Fonseca* 480 U.S. 421, 107 S. Ct. 1207. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-ins-v-cardoza-fonseca>.

- Legal Information Institute. (1984). 8 US. Code & 1158 – Asylum. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/8/1158>.
- Incendio en campamento de Lesbos deja a miles de migrantes sin refugio. (23 de septiembre de 2020). La Jornada. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/mundo/2020/09/09/incendio-en-campamento-de-lesbos-deja-a-miles-de-migrantes-sin-refugio-3316.html>.
- Organización de las Naciones Unidas. (28 de julio de 1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html>.
- Organización de las Naciones Unidas, (10 de diciembre de 1984) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Recuperado el 3 de abril de 2021 de: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf.
- Organización Internacional para las Migraciones (28 de enero de 2020), OIM: Más muertes registradas en las Américas en 2019 que en años anteriores. Recuperado el 3 de abril de 2021 de: <https://www.iom.int/es/news/oim-mas-muertes-registradas-en-las-americas-en-2019-que-en-anos-anteriores>.
- Servicios de Migración y Ciudadanía de los EE.UU. (2020). Departamento de Seguridad Nacional. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.uscis.gov/>.
- United States (2021). Legal Information Institute. “Article III”. Recuperado el 3 de abril de 2020 de: <https://www.law.cornell.edu/constitution/articleiii>.
- United States (2021). Legal Information Institute. “Administrative Procedure Act”. Recuperado el 3 de abril de 2020 de: https://www.law.cornell.edu/wex/administrative_procedure_act.
- United States of America. Congress. (1980). S.643 - Refugee Act of 1979. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.congress.gov/bill/96th-congress/senate-bill/643>.
- United States of America. Congress. (2020). S.909 - Separation of Powers Restoration Act. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/909/text>.
- United States of America. Department of Justice. (1985). Matter of Acosta in Deportation Proceedings A-24159781. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2012/08/14/2986.pdf>.
- United States of America. Department of Justice. (2006). In Re C-A-, Respondent. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2014/07/25/3535.pdf>.

- United States of America. Department of Justice. (2019). Matter of L-E-A-, Respondent. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://www.justice.gov/file/1187856/download>.
- United States of America. Department of Justice. (2020). Board of Immigration Appeals. Recuperado el 3 abril de 2020 de: <https://www.justice.gov/eoir/board-of-immigration-appeals>.
- United States Court of Appeals, Second Circuit. (1991). Gomez vs. INS. Recuperado el 10 de septiembre de 2020 de: <https://casetext.com/case/gomez-v-ins>.
- United States Third Circuit. (2007). Valdiviezo Galdamez v Attorney General of United States. Recuperado el 10 de septiembre de: <https://caselaw.findlaw.com/us-3rd-circuit/1392034.html>.
- United States. Congress (1966), Administrative Procedure, recuperado el 10 de septiembre de 2020 de: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/909/text>.
- United States Supreme Court (1944), “National Labor Relations Board v. Hearst Publications, Inc”, recuperado el 3 de abril de 2021 de: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-nlrb-v-hearst-publications>.
- United States Supreme Court (1974), “National Labor Relations Board v. Bell Aerospace Co.”, recuperado el 3 de abril de 2021 de: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-nlrb-v-bell-aerospace-co-div-of-textron-inc>.
- United States Supreme Court (1981), “Federal Election Campaign v. Democratic Senatorial Campaign Committee”, recuperado el 3 de abril de 2021 de: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/454/27>.
- United States Court of Appeals, Ninth Circuit (2013) Association of Public Agency Customers v. Bonneville Power Administration. Recuperado el 3 de abril de 2021 de: <https://casetext.com/case/assn-of-pub-agency-customers-v-bonneville-power-admin>.
- Voz de América (28 de enero de 2020), OIM: 2019 el año con más muertes de migrantes en la frontera México - EE.UU. Recuperado el 3 de abril de 2021 de: <https://www.vozdeamerica.com/inmigracion/onu-muertes-migrantes-frontera-mexico-estadosunidos>.

Abreviaturas utilizadas

BIA *Board of Immigration Appeals* (Consejo de Apelaciones Migratorias)

INA	<i>Immigration and Nationality Act</i> (Ley de Nacionalidad y Migración)
IIRIRA	<i>Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act</i> (Ley de Reforma de la Inmigración Ilegal y de Responsabilidad del Inmigrante)
EPA	<i>Environment Protection Agency</i> (Agencia de Protección al Ambiente)
PSG	<i>Particular Social Group</i> (determinado grupo social)

LA TRASCENDENCIA JURÍDICA Y FISCAL DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL TRATADO MÉXICO-ESTADOS UNIDOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN

Luis Javier HERNÁNDEZ JIMÉNEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Sistemas internacionales de tributación.* III. *El establecimiento permanente.* IV. *Alcance y entendimiento del establecimiento permanente en el Convenio para Evitar la Doble Tributación celebrado entre México y Estados Unidos.* V. *La residencia y el establecimiento permanente: dilucidando dudas.* VI. *Reflexiones finales.* VII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

La actividad comercial de las entidades económicas que operan en México y EUA, así como las transacciones entre ambos países no solo deriva de la vecindad de ambos países o de los convenios internacionales que han celebrado para generar un libre comercio de carácter transnacional, sino necesariamente de la globalización, del amplio avance de las tecnologías de la información y del desarrollo de la infraestructura de transportes y comunicación.

En ese contexto, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en vigor desde el 1o. de enero de 1994 (TLCAN), con su renovación en el tratado entre Estados Unidos de América, los Estados Unidos Mexicanos y Canadá (T-MEC), ha jugado sin duda un rol protagónico.

* Abogado por la Escuela Libre de Derecho y egresado de la primera generación de la Maestría en Derecho Norteamericano coordinado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa. Cualquier mensaje en relación con este artículo puede ser enviado a su autor al correo electrónico luisjavier@hernandezjimenez.mx. Realizado bajo la supervisión y asesoría del Dr. Juan Javier del Granado.

Como explica Mauricio Monroy (1998), entre México y Estados Unidos el libre comercio se sofocaba por presencia previa de impuestos adversos, las altas tasas impositivas en transacciones transfronterizas o las situaciones que causaban doble imposición e incertidumbre debido a la falta de reglas adecuadas que regularan las transacciones internacionales. No obstante, tras la decisión de México de convertirse en protagonista en el ámbito internacional mediante la adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y, en particular, con la firma del TLCAN, no solo se gestionó el libre comercio sino también el establecimiento de un sistema que permitiera a México participar en la adquisición de riqueza creada por este.

Bajo esas circunstancias se ha dado paso también a la activación cada vez más necesaria del convenio entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y de Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia del impuesto sobre la renta (en adelante Tratado México-Estados Unidos para evitar la doble tributación o TEDT MX-EUA), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1994, así como de la aplicación fiscal de diversas modalidades previstas en el ordenamiento anterior.

El abordaje de este estudio sobre el establecimiento permanente se realiza en el contexto de un creciente dinamismo legislativo local de carácter fiscal y bajo el entorno de nuevos tratados internacionales para evitar la doble tributación, celebrados por México, que han procurado facilitar el desarrollo de oportunidades e inversiones provenientes de jurisdicciones legales distintas a los países en los que se crean o inician las operaciones de los negocios.

En efecto, la comunidad mundial ha buscado de manera consistente, como lo ha indicado la Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional (2020), el replanteamiento de un sistema fiscal global para las compañías multinacionales que propicie un marco para la tributación internacional más justo (pp. 315-325).

En suma, el ejercicio de las actividades económicas y mercantiles que tienen implicaciones en las jurisdicciones de México y Estados Unidos de América (o incluso en más), ha encontrado, a través de los tratados internacionales para evitar la doble tributación, un mejor soporte y seguridad jurídica, lo que ha contribuido sustancial y efectivamente a un mayor desarrollo económico regional.

Ello, sin dejar de lado que estudios como el de Patricia A. Brown (2020) demuestran que la política internacional de Estados Unidos de América ha obstaculizado la conclusión exitosa de tratados internacionales para evi-

tar la doble tributación con países de Latinoamérica, aunque nada impediría la celebración de nuevos tratados con ciertos países de la región que mantienen relaciones económicas significativas con el país vecino del norte.

Al respecto, Rubinger Jeffrey L. (2012) precisa que hasta 2012 Estados Unidos de América solo había celebrado dos tratados internacionales para evitar la doble tributación con países de Sudamérica (México y Venezuela), y que para eludir la doble carga tributaria entre el país vecino del norte y otras jurisdicciones de sur del continente existía una serie de alternativas al menos en materia de dividendos. Ello muestra cómo, en todo caso, la confianza y facilidades para inversionistas de países aliados fiscalmente a través de dichas opciones siempre proporcionarán una justicia tributaria más eficiente y efectiva.

Con independencia de las políticas internacionales de los países en materia tributaria, desde el punto de vista fiscal, una problemática relevante para los involucrados en operaciones económicas de carácter transnacional es el entendimiento de quiénes se benefician de los acuerdos internacionales para evitar la doble tributación, y la complejidad de reconocer a las instituciones y los mecanismos que los países establecen como sujetos de derecho internacional y como sujetos activos de las relaciones tributarias para tal efecto.

En particular, es difícil dimensionar los efectos, tratamiento y consecuencias del establecimiento permanente dado que, si bien es una entidad económica obligada por las Normas Internacionales de Información Financiera —emitidas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, conocidas en inglés como International Financial Reporting Standards (en adelante IFRS) del International Accounting Standards Board—, no es claro si puede arrogarse de los beneficios de un tratado para evitar la doble tributación. Por ello, en este documento abordaremos y procuraremos resolver algunas cuestiones relevantes suscitadas con motivo de la operación, para efectos fiscales, del establecimiento permanente a nivel transnacional.

Es probable que la dificultad citada se origine precisamente por la aún incipiente experiencia internacional de México en realizar operaciones económicas transnacionales y la necesidad de evitar la doble imposición de gravámenes para los entes económicos que las ejecutan. También es posible que la causa de la dificultad sea el avance en el desarrollo de la práctica internacional en lo relativo al control internacional de la tributación, como veremos más adelante.

Si bien la integración de México a la OCDE data de 1994,¹ al igual que la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América, y en esa fecha se publicó el tratado México-EUA para evitar la doble tributación,² no es menos importante que desde entonces la evolución internacional de los conceptos y nociones fiscales haya experimentado muchas innovaciones, visibles en las actualizaciones al Modelo OCDE para la celebración de tratados para evitar la doble tributación.

Al respecto mencionaremos cómo el Instituto de Estudios Fiscales (2017) en el Modelo Tributario sobre la Renta y el Patrimonio (en adelante Modelo OCDE o Modelo OCDE para la celebración de tratados para evitar la doble tributación), en lo relativo al establecimiento permanente, comentó en cuanto al artículo 5o. nuevas medidas, criterios y recomendaciones vinculados a operaciones de comercio electrónico, lo que da cuenta de dicho progreso.

Finalmente, como muestra reciente de la participación activa de nuestro país en el ámbito fiscal internacional, también encontramos la internalización del proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (2019), enfocado en que los beneficios o utilidades desaparezcan de la base imponible, o bien, sean desviados a jurisdicciones de baja o nula tributación donde la actividad económica es escasa o inexistente.

Respecto de este acuerdo internacional, recientemente nuestro país sometió a la aprobación de la Cámara de Senadores (2018) la Convención Multilateral para Implementar las Medidas relacionadas con los Tratados Fiscales destinadas a Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, elaborada en París, Francia, el 24 de noviembre de 2016.

Por su parte, Estados Unidos de América ha realizado importantes esfuerzos para sortear la evasión de sus contribuyentes avecindados en el extranjero. Eric M. Victorson (2010) indica que la crisis financiera marcó el momento políticamente correcto para que la División de Impuestos del departamento de Justicia tomara acciones concretas al respecto.

En esa tesitura y luego de un proceso complicado, en 2009 Estados Unidos de América obtuvo información patrimonial de diez mil contribuyentes norteamericanos sospechosos de evasión en una jurisdicción cuya soberanía tiene como principal fortaleza el secreto bancario a favor de los usuarios de su sistema financiero.

¹ Cfr. *Diario Oficial de la Federación* del 5 de julio de 1994.

² Cfr. *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1994.

Es importante indicar que, para el caso de Estados Unidos de América, la ausencia de tratados internacionales para evitar la doble tributación no ha frenado las necesidades de abrir el libre comercio. Marcos Valadao y Nara Galeb Porto (2004) explican, por ejemplo, que Brasil y Estados Unidos de América han firmado tratados bilaterales que afectan el comercio entre ambos países, especialmente los relacionados con el transporte aéreo y marítimo, pero que, sin embargo, aún no han celebrado un tratado general para evitar la doble imposición y la prevención de la evasión fiscal respecto del impuesto sobre la renta.

Como indica Tracy A. Kaye (2014), unilateralmente Estados Unidos de América ha respondido a la evasión fiscal foránea mediante la promulgación de la Ley de Cumplimiento Fiscal de Cuentas Extranjeras (FATCA), a través de la cual se obliga a que los bancos extranjeros reporten información sobre las cuentas financieras de los contribuyentes estadounidenses directamente al Servicio Interno de Ingresos (equivalente al Servicio de Administración Tributaria Mexicano) e impone una retención de impuestos del treinta por ciento sobre ciertas operaciones realizadas en Estados Unidos de América a cualquier banco que se niegue a cooperar.

Para los fines de este artículo, en el que abordamos la noción de establecimiento permanente en el TEDT MX-EUA, en adelante haremos referencia a “entidad(es)” o “entidad(es) económica(s)” y no a “contribuyente”, en virtud de que aquellas nominaciones abarcan una gama más amplia de posibilidades, incluidas aquellas en las que no hay sujeción y que, por tanto, cubren de manera más adecuada el tratamiento jurídico, contable y fiscal del citado establecimiento permanente. La nomenclatura indicada aduce a todos los sujetos que generan la información financiera en términos de las Normas Internacionales de Información Financiera.

Entidad económica permite incluir al establecimiento permanente objeto de estudio de este ensayo y a la empresa matriz que, también como entidad económica, puede ser la causa de la activación y operación de un establecimiento permanente, con independencia de la residencia que cualquiera de ellos tenga para efectos fiscales.

Lo relevante de lo anterior es que a ciertas entidades económicas efectivamente se les puede aplicar un beneficio fiscal internacional sin ser necesariamente contribuyentes o incluso sin ser sujetos titulares de derechos al nivel de tributación internacional en carácter de residentes. No obstante, dicho beneficio no es equiparable al que podría recibir un residente de alguno de los estados contratantes, entre otros.

El establecimiento permanente es, en principio y sin duda, una entidad económica sin residencia fiscal auténtica (aunque su tratamiento se homologue con el de un residente para efectos fiscales). Por ello puede recibir al mismo tiempo un régimen jurídico semejante al de un contribuyente con residencia fiscal. De hecho, el establecimiento permanente es reconocido análogamente como contribuyente en las legislaciones domésticas de muchos países. La cuestión de la residencia y la aparente residencia de un establecimiento permanente será uno de los ejes principales de este estudio.

Insistimos en el deber de dejar en claro que el objeto de este artículo es determinar si el establecimiento permanente es una entidad económica a la que puedan atribuirse los beneficios reconocidos a nivel internacional por un tratado para evitar la doble tributación, como si fuera un residente fiscal, lo cual es incorrecto.

Se trata de aclarar si el establecimiento permanente es o puede considerarse una entidad económica susceptible de gozar de los beneficios de la tributación internacional alegando en su favor la aplicación de los beneficios de un tratado, o bien, si debe asumirse como una extensión de un residente fiscal de alguno de los estados contratantes, o por último, como una extensión de la fuente de riqueza de alguna soberanía contratante involucrada.

En ese contexto, la nomenclatura de “entidad económica” sirve de apoyo para identificar a las empresas que (i) pueden ser contribuyentes de un Estado contratante pero no residentes del mismo, como el establecimiento permanente; (ii) pueden no ser residentes pero subsidiarias, matrices o holdings de un establecimiento permanente, como aquellas que son el origen de la operación de nuevos negocios en algún Estado contratante de un tratado internacional para evitar la doble tributación; (iii) pueden ser contribuyentes residentes en el país parte de un tratado internacional para evitar la doble tributación, pero establecer lugares de negocios en otro país con el que se ha celebrado el citado tratado; (iv) pueden no ser residentes en el país parte de un tratado internacional para evitar la doble tributación, pero operar un establecimiento permanente en el mismo.

Por último, el término genérico “entidades económicas” utilizado con frecuencia en este documento sigue el criterio de identificación de quienes están obligados por las IFRS a llevar la contabilidad de sus actos y actividades, y sin pasar por alto que las Normas Información Financiera (en adelante NIF) emitidas en México por el Consejo Mexicano de Normas de Información Financiera también reconocen dicho término. Sobre el particular las propias NIF indican que “son aplicables para todas las entidades que emitan estados financieros, en los términos establecidos por la NIF A-3,

necesidades de los usuarios y objetivos de los estados financieros”, como puede advertirse en el segundo párrafo de la NIF A-2 (Consejo Mexicano de Normas de Información Financiera, A.C., 2020, p. 19).

II. SISTEMAS INTERNACIONALES DE TRIBUTACIÓN

En términos generales, los países han desarrollado dos sistemas de tributación: el de rentas mundiales y el de rentas territoriales. Las nociones aluden al derecho de los contribuyentes de tributar, en el primer caso por todas las ganancias percibidas, con independencia de lugar en el que se generen, en una sola jurisdicción; y en el segundo a la posibilidad de que la carga tributaria se soporte en el territorio donde se genera la riqueza y en las jurisdicciones a las que se haga llegar esa riqueza. El sistema mundial o global reporta una evolución en la justicia tributaria, pues evita la imposición de gravámenes duplicados. Por el contrario, el sistema de rentas territoriales involucra la posibilidad de una doble imposición.

Como puede advertirse, el entendimiento de los sistemas o modelos referidos es relevante para comprender la justicia tributaria y seguridad de los sujetos que realizan operaciones a nivel internacional. La implementación de un mecanismo de rentas mundiales a través de la celebración de tratados internacionales entre diversos países es, sin lugar a duda, la vía para evitar doble carga fiscal a los contribuyentes que operan con transacciones de comercio internacional.

Bajo un esquema que reconoce a favor de un sujeto sus rentas a nivel global se otorga preponderancia (en la medida de lo posible) a un solo pago, de carácter internacional, de las contribuciones. En el mecanismo mundial se da menor atención a dónde y quién invierte, o en dónde se genera la riqueza, pero se prioriza el control sobre el ingreso universal y la equidad ante la doble tributación internacional, equilibrando las tasas de retención.

Los países de la comunidad internacional que adoptan un sistema de rentas mundiales renuncian a su potestad tributaria para evitar una doble carga en contra del contribuyente, lo cual incentiva la inversión internacional y facilita la redistribución de la riqueza. Las herramientas para controlar el ingreso universal de un contribuyente (y al mismo tiempo para evitar la elusión fiscal) se estipulan en los tratados internacionales para eludir la doble tributación y se materializan en el acreditamiento, la deducción o la exención, como lo señala Rosa María Díaz (2020, p. 6).

Por otro lado, el sistema de rentas territoriales se caracteriza porque vincula el pago del impuesto al lugar en dónde se lleva a cabo la inversión o a aquél en el que se obtiene la riqueza. En esta segunda variante es viable la generación de un doble pago de contribuciones porque la obligación tributaria se deberá cumplir en el país territorial, pero también en aquel desde donde se realizó la inversión una vez obtenidos los rendimientos de esta. En otras palabras, bajo un sistema territorial, es imposible que a un contribuyente se le reconozca el pago de los impuestos realizados en cierta jurisdicción precisamente por la ausencia de tratados internacionales para evitar la doble tributación.

No obstante, existen casos específicos que combinan los elementos descritos. Ello ocurre con el sistema de Estados Unidos de América, que por su situación preferente en cuanto a capacidad económica establece un régimen basado en la renta mundial, pero con notas territoriales a su favor y no para aquellos donde se realiza la inversión.

Así, los países que deseen implementar un tratado internacional para evitar la doble tributación con Estados Unidos de América no pueden apoyarse en los modelos tributarios de la OCDE o de la ONU, sino que deberán ceñirse a las particularidades que imponga Estados Unidos.

Como ejemplo, Estados Unidos de América privilegia las reglas que concentran la recaudación a su favor en función de la retención por rentas derivadas de regalías. Patricia A. Brown (2020, p. 30) señala esto como una de las cláusulas no negociables en los tratados internacionales para evitar la doble tributación. El carácter nacionalista en ese rubro y el resguardo de sus propios capitales destaca en los tratados para evitar la doble tributación que ha celebrado, y el caso del firmado con México no es la excepción.

Lo señalado es relevante para este documento, ya que precisamente es el poder de imposición de voluntad e intereses lo que caracteriza al tratado celebrado entre el Estado Mexicano y el gobierno de Estados Unidos de América, y en atención a esa característica que se aparta de lo establecido por los modelos de renta mundial o de renta territorial.

Ahora bien, para los efectos de este artículo es importante contextualizar que, adicionalmente, el tráfico internacional entre México y Estados Unidos de América depende no solo de la existencia de un tratado internacional para evitar la doble tributación que otorgue derechos e instrumente obligaciones con suficiente claridad, sino especialmente de que este sea parte de un sistema amplio para integrar los ingresos protegidos por los tratados internacionales.

En ese sentido, William H. Byrnes (2021, p. 9) nos hace notar que, si bien Estados Unidos de América tiene más de 60 tratados para evitar la doble tributación, son pocos los que ha pactado con los países reconocidos como “paraísos fiscales”, en contraste con el caso de Holanda, cuyo sistema internacional evita la doble tributación a tal grado que ha recibido la inversión de numerosas *holdings*, que a su vez aprovechan las ventajas de sus tratados vigentes.

Por su parte, México tiene más de 45 tratados para evitar la doble tributación, pero de ellos pocos países están calificados como altamente sofisticados en materia de tributación internacional, tal es el caso de Barbados, Estonia, Hungría, Luxemburgo, Malta y Suiza (Byrnes, 2021, p. 9). Conviene aclarar que estos últimos, a pesar de dicho estatus, han realizado ajustes en sus sistemas fiscales para ser retirados de la lista negra de los llamados “paraísos fiscales” mediante la eliminación de prácticas fiscales evasivas, la abstención de agregar nuevas y la adopción de hábitos justos de tributación internacional.

Lo anterior es importante para los efectos de este documento porque, como se precisará más adelante, el establecimiento permanente, carente de residencia, suele estar vinculado con otras entidades económicas que sí cuentan con tal elemento. Así, en un sistema internacional de rentas mundiales para evitar la doble tributación es viable que el establecimiento permanente aparentemente aplique conforme al TEDT MX-EUA, pero en realidad al mismo le sea imputable otro tratado internacional en materia tributaria.

En un sistema global de tributación, generalmente un tratado internacional establece que un país puede gravar los ingresos atribuibles al establecimiento permanente en ese país, y el país cuyo origen tiene el extranjero puede gravar al mismo contribuyente sobre sus ingresos mundiales; pero sin la existencia de un tratado internacional para evitar la doble tributación ambos podrían gravar un mismo ingreso, como indica Seth Kaufman (2006, p. 3). De ello se deduce que una ventaja del establecimiento permanente es evitar el doble gravamen en el país de residencia para lo que ha pagado a modo de fuente de riqueza.

De los alcances y efectos de la entidad económica, conocida como establecimiento permanente en el caso del tratado para evitar la doble tributación, celebrado entre México y Estados Unidos de América, a la luz de lo que hemos explicado hasta ahora, es de lo que nos ocuparemos en este ensayo.

III. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

1. *El establecimiento permanente en el tratado México-Estados Unidos para evitar la doble tributación*

El establecimiento permanente goza de especial importancia dentro de los convenios para evitar la doble tributación. A nivel internacional la potestad de una nación de gravar la actividad que realiza un contribuyente dentro de su territorio se confirma en la institución del establecimiento permanente.

En la noción del establecimiento permanente confluyen su ubicación y el lugar donde se genera la fuente de riqueza, como lo reconocen Ramón Falcón y Elvia Pulido Guerra (2010, p. 73).

En otras palabras, con el establecimiento permanente ocurre que el país donde se ubica la fuente de riqueza está en posibilidad de gravar la renta imputable a dicho lugar de negocios conforme a los tratados internacionales que los Estados contratantes celebren, lo que implica que, respecto de sus efectos, puede considerarse como una institución análoga a la de un residente fiscal, sin que lo anterior implique que se trate de conceptos idénticos.

La analogía existente entre la residencia fiscal y el tratamiento de un establecimiento permanente está consignada con claridad en la legislación mexicana, que categoriza la obligación de los contribuyentes de pagar el impuesto sobre la renta bajo tres alternativas: (i) la residencia; (ii) el establecimiento permanente, y; (iii) la fuente de riqueza, como se indica en el artículo 1o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta (2013):

Artículo 1. Las personas físicas y las morales están obligadas al pago del impuesto sobre la renta en los siguientes casos:

I. Las residentes en México, respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan.

II. Los residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en el país, respecto de los ingresos atribuibles a dicho establecimiento permanente.

III. Los residentes en el extranjero, respecto de los ingresos procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, o cuando teniéndolo, dichos ingresos no sean atribuibles a este.

No obstante, además de la analogía existente e implícita entre la residencia fiscal y el establecimiento permanente según lo que se ha transcrito,

el tratamiento que la comunidad internacional da a este último responde al principio de no discriminación. Así, conforme al citado principio, como entidad económica el establecimiento permanente además de adoptar una asimilación a la residencia, también goza del beneficio de poder aplicar las deducciones que correspondan a los ingresos obtenidos por el propio lugar de negocios.

La razón de esto, se insiste, deriva de la obligación del establecimiento permanente de pagar el impuesto sobre la renta en términos de ley, pero en dicha obligación opera y es aplicable el principio de no discriminación, respecto del cual Herbert Bettinger (2015), indica que:

asegura la aplicación o no causación de impuestos para personas en condiciones similares y dispone que un ciudadano de un Estado Contratante no puede estar sujeto a la imposición tributaria o requisitos relacionados en el otro Estado, que sean distintos o más gravosos que los gravámenes y los requisitos relacionados para un ciudadano de ese otro Estado en las mismas circunstancias (p. 166).

El establecimiento permanente es el lugar de negocios en donde se realiza alguna actividad empresarial por la cual se recibe un ingreso, que justifica el reconocimiento como entidad económica sujeta a las Normas Internacionales de Información Financiera. Contundentes, Alejandro Calderón y Adolfo Calatayud indican que el lugar de negocios es la “expresión que incluye y resume todos y cada uno de los elementos objetivos, subjetivos, temporales y de funcionalidad que representa el concepto establecimiento permanente” (p. 59).

En el convenio entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta, en su artículo 5º se estipula que la expresión establecimiento permanente significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.

A nivel internacional el establecimiento permanente cobra sentido porque una entidad económica que realiza alguna actividad o genera sus ingresos en un país puede ser residente en otro. Así, la problemática radica en determinar qué reglas son las aplicables a nivel de tributación internacional para gravar las ganancias que obtiene el contribuyente residente de algún país a través de un establecimiento permanente. La modernidad ha sugerido que nuevas problemáticas sean añadidas al estudio del concep-

to, como ocurre con la explotación de servidores para alojar sitios web o el uso de equipos informáticos situados en un país para efectuar operaciones de comercio electrónico, aunque esto no es materia de revisión en el presente estudio.

El análisis del establecimiento permanente que ahora se aborda se realiza desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano, siguiendo la aproximación de Ramón Falcón y Elvia Pulido (2010), quienes indican que “el estudio del Derecho fiscal internacional debe hacerse desde la perspectiva de un determinado sistema fiscal, o más precisamente, desde la perspectiva de cada uno de los distintos sistemas fiscales que pueden resultar de aplicación” (p. 12).

Para efectos del TEDT MX-EUA, el establecimiento permanente comprende, en especial (a) las sedes de dirección; (b) las sucursales; (c) las oficinas; (d) las fábricas; (e) los talleres y (f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

Además, conforme al TEDT MX-EUA el término establecimiento permanente también incluye una obra o construcción, o un proyecto de instalación o montaje, o las instalaciones o plataformas de perforación o barcos utilizados en la exploración o explotación de recursos naturales, o las actividades de supervisión relacionadas con ellas, pero solo cuando dicha obra, construcción o actividad dure más de seis meses.

Por otra parte, el TEDT MX-EUA también regula el establecimiento permanente para el caso de los agentes independientes que actúen en un Estado contratante por cuenta de una empresa del otro Estado contratante, pues se considerará que esta empresa tiene un establecimiento permanente en aquel respecto de todas las actividades que esta persona realiza por cuenta de la empresa, si dicha persona:

(a) Ostenta y ejerce habitualmente en este Estado Contratante poderes que la facultan para concluir contratos en nombre de la empresa, a menos que las actividades de esta persona se limiten a las que expresamente no configuran establecimiento permanente y que, de haber sido ejercidas por medio de un lugar fijo de negocios, no se hubiera considerado este lugar como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones del tratado; o

(b) No ostenta dichos poderes, pero procesa habitualmente en el primer Estado Contratante, por cuenta de la empresa, bienes o mercancías mantenidas en este último por esta empresa, siempre que dicho procesamiento sea realizado utilizando activos proporcionados, directa o indirectamente, por esta empresa o por cualquier empresa asociada.

Respecto de las aseguradoras el TEDT MX-EUA considera que una empresa aseguradora de un Estado contratante tiene, salvo por lo que concierne a los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado contratante si recauda primas en el territorio de este país o si asegura contra riesgos situados en él por medio de una persona distinta de un agente independiente.

Finalmente, el TEDT MX-EUA no asume que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante solo por ejecutar sus actividades por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que estas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad y que, en sus relaciones comerciales o financieras con dicha empresa, no estén unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían generalmente acordadas por agentes independientes.

Existe una salvedad importante prevista en el párrafo ocho del TEDT MX-EUA, consistente en calificar que el hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante, o que realice actividades en este otro país (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.

Hasta aquí el TEDT MX-EUA deja en claro que, el establecimiento permanente debe tener la característica de permanencia en cuanto a localización, por lo que la noción se debe de entender desde la perspectiva del lugar fijo en donde se desarrolla la actividad.

Ahora bien, la normatividad fiscal internacional se ha renovado y la noción de establecimiento permanente no solo comprende el espacio físico, fijo y tangible en donde se desarrolla la actividad del residente en el extranjero, sino que se ha extendido a todos los lugares donde se lleven a cabo actividades, sin considerar al espacio físico (territorio) como una limitante, como puede advertirse de la lectura a la acción 7 BEPS (Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios) que se ocupa de algunas particularidades al respecto, cuestión que implica, entre otras situaciones, una respuesta a estrategias basadas en la elusión o aprovechamiento de la condicionante de un espacio físico (paraísos fiscales o negocios digitales).

El establecimiento permanente es un accesorio o ficción de carácter fiscal internacional que recibe la entidad económica quien, sin ser sujeto de beneficios internacionales como contribuyente, recibe un tratamiento, solo a nivel doméstico, como tal. Al establecimiento permanente se le revis-

te de todas las características de un sujeto contribuyente de los beneficios del Derecho fiscal internacional, más no al grado de incluirse como sujeto de beneficios internacionales. Se trata de una institución establecida como mecanismo para reconocer que, con la globalización, la intervención de un contribuyente en un país distinto al de su residencia merece un tratamiento fiscal adecuado.

2. Identificación del problema

Los convenios, modelos, acuerdos, comentarios, reservas y protocolos que se refieren y consideran el concepto de establecimiento permanente a nivel internacional son de diversa índole y numerosos, pues son distintos los casos e intereses de quienes se ven afectados por los criterios. Las múltiples circunstancias en las que se han emitido y el diferente grado de poder impositivo y desarrollo económico de los países, organismos e instituciones que las desarrollan e implementan no será materia de este documento.

No obstante, es necesario que recordemos y tengamos presente, de la mano de lo que nos dice Avi Yonah Reuven S. (1996), que el régimen internacional de tributación es un milagro defectuoso o un juego de suma cero: lo que un país gana e ingresos tributarios, lo pierde el otro con el que celebra un tratado para evitar la doble tributación. Por ello, en el desarrollo de este apartado debemos tomar en consideración que cuando un establecimiento permanente entra en operación como entidad económica, es posible que dicho milagro se desvanezca porque, por la operación de esa entidad, ninguno de los países ganará ingresos tributarios.

El entendimiento del milagro citado se evidencia cuando agregamos, en el caso de México y Estados Unidos, el entorno previo al nacimiento de un régimen fiscal internacional tutelado por un tratado para evitar la doble tributación. Al respecto Robert F. Hudson, Jr. y Gregg D. Lemein (1995-1996) indican que, históricamente, las empresas estadounidenses se han enfrentado a importantes obstáculos financieros y legales para realizar negocios en Latinoamérica, entre otras cuestiones porque las economías de esta última han sufrido durante mucho tiempo una inflación rabiosa, monedas volátiles, deuda externa masiva y sofocantes burocracias gubernamentales.

Además, los países latinoamericanos han instrumentado barreras arancelarias sustanciales a las importaciones extranjeras y, en general, han sido hostiles con la inversión extranjera y han utilizado con frecuencia controles de cambio estrictos para restringir la repatriación de las ganancias de las subsidiarias locales a sus empresas matrices extranjeras.

Ahora bien, en términos del artículo 1º del TEDT MX-EUA dicho convenio “se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados Contratantes, salvo que en el propio Convenio se disponga otra cosa”. Lo anterior implica que los sujetos beneficiados por el tratado para evitar la doble tributación citado deben ser residentes o de ambos Estados contratantes. De hecho, esa es la premisa básica de todo tratado internacional para evitar la doble tributación.

Así, sobre el concepto de residencia atribuible a una entidad económica, el artículo 4o. del TEDT MX-EUA explica su significado como el elemento por el que una persona en virtud de la legislación de un país “esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de constitución o cualquier otro criterio de naturaleza análoga”.

Sin embargo, el TEDT MX-EUA no incluye dentro de la categoría de residencia a las personas que estén sujetas a imposición en ese país exclusivamente por la renta que obtengan procedente de fuentes de riqueza situadas en el citado Estado contratante. En otras palabras, subraya que el origen de la riqueza en un país no genera una residencia respecto de ese país.

En el seno de la premisa dada por la residencia como elemento base para aplicar los beneficios de un tratado para evitar la doble tributación se debe abordar el estudio del concepto de establecimiento permanente para determinar su lógica, alcance y reglas de operación.

Si bien en toda residencia se genera una fuente de riqueza (y por esto el TEDT MX-EUA excluye expresamente su confusión), es cierto que esta no implica necesariamente a la primera. Pero en sentido contrario, también es posible que, existiendo una residencia, la fuente de riqueza pueda no suscitarse en el país de esa residencia o bien, que la citada fuente se configure en otros países. En otras palabras, por su naturaleza mercantil es posible y viable que las entidades económicas se desarrollen y repliquen a nivel multinacional y en tal medida, tales “reproducciones” pueden tener como consecuencia la generación de nuevas fuentes de riqueza, al tiempo que estas pueden ser (o no) vinculadas a otra u otras entidades respecto de las que sí exista residencia.

Debemos anotar que el conflicto de calificación para determinar la existencia de la residencia de dos o más Estados contratantes no es materia de este documento. Por otro lado, es importante manifestar que, de acuerdo con el TEDT MX-EUA, cuando en virtud de las disposiciones relativas a la residencia alguien que no sea persona física sea residente de ambos Estados contratantes, no se considerará residente de ninguno para los efectos del convenio.

De todo lo anterior surgen ciertas dudas que a la vez se identifican como el problema a resolver: (i) ¿el establecimiento permanente goza de los beneficios de un tratado? O en otras palabras, los beneficios de un tratado aplicables al establecimiento permanente ¿son idénticos a los beneficios que recibe un residente? (ii) ¿el establecimiento permanente es considerado como un sujeto de tributación internacional (existe sujeción)?

3. *¿Qué es un establecimiento permanente de acuerdo con los modelos de la ONU y de la OCDE?*

El Modelo de la ONU se basa en lo establecido por el Modelo OCDE y nos referiremos al primero para tener una idea exacta de lo que ambos han fijado en torno al establecimiento permanente. La propia Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo (2011) indica qué exponen ambos en relación con establecimiento permanente, a saber:

- Deben transcurrir seis meses para que las obras o los proyectos de construcción se consideren establecimientos permanentes, no 12 meses como en la Convención modelo de la OCDE, requisito que se hace extensivo expresamente a los proyectos de montaje, así como a las actividades de inspección relacionadas con las obras o los proyectos de construcción, instalación o montaje.
- La prestación de servicios por una empresa por intermedio de sus empleados o de otro personal se considera establecimiento permanente si las actividades prosiguen durante un total de más de 183 días dentro de cualquier periodo de 12 meses que comience o termine en el año fiscal considerado.
- El artículo 14 (Servicios personales por cuenta propia) se ha mantenido, mientras que en la Convención modelo de la OCDE el artículo 14 se ha suprimido y el artículo 5 trata de los casos que anteriormente se consideraban en relación con el concepto de “centro fijo” de ese artículo. Como se señala más adelante, si bien en la Convención modelo de las Naciones Unidas se ha mantenido el artículo 14, el presente comentario proporciona orientación a aquellos países que no desean incluir un artículo como ese en sus acuerdos fiscales bilaterales.

- En la lista del párrafo 4 de lo que se estima que no constituye un establecimiento permanente (a la que se alude generalmente como la lista de “actividades de carácter preparatorio y auxiliar”) no se hace mención de “entrega” en la Convención modelo de las Naciones Unidas, pero sí se menciona en la Convención modelo de la OCDE. Por consiguiente, una actividad consistente en entrega podría resultar en establecimiento permanente de conformidad con la Convención modelo de las Naciones Unidas, sin que lo sea según la Convención modelo de la OCDE.
- Las actividades de un “representante dependiente” pueden constituir un establecimiento permanente, incluso sin que tenga ni habitualmente ejerza la facultad de celebrar contratos en nombre de la empresa, si esa persona mantiene habitualmente existencias de bienes o mercancías y realiza regularmente entregas de los bienes o mercancías en existencia.
- Hay una disposición especial que especifica cuándo se crea un establecimiento permanente en el caso de una empresa aseguradora; en consecuencia, es más probable que exista un establecimiento permanente de conformidad con el criterio de la Convención modelo de las Naciones.
- Un representante independiente que actúe en calidad de tal normalmente no creará un establecimiento permanente para la empresa que hace uso del representante, porque ese agente estará efectivamente realizando su propia actividad comercial al prestar un servicio. Como en el caso de la Convención modelo de la OCDE, la Convención modelo de las Naciones Unidas indica que no se considera que un agente que dedique todo o casi todo su tiempo a un cliente determinado y que no trate con el cliente guardando las distancias tiene la independencia necesaria.
- El concepto de “establecimiento permanente” se utiliza en acuerdos fiscales bilaterales para determinar el derecho de un Estado Contratante de gravar los beneficios de una empresa del otro Estado Contratante. Concretamente, los beneficios obtenidos por una empresa en un Estado Contratante son gravables en el otro Estado Contratante solo si la empresa mantiene un establecimiento permanente en este último y en la medida en que los beneficios se puedan atribuir al establecimiento permanente. El concepto de establecimiento permanente se encuentra en las primeras convenciones modelo, entre

ellas las convenciones modelo de 1928 de la Liga de las Naciones. La Convención modelo de las Naciones Unidas reafirma el concepto.

Como se observa, no hay inconveniente por parte de la ONU en reconocer que su actual modelo se basa en lo establecido por la OCDE y aunque dichos organismos tienen naturalezas distintas, coinciden en los principios generales en los que se deben elaborar los modelos para evitar la doble imposición.

Así mismo tiene especial importancia el tiempo que debe durar la realización de determinadas actividades económicas para considerar que una operación se ejecuta a través de un Establecimiento Permanente.

Es particularmente notoria la justificación que se hace de la razón del establecimiento permanente en los modelos internacionales para evitar la doble tributación, considerando para ello que “es un derecho de los estados gravar los beneficios que genera un ente de otro estado con quien se celebra el tratado”, cuyo antecedente más añejo data de 1928, acogido en ese entonces por la Liga de las Naciones a través de su modelo, derecho que se reafirma en el presente instrumento.

No debemos pasar por alto que, conforme a la traducción del Modelo OCDE realizada por el Instituto de Estudios Fiscales (2017), ahora se adicionan comentarios relevantes para abordar situaciones novedosas respecto del establecimiento permanente.

En efecto, según el Modelo OCDE, en lo relativo al comercio electrónico el establecimiento permanente ha generado nuevos debates. Del párrafo 122 al 131 de los comentarios al artículo 5° del Modelo OCDE se indica que el uso de equipos informáticos situados en un país para efectuar operaciones de comercio electrónico puede generar, bajo ciertas circunstancias, un establecimiento permanente y lo mismo sucede con la explotación de servidores para alojar sitios web. Las peculiaridades y especificaciones relativas a lo anterior superan el objeto de este estudio y pueden ser materia de nuevas reflexiones sobre el tema en una investigación diversa.

4. *El establecimiento permanente en la legislación mexicana*

La primera referencia que encontramos sobre el establecimiento permanente en la legislación nacional está en la Ley del Impuesto Sobre la Renta publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de diciembre de 2013, cuyo artículo segundo dispuso que puede ser cualquier lugar de negocios en el

que se desarrollen, parcial o totalmente, actividades empresariales o incluso en el que se presten servicios personales independientes. La norma también enlista, hablando de lugar de negocios u otras opciones físicas: las sucursales, agencias, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, minas, canteras o cualquier sitio de exploración, extracción o explotación de recursos naturales.

Sin embargo, la legislación fiscal de nuestro país no reduce el concepto de establecimiento permanente al “lugar de negocios”, en virtud de que este también puede ocurrir cuando un residente en el extranjero actúa en México a través de una persona física o moral, distinta de un agente independiente. En tal caso habrá establecimiento permanente en el país en relación con todas las actividades que dicha persona física o moral realice para el residente en el extranjero, aun cuando no exista un lugar de negocios en territorio nacional, si dicha persona concluye habitualmente contratos o desempeña habitualmente el rol principal que lleve a la conclusión de contratos celebrados por el residente en el extranjero y estos en los términos que precisa la legislación.

Otro caso en el que el lugar de negocios como “espacio físico” no es necesario para provocar la existencia del establecimiento permanente es cuando un residente en el extranjero realiza actividades empresariales en el país a través de un fideicomiso. En esa situación, se considerará como lugar de negocios de dicho residente el lugar en que el fiduciario ejerza tales actividades y cumpla por cuenta del residente en el extranjero con las obligaciones fiscales derivadas.

También se considera que existe establecimiento permanente cuando una empresa aseguradora residente en el extranjero percibe ingresos por el cobro de primas dentro del territorio nacional u otorga seguros contra riesgos situados en él, por medio de una persona distinta de un agente independiente, lo que exceptúa al reaseguro.

La Ley del Impuesto sobre la Renta también asume que un residente en el extranjero tiene un establecimiento permanente en el país cuando actúa en el territorio nacional a través de una persona física o moral que sea agente independiente si este no opera en el marco ordinario de su actividad.

Para esos efectos, la norma considera que un agente independiente no actúa en el marco ordinario de sus actividades, entre otros, cuando se ubica en cualquiera de los siguientes supuestos: (i) tenga existencias de bienes o mercancías con las que efectúe entregas por cuenta del residente en el extranjero; (ii) asuma riesgos del residente en el extranjero; (iii) actúe sujeto a instrucciones detalladas o al control general del residente en el ex-

tranjero; (iv) ejerza actividades que económicamente corresponden al residente en el extranjero y no a sus propias actividades; (v) perciba sus remuneraciones independientemente del resultado de sus actividades; (vi) efectúe operaciones con el residente en el extranjero utilizando precios o montos de contraprestaciones distintos de los que hubieran usado partes no relacionadas en operaciones comparables.

En el mismo sentido, la norma presume que una persona física o moral no es un agente independiente cuando actúa exclusiva o casi exclusivamente por cuenta de residentes en el extranjero que sean sus partes relacionadas.

Para el caso de servicios de construcción de obra, demolición, instalación, mantenimiento o montaje en bienes inmuebles, o por actividades de proyección, inspección o supervisión relacionadas con ellos, la legislación indica que se considerará que existe establecimiento permanente solo cuando los mismos duren más de 183 días naturales, consecutivos o no, en un periodo de doce meses. Debe hacerse notar que cuando el residente en el extranjero subcontrate con otras empresas los servicios relativos a la construcción de obras, demolición, instalaciones, mantenimiento o montajes en bienes inmuebles, o por actividades de proyección, inspección o supervisión relacionadas con ellos, los días utilizados por los subcontratistas en el desarrollo de estas actividades se adicionarán, en su caso, para el cómputo del plazo mencionado.

Finalmente, la normatividad nacional indica que al establecimiento permanente le serán atribuibles como ingresos los provenientes de la actividad empresarial que desarrolle o los ingresos por honorarios y, en general, por la prestación de un servicio personal independiente, así como los derivados de enajenaciones de mercancías o de bienes inmuebles en territorio nacional, efectuados por la oficina central de la persona, por otro establecimiento de esta o directamente por el residente en el extranjero, según sea el caso. Sobre dichos ingresos se deberá pagar el impuesto en los términos de los Títulos II o IV de esta Ley, según corresponda. También serán ingresos atribuibles a un establecimiento permanente en el país los que obtenga la oficina central de la sociedad o cualquiera de sus establecimientos en el extranjero, en la proporción en que dicho establecimiento permanente haya participado en las erogaciones incurridas para su obtención.

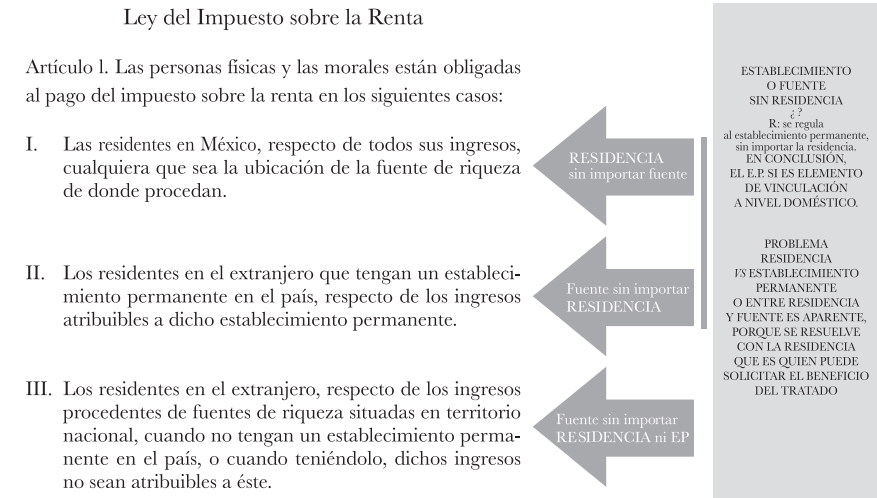
En conclusión, el establecimiento permanente establecido en la Ley del Impuesto Sobre la Renta es cualquier lugar en el que se desarrollen las actividades empresariales y de servicios personales independientes, pero también aquel en el que ocurre la explotación de cualquier tipo de recursos naturales. Esta última característica ha sido un elemento reiterativo en muchas

de las inversiones provenientes del extranjero sobre los recursos naturales de nuestro país.

Ahora bien, considerando que el establecimiento permanente es la extensión de una persona, es decir, una abstracción que propone la prolongación de la misma, también se reconoce que cuando un residente en el extranjero actúa en México a través de una persona física, bajo determinadas particularidades, se reconocerá a esta como un establecimiento permanente del residente en el extranjero en todo lo que corresponda a las actividades que realice para aquel y que incida en términos impositivos, todo ello a nivel local.

El artículo 1° de la Ley del Impuesto sobre la Renta regula también elementos en los que el establecimiento permanente recibe un tratamiento que se sincroniza con la visión internacional. Lo anterior puede explicarse en esta imagen:

FIGURA 1.



FUENTE: elaboración propia.

De lo revisado hasta ahora puede apuntarse que el establecimiento permanente es una institución regulada en la normatividad fiscal como respuesta a las situaciones de hecho que ameritan ser fiscalizadas. El establecimiento permanente es una extensión de un residente en el extranjero que actúa en territorio nacional de diferentes formas, algunas muy claramente iden-

tificadas y otras porque el residente en el extranjero cuenta en nuestro país con un “lugar de negocios en donde realiza actividades empresariales o profesionales”.

La imposición recaudatoria indica que en el establecimiento permanente la ley genera un vínculo de sujeción. El establecimiento permanente es un sujeto de contribución a nivel local o una entidad económica que opera como un contribuyente, independientemente de la existencia de la personalidad jurídica de quien contribuye.

No obstante, como puede advertirse en la imagen reproducida, la residencia y el establecimiento permanente son dos categorías que no se subsumen y no son idénticas. Para efectos de la legislación doméstica ambas son categorías diferenciadas que coinciden en que generan sujeción para efectos de tributación local. Sin embargo, los tratados internacionales no reconocen de la misma manera al establecimiento permanente como entidad económica que pueda reclamar la aplicación de los beneficios de un tratado a su favor. Por el contrario, ese derecho corresponde a la entidad económica residente.

5. *La Suprema Corte y el establecimiento permanente*

Al tratarse de un acuerdo firmado por México desde hace algunos años, podría considerarse que dichas disposiciones en algún momento se han sometido al análisis del Poder Judicial de la Federación, pero no es el caso.

La siguiente tesis aislada es el precedente más relevante de los pocos en torno al establecimiento permanente. Se trata de un criterio resuelto el 13 de julio de 2005 por la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

RENTA. EL ARTÍCULO 195, PÁRRAFO QUINTO Y FRACCIÓN I, INCISO C), DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE EN 2003, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA. Para efectos de la legislación mexicana, un residente en el extranjero no se encuentra en las mismas circunstancias que los residentes en México o los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en México, en virtud de que los primeros no acumularán los ingresos obtenidos por la adquisición del derecho de crédito, pues el citado precepto establece la retención y entero del impuesto en una sola emisión, esto es, se calcula conforme a lo previsto en ese numeral y se entrega dentro de los 15 días siguientes

a la adquisición del derecho de crédito, precisamente porque no se acumula, lo cual ocurre porque los demás ingresos del residente en el extranjero se rigen por las legislaciones fiscales del país en que resida, no así por la Ley del Impuesto sobre la Renta aplicable en la República Mexicana; en cambio, tratándose de residentes en el territorio nacional o residentes en el extranjero con establecimiento permanente en México, la señalada ley les otorga un tratamiento distinto porque tendrán que sujetarse, en cuanto a sus demás ingresos originados en el país, a lo previsto por dicha ley. En congruencia con lo anterior, se concluye que el artículo 195, párrafo quinto, fracción I, inciso c), de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en 2003, no viola el principio de equidad tributaria contenido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que está plenamente justificado el trato diferente que otorga a los residentes en el extranjero que adquieren derechos de crédito respecto de los que residen en México o en el extranjero pero con establecimiento permanente en el país, pues de lo contrario se crearía una desigualdad jurídica no justificable al tratarse de contribuyentes que no se encuentran en la misma situación jurídica.

Época: Novena Época, Registro: 176154, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Enero de 2006, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: 1a. CXCII/2005, Página: 739.

Amparo en revisión 308/2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

IV. ALCANCE Y ENTENDIMIENTO DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN CELEBRADO ENTRE MÉXICO Y ESTADOS UNIDOS

Expresado lo anterior, ahora podemos referirnos al decreto de promulgación del Convenio entre los gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos y Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de Impuestos Sobre la Renta, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día tres de febrero de 1994, para resolver las cuestiones planteadas en el apartado 3.2 de este documento.

En el TEDT MX-EUA se indica qué se entiende por establecimiento permanente en el artículo 5. A efectos del citado convenio, la expresión

“establecimiento permanente” significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad. El tratado abunda y señala que comprende, en especial: a) las sedes de dirección; b) las sucursales; c) las oficinas; d) las fábricas; e) los talleres; f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

Para el convenio, el término “establecimiento permanente” también incluye una obra o construcción, o un proyecto de instalación o montaje, o las instalaciones o plataformas de perforación o barcos utilizados en la exploración o explotación de recursos naturales, o las actividades de supervisión relacionadas con ellas, pero solo cuando dicha obra, construcción o actividad dure más de seis meses.

Como excepción, el TEDT MX-EUA considera que el término “establecimiento permanente” no incluye: a) el uso de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; c) el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; d) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; e) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de hacer publicidad, suministrar información, realizar investigaciones científicas o preparar la colocación de préstamos, o desarrollar actividades similares que tengan carácter preparatorio o auxiliar, para la empresa; f) el mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin del ejercicio combinado de las actividades mencionadas en los apartados a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios conserve su carácter auxiliar o preparatorio.

Ahora bien, no obstante la caracterización general del establecimiento permanente, cuando una persona —distinta de un agente que goce de un estatuto independiente— actúe en un Estado contratante por cuenta de una empresa del otro Estado contratante, se considerará que esta tiene un establecimiento permanente en el primero respecto de todas las actividades que esta persona realiza por cuenta de la empresa, si dicha persona: a) ostenta y ejerce habitualmente en este Estado contratante poderes que la facultan para concluir contratos en nombre de la empresa, a menos que las actividades de esta persona se limiten según lo indica el TEDT MX-EUA y que, de haber sido ejercidas por medio de un lugar fijo de negocios, no se hubie-

ra considerado este lugar como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de este párrafo; o b) no ostenta dichos poderes pero procesa habitualmente en el primer Estado contratante, por cuenta de la empresa, bienes o mercancías mantenidas en este Estado contratante por esta empresa, siempre que dicho procesamiento sea realizado utilizando activos proporcionados, directa o indirectamente, por esta empresa o por cualquier otra asociada.

Hasta aquí es prudente resaltar que el TEDT MX-EUA observa y registra que, además de los contribuyentes residentes de cada Estado, existe otro tipo de entidades económicas que ameritan un reconocimiento en el propio convenio internacional, dado que operan y actúan al amparo de los propios sujetos contribuyentes con reconocimiento transnacional. Ello se advierte cuando el texto de la norma en revisión indica que la actuación del establecimiento permanente puede realizarse al amparo y por cuenta de otra empresa del otro Estado contratante. En otras palabras, el propio TEDT MX-EUA inspecciona y habilita la posibilidad de que, dadas las necesidades económicas internacionales, otro tipo de entidades como el establecimiento permanente reciban un tratamiento fiscal internacional a efectos del tratado.

El TEDT MX-EUA también considera que una empresa aseguradora de un Estado contratante tiene, salvo por los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado contratante si recauda primas en el territorio de este o si asegura contra riesgos situados en él por medio de una persona distinta de un agente que goce de un estatuto independiente.

No obstante, el TEDT MX-EUA considera que una empresa no tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante solo por realizar sus actividades por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente que goce de un estatuto independiente, siempre que estas actúen dentro del marco ordinario de su actividad y que, en sus relaciones comerciales o financieras con dicha empresa, no estén unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían generalmente acordadas por agentes independientes.

Finalmente, conforme al TEDT MX-EUA, que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante, o que realice actividades en este otro (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí sola a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.

De lo transcrito se advierte que tanto el TEDT MX-EUA como los modelos de la ONU y de la OCDE coinciden en vincular en el establecimiento permanente a un lugar físico donde se llevan a cabo negocios o actividades económicas, de modo que tal característica de “lugar” es la nota definitoria de la institución.

Debemos reflexionar de lo transcrito hasta ahora que la regulación del establecimiento permanente resulta benéfica en el TEDT MX-EUA para Estados Unidos de América, en tanto desvincula en ciertas hipótesis la posibilidad de actualizar su configuración, pues las mismas no están consideradas en el Modelo de la OCDE o, en todo caso, son mucho más restringidas.

Como hemos indicado, solo los sujetos no residentes son quienes naturalmente pueden operar a través de los establecimientos permanentes en otros países (pues de otro modo serían residentes). En otras palabras, como entidad económica un establecimiento permanente siempre (o al menos se entiende como deber) está vinculado a otra entidad económica con residencia, pero sin tenerla en el Estado contratante en el que opera.

De ello surge que, en tanto el establecimiento permanente como entidad económica guarde relación o vínculos con otra, para la continuidad de la aplicación del TEDT MX-EUA será necesario que dicha entidad sea residente de alguno de los Estados contratantes. Se trata de una cuestión inherente a la aplicación del convenio internacional, pero es relevante examinarla para su pleno entendimiento.

En relación con lo anterior, por una parte tenemos el caso en que una entidad económica que opere como establecimiento permanente cumpla los requisitos de residencia en el país donde está asentado, pero que, determinado ello, esté en contraposición a otra entidad económica que dispute esa residencia (que también alegue ser residente, siendo establecimiento permanente o no), caso en el que existiría un conflicto en materia de residencia y para el caso el TEDT MX-EUA (y en general los tratados internacionales) prevé mecanismos de resolución.

En caso de que un supuesto establecimiento permanente sea residente y esto entre en contradicción con otra entidad económica análoga que no deba ser considerada residente, habrá que determinar cuál de las dos lo es; al respecto, los tratados prevén alternativas.

Por otro lado, y quizá más importante, encontraremos el caso en el que una entidad económica que actúa como establecimiento permanente esté vinculada a otra que es residente de un tercer país distinto a los ligados por el TEDT MX-EUA. Entonces los ingresos gravados a nivel doméstico

por uno de los Estados contratantes y el pago del impuesto realizado por dicho establecimiento permanente no podría ser objeto de reconocimiento en ese tercer país al amparo del propio TEDT MX-EUA.

V. LA RESIDENCIA Y EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE: DILUCIDANDO DUDAS

Ahora conviene reflexionar la forma en que operan los beneficios de un tratado internacional a través de lo que detona la invocación de su aplicación. Lo relevante para que esta sea oportuna es la existencia de la residencia del sujeto que aduce el beneficio otorgado por el tratado. Es decir, un contribuyente sujeto a cierta residencia puede alegar, en el Estado contratante al que corresponde dicha residencia, no tener que pagar nuevamente un impuesto que ya sufragó en el Estado contratante donde genera el ingreso.

Por eso el eje de la discusión suele centrarse en determinar la residencia de la entidad económica, en virtud de que, resuelto lo anterior, será posible establecer el tratado fiscal bajo cuyo régimen será viable evitar la doble tributación. Así, la residencia fiscal es la pauta para adquirir la categoría de sujeto internacional de contribución o contribuyente internacional.

Por otro lado, el establecimiento permanente es una institución de derecho fiscal internacional que no genera residencia fiscal internacional. De hecho, la condición *sine qua non* del establecimiento permanente es que exista un sujeto de obligación tributaria internacional (un residente) al amparo del cual celebra operaciones y realiza actividades. Si la sujeción internacional se determina por la residencia es necesario observar si la operación de un establecimiento permanente da origen a la residencia, ya que, sin la residencia atribuida a algún Estado contratante de un tratado para evitar la doble tributación internacional, no puede surgir la sujeción tributaria internacional del contribuyente, ni pueden arrogársele los beneficios derivados del tratado.

Ahora bien, tampoco es posible derivar beneficios internacionales a quien no cuenta con sujeción internacional por carecer de residencia, como ocurre con los establecimientos Permanentes, precisamente porque no gozan de residencia. Sobre ello conviene aclarar, no obstante, que las legislaciones domésticas otorgan el tratamiento de residentes a los establecimientos permanentes o le asimilan los derechos y obligaciones al grado de equipararlos a los de un residente, sin que expresamente se disponga que lo sean. En esta última situación radica la relevancia de este documen-

to, ya que el tratamiento que como residente puede recibir un establecimiento permanente no es, por ningún motivo, la residencia misma.

El sujeto de tributación internacional es el beneficiario del sistema de rentas mundiales de imposición, por ello es el contribuyente quien deberá acreditar ser residente de un Estado contratante o quien tendrá que comprobar que cumple con los lineamientos internacionales para considerarse como tal, incluso si existe una contradicción respecto de otro Estado contratante que dispute la residencia.

Sin embargo, es relevante cuestionar qué ocurre con los ingresos atribuibles al establecimiento permanente para efectos de tributación internacional, si bien no corresponden a los de un residente por lo que sea posible que dicho establecimiento permanente pueda aducir la aplicación de un tratado internacional (especialmente cuando estos provienen de otro Estado), lo real es que las legislaciones domésticas permiten el trato tributario de cualquier residente: acumulan ingresos y restan deducciones. Y al final del proceso, según cada legislación, pagan impuestos conforme al lugar de la residencia asimilada.

En esa tesitura, los ingresos fiscales que hayan causado el pago de impuestos por cuenta del establecimiento permanente no deben, por su naturaleza, implicar un nuevo gravamen para la entidad que detenta la residencia a la que se vincula el citado establecimiento permanente, pues ello derivaría en un doble gravamen de carácter internacional. Así, la lógica del beneficio de un tratado para evitar la doble tributación se extiende al caso de un establecimiento permanente que a su vez opera como una fuente de riqueza para la entidad económica residente a quien puede remitir nuevamente dicho ingreso (por el que ya pagó impuestos).

Para comprender lo anterior no se debe perder de vista que un establecimiento permanente, al ser accesorio de una entidad o empresa de un país extranjero, cumple una finalidad muy sencilla: cubrir sus impuestos por los beneficios que obtiene de actividades económicas realizadas afuera de su territorio en la nación en la que opera.

Con lo expresado hasta ahora es posible retomar las dudas manifestadas, para luego dar paso a otras reflexiones. En principio habíamos cuestionado si el establecimiento permanente gozaba de los beneficios de un tratado. La respuesta puede ser compleja pero indubitable: no porque no es sujeto de derecho internacional, sin embargo, dado que un establecimiento permanente como entidad económica se suele vincular con otro en el cual podría existir residencia, esta última podría gozar de los beneficios de un

tratado a través del reconocimiento de los impuestos pagados por el establecimiento permanente.

La pregunta es pertinente porque el establecimiento permanente no deja de ser una entidad económica que prácticamente puede operar de manera paralela y muy semejante a cualquier otra que cuente con residencia fiscal. La diferencia entre aquel y esta radica en que en el primer caso no habrá residencia fiscal. No obstante, la ausencia de una residencia con reconocimiento internacional impide al establecimiento permanente aducir los beneficios de un tratado.

En el caso mexicano, cuando el artículo 1o., fracción II, de la Ley del Impuesto sobre la Renta reconoce que un establecimiento permanente existe bajo la premisa de la existencia de otra entidad con residencia en otro país, la respuesta se simplifica. El residente en el extranjero, de quien se deriva el establecimiento permanente, puede aducir el beneficio del tratado respecto de los ingresos atribuibles al establecimiento permanente por los que, adicionalmente, ya se pagaron impuestos (siempre que exista tratado con el país extranjero de la residencia).

No obstante, la fracción referida no debe leerse en el sentido de que el establecimiento permanente genera residencia y por ello puede solicitar los beneficios de un tratado para evitar doble tributación por los ingresos que obtenga con fuente de riqueza en otros países, sino en el sentido de que la riqueza generada por tal establecimiento permanente no debe tributar nuevamente en el lugar de residencia del extranjero. En otras palabras, el residente tiene los beneficios respecto de los ingresos generados por su establecimiento permanente.

Así, los posibles beneficios de un tratado para el establecimiento permanente se circunscriben al hecho natural de no tener que sujetarse a una doble tributación una vez que los recursos que genera son remitidos a la matriz que goza de la residencia. Es decir, si el establecimiento permanente en su calidad de residente “análogo” debe pagar impuestos en la jurisdicción en la que opera resulta obvio que el tratado internacional cubre el derecho del residente para que la riqueza generada por el establecimiento permanente no deba sufragar impuestos nuevamente en el país de la residencia. Visto así, se puede confirmar que en realidad el derecho corresponde al sujeto que goza de la residencia a efectos internacionales.

Los beneficios de un tratado aplicables al establecimiento permanente no son idénticos a los que recibe un residente, quien puede aducir que lo pagado en el extranjero (incluso vía un establecimiento permanente) no debe ser objeto de nuevo gravamen y pago de impuesto en el país de residencia.

El establecimiento permanente tiene como beneficio derivado de operar, por virtud del tratado y del principio de no discriminación, ser considerado como residente del país en el que se generan los ingresos o la riqueza. La asimilación, sin embargo, no implica la posibilidad de reclamar el no pago por otros ingresos del extranjero como el residente podría solicitar.

Así, un establecimiento permanente no goza de los efectos de un tratado internacional para evitar la doble tributación derivados de una residencia. El establecimiento permanente se rige por lo indicado en los tratados para evitar la doble tributación en lo relativo a su régimen, pero por otro lado, dichos efectos no pueden extenderse al grado de equipararlos con aquellos que corresponden a un residente, pues entonces la distinción entre residente y establecimiento permanente carecería de sentido.

Finalmente, habíamos planteado la segunda interrogante ¿el establecimiento permanente es considerado como un sujeto de tributación internacional (existe sujeción)? Esta cuestión amerita una respuesta más elaborada.

En primer término, los tratados internacionales y en particular el TEDT MX-EUA permite a cada Estado contratante la plena potestad impositiva exclusiva para gravar los ingresos derivados de las actividades económicas llevadas a cabo en su territorio. Lo anterior opera por disposición internacional expresa contenida en dicho tratado. En tal tesitura, el establecimiento permanente es una institución que puede ser calificada como sujeto por cada una de las legislaciones domésticas. Pero, por otro lado, no adquiere el carácter de sujeto de beneficios internacionales porque ese lo ostenta el residente relacionado con el propio establecimiento permanente.

La sujeción tributaria de un establecimiento permanente a nivel doméstico ocurre por la propia legislación doméstica y en virtud de lo autorizado por el tratado internacional. El establecimiento permanente es susceptible de contribuir conforme a la legislación doméstica de cada país, pero en realidad con el establecimiento permanente no hay sujeto —explícito— de beneficio internacional. El establecimiento permanente solo genera un vínculo tributario con un Estado contratante porque lo relevante es la fuente de riqueza que genera para la relación tributaria, que más adelante podría verse reflejada a favor de un residente.

VI. REFLEXIONES FINALES

Durante las últimas décadas y cada vez con mayor frecuencia los Estados de la comunidad internacional, a través de sus diversas organizaciones, tra-

bajan arduamente en la elaboración y adecuación de diversos tratados internacionales, modelos, comentarios a estos, reservas y diversos protocolos para llegar a un consenso en la creación de políticas fiscales y tributarias internacionales que satisfagan los intereses colectivos y procuren evitar la evasión fiscal.

El creciente desarrollo de operaciones comerciales entre México y Estados Unidos amerita una explicación exhaustiva del establecimiento permanente, no solo en cuanto a su concepto, sino también respecto de la forma en que opera. La ausencia de estudios prácticos y/o aplicados en casos concretos del establecimiento permanente puede provocar confusiones. El establecimiento permanente, desde una perspectiva panorámica, debe estudiarse a la luz de otras nociones complementarias que inciden en su configuración, como la residencia de la entidad económica desde la que surge la inversión que permite su actividad, ya que ello confirmará el tratado internacional aplicable al caso.

Así no sería posible aducir la aplicación del TEDT MX-EUA para el caso de un establecimiento permanente con un lugar en México cuya matriz o entidad económica que detona su actividad no es residente de Estados Unidos. En sentido contrario, si un establecimiento permanente opera en México teniendo como vínculo la inversión principal efectuada por un contribuyente en un país distinto a Estados Unidos con el que México haya celebrado un tratado para evitar la doble tributación, hará que sea aplicable el tratado de dicho país y no el TEDT MX-EUA. Finalmente la ausencia de un tratado internacional para evitar la doble tributación del lugar de residencia de la matriz hará que las actividades generadas por el establecimiento permanente establecido en México no encuentren beneficio fiscal alguno a nivel internacional.

Para comprender el establecimiento permanente es necesario conocer el tratamiento fiscal de la legislación doméstica en la que se ubica, pero también el origen de la entidad económica que como fuente de riqueza activa su operación y/u operatividad, lo cual puede ser sencillo, pero también suele complicarse por los elementos que podrían hacer parecer que tal inversión proviene de Estados Unidos.

Por último, que un establecimiento permanente sea contribuyente a nivel doméstico por las actividades atribuibles a la propia entidad, sigue dejando en duda la mecánica por la que los remanentes pueden ser remitidos a la entidad residente en el otro Estado contratante respecto del cual el establecimiento permanente tiene una relación comercial, de negocios o económica.

También queda sujeto a nuevas reflexiones la forma en que una entidad económica, en carácter de establecimiento permanente, podría quedar vinculada con otra que goce de residencia. Dado que el espectro normativo aplicable a los establecimientos permanentes queda dentro del ámbito de la libertad impositiva del Estado contratante en donde se regula, será necesario revisar los vínculos jurídicos o formas financieras o económicas que cada legislación doméstica podría exigir para relacionarlos.

La revisión del término establecimiento permanente sigue requiriendo nuevos estudios, como la calificación de la preponderancia de los ingresos provenientes del extranjero que puede percibir en tanto entidad económica, que puede depender de diversas entidades económicas residentes en el extranjero, tuteladas o no por un tratado internacional para evitar la doble tributación. Pero especialmente, en el caso del establecimiento permanente en el TEDT MX-EUA, son necesarias nuevas deliberaciones en lo relativo al comercio electrónico y la explotación de servidores con el propósito de alojar sitios web.

El comercio y transacciones internacionales tendrán resultados más firmes y consolidados en la medida en que los estados involucrados resuelvan y adopten medidas que proporcionen claridad y certeza en las operaciones de carácter internacional que trascienden al ámbito fiscal.

Mientras tanto, el mejor conocimiento de las instituciones y el aprovechamiento de las oportunidades que generan coadyuvará a los resultados referidos.

VII. REFERENCIAS

- BETTINGER GARCÍA CORNEJO, Herbert. (2015). Estudio práctico sobre los Convenios Impositivos para evitar la Doble Imposición. Tomo 1. México: Ediciones fiscales ISEF.
- BROWN, Patricia A. (2020). How hard can this be: The dearth of U.S. Tax Treaty with Latin America. *University of Miami Law Review*, 75, 359
- BYRNES, William H. et al. (2021). Tax havens of the world. Estados Unidos: Matthew Bender Elite Products.
- CALDERÓN AGUILERA, Héctor Alejandro y CALATAYUD VÁZQUEZ, Adolfo Enrique. (2016). El establecimiento permanente y diversas configuraciones. *Introducción a la Fiscalidad Internacional*, 57 a 101.
- Cámara de Senadores. (2018). Oficio con el que remite la Convención Multi-

lateral para Implementar las Medidas relacionadas con los Tratados Fiscales destinadas a Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, hecha en París, Francia, el veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis, así como sus reservas y notificaciones. 2 de marzo de 2021, de Gaceta del Senado Sitio web: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/86736.

Congreso de la Unión. (2013). Ley del Impuesto sobre la Renta. 28 de febrero de 2013, de Cámara de Diputados, LXIV legislatura. Sitio web: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_081220.pdf.

Consejo Mexicano de Normas de Información Financiera, A.C., (2020). Normas de Información Financiera. 2020, de Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Sitio web: Sin URL.

Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional (ICRICT). (2020). Reforma Fiscal Corporativa Internacional: hacia una solución completa y justa. 18 de enero de 2020, de El Trimestre Económico – Vlex. Sitio web: https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:MX+content_type:4/fiscalidad+internacional/by_date/p2/WW/vid/854292473.

DÍAZ LÓPEZ, Rosa María. (2020). Mecanismos procesales contemporáneos en la justicia administrativa. 19 de enero de 2021, de Vlex. Sitio web: [https://app.vlex.com/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+content_type:4/derecho+fiscal+internacional+NOT+\(penal+OR+nif\)/p10/WW/vid/842354056](https://app.vlex.com/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+content_type:4/derecho+fiscal+internacional+NOT+(penal+OR+nif)/p10/WW/vid/842354056).

FALCÓN, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvia. (2010). Derecho Fiscal Internacional. Madrid: Marcial Pons.

HUDSON, Robert F. y LEMEIN, Gregg D. (1995-1996). U.S. planning for the U.S. companies doing business in Latin America. *University of Miami Inter-American Law Review*, 27, 233.

Instituto de Estudios Fiscales (2017). Modelo Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Roal: Madrid.

KAUFMAN, Seth. (2006). Comment and case note: Mexican Tax Law in a post NAFTA world. *Law & Business Review of The Americas*, 12, 111.

KAYE, Tracy A. (2014). Innovations in the war on tax evasion. *Brigham Young University Law Review*, 363.

MONROY, Mauricio. (1998). Harmonizing the mexican tax system with the goals of North America Free Trade Agreement. *San Diego Law Review*, 35, 739.

OCDE. (2019). Acciones BEPS Desarrolladas en el contexto del Proyecto

BEPS de la OCDE / G20, las 15 acciones establecidas a continuación equipan a los gobiernos con reglas e instrumentos nacionales e internacionales para abordar la elusión fiscal, asegurando que las ganancias sean gravadas donde se realizan actividades económicas que generan ganancias y donde se crea valor. 2 de marzo de 2021, de OECD Sitio web: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>.

Organización de las Naciones Unidas. (2011). La Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo. 2 de marzo de 2021, de Naciones Unidas Sitio web: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf.

RAUVEN S., Avi-Yonah. (1996). The structure of international taxation: a proposal for simplification. *Texas Law Review*, 74, 1301.

RUBINGER, Jeffrey L. (2012). Repatriation of profit to Latin America: Who needs treaties! *Florida Bar Journal*, 86, 43.

VALADAO, Marcos y GALEB PORTO, Nara. (2004). MERCOSUR, NAFTA, FTAA and Its Effects in Federal Taxation of International Transactions Between the United States and Brazil: A Comparative Study. *Law and Business Review of the Americas*, 10, 705.

VICTORSON, Eric M. (2011). United State v UBS AG: Has the United States successfully cracked the vault to Swiss Banking Secrecy? *Cardozo International & Comparative, Policy & Ethics Law Review*, 19, 815.

LA FRACTURA HIDRÁULICA (*FRACKING*) EN TEXAS Y SU TRASCENDENCIA EN LOS PROYECTOS DE ESA TECNOLOGÍA EN MÉXICO SOBRE EL USO Y CONTROL DEL AGUA UTILIZADA

Susana Eugenia MÁRQUEZ BOY*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco contextual.* III. *La fractura hidráulica en Estados Unidos y en Texas orientada hacia la contaminación del agua utilizada.* IV. *El secreto industrial en normatividad de la fractura hidráulica en Texas.* V. *La fractura hidráulica en México sobre el uso y manejo del agua dulce utilizada en la fractura hidráulica.* VI. *Marco regulatorio de la fractura hidráulica en México.* VII. *Reglamentos relacionados con la fractura hidráulica.* VIII. *Normas oficiales mexicanas relacionadas con la fractura hidráulica.* IX. *Disposiciones administrativas, lineamientos y acuerdos.* X. *Conclusiones.* XI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, argumentaré, basándome en el enfoque del Derecho Comparado, respecto a los aportes que el marco normativo federal del derecho estadounidense, en general, y el de Texas en particular, han hecho respecto a la regulación del uso del agua fresca usada en el proceso extractivo llamado fractura hidráulica, generalmente conocida generalmente como fracking o fracing también usado con fines de cierre y para la estimulación artificial de pozos para la extracción de gas y/o petróleo presentes en las formaciones rocosas de lutitas (también llamados shale gas (SG) o shale oil respectivamente) y están ubicados en cuencas geológicas en Estados Unidos y América Latina.

* Abogada e internacionalista por la U.N.A.M, Masterando en Derecho Anglo Estadounidense, Abogada en Derecho Corporativo. Realizado bajo la supervisión y asesoría del Dr. Juan Javier del Granado.

Esos hidrocarburos objeto de explotación por el fracking, se encuentran asociados a los yacimientos de carbón mineral, por lo que son denominados también no convencionales por la normatividad y medios en Texas, y son llamados recursos terrestres no convencionales por los órganos reguladores mexicanos, específicamente por la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

No obstante, la implementación de esa técnica, requiere de enormes volúmenes de agua dulce, que constituye entre un 80% y un 90% de los fluidos fracturantes que resultan de su mezcla con elementos y sustancias, antes de ser inyectados, a alta presión, en las capas profundas del subsuelo.

La composición de los fluidos fracturantes que se mezclan con el agua dulce varía, aunque se han identificado hasta el momento en Estados Unidos de Norteamérica, en promedio, 250 sustancias y elementos con diferentes propiedades y acciones, que son inyectados a alta presión para penetrar el subsuelo rocoso y hacer fluir el gas (shale gas) (SG) y petróleo de esquisto.

Los efectos en la población y en el medio ambiente debido al fracking, si bien no han podido ser analizados de forma abierta y exhaustiva en Texas debido a la preeminencia del derecho estatal en materia de Derecho de Propiedad Industrial y Comercial sobre sus patentes, han sido documentados en ese y otros estados del vecino país del Norte.

En relación a ello, el argumento se enfocará, entre otros aspectos, a la preeminencia del derecho estatal de Texas sobre la normatividad federal estadounidense aplicable al uso del agua y a la regulación de su manejo, disposición final y temas relacionados en ese estado de la Unión Americana, y en México.

Al respecto, en el presente artículo se expondrá la forma en la que, en el estado de Texas el predominio de los intereses económicos de las empresas perforadoras ha prevalecido en su política estatal sobre la de los instrumentos federales en materia de regulación del agua de consumo y uso humanos y en materia ambiental en general.

El núcleo del debate entre las política de Texas y grupos ambientalistas y de ciudadanos han señalado parte de los efectos adversos conocidos hasta el momento. Incluso es importante mencionar su prohibición total dentro de Estados Unidos en los estados de Vermont y Nueva York, moratorias en Maryland y Baltimore, así como propuestas de estudios previos en otros más antes de continuar el otorgamiento de permisos, así como en su prohibición en países tales como Francia, Bulgaria, Irlanda del Norte, el Cantón de Friburgo de Suiza y, en Canadá, la provincia de Quebec estableció una moratoria para su explotación entre otros, así como la propuesta de una moratoria indefinida en España.

El uso, manejo y disposición del agua dulce en el estado de Texas es el tema en el que enfocaré algunos de los principales aspectos en un análisis comparativo de las aportaciones e instrumentos desarrollados en Texas, respecto al cuerpo mexicano mexicana para señalar áreas de oportunidad sobre la gestión ambiental del agua en proyectos de fractura hidráulica. El uso intensivo del gas natural en nuestro país y en el vecino país del Norte motiva esta reflexión.

En ese sentido, el objetivo general es el de encontrar las áreas de oportunidad para la revisión y actualización de la normatividad mexicana aplicable a la fractura hidráulica respecto al uso de agua dulce en procesos de fracking.

II. MARCO CONTEXTUAL

La fractura hidráulica o fracking comprende a un grupo de nuevas técnicas no convencionales que se emplean para explorar y optimizar la extracción de hidrocarburos (Miskims & Johnson, 2011).

Ese proceso es conocido indistintamente como fractura hidráulica, fracturación o fracturamiento hidráulico, vocablos derivados de las palabras fracing, fraccing, fracking frac'cing o hydrofracturing. Fue desarrollado inicialmente en Estados Unidos de América en 1947 y usado comercialmente a partir de 1949 y, a partir de las últimas tres décadas, bajo los argumentos de diversificación y autonomía energéticas, así como de impulso económico.

Se desarrolló originalmente en Texas, Estados Unidos, a partir de 1947, para facilitar la extracción del petróleo y gas, y ha sido usada de forma más intensiva y especializada, a partir de 1995, por el Ingeniero Steinberger en Texas, trabajador de la Compañía Mitchell Energy.

Actualmente, es la técnica extractiva de mayor uso en América del Norte. Se utiliza para la exploración y explotación de los llamados recursos no convencionales [(formaciones de gas de esquisto, también conocido como de lutitas o de pizarra (conocido como shale gas), (gas extraído de arenisca compacta) (tight sandstone) y gas metano del lecho de carbón (Coal Bed Methane) abreviado como (CBM), asociado a los yacimientos de carbón mineral](Miskims & Johnson, 2011).

Desde las seis décadas previas anteriores, y de forma intensiva, desde 1995 al presente, las técnicas de fractura hidráulica se han aplicado a algunas de las cuencas geológicas descubiertas hasta el momento en Estados Unidos. Para 2019, en México la fractura hidráulica como técnica de estimula-

ción y extractiva de hidrocarburos no convencionales se aplicaba ya en siete mil quinientos sesenta y siete pozos distribuidos en los estados de Coahuila, Chiapas, Nuevo León, Puebla, Tamaulipas, Tabasco y Veracruz de acuerdo con la información del Centro Nacional de Información de Hidrocarburos de la Comisión Nacional de Hidrocarburos.

El objetivo de este proceso es generar canales de conducción subterráneos mediante la inyección de agua a alta presión (mezclada con arena y compuestos químicos) con el fin de que la mezcla supere la resistencia de la roca y la fracture. A continuación, los hidrocarburos son captados y se hacen fluir hacia la superficie. De forma general, los pozos se perforan verticalmente hacia los yacimientos; una vez alcanzada la profundidad deseada (entre 1,000 y 2,500 metros en promedio), la perforadora gira 90 grados en sentido horizontal para generar fisuras debido a las grandes profundidades y características de baja permeabilidad de las formaciones rocosas en las que se encuentran almacenados esos recursos.

No obstante, la fractura hidráulica requiere un volumen inmenso de agua calculado entre 5 y 20 millones de litros por cada cabeza de pozo perforado y por cada fractura hidráulica. Esa agua no se reintegra al ciclo biológico y su tratamiento y disposición final tienen un alto costo. De la misma forma, el agua inyectada en el subsuelo con los fluidos fracturantes, ocasiona grietas en el subsuelo al horadar las formaciones rocosas, por lo que si no se instalan recubrimientos de acero y cemento, su filtración a los mantos freáticos constituye un riesgo que no ha sido considerado ni supervisado en nuestro país ante la falta de la revisión y actualización sobre ese tema.

Parte del fluido inyectado al subsuelo retorna a la superficie y en Texas es tratado como se aborda más adelante; sin embargo, más del 80% de ese fluido permanece en el subsuelo y no todas las empresas perforadoras construyen recubrimientos de concreto para evitar su filtración ni documentan o dan seguimiento a la reutilización, manejo y disposición final debido a los altos costos que representan esas acciones.

El Congreso federal estadounidense excluyó, desde 2005, a la fecha, de su competencia, a la fractura hidráulica en la Energy Policy Act de ese año sobre la ley de alcance federal denominada Estatuto de Agua de Consumo Humano (Safe Drinking Water Act) (SDWA), así como de la CFR (Commission of Federal Regulation).

De esa forma, la Safe Drinking Water Act fue enmendada y estipula desde entonces que queda exenta de su ámbito jurisdiccional la inyección subterránea de gases, materiales tales como arena, grava, bauxita y materiales físicos, fluidos y agentes químicos distintos de los derivados del diésel.

El caso de las acciones para promulgar la veda del *fracking* en la ciudad de Denton en Texas es importante para ilustrar la ausencia de la prelación federal en el desarrollo de las protestas y la prohibición que esa ciudad impuso temporalmente.

El conflicto surgido en esa ciudad entre las compañías extractivas por un lado y la población, sus representantes y activistas medioambientales concluyó en favor de las primeras en 2015, cuando el Gobernador de Texas, Gregg Abbot, promulgó un Estatuto que impide, a partir de esa fecha a los gobiernos municipales y de condados de ese estado, prohibir la fracturación hidráulica y promulgar ordenanzas relativas a los pozos de desecho del agua empleada en el proceso, entre otras disposiciones. Ese ordenamiento ha limitado los derechos de la población a conocer y participar en la regulación de los impactos medioambientales resultantes del fracking. Ello aún y cuando en 2011 Texas había aprobado un Estatuto para exigir que las compañías perforadoras hicieran públicas los compuestos y cantidades utilizadas en los fluidos para el proceso de fractura hidráulica, el cual no ha sido cumplido en todos sus alcances.

En relación al uso de esa técnica, de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), a partir de la década de 1970, en la que se hizo evidente la necesidad de una mayor rentabilidad de los pozos de hidrocarburos y el desgaste de las reservas de petróleo convencional, se comenzó a emplear en América Latina la perforación horizontal, mediante el uso de pozos con 80 grados de inclinación. Posteriormente, se inició su explotación mediante tecnologías de fractura hidráulica y del uso combinado de pozos verticales y horizontales y otras tecnologías para incrementar volúmenes y recursos de los llamados hidrocarburos no convencionales (Organización de Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina [CEPAL], 2011).

Estos últimos son el petróleo y gas de esquisto; se encuentran almacenados en formaciones geológicas de lutita detrítica (lutitas bituminosas, que generalmente se encuentran selladas a profundidades de entre mil y cinco mil metros o más) y constituyen un sistema pétreo de rocas arcillosas, orgánicamente ricas en hidrocarburos de baja permeabilidad, localizados en rocas reservorio de muy baja porosidad y de gran dureza (denominada formación compacta) que han generado, almacenado y sellado esos recursos energéticos, y que, por lo tanto, son hidrocarburos que no presentan movilidad natural hacia la superficie terrestre (Organización de Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina [CEPAL], 2011).

La ubicación geológica de los recursos no convencionales incentivó el desarrollo de las técnicas de fractura hidráulica para crear condiciones de permeabilidad desde la denominada matriz geológica, a los pozos, para su extracción ([CEPAL], 2011).

La fractura hidráulica ha sido aplicada, entre otros estados de la Unión Americana, en Texas, en las cuencas geológica Pérmica, situada entre los estados de Texas y Nuevo México, y las cuencas de Barnett, Haynesville e Eagle Ford, ubicadas asimismo en el mismo estado (Sánchez, 2019).

III. LA FRACTURA HIDRÁULICA EN ESTADOS UNIDOS Y TEXAS ORIENTADA HACIA LA CONTAMINACIÓN DEL AGUA UTILIZADA

La mayor parte del agua empleada en la fractura hidráulica permanece en el subsuelo, por lo que es de suma importancia el análisis y regulación de los agentes empleados en la formulación de los fluidos fracturantes que son mezclados con agua dulce, cuyos objetivos son el evitar la fricción, la acidificación y el de facilitar y acelerar la fracturación de los lechos rocosos durante el proceso.

Esos agentes son, entre otros, arena, gránulos de cerámica y otros materiales, sustancias, aditivos, hidroxetil celulosa, goma de guar, alcohol isopropilo, poliacrilamida, ácidos sulfúrico, hidrocloreídrico y cítrico para la disolución de minerales, biocidas, compuestos clasificados como pesticidas antimicrobianos, así como combinaciones de agentes químicos y radioactivos.

Los efectos nocivos conocidos hasta el momento de los fluidos usados han llevado a concluir que, “a pesar de su eficacia extractiva, la fractura hidráulica no es una práctica compatible con el desarrollo sustentable o sostenible” (Ackerman et al., 2016, p.13) entre otras, por las siguientes razones, en relación al uso del agua y la alta contaminación resultante de la fractura hidráulica, Ackerman (2016) afirma:

Cada pozo utilizado demanda entre 3,500 y hasta 25,000 metros cúbicos de fluido, de los cuales el 98% es agua y el 2% restante de arena mezclada con sustancias químicas que sirven como anticorrosivos, tensoactivos, biocidas y propelantes [y el que] También existen estudios que demuestran que sustancias tóxicas como metales pesados (arsénico, plomo y/o mercurio) e inclusive partículas radioactivas (uranio, radón, torio) son arrastradas con las aguas residuales hacia la superficie durante el proceso de fracturación hidráulica (p. 14).

El agua utilizada en la fractura hidráulica es mezclada con las sustancias y elementos mencionados, e inyectada a alta presión en las capas del subsuelo con efectos contaminantes del agua utilizada, suelo, subsuelo, mantos freáticos, ríos, ríos subterráneos, lagos, lagunas y mares por efecto de las aguas de retorno residuales (*flowback*) (Ackerman, 2016) que se inyectan y se filtran al subsuelo y que emergen después a la superficie y sobre los que no existe una regulación eficaz que establezca un control estandarizado y regulado con las debidas sanciones en casos de incumplimientos y daños en Texas y en México, debido a que, aun y cuando las empresas perforadoras publicitan la contención del fluido en ductos de acero recubiertos de cemento, gran parte de esos ductos no son probados antes de su uso, por lo que existe un riesgo importante de fisuras o fracturas, y por lo tanto de fugas del fluido por las llamadas fallas de contención (*casing failure*).

Otro hecho de suma importancia que debe considerarse en México respecto a la autorización de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos mediante esta técnica, es la prevención de riesgos ambientales y la supervisión de "...la cantidad de fluido de fracturación hidráulica que se pierde en el proceso, ya que en promedio se recupera sólo entre el 15 y el 20% del volumen inyectado; el resto permanece bajo el subsuelo..." (Ackerman, 2016, p. 36) con el consiguiente riesgo de filtración a los recursos acuíferos en general y al agua para uso y consumo humanos. En el caso de México, no se encuentran registros de los pozos en los que se han construido recubrimientos de concreto u otros materiales ni bitácoras de seguimiento del sellado de pozos ni del tratamiento de las aguas de retorno ni del monitoreo del volumen y calidad de los recursos hídricos de las zonas en las que se encuentran los pozos perforados.

Es muy importante mencionar, que, en cada pozo perforado, puede ser aplicado el proceso de fractura hidráulica en varias ocasiones durante su etapa productiva. Respecto al consumo de agua por esta actividad, (Ackerman, p.101 sostiene:

"Según la experiencia, en Estados Unidos el consumo de agua por cada pozo oscila entre 9 y 29 millones de litros de agua y puede llegar en ciertos casos hasta 80 millones de litros, como sucedió en Michigan (pozo Excelsior)".

El agua utilizada en la fracturación hidráulica, además, se extrae de su ciclo natural de forma irreversible, ya que, en su mayor parte, no es posible tratarla para su reciclaje ni es reciclada por lo general en el proceso de fractura hidráulica (Ackerman, 2016).

Asimismo, el agua de retorno (*flowback*) y desecho (*waste water*) resultantes de la fractura hidráulica, además de resultar altamente contaminada químicamente, se torna radioactiva, por lo que debe ser desechada a altos costos en pozos especiales que requieren ser construidos, procesados con recubrimientos especiales de acero y cemento e instalados a mucha profundidad y a alta presión (*waste water disposal wells*), lo que puede causar sismos y afectaciones importantes adicionales a estructuras habitacionales y comunidades. (Ackerman, 2016)

Asimismo, la extracción de hidrocarburos mediante esa tecnología genera emisiones de gas metano mayores a la que genera la contaminación por el uso de carbón; asimismo, el petróleo extraído es más sucio (pesado) que el convencional, por lo que es más onerosa su refinación y más riesgosos su manejo y transportación debido a su mayor volatilidad (Ackerman, 2016).

Asimismo, en materia de impacto ambiental, la Universidad de Cornell concluyó en un estudio, que el impacto de los gases de efecto invernadero generados por la extracción del gas de esquisto (*shale gas*) es, por lo menos, un 20% mayor que el uso de carbón debido a las fugas de metano que se liberan continuamente durante la vida útil de los pozos en los que se emplea el fracking (Howarth et. al., 2011).

Asimismo, estudios científicos han demostrado que, los elementos, sustancias y activos utilizados en la fabricación de los compuestos químicos usados en la fractura hidráulica, han sido y siguen protegidos por las leyes que rigen el secreto comercial y que han evitado su divulgación (y el consiguiente cuestionamiento de su uso) bajo ese argumento, e incluso a través de litigios (Efstathiou, J. & Drajem, M. (2013). *Drillers Silence Fracking Claims with Sealed Settlements*, Bloomberg, disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2013-06-06/drillers-silence-fracking-claims-with-sealed-settlements>)).

En esos juicios, las sentencias han favorecido el principio de la no divulgación de los componentes por las compañías que las producen y las que las emplean (Mc. Feely, 2014). En los fluidos empleados, se han hallado concentraciones elevadas de elementos, compuestos y sustancias tóxicas como metales pesados y partículas radioactivas, de las aguas residuales hacia la superficie durante el proceso de la fractura hidráulica y que han sido hallados en fuentes de acuíferos, en la tierra y en el medio ambiente en general (U.S. Envtl'Prot. Agency, Technical Support Document for the 2004. Effluent Guidelines Program Plan, 2004).

Adicionalmente a las sustancias, compuestos y elementos mencionados, se han hallado, entre otros, altas concentraciones de cloro, sodio, magnesio, potasio, compuestos orgánicos como benceno, naftalina, tolueno, fenantreno y compuestos que demandan oxígeno; inorgánicos como plomo, arsénico, bario, antimonio, sulfuro y zinc y radio nucleídos (Solomon, D.(2017) A New Study Offers Further Proof That North Texas Earthquakes are Drilling-and-Fracking-Related, Texas Monthly (Nov.30,2017), disponible en: <https://www.texasmonthly.com/energy/new-study-offers-proof-north-texas-earthquakes-fracking-related.ad>).

Otro efecto importante asociado a la fractura hidráulica es la generación de sismos así como 13,000 derrames conocidos de esas mezclas, estimados solamente durante el 2013 en Estados Unidos y, asimismo la contaminación ambiental que no es abordada en el presente trabajo (Solomon, D. (2017) A New Study Offers Further Proof That North Texas Earthquakes are Drilling-and-Fracking-Related, Texas Monthly (Nov.30,2017), disponible en: <https://www.texasmonthly.com/energy/new-study-offers-proof-north-texas-earthquakes-fracking-related.ad>).

Partes de Texas y el Norte de Texas en particular, han experimentado actividad sísmica en años recientes que algunos han ligado a las actividades de fractura hidráulica (Fink, 2014).

La respuesta de las compañías perforadoras ante las demandas surgidas en Texas por actividades de fractura hidráulica ha sido la de invocar y obtener la protección estatal en materia de los derechos comercial e industrial sobre los componentes de los fluidos usados en la fractura hidráulica, así como en la exclusión de la competencia federal en lo que respecta a la regulación del agua y la inyección de fluidos subterráneos y emisiones producto de la fractura hidráulica. Asimismo, la interpretación judicial en favor de un estricto cumplimiento de las leyes de protección del secreto industrial respecto a los componentes y fórmulas de los aditivos químicos que se utilizan en la fracturación hidráulica y de seguir la política de negociar todos los litigios con comunidades y ciudadanos afectados, a través de acuerdos económicos que incluyen cláusulas de prohibición de la divulgación de los reclamos de los demandantes con la obligación de confidencialidad absoluta y de por vida a los demandantes de no dar a conocer ninguna información relativa a esos juicios (Efstathiou & Drajem, (2013). “Drillers Silence Fracking Claims with Sealed Settlements”, Bloomberg, disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2013-06-06/drillers-silence-fracking-claims-with-sealed-settlements>).

En diferentes artículos sobre el tema, se han mencionado, asimismo accidentes importantes (llamados *'fraccidents'*) que ilustran claramente el grado de riesgo de contaminación hidráulica y ambiental en general de los compuestos, elementos orgánicos, inorgánicos y radioactivos, como el que tuvo lugar en Ohio debido al manejo y la explosión de contenedores de sustancias químicas para el uso en la fractura hidráulica y en el derrame de miles de galones de las mismas vertidas en el Condado de Monroe, el 28 de junio de 2014, que ocasionó la muerte de más de 70,000 peces. Es significativo y el hecho de que le haya tomado cinco días a la empresa Halliburton y al propietario del pozo, entregar a la EPA (*Environmental Protection Agency*) (Agencia de Protección Ambiental), de jurisdicción federal en Estados Unidos, y a su equivalente estatal en Ohio, los nombres de los componentes que resultaron vertidos en el río mencionado (Fink, 2014).

Posteriormente a ese incidente, ni las autoridades responsables del agua para consumo humano y usos relacionados, ni los residentes locales, fueron informados sobre los químicos usados en la fractura hidráulica amparándose en las leyes federales y estatales que protegen la propiedad industrial sobre de los componentes usados para la fabricación de los fluidos fracturantes, que permiten sin restricciones ambientales a las compañías operadoras del fracking, proteger el secreto comercial (trade secret) y a las leyes federales y estatales sobre derechos de propiedad de los componentes usados en el proceso de fractura hidráulica que protegen a sus dueños, productores y usuarios, lo cual será expuesto a mayor detalle más adelante en el presente (Fink, 2014).

1. *La fractura hidráulica en Estados Unidos y en Texas*

Si bien la EPA es la autoridad federal a cargo de la regulación de las actividades contaminantes, su presupuesto, personal y alcances regulatorios se han visto reducidos durante las administraciones de los Presidentes Barack Obama y Donald Trump y aún antes, cuando, desde la administración del Presidente Bush se limitó el alcance de la Safe Drinking Water Act (SDWA) (Ley de Agua Segura para consumo Humano) al excluir de las consideradas actividades peligrosas la fractura hidráulica respecto de la regulación para asegurar la sustentabilidad de esa actividad (Solomon, D. (2017) *A New Study Offers Further Proof That North Texas Earthquakes are Drilling-and-Fracking-Related*, Texas Monthly (Nov.30,2017), disponible

en: <https://www.texasmonthly.com/energy/new-study-offers-proof-north-texas-earthquakes-fracking-related.ad.>

Dicha Ley define como un subtipo de los desechos peligrosos sólidos a los elementos, sustancias, activos utilizados en el proceso de fracking como materiales sólidos y, por lo tanto, no sujetos a las restricciones de la Safe Drinking Water Act (SDWA)(Solomon, D. (2017) A New Study Offers Further Proof That North Texas Earthquakes are Drilling-and-Fracking-Related, Texas Monthly (Nov.30, 2017), disponible en: <https://www.texasmonthly.com/energy/new-study-offers-proof-north-texas-earthquakes-fracking-related.ad.>).

Desde el 2005, el Congreso Federal de Estados Unidos de Norteamérica exentó ampliamente al proceso del fracking de la regulación contemplada en la Safe Drinking Water Act (SDWA) de competencia federal. En la Energy Policy Act [*265] de 2005. En esa Ley Federal, el Congreso enmendó expresamente la definición de “inyección subterránea” para excluir expresamente de ese alcance limitativo la inyección de fluidos y agentes propelantes que no sean combustible diésel respecto a la fractura hidráulica (Solomon, D.(2017) A New Study Offers Further Proof That North Texas Earthquakes are Drilling-and-Fracking-Related, Texas Monthly (Nov.30,2017), disponible en: <https://www.texasmonthly.com/energy/new-study-offers-proof-north-texas-earthquakes-fracking-related.ad.>).

Posteriormente, en 2012, EPA publicó unos Lineamientos (Guidance) respecto a la emisión de permisos de la UIC (Underground Injection Control) (Control de Inyección Subterránea) en la que el diésel se incluyó en el o los fluidos de fracking. Esa Guía define las circunstancias limitadas en las cuales el proceso de la fractura hidráulica se sujeta a los requerimientos de la UIC.

El Texas Water Code (TWC) (Código de Agua de Texas) coadyuva en la regulación del agua de consumo humano con la RRC en su Sección & 5.013, aunque la regulación de las aguas usadas en la fractura hidráulica es competencia directa de la RRC.

Asimismo, la RCRA (La Ley de Recuperación y Conservación de Recursos) (RCRA) de ámbito federal, desde 1988 ha excluido de su regulación la mayoría de los desechos de petróleo y gas incluidos los desechos resultantes de la fractura hidráulica.

Actualmente, son los estados de la Unión Americana los que regulan directamente los alcances y límites de las compañías que operan en cada uno.

Por lo consiguiente, los requerimientos públicos de divulgación sobre actividades, empresas, activos químicos y de otros tipos utilizados en los procesos de fractura hidráulica varían entre los mismos, por lo que hay es-

tados en los que la prohibición del uso de la fractura hidráulica es absoluta como Nueva York, Vermont and Maryland y otros como Georgia y Florida que han intentado implementar esa prohibición (Ackerman, 2016).

Asimismo, no existe actualmente una Ley Federal en Estados Unidos que establezca un marco regulatorio estandarizado respecto a la fractura hidráulica. Los precedentes basados en la teoría de la “captura regulatoria” aplicables al gas y petróleo de esquisto, dan prioridad absoluta al régimen de arrendamientos del suelo y subsuelo y ventas de predios para la práctica de la fractura hidráulica y no contemplan sanciones en materia de derecho ambiental por el impacto al medio ambiente ni a la salud si los demandantes no reúnen todos los elementos para probar de forma fehaciente los daños en materia de salud y el impacto ambiental.

Bajo esa lógica, resulta no aplicable la Preemption Doctrine, emanada del Derecho constitucional estadounidense (Supremacy Clause, artículo VI, apartado 2, de la Constitución estadounidense). Esa doctrina se refiere a la potestad que tiene un poder legislativo superior (normatividad federal en materia medioambiental), de hacer que sus normas se impongan a las emanadas de un poder legislativo inferior (cuerpo normativo estatal de Texas) cuando ambas entran en conflicto. Se trata, en síntesis de una prelación federal en materia de la regulación de los impactos que en el uso y consumo del agua y en el medio ambiente, que no resulta aplicable en el caso de Texas.

El resultado de lo anterior ha sido antecedente de un sistema regulatorio en el que ha prevalecido la protección del secreto comercial (trade secret) y la defensa a ultranza de la confidencialidad de las patentes de elementos, sustancias, compuestos y materiales empleados en la fractura hidráulica por las grandes corporaciones petroleras, que ha inhabilitado el derecho en general de la población de conocer los riesgos y peligros de esa actividad. Asimismo, los proyectos de exploración, perforación y explotación de pozos se han visto favorecidos por el cabildeo de las empresas petroleras y de las dedicadas a la perforación en la toma de decisiones gubernamentales para el blindaje político y normativo de esos proyectos.

Esa misma tendencia y política de las autoridades federales, se ha observado en varios estados con yacimientos de hidrocarburos no convencionales, entre los que se encuentra Texas.

En consecuencia, el estado de Texas ha establecido la prevalencia de la jurisdicción estatal sobre operaciones de petróleo y gas y ha expresamente prohibido la actividad municipal en el área sino únicamente para las actividades ya mencionadas, Malewitz, J. (2015), With HB 40 Signed, Fracking

To Resume in Denton, Tex. Trib. May 22, 2015, <https://www.texastribune.org/2015/05/22despite-ban-fracking-resume-denton>.

El caso que probablemente ilustra más el choque entre el derecho de la población municipal a estar enterado y oponerse a la práctica de la fractura hidráulica y los intereses económicos estatales tuvo lugar en la ciudad de Denton, Texas, cuando, en noviembre de 2014, por medio de un decreto municipal, se adoptó la prohibición de la fractura hidráulica dentro de los límites de esa ciudad (Malewitz, J. (2015), With HB 40 Signed, Fracking To Resume in Denton, Tex. Trib. May 22, 2015, <https://www.texastribune.org/2015/05/22despite-ban-fracking-resume-denton>).

No obstante esa acción comunitaria, ese decreto municipal fue declarado inaplicable y posteriormente derogado después de que el gobernador Greg Abbott firmara el Proyecto de Ley 40 para hacer aplicable esa Ley en Texas a partir de 2015 (Act of May 18, 2015, 84th Leg., R.S., ch.30, & 2, Tex. Gen Laws 971).

Aunque actualmente los municipios en Texas pueden regular ciertas actividades relacionadas con el petróleo y el gas, son operaciones que se refieren únicamente a incendios, respuesta a emergencias, tráfico, iluminación, ruido y requisitos para el desmantelamiento (Act of May 18, 2015, 84th Leg. R.S., ch.30& 2, Tex. Gen. Laws 971).

Por lo consiguiente, las poblaciones de Texas están viendo seriamente afectados sus derechos en la toma de decisiones sobre su seguridad en general debido al riesgo de accidentes, bioseguridad, salud y calidad de vida, así como las del medio ambiente en las que viven y los de las siguientes generaciones.

La Ley vigente en ese estado establece que la regulación municipal de la actividad sobre la superficie terrestre debe de ser “comercialmente razonable” pero sin que se haya publicado una definición lo suficientemente explícita y completa sobre a cuáles actividades se refiere ese término tan ambiguo, además de que los municipios o municipalidades en Texas no pueden actuar para prohibir operaciones de petróleo y gas (Act of May 18, 2015, 84th Leg. R.S., ch.30& 2, Tex. Gen. Laws 971).

La carencia en Estados Unidos de un marco regulatorio federal eficaz ya mencionado para hacer frente a los retos que plantea la multiplicidad de normativas estatales y, en específico, la preeminencia de los intereses de las grandes corporaciones dedicadas a la explotación de energéticos por las que se ha llevado a cabo la fractura hidráulica, hacen urgente analizar y reevaluar los resultados económicos, ambientales y regulatorios en este momento aún más debido a la caída de los precios del petróleo y el alto cos-

to ambiental y de las instalaciones y procesos requeridos para la disposición final del agua empleada en la fractura hidráulica en Texas así como al estrés hídrico presente en Texas desde hace ya más de quinquenio a la fecha.

Asimismo, la exclusión específica del fracking de la jurisdicción federal que regula el agua y el medio ambiente únicamente en las zonas federales, nulifica cualquier recomendación que la EPA ha hecho respecto a los impactos medioambientales. A nivel nacional, puede decirse que no existe una homologación de la normatividad sobre la fractura hidráulica y la del manejo del agua dulce.

2. *Marco regulatorio estatutario y de reglamentación en Texas sobre fracking*

Los Estatutos son creados o enmendados por el Poder Legislativo de Cada estado, mientras que las Reglas son adoptadas por las agencias estatales (Poder Ejecutivo (Executive Branch)), usualmente mediante el proceso de la creación específica de Reglas por el Poder Legislativo.

La Comisión Ferroviaria de Texas (The Texas Railroad Commission) (conocida como RRC por sus siglas en inglés), es la entidad estatal que regula el petróleo y la producción de gas natural en ese estado, mientras que la Comisión de Texas sobre Calidad Ambiental (Texas Commission on Environmental Quality) (TCEQ) regula ciertas actividades adicionales tales como las emisiones del aire y derechos de agua asignados a particulares (www.velaw.com/shale-fracking-tracker/resources/texas).

Las Reglas de la Comisión Ferroviaria de Texas son generalmente aplicables a la producción convencional y no convencional de petróleo y gas, y, dentro de esta última, a la fractura hidráulica.

Esas Reglas se refieren, entre otros temas, a: permisos para perforar (16 Tex. Admin. Code &3.5.); protección del agua (16 Tex. Admin. Code & 3.8.); pozos para disposición (16 Tex. Admin. Code & 3.9.); construcción de pozos, operación y finalización (16 Tex. Admin. Code &3.13.); espacio para pozos (16 Tex. Admin. Code 3.38-.39); reporte de obligaciones (16 Tex. Admin. Code & 3.16, 3.53.); manejo de residuos peligrosos (16 Tex. Admin. Code & 3.98) e inyección de fluidos (16 Tex. Admin. Code & 3.46).

Adicionalmente, la Comisión Ferroviaria de Texas ha adoptado una regla de declaración química específicamente aplicable a las operaciones de fractura hidráulica (16 Tex. Admin. Code & 3.29).

De acuerdo a las regulaciones de la Comisión de Calidad Ambiental de Texas, Texas Commission on Environmental Quality (TCEQ), las opera-

ciones de aceite y gas generalmente requieren permisos de emisión de aire (Tex. Comm'n on Env'tl. Common Environmental Requirements for Regulated Oil and Gas Operations, TCEQ Regulation Guidance RG-482, 2013).

De esa forma, la TCEQ ha adoptado un permiso de aire por regla para ciertos proyectos nuevos de producción de petróleo y gas, cuyo inicio de construcción haya sido después del 1o. de abril del 2011, en los quince condados sobre la Cuenca Barnett (Barnett Shale) (30 Tex. Admin. Code & 106.352.).

Otras operaciones de petróleo y gas pueden ser elegibles para autorización bajo un permiso estándar de calidad del aire para instalaciones de petróleo y gas (Air Quality Standard Permit for Oil and Gas Handling and Production Facilities, effective November 8, 2012).

Texas permite el uso de agua municipal recuperada o de otras fuentes de ciertas industrias para ser usada en operaciones de fractura hidráulica (TECQ Regulatory Guidance at 1), o un permiso para la revisión de una nueva fuente (TECQ Regulatory Guidance at 1.) y sus procesos. Sin embargo, no existen reportes sobre el volumen de agua reciclada usada en la fractura hidráulica en Texas.

3. *Sismicidad*

Algunas regiones de Texas y el norte del estado en particular, han experimentado actividad sísmica en los años recientes, parte de la cual ha sido vinculada a actividades de fractura hidráulica (Solomon, 2017).

Por citar un ejemplo, a principios de abril y finales de mayo de 2018, tres sismos fueron percibidos en el Condado de Karnes, en Texas en un periodo de una semana (Chapa, 2018).

Los sismos mencionados tuvieron una magnitud de entre 2.7 a 3.4. Grados. Dieciocho sismos fueron reportados en la Cuenca de Eagle Ford desde el 2014 al 2017. A la fecha en que fue escrita la fuente citada, no se había determinado si la fuente de esa actividad sísmica fue natural o humana y no se ha visto que la Comisión Ferroviaria de Texas (The Texas Railroad Commission) hubiera tomado alguna acción en respuesta a la misma.

El estado de Texas, mientras tanto, con asistencia del Bureau de Geología Económica de la Universidad de Texas, ha fundado e implementado TexNet, considerado como el sistema más avanzado a nivel estatal de monitoreo sísmico (Wethe, D. (2017) Rise in Earthquakes Near Texas Oilfields

Prompt New Monitoring, Bloomberg (Oct. 23, 2017), disponible en: <https://www.tceq.state.tx.us/assets/public/permitting/air/Announcements/oilgas-sp.pdf>.

El sistema incluye veintidós estaciones de monitoreo permanente y otras 40 portátiles y comenzó a recolectar información el 1° de enero de 2017 y de forma actualizada, la información e instrumentos de mapeo están disponibles en el website de TexNet (University of Texas Bureau of Economic Geology, TexNet Seismic Monitoring Program).

Como se ha mencionado, algunas regiones de Texas (University of Texas Bureau of Economic Geology, TexNet Seismic Monitoring Program) y el norte del estado, en particular, han experimentado actividad sísmica en los años recientes, parte de la cual ha sido vinculada a actividades de fractura hidráulica (Solomon, D. (2017) A New Study Offers Further Proof That North Texas Earthquakes are Drilling-and-Fracking-Related, Texas Monthly (Nov.30, 2017), disponible en: <https://www.texasmonthly.com/energy/new-study-offers-proof-north-texas-earthquakes-fracking-related.ad>).

A principios de abril y finales de mayo de 2018, tres sismos fueron percibidos en el Condado de Karnes, en Texas en un periodo de una semana (Chapa, 2018).

TexNet recibe los reportes que hacen las empresas productoras y usuarias de las sustancias, compuestos y activos utilizados en la fractura hidráulica ; sin embargo, como se mencionó, su monitoreo y auditorías ambientales resultan insuficientes debido a la carencia de presupuesto y personal (Fink, 2014) que han sido asignados por las últimas dos administraciones a la Agencia de Protección Ambiental (EPA) (Environmental Protection Agency) de competencia federal y las restricciones relacionadas con la protección de las autoridades judiciales del estado al secreto industrial de las empresas productoras de los elementos y compuestos de los fluidos empleados para ser mezclados con el agua para la fractura hidráulica. (Fink, 2014).

Asimismo, resulta incongruente el monitoreo sísmico mientras que la RRC (Comisión Ferroviaria de Texas) (Railroad Commission of Texas) no ha hecho públicos sus requerimientos para el sellado (o taponamiento) de pozos inactivos en los que se ha empleado la fractura hidráulica como tecnología extractiva. De esa forma, los pozos se consideran como activos si producen al menos cinco barriles de petróleo o 50,000 pies cúbicos de gas por mes durante tres meses consecutivos. (16 Tex. Admin. Code & 3.15 (a) (1), sept. 2018).

4. Manejo del agua subterránea y del flujo de retorno del agua utilizada en la fractura hidráulica en Texas

El principal tipo de aguas residuales generadas en la extracción de petróleo y gas consisten en los restos subterráneos resultantes de la separación del petróleo y el gas. Esa agua residual se menciona generalmente como “agua producida”. A ese fluido acuoso resultante se le denomina con ese nombre, ya que consiste típicamente en agua con contenido de sal de acuerdo con el Argonne Natl’Lab. Envtl. Sci. Div., Produced Water Volumes and Management Practices in The United States 13 (2009) disponible en: <http://www.ipd.anl.gov/anlpubs/2009/07/64622.pdf>.

Las cantidades de agua de desecho generadas durante la extracción de gas natural varían ampliamente dependiendo de la formación de la cual se extraen, el sistema de fractura hidráulica utilizado y la localización geográfica del pozo (U.S. Gov’t Accountability Office, GAO-12-156, Energy-Water Nexus: Information on The Quantity, Quality and Management of Water Produced During Oil and Gas Development 10-11 (2012), disponible en: <http://www.gao.gov/assets/590/587522.pdf>).

Un solo proceso de fractura hidráulica puede generar entre 10,000 y 60,000 barriles de agua de retorno y un solo pozo puede ser fracturado una docena de veces durante su vida productiva (U.S. Gov’t Accountability Office, GAO-12-156, Energy-Water Nexus: Information on The Quantity, Quality and Management of Water Produced During Oil and Gas Development 10-11 (2012), disponible en: <http://www.gao.gov/assets/590/587522.pdf>).

EPA (Environmental Protection Agency) estimó que más de 47 billones de galones de agua producida fueron generados en la producción de Gas Metano Subterráneo (Coal Bed Methane) (abreviado como CBM) en 2008. De acuerdo con el CBM Detailed Study Report. La información de 1997 sugiere que todos los pozos y actividades extractivas de gas en tierra firme generan diariamente 57 millones de galones de agua de desecho. CBM Detailed Study Report (1997).

En relación a los litigios que han surgido en torno al fracking, una corte describió que la medida de sodio y salinidad del agua de desecho del Gas Metano: “La razón de absorción de sodio” (SAR) (Sodium Absorption Ratio) afecta adversamente las propiedades físicas de la tierra como resultado del deterioro de las características hidráulicas de la misma, tales como la permeabilidad (Juicio Pennaco Energy Co. v. EPA, 692, F. Supp., 2d 1297.).

A. Opciones de disposición final para el agua de desecho en la fractura hidráulica

El agua de desecho que resulta de la fractura hidráulica es manejada de varias formas para su disposición final. La técnica de manejo empleada es determinada por las cantidades de agua de desecho (wastewater) generada, la ubicación del sitio del pozo, la composición de la misma y los requerimientos regulatorios Water Management Associated with Hydraulic Fracturing 5 (2010), disponible en: http://www.shalegas.energy.gov/resources/HF2_e1.pdf.

Tal como la Oficina de Responsabilidad del Gobierno (Government Accountability Office) (GAO) mencionó, "... el "motivador primario" para las decisiones sobre el manejo del agua de desecho de las actividades de petróleo y gas es, finalmente, el costo". U.S. Gov't Accountability Office, GAO-12-156, and Energy-Water Nexus: Information on The Quantity, Quality and Management, disponible en: <http://www.gao.gov/assets/590/587522.pdf>.

B. Pozos de disposición final del agua usada en la fractura hidráulica

Un volumen sustancial del agua de desecho de la fractura hidráulica se desecha por lo general inyectándola en pozos de desecho Clase II regulados bajo la SDWA construidos en acero recubierto de cemento e instalados a gran profundidad. Ello de acuerdo con la Notice of Final 2010 Effluent Guidelines Program Plan, 76 Fed. Reg. 66,293 (Oct. 23, 2011) la cual menciona que "La inyección subterránea ha sido tradicionalmente la principal opción para la disposición final para el agua producida para la extracción de petróleo y gas. En muchos casos, esta puede ser la mejor opción para el agua producida en la extracción del gas de esquisto" (o de lutitas).

Se menciona ese tipo de entre los seis tipos de pozos por ser los usados para efectos de la fractura hidráulica.

Se considera que existen aproximadamente 30,000 Pozos Clase II activos operando en Estados Unidos. La GAO (Government Accountability Office) reportó en el 2010 que, aproximadamente el 20% de los 151,000 pozos activos Clase II de la SDWA están destinados a la disposición de agua usada para la extracción de petróleo y gas localizados en Texas, California, Wyoming, Kansas, Nuevo México y Louisiana.

La EPA tiene una visión proclive de la disposición final del agua de desecho de la fractura hidráulica en pozos UIC. En un estudio de la disposi-

ción de Gas Metano de yacimientos de carbón (CBM) (Coal Bed Methane) anunció:

Mediante la inyección de agua con alta concentración de sal u otros contaminantes subterráneos, los pozos Clase II previenen la contaminación de la superficie de agua y tierra. El agua derivada de la producción de CBM tiene típicamente menores concentraciones de TDS (Total Dissolved Solides) (Sólidos Totales Disueltos) que el agua en la zona de inyección. Si el pozo de disposición es adecuadamente diseñado, mantenido y operado, existe un riesgo pequeño de la contaminación del agua subterránea. Bryan Walsh, (2013) Deep Disposal Wells from Oil and Gas Drilling Linked to Earthquakes, Time (July 12, 2013), <http://science.time.com/2013/07/12/deep-disposal-wells-from-oil-and-gas-drilling-linked-to-esrthquakes/>

Walsh afirma que el punto que es trascendente es el asegurar que los pozos de disposición final Clase II estén “apropiadamente diseñados, mantenidos y operados” así como el número de supervisores federales, estatales y privados que deben destinarse a esas funciones, sus atribuciones, responsabilidades y sanciones. Existe asimismo una preocupación creciente de que las actividades relacionadas al ensamble e instalación de ese tipo de pozos asociados al incremento de actividad sísmica. Disponible en <http://science.time.com/2013/07/12/deep-disposal-wells-from-oil-and-gas-drilling-linked-to-esrthquakes/>

C. Tratamiento y descarga en la superficie terrestre del agua generada por la fractura hidráulica

En algunos casos, el agua residual resultante de la fractura hidráulica es tratada y descargada en las aguas superficiales. Bajo las políticas actuales de la EPA, las instalaciones destinadas al Gas Metano de yacimientos de carbón (CBM) son descargadas directamente en aguas navegables. Notice of Final 2010 Effluent Guideline Program Plan, 76 Fed. Reg. 66, 293, Oct. 23, 2011.

La EPA ha posteriormente reportado que más del 70% del agua de desecho generada en Powder River Basin en Colorado y Montana es descargada directamente.

El agua de desecho es también enviada a sitios externos de propiedad privada denominados instalaciones de Tratamiento Centralizado de Desechos (Centralized Waste Treatment) (CWT). Algunos de ellos descargan directamente el agua de fracking tratada directamente en aguas superficiales y otros la envían a centros de tratamiento de propiedad pública, a cen-

tros de tratamiento de aguas públicas conocidos como Publicly Owned Treatment Works (POTW), los cuales se sujetan a la regulación bajo los requerimientos de permisos de la Clean Water Act (CWA). La Environmental Protection Agency (EPA) declaró en el 2010 que el 90% de los CWTs, reciben aguas residuales (de desecho) y la descargan en los POTWs conforme a la fuente Notice of Final 2010 Effluent Guidelines Program Plan, 76. Fed. Reg. At. 66, 296).

D. Reúso, reciclaje y evaporación de la agua usada en la fractura hidráulica

El agua de desecho del proceso de la fractura hidráulica puede ser reutilizada, asimismo, mediante su reinyección dentro del pozo de fracking para reúso en el mismo tipo de proceso, aunque ese uso no es frecuente.

El reúso se califica textualmente como complicado por el hecho de que, las aguas resultantes de la fractura hidráulica deben cumplir ciertos niveles de calidad que el agua de desecho generalmente no reúne. Por lo tanto, el reúso y el reciclaje pueden requerir un tratamiento extensivo previo a su reinyección que implica costos y tiempos adicionales que muchas empresas no asumen.

En algunos otros casos, el agua de desecho es también “reciclada” para su uso en agricultura y ganadería. Las regulaciones de la EPA autorizan el uso de agua de desecho resultante de fractura hidráulica para usos de agricultura y ganadería en ciertos casos. Ver 40 C.F.R. (Code of Federal Regulations) &435. 50-52 (2014) (Oil and Gas Point Source Category, Agricultural and Wildlife Water Use Subcategory)

Las fuentes consultadas no hacen mención de en qué consisten esos procesos de reciclaje y la pureza del agua resultante.

Asimismo, dependiendo del clima y la ubicación, algunas aguas de desecho son manejadas por medio de estanques de evaporación que eliminan la necesidad de su disposición final. En este punto es importante considerar que no se menciona hasta qué punto la evaporación de los componentes inyectados al agua usada pueden contaminar el aire y causar daños ambientales en los ecosistemas en contacto con ellas.

La exclusión de los residuos de la exploración y producción (E&P) ahora eliminan, asimismo del Código mencionado, los “fluidos de la perforación, aguas producidas y otros desechos asociados con la exploración, desarrollo y producción del petróleo, gas natural o energía geotérmica” de su clasificación como “residuos peligrosos” (hazardous waste) (40 C.F.R. (Code of Federal Regulations) & 261.4 (b) (5) (2014).

IV. EL SECRETO INDUSTRIAL EN LA NORMATIVIDAD DE LA FRACTURA HIDRÁULICA EN TEXAS

En junio de 2011 el Gobernador de Texas Rick Perry promulgó la Ley basada en el Proyecto de la Cámara 3328 (House of Bills 3328) Act of June 17, 2011, 82d Leeg. R.S., ch.1179, & 1, 2011 Tex. Gen. Laws 3098, 3100, Tx. Nat. Res. Code Ann. & 91.581 (West 2011) que estableció la revelación de la composición de los fluidos empleados en la fractura hidráulica no obstante sujetos a las restricciones que impone la Norma 29 de Texas.

Esa tendencia de legislación sobre petróleo y gas surgió durante la etapa caracterizada por los esfuerzos de la EPA para responsabilizar a compañías como Range Resources por el daño ambiental considerado como resultante de las operaciones fractura hidráulica en Barnett Shale Formation, localizada en el área central del Norte de Texas. Resulta indicativo el juicio *United States v Range Prod. Co.*, 793 F.Supp. 2d 814 (N.D. Tex 2011) (que ordenó una suspensión del procedimiento y rehusó conceder penas civiles a la EPA, quedando pendiente la decisión del 5° Circuito en esa materia).

Adicionalmente, en 2011, la EPA anunció que estaba llevando a cabo un estudio comprehensivo de la fractura hidráulica a ser concluido en el 2012.

Al mismo tiempo que la EPA, la RRC (Railroad Commission of Texas) promulgó inmediatamente la norma que la legislatura ordenó (70) por lo que el 9 de septiembre de 2011, la RRC publicó la propuesta de la Norma 3.29 (Regla 29), confirmando la declaración previa de la Comisionada de la RRC Elizabeth Jones, de que esperaba que las reglas de divulgación fueran emitidas a finales de 2011. News Release, Railroad Commission of Texas, Elizabeth Ames Jones, Notice to Operators-The Full Disclosure of Frac Fluid Chemicals is Coming Very Soon (July 11, 2011), <http://www.rrc.state.tx.us/pressreleases/2011/071111.php;ver 36 Tex.reg.9307> (codificado en el 16 Tex. Admin. Code & 3.29).

Por su parte, la Norma 29 (Statewide Rule 29) en vigor a partir del 1° de febrero del 2012, requiere a los operadores revelar la elaboración de los fluidos usados en la fractura hidráulica en el website FracFocus adicionalmente a la revelación al RRC. 36 Tex. Reg. At 9320 (codificado en el 16 Tex. Admin. Code & 3.29 (c) (2)); ver FracFocus Chemical Disclosure Registry, <http://www.fracfocus.org>

De forma simultánea, FracFocus contiene un sistema de búsqueda de pozos fracturados en todo el país con las estadísticas esenciales así como el desglose de todos los químicos que el operador usó en cada pozo. Find

a Well, FracFocus Chem. Disclosure Registry, <https://www.hydraulicfracturing-disclosure.org/fracfocusfind/>.

Previo a la Norma 29, los operadores voluntariamente revelaban la composición de sus fluidos de fractura hidráulica (frac fluids) además de las disposiciones contenidos en los cuerpos regulatorios a lo largo del país. Desde el 1o de enero de 2011, varias compañías energéticas aceptaron publicar voluntariamente información sobre pozos fracturados, aunque dicha información no refleja la totalidad de la información solicitada originalmente.

El gobierno federal de Estados Unidos de Norteamérica regula los ingredientes que componen el fluido empleado en la fractura hidráulica. 29 C.F.R. & 1910.1200 (2012) concerniente a las regulaciones de la Occupational Safety and Health Administration (OSHA). No obstante, esa regulación adolece de que no se ha hecho efectiva la obligación de las compañías fabricantes de los fluidos usados en ese proceso, las fórmulas, los componentes, activos y porcentajes usados por cada empresa y los sitios de perforaciones respectivos.

La Norma 29 utiliza la misma nomenclatura que la regulación federal 36 Tex. Reg.9307, 9320 (2011) que contiene las regulaciones de la Occupational Safety and Health Administration (OSHA) que menciona las regulaciones de ese organismo federal concernientes a los químicos peligrosos.

El uso de nomenclatura similar permite un mayor entendimiento entre la industria energética y los profesionales de la salud respecto a la necesidad de identificar un químico específico en caso de surgir una emergencia médica que menciona la misma norma. Sin embargo, impone restricciones importantes para su divulgación y prohíbe la publicación en la plataforma FracFocus de los MSDSs que se explican más adelante.

Por lo general, la agencia del Departamento del Trabajo de Estados Unidos de Norteamérica denominada OSHA (Occupational Safety and Health Administration) (Administración de Seguridad y Salud Ocupacional) regula los materiales peligrosos que ingresan en los sitios de trabajo de Estados Unidos de Norteamérica y requiere que los productores o importadores de químicos clasificar los riesgos de todos los que producen o importan, y a todos los empleadores el proveer información a todos sus empleados acerca de los químicos peligrosos a los cuales se encuentran expuestos Id. & 1910.1200 (b)(1) así como hacer accesible la información sobre cualquier químico peligroso con el cual puedan entrar en contacto. Id. & 1910.1200 (b) (2).

La OSHA asimismo requiere a los usuarios o fabricantes preparar hojas de material de seguridad (material safety data sheet (MSDS)) para informar

a los empleados sobre los peligros de cualquier “químico peligroso”. Id. & 1910.1200 (g).

La definición de “químico peligroso” es una definición amplia y es definida de forma general por la OSHA sin tener un capítulo especial para los fluidos usados o resultantes en la fractura hidráulica. id. & 1910.1200 (c) define como “químico peligroso” como “cualquier químico” clasificado como un peligro físico o una amenaza de salud, un simple asfixiante, polvo combustible, gas pirofórico o algún riesgo no clasificado”. El requerimiento de los contenidos enfoca la atención de los empleadores, no obstante, a químicos que varios grupos médicos consideran como carcinogénicos o tener como consecuencia riesgos de salud a largo plazo.

Id. & 1910.1200 (g)(2)(i), enlista varias formas en las que los empleadores pueden determinar si un químico potencial debe incluirse en los MSDS como UN químico peligroso. Además de limitar el enfoque de los MSDS, la regulación da indicaciones a los operadores directos para incluir instrucciones de manejo, instrucciones de primeros auxilios, información de contacto del proveedor químico y varios requerimientos para la divulgación de información a los individuos a lo largo de la cadena de distribución. Id. & 1910.1200 (g) (2)(viii)-(xii),(6)-(10).

No obstante, de forma similar a la Norma 29 estatal, la Regulación de la OSHA permite a los fabricantes químicos omitir de los MSDS cualquier información que ellos consideren como un secreto comercial. Id. & 1910.1200 (i)(1)(i).

En lugar de revelar la información del propietario, el fabricante debe revelar los efectos del químico peligroso, así como el hecho que el fabricante está reservando la información porque considera que se trata de un secreto comercial. Id. & 1910.1200 (i)(1) (ii)-(iii).

Los profesionales médicos pueden solicitar información del propietario referente a los químicos para tratamientos médicos de emergencia y tratamientos médicos normales Id. 1910.1200 (i)(1)(ii)-(iii).

Sin embargo, deben ajustarse al cumplimiento de las disposiciones de confidencialidad y no divulgación de esa información. La regulación de la OSHA puede imponer a los fabricantes de los químicos una obligación de confidencialidad a los profesionales médicos que reciban información del propietario. Id. 1910.1200 (i)(1)(iv)-(3).

Cabe aquí cuestionar el tiempo que toman esos requerimientos y trámites en situaciones de emergencias.

Ciertas compañías tienen decenas de miles de MSDSs en expedientes de químicos, incluyendo muchos de los químicos usados en la fractura hidráulica. Philo et. Al. (2011).

La regulación de la OSHA exceptúa de su ámbito de competencia ciertos químicos y aditivos regulados por otras agencias federales como la FDA (Food and Drugs Administration) (Administración de Alimentos y Medicamentos) así como productos y substancia regulados por la Consumer Product Safety Commission (Comisión de Seguridad para el Consumidor de Productos). Ver 29 C.F.R. & 1910.1200 (b)(6).

Es muy importante asimismo mencionar que bases de datos privadas contienen MSDSs de más de tres millones de compuestos cuyo acceso está sujeto a los procedimientos y restricciones ya mencionadas. MSDS Solutions Center, disponible en <http://www.msds.com/>.

1. *Restricciones impuestas por la Norma 29 de Texas sobre la divulgación de los contenidos de los fluidos empleados en la fractura hidráulica*

Al mismo tiempo que la Norma 29 requiere la revelación de los componentes de los fluidos empleados por las empresas energéticas que practican la fractura hidráulica en la plataforma denominada FracFocus, la misma norma estipula, asimismo, que la RRC establezca una medida de protección a los secretos comerciales de los proveedores u operadores y restringe de esa forma los derechos de reclamaciones a las personas que puedan resultar afectadas a únicamente los propietarios adyacentes a las áreas en las que se practica la fractura hidráulica excluyendo al resto de la población que puede resultar perjudicada. 91.851 (a)(1)(A), (E) (que requiere al operador enviar la información subida a FracFocus enviarla a la RRC).(3),(5)(A)-(C).

De esa forma, las cortes de Texas habían asegurado, a la fecha del documento consultado (2011), protección significativa a formas específicas y consideradas por los propios productores u operadores como combinaciones únicas de componentes o ingredientes que sean diferentes a los de otros competidores. El juicio *Wellgix, Inc v. Accenture, LLP*, 823 F. Supp. 2d 555, 562 (S.D. tex. 2011) la estructura única y la programación del software fueron considerados como secreto comercial.

Otra acción importante es que la OAG de Texas (Office of Attorney General) (Oficina del Fiscal General de Texas) reconoce a los fluidos empleados en la fractura hidráulica como secretos comerciales mediante el empleo como criterio del proceso denominado como challenge process, conte-

nido dentro de la Norma 29, el cual consiste en buscar formas innovadoras de cambiar, crecer y mejorar a través de la asunción de riesgos. (Furlow, J. & Hays, J., (2012)).

No obstante lo anterior, tanto la OAG de Texas (TXOGA) como la RRC y la Norma 29 dejan de lado la esfera de competencia y responsabilidades del Texas Natural Resources Code en su sección 91.851.

Asimismo, dentro de las denominadas Open Records Decisions (Registros Públicos de Resoluciones) del Fiscal General de Texas, que constituyen opiniones jurídicas formales relativas a la Public Information Act (Estatuto de Información Pública), aunque la Open Records Decisions No. 552 protege que los secretos comerciales sean revelados sean revelados por una entidad gubernamental, ninguna OAG Open Records Decisions ha normado de forma concluyente que el fluido usado en la fractura hidráulica constituya un secreto comercial. Tex. Att’y Gen. OR1990-552. Mientras que la Open Records Decision No. 554 concluyó que el “volumen y ubicación” y la “identidad específica” de químicos dentro de un semiconductor ubicado en una instalación de manufactura sí debe ser considerado como un secreto comercial. Tex. Att’y Gen. OR-1990-554.

2. *Limitaciones impuestas por la Norma 29 sobre la divulgación de contenidos de los fluidos empleados en la fractura hidráulica.*

Al mismo tiempo que la Norma 29 requiere la revelación de los componentes de los fluidos empleados por las empresas energéticas que practican la fractura hidráulica en la plataforma denominada FracFocus, la misma norma requiere asimismo que la RRC establezca una medida de protección a los secretos comerciales de los proveedores u operadores y restringe de esa forma los derechos de reclamaciones a las personas. Id. 91.851 (a)(1)(A), (E) (que requiere al operador enviar la información subida a FracFocus a la RRC).(3), (5)(A)-(C).

De esa forma, las cortes de Texas habían asegurado, a la fecha del documento consultado (2011), protección significativa a formas específicas y consideradas por los propios productores u operadores como combinaciones únicas de componentes o ingredientes que sean diferentes a los de otros competidores.(Juicio Wellogix, Inc v. Accenture, LLP, 823 F. Supp. 2d 555, 562 (S.D. tex. 2011)).

3. *Principales cuestionamientos públicos sobre el agua usada en la fractura hidráulica*

Debido a que la fractura hidráulica en Texas se está llevando a cabo actualmente cerca de concentraciones de población cercanas al Marcellus Shale en la franja costera este y bajo ciudades como Forth Worth (Barnett Shale), las principales preocupaciones sobre este tema se centran en dos temas principales: el uso de recursos de agua dulce y la contaminación subterránea. (Hydraulic Fracturing and the Hydrologic Cycle, Barnett Shale Energy Educ. Council (Sept. 14, 2014): <http://www.bseec.org/content/hydraulic-fracturing-and-hydrologic-cycle>).

Asimismo, la influencia en 2009 de la propuesta del Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica de regular la fractura hidráulica a nivel nacional.³⁶ Tex. Reg. 9307 (2011) (codified at 16 Tex. Admin. Code & 3.29) proposed Sept. 9, 2011) (RR Comm'n of Tex.) que llevó a Texas y a otros estados productores a promulgar normas de revelación de información del secreto industrial de los componentes, mezclas, fluidos y otros elementos y productos usados en el proceso, para prevenir la eficacia de la promulgación de una legislación federal para la regulación de la fractura hidráulica. De hecho, Texas fue el primer estado en promulgar una legislación sobre la fractura hidráulica.

4. *Limitaciones de la regulación en Texas sobre los pozos de fractura hidráulica*

Una aportación importante para la regulación de la sustentabilidad de los recursos hídricos expedida en Texas se encuentra en el Natural Resources Code, Title 3.Oil and Gas, Subtitle B.: Conservation and Regulation of Oil and Gas, Chapter 91: Provisions Generally Applicable, Subchapter S Disclosure of Composition of Hydraulic Fracturing Fluids, Section 91.851, disponible en: <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/NR/htm/NR.91.htm>.

El Código en mención establece los requerimientos para la publicidad y el registro de los fluidos empleados en el proceso de fractura hidráulica aplicable a cualquier pozo en el que se aplique ese tipo de proceso.

No obstante, la información considerada como obligatoria de registro para las empresas operadoras del Código mencionado, ese instrumento no menciona que la información deba ser registrada de forma previa

por cada proceso de fractura hidráulica en cada pozo, sino hasta quince días después de iniciado (los cuales pueden llegar en promedio a doce y hasta cuarenta), ni los riesgos ecológicos, sanitarios ni biológicos que pueden generar cada uno de los componentes de forma aislada ni las mezclas usadas en los fluidos fracturantes o propelantes, ni el tipo de disposición final del agua de desecho resultante, ni legitima a nadie más que a los propietarios a los sitios adyacentes (aquellos establecidos dentro de 5,000 pies de cualquier esquina del predio donde se ubique el pozo para fractura hidráulica) a tener un interés legítimo en solicitar, conocer y presentar reclamaciones sobre esos procesos, por lo que quien suscribe considera necesario ese o cualquier instrumento que regule de forma eficaz su control, alcances y efectos sanitarios y ambientales debe ser complementado. Información recopilada en Concerned Health Professionals of New York & PSR, 2018, quinta versión que fue presentado originalmente en 2014.

Respecto a estos últimos, en Texas la página de la RRC no muestra reportes de su supervisión ni de sanciones impuestas por las autoridades estatales y federales responsables de la potabilidad del agua para consumo humano y usos agrícolas y ganaderos, ya que, además de los efectos económicos del pago de indemnizaciones en los casos en los que han prosperado las demandas por daños comprobados por el uso de esta tecnología, representan altos costos asociados a la fractura hidráulica para las empresas que se dedican a esta actividad, además de los costos que el gobierno estatal de Texas ha asumido por subvenciones y exención de impuestos a las empresas generadoras de hidrocarburos no convencionales.

V. LA FRACTURA HIDRÁULICA EN MÉXICO SOBRE EL USO Y MANEJO DEL AGUA DULCE UTILIZADA EN LA FRACTURA HIDRÁULICA

Como se ha mencionado, los efectos adversos en el medio ambiente han llevado al cuestionamiento y replanteamiento de los beneficios de la fractura hidráulica básicamente respecto al uso intensivo y contaminación de los recursos hidrológicos y otros tipos de efectos nocivos por efecto de derrames, liberación de gases de efecto invernadero, sismos, manejo de pozos, derrames, filtraciones hacia mantos freáticos, accidentes y otros hechos relacionados con el manejo y disposición final de los fluidos que retornan a la superficie y que hace prácticamente inutilizable la tierra para usos agrícolas, ganaderos y los riesgos ambientales incompatibles con la sustentabilidad, y, consecuentemente con la bioseguridad, salud, y, en muchas ocasiones, con la vida.

Asimismo, se recomienda como necesario y urgente, determinar de forma precisa las competencias, atribuciones y responsabilidades relativas a las decisiones de la Secretaría de Energía y los otros órganos del sector de hidrocarburos y medioambientales como la Comisión Reguladora de Energía, la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Secretaría del Medio Ambiente, respecto de las zonas, actividades de exploración, prospección, fractura hidráulica y de monitoreo de los pozos autorizados para la práctica del fracking.

Las políticas públicas basadas en las ventajas económicas inmediatas del uso del gas de esquisto para la generación de energía, deben considerar otras opciones debido al alto costo medioambiental que representa su explotación en estados del Norte de la República, como son Coahuila, Chihuahua, Tamaulipas y Nuevo León. En esos estados una derrama económica inmediata, fuentes de empleo y de capacidad de exportación de gas se traducirá después en una grave carencia de agua potable y en zonas con una alta salinidad.

Por lo que respecta al uso intensivo de agua dulce, considerando la información publicada por la EPA en el vecino país del norte, el uso de dos a cinco millones de galones de agua pudiera ser necesario emplear para la fractura hidráulica de un solo pozo horizontal, mientras que la misma operación de forma vertical requiere al menos de 50,000 galones. Si se contempla que cada pozo puede ser explotado, en promedio, mediante la fractura hidráulica, de cuatro a veinte veces, se tiene una idea más precisa de la enorme cantidad de agua desviada y posteriormente altamente contaminada que, muchas veces, es vertida sin el control ni reportes debidos ni se han aplicado las sanciones ni medidas de remediación necesarias. (Office of Research & Development, U.S. Env'tl. Prot. Agency, epa/600/f-10/002, Hydraulic Fracturing Research Study 2 (2010))

Conforme a lo ya expuesto, puede afirmarse que en México, al igual que en Texas y otros estados de la Unión Americana, es cuestionable la derrama económica que se ha publicitado mediante el uso de esta tecnología. Eso es debido a que los costos de transporte de agua, uso de equipo, insumos e infraestructura usualmente son cubiertos por las deducciones fiscales que las empresas dedicadas al fracking obtienen en los contratos.

Por lo consiguiente, en México se han dejado de lado la medición y evaluación actualizadas y prospectivas en las licitaciones y asignaciones de contratos de explotación mediante la fracturación hidráulica, de los grandes costos ambientales y sociales irreversibles que implica.

Tomando en cuenta que la vida media de un pozo es de uno a dos años, de ahí que en Estados Unidos y en nuestro país se hayan multiplicado el número de pozos activos.

Por lo que respecta al secreto industrial y comercial sobre los componentes de los fluidos fracturantes en México, la información sobre estos se ha mantenido bajo reserva sus componentes y por lo tanto, se han restringido o imposibilitado en varios estados las investigaciones sobre sus efectos. El Centro Nacional de Información de Hidrocarburos, dependiente de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, dio respuesta a una solicitud de información sobre ese tema, invocando el régimen legal en torno a la protección del secreto comercial e industrial en el sector de hidrocarburos, conforme a los artículos 32 y 33 de la Ley de Hidrocarburos, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, artículo 507, numeral 1, y los artículos 1° y 100 bis del Convenio de París sobre la Protección de la Propiedad Industrial.

El gas y petróleo de lutitas puede, en este momento, ser sustituido por hidrocarburos convencionales o fuentes alternas de energía ya que en México su costo de producción es muy grande en términos de los enormes volúmenes de agua requeridos, sobre todo en estados tales como Chihuahua, Coahuila, Veracruz y Tamaulipas, además de que el costo de su extracción excede actualmente al precio de los combustibles convencionales y no compensa los daños a la salud y la economía de esos y otros estados en los que se han establecido pozos para fractura hidráulica.

En la actualidad, si bien el auge de esta práctica se ha generalizado en nuestro país, no se han evaluado y regulado con precisión sus usos ni se han establecido limitaciones legales precisas ni la tipificación específica de los delitos ambientales derivados de esa actividad basados en un análisis tanto cualitativo como cuantitativo centrado en el bienestar de la población y su ponderación costo-beneficio con una perspectiva sostenible, sobre todo considerando el alto costo de la fractura hidráulica debido a la cada vez mayor escasez de agua en las zonas en las que se ubican los pozos activos en México actualmente, y la afectación que representa el desplazamiento de los beneficiarios de los recursos hídricos y de las zonas en las que se ubican los pozos que han afectado las actividades económicas de los estados en los que se encuentran.

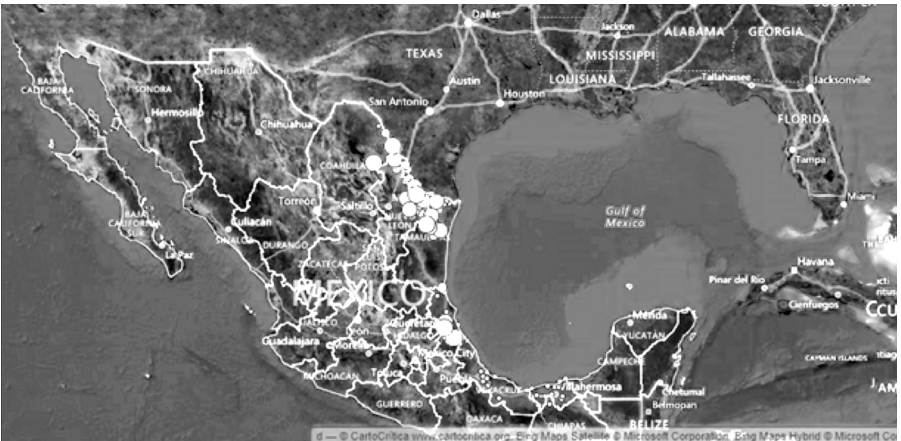
En México, las cuencas relacionadas a los recursos no convencionales en México: Chihuahua, Sabinas, Burro-Picachos, Burgos, Veracruz y Tampico-Misantla.

Lo anterior se considera muy importante dada la coyuntura actual de la caída de los precios del petróleo y los hidrocarburos y la necesidad real de producción de gas de lutitas en México.

Tomando en cuenta que la fractura hidráulica es una técnica de explotación de hidrocarburos que se practica en México desde 2012 y se ha extendido a varios estados de la República, es importante conocer y evaluar algunas de las regulaciones e instituciones que el vecino país del norte y, que Texas en particular ha desarrollado para determinar sus aciertos y fallas para buscar extrapolar sus aciertos y desaciertos de forma oportuna y realista a la realidad mexicana.

A continuación, se muestra el mapa de los principales proyectos de fractura hidráulica en México registrados en el 2018 publicados por la Alianza Mexicana Contra el Fracking y su liga:

FIGURA 1.



Recuperado de <https://editor.giscloud.com/map/972819/fracking-mxico-2018>.

La Alianza Mexicana Contra el Fracking reporta en su página que “...en la 40ª sesión extraordinaria del Órgano de Gobierno de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), el 20 de agosto del año (2020), se aprobó con tres votos a favor y dos en contra, el Dictamen Técnico presentado por la Secretaría de Energía (SENER) para realizar actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en la Cuenca Tampico Misantla, acto en el cual se entregaron las 3 primeras asignaciones de un Plan de un total

de 21 asignaciones que se busca entregar a Pemex Perforación, Exploración y Producción (PEP).

Citando a la página de la Asociación Mexicana Contra el Fracking, esas tres asignaciones (Xanati, Yuban y Chuyan), que se encuentran localizadas en el Norte de Veracruz dentro del Paleocanal de Chicontepec, conocido también como Aceite Terciario del Golfo (ATG), se ha considerado durante años como de una enorme riqueza de recursos prospectivos, y, durante décadas, ha contado con un importante presupuesto público con una inversión máxima de 1,029 Miles de Millones de dólares estadounidenses. De esos recursos, los cuales se menciona cuentan con 3,847 MMbpce (millones de barriles de petróleo crudo equivalente).

Asimismo, la publicación mencionada, expresa que esas estimaciones consideran un precio del gas mucho más alto de aquel en el que se encuentran las previsiones y una productividad de pozos mayor a la de pozos análogos en las advertencias que la CHN (Comisión Nacional de Hidrocarburos) hizo a la SENER (Secretaría de Energía).

Además de lo anterior, la AMCF (Asociación Mexicana contra el fracking) reitera que la práctica de la fractura hidráulica es contraria con el compromiso Número 75 de la actual administración de no desarrollar proyectos que impliquen el uso de esa técnica. Información recuperada disponible en: <https://nofrackingmexico.org/sin-consenso-y-con-numerosos-cuestionamientos-a-sener-la-comision-nacional-de-hidrocarburos-aprueba-opinion-para-que-pemex-reciba-nuevas-asignaciones-que-requeriran-fracking/>.

Asimismo, y en relación al mismo tema, la misma Asociación publicó los proyectos de exploración publicados durante el 2019 para proyectos de fractura hidráulica en el siguiente link: <https://nofrackingmexico.org/respuesta-a-la-informacion-presentada-por-pemex-sobre-el-uso-del-fracking-en-mexico/>.

VI. MARCO REGULATORIO DE LA FRACTURA HIDRÁULICA EN MÉXICO

Respecto a este tema y en lo que respecta a la normatividad en México respecto al tratamiento de aguas residuales y materiales peligrosos, esta materia es de índole federal, mientras que en Estados Unidos de Norteamérica y, específicamente en Texas, el cuerpo normativo aplicable es el de ese estado en virtud de la exclusión de la prelación federal (preemption) respecto al fracking ya mencionada. El tema referente a la seguridad industrial sí es abordado por el marco regulatorio en materia federal por la OSHA (Occupational Safety and Health Administration). Los demás ordenamientos ya ex-

puestos, son de índole administrativa y se refieren a medios de registro, métodos de control de la inyección del agua, registros sobre la disposición final de las aguas de desecho de la fractura hidráulica, base de datos de los pozos, información sobre su operación y cierres y red sísmica. Esas disposiciones debieran de implementarse asimismo en México por las empresas contratadas para proyectos sismológicos de exploración, perforación y extractivos y ser complementados con el esquema regulatorio de Illinois, al ser probablemente de los más completos respecto al fracking en el vecino país del Norte.

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Los temas más relevantes objeto de la literatura y el activismo en contra y a favor del fracking, hacen referencia, principalmente, a la contaminación irreversible del medio ambiente debido a los efectos contaminantes de los fluidos contaminantes ya expuestos. En ese orden de ideas, existe de hecho un conflicto entre los mismos y lo estipulado por el derecho Constitucional de la población en general (artículo 1o., que define los derechos humanos, así como los tratados suscritos por México relativos a este tema) y de los pueblos y comunidades indígenas (artículo 2o., inciso A, referente a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, fracciones V, VI y VIII que abordan la preservación y enriquecimiento del hábitat, propiedad y tenencia de la tierra y el derecho a la defensa garantizada por el Estado a decidir, en este caso, sobre la instalación y operación de pozos de fractura hidráulica después de conocer los nombres y riesgos biológicos, sanitarios y ecológicos de sus componentes, mezclas, elementos y sus efectos y el destino final del agua utilizada (waste water), de la que retorna a la superficie como parte del proceso (flowback) principalmente).

En la experiencia derivada de la práctica del fracking en nuestro país, se ha observado y reportado por organizaciones como la Alianza Mexicana contra el fracking y medios impresos, el desplazamiento de poblaciones de sitios en los que se han llevado a cabo proyectos mediante el uso de fracking, así como efectos contaminantes como los ya expuestos. Se puede afirmar que los artículos constitucionales 1º, 14º, 16º y 27º que consagran los derechos humanos y sus garantías están siendo violentados por la Ley de Hidrocarburos y su reglamento.

Como se menciona en la primera parte del presente artículo, aunque en el derecho federal estadounidense existen ordenamientos sobre el derecho de la población al acceso a agua para consumo y uso humanos con-

forme a estándares federales y a asegurar un medio ambiente compatible con la vida humana y sus actividades, la fractura hidráulica fue específicamente excluida de ellos como se expondrá más adelante.

En el Artículo 4° de nuestra Carta Magna se estipula el derecho de todos los mexicanos y al acceso al agua en forma saludable, aceptable y asequible para sus actividades diarias. Respecto a este derecho, y si se considera que muchas de las comunidades no tienen actualmente acceso a servicios de agua potable, es imprescindible la regulación de las fuentes de agua que sirven, o de las que se determine su uso, para la fractura hidráulica a fin de asegurar ese derecho humano al agua dulce para consumo y uso humanos.

Referente al tema de la sustentabilidad, el Artículo 25° otorga al Estado la facultad y responsabilidad un correcto desarrollo sostenible a través de empresas sociales y privadas en las que las primeras tienen preeminencia de los segundo. Asimismo, en Art. Transitorio 2° mandata al Congreso de la Unión a legislar sobre responsabilidades por daño y deterioro ambiental que resultó en la Ley de Responsabilidad Ambiental.

Posteriormente a la llamada Reforma Energética se adicionaron los transitorios 17° y 19°, que establecieron la obligación del Congreso de la Unión para discutir y desarrollar la legislación secundaria relativa al medio ambiente y la creación de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección del Sector de Hidrocarburos (ASEA).

Finalmente, respecto al Artículo 27°, se establece la propiedad de la Nación sobre las tierras y aguas y su facultad de transmitir el dominio de los mismos a los particulares. No obstante, el Estado conserva el derecho de expropiar aquellos que considere pertinentes por causas de utilidad pública, indemnizando a los afectados, incluidos los propietarios de propiedad privada, ejidal o comunal, en favor de interés público. Es importante mencionar que, al amparo de esa redacción, se violenta el derecho humano a la propiedad de las poblaciones o particulares, así como el derecho humano al agua dulce (o potable), ya que las indemnizaciones no restituyen el entorno de las poblaciones afectadas, así como el acceso al agua y las actividades productivas relacionadas con esos derechos.

En referencia a los hidrocarburos, de cualquier índole y estado físico entre los que se cuentan los recursos no convencionales objeto de la fractura hidráulica, la Nación cuenta con su propiedad inalienable e imprescriptible, sin autorización para otorgar concesiones. Sí puede, sin embargo, asignar la explotación de los hidrocarburos a empresas del Estado o particulares de acuerdo a la legislación complementaria.

Es muy importante que se incluya en la legislación sobre hidrocarburos no convencionales la obligación de hacer obligatoria la declaración sobre las fuentes hídricas que se proyecte o considere emplear en los pozos de fractura hidráulica, el volumen máximo de agua a ser usada y se asegure el libre acceso a las comunidades, núcleos de población y comunidades situadas dentro del estado o estados en los que se tienen proyectados los siguientes pozos a licitar en los que esta técnica se considere para cualquier propósito, ya sea la explotación de recursos no convencionales, la exploración o el cierre de pozos.

2. *Convenio Núm. 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre Pueblos Indígenas y Tribales*

Ratificado por México en 1990 y regido por las premisas del “derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias”, el Convenio establece la obligación de nuestro país de adecuar las leyes secundarias que rigen la fracturación hidráulica conforme al Artículo 2º constitucional.

La obligatoriedad de cumplimiento de este Convenio por el estado mexicano pone en evidencia su falta de observancia y contraposición por las leyes secundarias aprobadas de acuerdo a la reforma energética. Por lo que debiera ser invocado en los procesos de licitaciones o rondas de negociaciones, y como fundamento a las acciones obligatorias de prevención y responsabilidades medioambientales y a los criterios de asignación de proyectos que involucren o hayan considerado a la fractura hidráulica o los contemplen en un futuro.

En contraste, el cuerpo normativo estadounidense y texano en particular, establecen que los particulares pueden ser propietarios de los recursos del subsuelo e incluso arrendar o vender ese espacio.

Se sugiere que, respecto a aquellas tierras previamente afectadas por proyectos en los que se haya empleado alguna forma de fractura hidráulica o en los que se haya hecho uso de concesiones que hayan implicado el uso de agua dulce, sean revisados para evitar una sobre explotación, deterioro de las fuentes y sean remediados ambientalmente, dentro de lo posible los daños causados.

El Artículo 13, párrafo 2º estipula que el concepto de tierras se refiere a las porciones de área/territorios que los pueblos ocupan o emplean.

Su Artículo 14º mandata al Estado ratificante del convenio a reconocer como derecho la posesión de las tierras a los pueblos sin limitarse a las tie-

rras habitadas por ellos como a las porciones de tierras que cultural o históricamente resultan significativas respecto a las tradiciones y subsistencia. Esta obligación, consagrada en su párrafo 2º, obliga a los gobiernos a tomar las medidas que se requieran con la finalidad de garantizar los derechos de propiedad y posesión de los pueblos y a instituir procesos relativos al sistema legislativo del Estado en el párrafo 3º.

El Artículo 15º en su párrafo establece el derecho de los pueblos o tribus a la participación, uso, goce y conservación de los recursos naturales que se encuentran en sus tierras. En el supuesto de que algunos de esos recursos sean propiedad exclusiva del Estado, los gobiernos deberán establecer mecanismos de consulta a los pueblos con el objeto de determinar su afectación y medida.

El Convenio, en su Artículo 16º, párrafo 1º, recomienda evitar el traslado o reubicación del territorio que ocupan. Asimismo, salvo el caso en el que la reubicación sea necesaria de forma excepcional, podrá ser únicamente bajo anuencia libre y plena de los pueblos o tribus y se les otorga también, en sus párrafos 2º y 3º, el derecho a retornar a las tierras que habitaban al cesar la acción que motivó su relocalización. Asimismo, si la reubicación no fuera posible, los pueblos deberán recibir tierras equiparables en cuanto a su calidad y estatus jurídico a las que habían ocupado antes de su reubicación.

En sus párrafos 4º y 5º, se establece la obligación de garantizarles una indemnización plena por cualquier pérdida o daño sufridos.

El capítulo VIII del mismo, relativo a su Administración, en su artículo 33º establece que las autoridades gubernamentales abocadas a la vigilancia del cumplimiento del Convenio deberán asegurarse de que existen instituciones y/o mecanismos orientados a la administración de los programas que afecten a los pueblos incluidos la planificación, coordinación y evaluación de las medidas consideradas en el mismo.

Sin embargo, en su Artículo 34 establece la flexibilidad para cada país firmante de acuerdo a sus condiciones particulares, lo cual deja a criterio de cada Estado el cumplimiento de este instrumento y la defensa del derecho humano de su población a un medio ambiente sustentable, así como al derecho al agua potable y para el consumo humano.

Por lo que corresponde al Estado mexicano evaluar y proceder a las acciones que corresponden para asegurar los derechos violentados y resarcir los daños causados mediante acciones de remediación, reubicación e indemnización según corresponda.

3. *Ley de Hidrocarburos*

Se trata de una Ley Federal que entró en vigor en 2013 derivada de la reforma energética.

Contrapone sus objetivos a los derechos humanos consagrados la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello debido a que violenta el derecho humano al agua potable de todas las poblaciones afectadas por la práctica del fracking, conforme al artículo 4º constitucional, así a un medio ambiente sustentable, como al Convenio mismo en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas a garantizar los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales que hayan resultado afectados. Sobre todo en lo que respecta al artículo 1º, capítulo I de nuestra Carta Magna, el cual establece el derecho universal al goce de los derechos humanos establecidos en la misma, así como todos los establecidos en todos los tratados internacionales de los que México forma parte, el cual incluye el derecho a la propiedad. No obstante, aun cuando esta ley expresa ser de interés público mediante la Ley de Hidrocarburos y su reglamento, un título de propiedad queda sujeto al interés privado, no al público y, por lo tanto, toda actividad implicada en la extracción de petróleo, gas o minerales está sujeta a esa causalidad de afectación.

Es una Ley de las denominadas secundarias de la reforma energética, e incluye dos vertientes relacionadas con impactos sociales. La primera relacionada con el concepto de utilidad pública relacionada al Artículo 27 Constitucional, y la segunda en referencia a la evaluación del impacto ambiental y los daños al ambiente por los promoventes.

Respecto a la primera de ellas, la utilidad pública relacionada al fracking está contenida en el Capítulo III. Dentro de este, el Artículo 95º enfatiza la gestión de los recursos naturales y la obligación de que la federación implemente el desarrollo sustentable, la protección al ambiente y equilibrio ecológico por la industria de hidrocarburos.

Su Artículo 96º define a la industria de los hidrocarburos como de utilidad pública y menciona las servidumbres legales o la ocupación temporal necesaria para el correcto desarrollo de las actividades de ese tipo de industria. Se observa en esta disposición el mismo espíritu normativo que en el de las empresas texanas, y de Estados Unidos en general, dedicadas a la explotación de hidrocarburos. Se define también en él, el orden preferente que tienen las actividades de hidrocarburos sobre cualquier otro tipo de suelo existente y mandatan a la Federación, Estados y Distrito Federal,

así como a los municipios y delegaciones para su coadyuvancia en el desarrollo de la industria de los hidrocarburos.

El Artículo 97° delega los actos mercantiles a la industria de hidrocarburos en todo aquello que no es considerado en esa ley, con lo cual se excluye a las consideraciones sobre la utilidad pública al priorizar el desarrollo de la industria energética.

En lo que respecta a los impactos sociales, el Capítulo IV aborda los mismos en lo que respecta a los propietarios de predios o porciones de tierra afectadas por la industria de los hidrocarburos tales como el uso y ocupación superficial. Es muy importante mencionar que ese mismo Capítulo en sus Artículos 100°, 101° y 102, deja a libre negociación entre particulares los costos de las afectaciones incluyendo a núcleos agrarios, comuneros y ejidatarios. Se observa en esta disposición una asimetría muy clara entre esos últimos y los particulares relacionados profesional o comercialmente con socios o representantes de grandes corporaciones, como lo es el caso de Texas y otros estados del vecino país del Norte o aquellos particulares propietarios de dueños colindantes con núcleos agrarios, comuneros o ejidatarios.

Asimismo, en ese Capítulo, los Artículos 103 y 104 establecen que esas afectaciones podrán estar sujetas a precios de mercado o tabuladores de bienes y servicios calculados por el Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales. De forma adicional, se estipula que, en caso de que no exista común acuerdo entre los particulares, los predios motivos de las diferencias son sujetos de expropiación por parte de la Federación por parte de la Secretaría de Desarrollo Agrario, territorial y Urbano, o ante un Juez de Distrito en materia civil en favor del promovente privado en los Artículos 106°, 107° y 108°.

Esta ley instituye a necesidad de realizar estudios de impacto social por la Secretaría de Energía en caso de que sea la misma la que promueva una licitación conforme al Art. 119° y por parte del interesado de acuerdo al Artículo 121°.

El Artículo 118° promueve la salvaguarda de los derechos humanos de las comunidades afectadas y a atender principios de sostenibilidad considerando la opinión e intereses de las comunidades afectadas según lo dispuesto en el art. 118°.

En el Capítulo VII se hace referencia a la ASEA (Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector de Hidrocarburos).

4. *Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector de Hidrocarburos*

A partir de la Reforma Energética y como parte de las leyes secundarias en la materia, se expidió la ley que da origen a la ASEA.

Su Artículo 1º define a la ASEA como un órgano administrativo desconcentrado de la SEMARNAT (Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales). A la ASEA se le otorga plena autonomía técnica y de gestión y se le atribuye la protección de las personas, el medio ambiente y las instalaciones del sector de hidrocarburos.

El Artículo 4º dispone que lo no dispuesto en la presente ley, sea referido a las leyes existentes en las materias de protección al ambiente, gestión de residuos, desarrollo forestal, organismos genéticamente modificados y procedimientos administrativos.

Sus atribuciones directas están establecidas en el Artículo 5º. Su fracción I, se dispone que la ASEA tiene como competencia el aportar elementos técnicos a las autoridades competentes en materia de política energética y ambiental. La fracción II establece el grado de gestión administrativa que tiene la ASEA sobre los regulados referente al ciclo de vida de las instalaciones del sector y que es abordado en mayor detalle en el Artículo 13º. Asimismo, el mismo artículo hace mención sobre el control integral de los residuos y emisiones a la atmósfera.

Sus fracciones XXII y XXIII hacen referencia a los impactos sociales generados por daños ambientales. La primera de esas fracciones aborda la referencia a la valoración económica de externalidades ambientales conforme a metodologías internacionales y la segunda señala la necesidad de impulsar un desarrollo regional sostenible y en el que hace énfasis en la protección, conservación, compensación y restauración de los ecosistemas y servicios ambientales.

Respecto al mismo tema, es reforzado en el Artículo 6º, fracción II se explicita que la regulación emitida por la ASEA deberá ser publicada en el *Diario Oficial de la Federación* y establece las condiciones necesarias para: (a) la protección ambiental, (b) caracterización y clasificación de los residuos, (c) manejo, (d) protección final relativa a materiales peligrosos, (e) su disposición final, (f) desempeño ambiental de residuos sólidos urbanos, (g) emisiones contaminantes, (h) control de emisiones y (j) daños al ambiente y a los recursos naturales. No obstante, en la Resolución RES-PER-009-2019 emitida por la Comisión Nacional de Hidrocarburos, no se hizo públi-

ca la información que, sobre el volumen de agua utilizada en actividades de fractura hidráulica, solicitó el promovente.

Es importante mencionar que, aunque su Artículo 23° se establece que los regulados podrán ser declarados como responsables de accidentes, daños y perjuicios en el desarrollo de sus actividades y están sujetos a las sanciones e indemnizaciones que correspondan conforme a la Ley Federal de responsabilidad Ambiental y, respecto a infracciones y sanciones, al Capítulo V, Artículo 25, no se hace pública la entidad reguladora específica respecto a infracciones y sanciones respecto a las actividades de exploración, estimulación, explotación e incluso taponamiento de pozos mediante la fractura hidráulica.

5. Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente

Se trata de la Ley marco en materia de regulación ambiental y desarrollo sustentable.

Su Reglamentación es de orden público e interés social conforme a su Artículo 2°, fracción I. Determina, en su Artículo 5°, fracciones X y XI, respectivamente, la obligación de la federación de la evaluación del impacto ambiental, la regulación del aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, su biodiversidad y las aguas nacionales.

En su Artículo 15, se refiere a su competencia en la formulación y conducción en la política ambiental y la expedición de las Normas Oficiales Mexicanas (NOM s) en su Artículo 36° que, además, en su fracción XIII garantiza el derecho al goce de los recursos naturales de forma sustentable.

En relación al agua, su Artículo 28 establece que la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales determinará si los propuestos por agentes privados cumplen con los criterios definidos para no causar un desequilibrio ecológico.

Finalmente, los Artículos 88° y 89° definen los criterios para el aprovechamiento sustentable del agua y que pueden ser redirigidos a la legislación secundaria o a la Ley de Agua Nacionales.

6. Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos

Es la Ley marco referente a la definición, clasificación y regulación de los diferentes residuos generados en el país.

La fracción IV del Artículo 1° de esta ley abreviada como LPGIR, se refiere a su clasificación.

La fracción IX del Artículo 2° orienta la atención a las Normas Oficiales Mexicanas como el medio para la selección de los sitios para la disposición final de los residuos.

De forma similar a la LGEEPA, en los artículos 7°, 9° y 11° establece las facultades de Federación, estados y municipios para la clasificación y gestión de los residuos dentro de su competencia conforme al Reglamento de la Ley y las NOM relativas a los residuos.

El Artículo 15° es de especial importancia al asignar a la SEMARNAT la clasificación de los diversos tipos de residuos en peligrosos (Artículo 16°), sólidos urbanos y de manejo especial (Artículo 19°), cuya fracción V determina a los lodos de tratamientos de aguas residuales. No obstante, no menciona el tratamiento de aguas residuales del proceso de la explotación de hidrocarburos no convencionales, por lo que es omisa respecto al fracking.

Su artículo 20° establece que los residuos sujetos a planes de manejo estarán regulados por las NOM y que la SEMARNAT es responsable de emitirlos. El Artículo 28 define a los sujetos obligados a la formulación de planes de manejo.

Su artículo 40° establece que los residuos que se definen como peligrosos serán determinados por el Reglamento de la ley, así como sus NOM. El Artículo 44° define la categoría de tamaño del generador y cómo deberán gestionar sus residuos.

Finalmente, en el Artículo 68° se establece la obligación de reparar el daño aquellos que dañen la salud humana como consecuencia de una mala gestión de residuos o sitios contaminados y redirige ese tema a la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental. El Artículo 70° obliga a los propietarios y concesionarios de predios a remediar los sitios contaminados y relega a las autoridades el manejo de situaciones de riesgo relativas a la contaminación de sitios por diversos tipos de residuos (Artículo 72°). No obstante, las compensaciones por daños ambientales se imputan de acuerdo a los establecido en la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental conforme al Artículo 77o

7. *Ley de Aguas Nacionales*

Regula el uso y aprovechamiento de las aguas nacionales superficiales o del subsuelo conforme su Art. 2°. Se enfoca en la calidad y cantidad de ese recurso para asegurar un desarrollo sustentable conforme su artículo 1°. No aborda el derecho humano al agua.

En su Art. 7º fracción I, se declara como de utilidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos y se considera a esa actividad como de seguridad nacional. El mismo artículo en sus fracciones IV, V y VI se refiere a la gestión del agua en cualquiera de sus formas y depósitos de acuerdo a las NOM y regula el libre flujo entre cuencas en su fracción II y, en ese mismo artículo y fracciones se faculta al Ejecutivo Federal para el rescate de las Aguas Nacionales, concesiones y expropiaciones por causas de utilidad pública.

Aunque la política hídrica nacional depende de la SEMARNAT, corresponde a la Comisión Nacional del Agua en tanto órgano administrativo desconcentrado de la SEMARNAT, dirigir los aspectos técnico, normativo y consultivo (Artículo 9º). Entre sus atribuciones se encuentran la de proponer NOM ante la SEMARNAT (fracción XXXI); emitir disposiciones administrativas respecto a las concesiones asignadas (fracción XXXII); apoyar a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) con elementos técnicos para la reparación del daño a recursos hídricos (LI).

Sobre la política nacional y respecto al tema de la fractura hidráulica, se encuentran los siguientes tales como reconocer los servicios ambientales que el agua proporciona (fracción XI); garantizar una calidad adecuada del agua para consumo humano (fracción XIV); aplicar principios como el que establece la obligación de pagar las remediaciones e indemnizaciones conocido mediante la frase “el que contamina paga” (fracción XVII); y la preferencia del agua para fines domésticos sobre cualquier otro uso (fracción XXII).

En lo que respecta al uso del agua, esta ley establece que se hará a través de concesiones o asignaciones, que deberán contener, entre otra información, las características propias de las aguas para su extracción (Artículo 21º, fracción VII). Asimismo, señala la obligatoriedad de la presentación de documentos que acrediten la posesión de los predios (Artículo 21º BIS, fracciones I y II); manifestación de impacto ambiental (MIA) (fracción III), entre otros requisitos.

De acuerdo al Artículo 29º, fracción I, los concesionarios deberán instalar medidores a fin de garantizar el correcto volumen de extracción (fracción II) y realizar todo aquello posible para prevenir la contaminación del agua concesionada (fracción XIV). En lo que respecta a su aplicación en la práctica de la fractura hidráulica no existe correlación para la aplicación de sanciones.

Esta ley también determina que la suspensión para el uso del agua será válida cuando se descarguen aguas residuales que afecten las fuentes

de agua potable o la salud pública (Artículo 29 BIS 2, fracción IV) o cuando las aguas residuales sean descargadas en lugares no autorizadas (mismo Artículo, BIS 4) y deberán cumplir con lo dispuesto en el Artículo 88 BIS respecto a las condiciones de descarga hacia cuerpos receptores de agua.

No obstante, no se estipulan en este instrumento formas de control del destino de los recursos hídricos concesionados, ni su volumen máximo.

8. Ley Federal de Responsabilidad Ambiental

Es la ley punitiva de orden público e interés general en materia de delitos ambientales y es complementaria al Código Civil Federal y/o el Código de Procedimientos Administrativos.

Su Artículo 4o. obliga a que los delitos ambientales sean responsabilizados de forma independiente a los procedimientos administrativos, penales o civiles que pudieran ser incoados al mismo ente. No obstante, el Artículo 6o. considera inexistente el daño cuando se cumplen una serie de condiciones como una manifestación previa a la SEMARNAT (fracción I), o si los daños están dentro de los límites permisibles por las NOM. Asimismo, son las NOM las que establecerán los criterios de los costos de reposición bajo un criterio de caso por caso conforme a su Artículo 7°.

En caso de que hubiere un daño ambiental probado y hubiere una multa, el imputado podrá hacer uso de garantías previamente adquiridas para otros procesos ante la SEMARNAT, como complementos o atenuantes a la pena que se imponga finalmente conforme al Artículo 8°.

En referencia a la fractura hidráulica es importante mencionar que los únicos casos en los que la responsabilidad será objetiva y no subjetiva conforme a sus Artículos 11° y 12°, es cuando los daños estén relacionados con materiales o residuos peligrosos; en ese caso la reparación del daño consistirá en restituir al Estado Base (estado previo a los daños ambientales) el medio dañado conforme a su Artículo 13°. No obstante, dicha compensación podrá ser total o parcial si es que no es posible regresar al estado original los elementos dañados (Artículo 17°). Independientemente de la reposición ambiental, se establece la imposición de una sanción económica tanto a personas físicas como morales, aunque en el caso de estas últimas, pueden ver reducidos los montos de las sanciones si se cumplen tres de ocho requisitos posibles (Artículo 20°). En este punto, si no existen propuestas de uso, registros y controles previo sobre los recursos hídricos a ser emplea-

dos, y en específico, al agua dulce, no será posible una evaluación objetiva sobre los daños causados sobre los mismos y el medio ambiente.

La ley en comento considera como corresponsable a la persona moral por todo daño ambiental ocasionado por sus empleados cualquiera que sea su posición (Artículo 24°). Los entes ciudadanos pueden demandar la responsabilidad ambiental a los actores que hayan cometido los delitos ambientales (Artículo 28°). La ley considera doce años, a partir de que el delito haya sido cometido, para ejercer acción mediante la presentación de denuncia por el delito ambiental de que se trate (Artículo 29°). Diversas pruebas de diferente índole pueden presentarse para hacer valer la acción y solicitarse el auxilio de la SEMARNAT y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente para recabar las pruebas necesarias sobre los delitos cometidos (Artículo 34°) y la determinación del Estado Base ya mencionado conforme al Artículo 36°.

Referente a esta Ley, se recomienda adicionar un capítulo referente a los avisos preventivos a las poblaciones, comunidades, ejidos o núcleos de población y ciudades que pueden verse afectadas por proyectos de exploración, perforación, explotación u otros similares en los que sea utilizada la fractura hidráulica. Esto debido al riesgo de fugas, derrames

VII. REGLAMENTOS RELACIONADOS CON LA FRACTURA HIDRÁULICA

1. *Reglamento de la Ley de Hidrocarburos*

Aunque este reglamento se menciona en los Títulos 3 y 8 de la Ley de Hidrocarburos, este es el que define la Consulta Previa y la Evaluación de Impacto Social.

Su Artículo 67° designa a la Secretaría de Energía (SENER) como la facultada para redactar los contratos para el uso y la ocupación de superficies y de recibir el aviso de las negociaciones respectivas. Este instrumento designa a la SEDATU (Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano) respecto a la servidumbre legal de acuerdo a las condiciones administrativas.

El Artículo 78° estipula que es la SENER la responsable de realizar un estudio de impacto ambiental antes de emitir un fallo en la asignación y desde la misma convocatoria.

Asimismo, establece la obligación de que los contratistas interesados en el desarrollo de algún proyecto, de presentar una Evaluación de Impacto Social (EIS) en su artículo 79°, conforme al formato establecido en su

Artículo 81°, a fin de que la SENER cuente con 90 días para emitir la resolución que corresponda.

Finalmente, el Artículo 85° relativo a la Consulta Previa, establece la responsabilidad de la SENER sobre los procedimientos para la consulta previa, libre e informada a la población a través de instituciones representativas de la sociedad conforme los principios de buena fe, libertad, pertinencia y siguiendo los estándares internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y cumplir con fases.

Se establece también que las resoluciones emitidas por la SENER serán de carácter obligatorio.

2. Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación de Impacto Ambiental

Este reglamento es de observancia general y regula la evaluación de impacto ambiental de la LGEEPA de acuerdo con su artículo 1°.

Establece que, para el caso de los hidrocarburos su aplicación es por conducto de la ASEA.

Su Artículo 5° establece las obras o actividades que requerirán la autorización de la ASEA o la SEMARNAT en materia de impacto ambiental. Regula oleoductos, gasoductos y otro tipo de ductos (sin mencionar cuales).

Su inciso D, Fracción I estipula que las actividades de perforación para la exploración y extracción de hidrocarburos requieren de la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), con excepción de las actividades que se desarrollen en zonas agrícolas o ganaderas fuera de las Áreas Naturales Protegidas.

Establece también que las instalaciones para el tratamiento, confinamiento o eliminación de residuos peligrosos son reguladas por el inciso M en sus fracciones I y II.

Estipula también, en su Artículo 18°, fracciones I, II Y III que, para actividades consideradas como altamente riesgosas como los procesos relacionados con los hidrocarburos, se requiere la presentación de un estudio de riesgo con medidas de seguridad ante situaciones adversas.

Respecto a las funciones de información a la población que pueda resultar afectada por cualquier proyecto, la SEMARNAT y la ASEA se obligan a presentar una gaceta de consulta pública en las que se publiquen las solicitudes de evaluaciones de impacto ambiental ante ambas dependencias de acuerdo a su Artículo 37° y se establece la obligación de establecer perio-

dos claros y definidos en relación a la duración de la consulta administrativa mencionada, sus formas y procedimientos en su Artículo 43, fracciones I a V).

El reglamento también establece, en su Artículo 44 que, tanto la ASEA como la SEMARNAT, deberán observar una serie de criterios durante el proceso de evaluación de impacto ambiental para garantizar que la respuesta al promovente de cualquier consulta u observación sea clara y fundada y no podrá exceder de sesenta días para su evaluación conforme al Artículo 46°. Las obras aprobadas, asimismo deberán sujetarse a las disposiciones de la ASEA o SEMARNAT en relación a las NOM s (Normas Oficiales Mexicanas), y demás disposiciones legales y de los reglamentos que les sean aplicables.

Si la aprobación a cualquier proyecto resulta condicionada, dichas condiciones deberán ser especificadas por la SEMARNAT conforme a su Artículo 48 sin que se especifique que sucede con los proyectos que no cumplan con las condiciones mencionadas. Asimismo, en su Artículo 51° se estipula que la SEMARNAT podrá solicitar garantías para garantizar el cumplimiento de las condiciones y puede fijar el monto de las mismas conforme al monto de los daños probables identificados conforme a su Artículo 52°.

La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente es la facultada para realizar las inspecciones conforme los resolutivos emitidos de acuerdo con el Artículo 55° y, en caso de existir algún daño inminente de daño ecológico o a la salud humana, la ASEA o la SEMARNAT podrán aplicar lo dispuesto en el Artículo 170° de la Ley de la que se deriva este reglamento.

3. Reglamento de la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos

Establece, al igual que el reglamento anterior, que los residuos relacionados con el sector energético, se sujetarán a lo dispuesto por lo que sea emitido por la ASEA. Establece también la diferenciación de los residuos de manejo especial y a los residuos sólidos urbanos en su Artículo 12° que son complementados por las disposiciones de las NOM.

El Manejo de los residuos considerados como peligrosos del sector de hidrocarburos, deberán ser regulados por el reglamento respectivo. En caso de resultar clasificados como de manejo especial, serán regulados por la ASEA en su Artículo 34 BIS que establece la identificación de los residuos peligrosos de acuerdo a las NOM expedidas referentes a esa materia conforme a su artículo 35° fracciones I, II y III. Se estipula que las NOM referidas deben considerar, tanto los métodos más actuales, como la experiencia

que el generador pueda proporcionar respecto a su manejo en sus artículos 36° y 37°.

Su Artículo 49° resulta de especial importancia pues establece que entre las actividades que requerirán obtener autorización se encuentra la reutilización de residuos peligrosos fuera de su fuente generadora (en su fracción II), en la fracción V, se menciona el reciclaje o co-procesamiento de residuos peligrosos; tratamiento de residuos peligrosos mediante tecnologías de pozos de inyección profunda; en la VI se menciona la incineración de residuos que no es considerada en Texas ni en ninguno de los Estados de la Unión Americana un medio de disposición final; en su fracción VII se menciona el tratamiento de suelos contaminados; su fracción VIII menciona la construcción y operación de sitios de disposición final. Respecto a esta última fracción, se estipula además que deben de incluirse una serie de estudios técnicos que permitan evaluar la posibilidad de que los residuos migren a cuerpos acuíferos subterráneos (Art. 51°, fracción IV).

Referente a los volúmenes de producción de residuos, el reglamento establece que los pequeños y medianos generadores se sujetarán al Artículo 82° y las NOM s correspondientes, mientras que los grandes generadores de residuos deberán cumplir con la obligación de presentar ante la SEMARNAT su Cédula de Operación Anual durante los periodos y medios que esa Secretaría considere pertinentes, conforme a los Artículos 72° y 73°.

Respecto al manejo de derrames de cualquier índole menores a un metro cúbico, el Artículo 129° establece que los responsables deberán actuar de forma inmediata para prevenir su dispersión. Si los derrames fueran mayores a un metro cúbico, el sujeto obligado por el reglamento deberá emprender las acciones necesarias para contener esos residuos conforme a la fracción I del mismo Artículo y dar aviso a la PROFEPA conforme al Artículo 131 en su fracción II, durante los tres días hábiles siguientes al incidente y si, además de lo anterior, el receptor de la contaminación por esos residuos peligrosos fuese una población humana, el Art. 142 establece que, además de los estudios de evaluación de riesgo, se deberán agregar una serie adicional indicadores para la evaluación de lo que corresponda.

4. Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales

Su Artículo 1° se refiere a la autoridad que trata quién, cómo y cuándo serán concesionadas o gestionadas las aguas.

Define, entre otros conceptos las aguas de descarga en su Artículo 2º, fracción II, así como su definición y características.

Si fracción XXI define el uso industrial como aquel que utilizan las empresas en México, el líquido para conservación ecológica y, en su fracción XXII, y, en su fracción XXII el volumen mínimo necesario para garantizar el funcionamiento de los ecosistemas.

El Artículo 7º se refiere a las causas de utilidad pública para la expropiación u ocupación de predios. Establece que las aguas nacionales sólo podrán ser utilizadas de forma regular sin concesión sólo cuando su caudal no se vea afectado y cuando sea para actividades domésticas conforme a su Artículo 28º. En caso contrario, deberá solicitarse una concesión de agua conforme al Artículo 29º así como los permisos referentes a su disposición final de acuerdo al Artículo 30º.

Por su parte, las llamadas aguas de disposición final sólo podrán ser utilizadas de acuerdo a lo estipulado en las NOM y si no contravienen a terceros conforme al Artículo 33º. Las concesiones sólo podrán ser expedidas por la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA) conforme al Artículo 41º y, conforme al Artículo 43º, si el concesionario desea utilizar el agua para otro fin que el originalmente dispuesto sin que se afecte el volumen o punto de extracción y de descarga, sólo deberá dar aviso a CONAGUA.

Respecto a la protección de las aguas, el reglamento establece que el Ejecutivo Federal podrá establecer áreas reglamentadas que establezcan restricciones al uso del agua a fin de lograr una correcta administración y calidad de acuerdo al Artículo 74º.

La utilización o uso de las aguas nacionales, superficiales o acuíferos, (las contenidas en el subsuelo) destinadas para centros de población se hará, conforme al Artículo 81º, bajo la asignación de uso público o urbano. Respecto al agua de ejidos y comunidades, el uso de su agua se hará bajo la Ley de Aguas y el reglamento en comento, y no por la Ley Agraria (Artículo 95º)

Su Artículo 134º establece que las personas físicas y morales que hagan uso del agua serán responsables de aplicar las medidas necesarias para evitar la contaminación de las mismas y, asimismo, cumplir con lo dispuesto en el Artículo 135º en caso de que deseen descargar aguas residuales y cumplir con lo dispuesto en las NOM respecto a la calidad del agua en cumplimiento del Art. 137º.

Este mismo reglamento establece que la CONAGUA será la autoridad encargada de autorizar descargas de aguas residuales conforme al Artículo 138º, la cual deberá considerar las NOM y las declaratorias especiales para cuerpos de agua conforme a su Artículo 140º y está facultada, además, a mo-

dificar en todo momento las condiciones con las que deben cumplir las descargas residuales de conformidad con su Artículo 141° estableciendo las condiciones particulares con las que deban cumplir las aguas residuales de acuerdo a su Artículo 143° y conforme a los análisis necesarios determinados por las NOM aplicables de conformidad con su Artículo 144°.

En todo momento, el reglamento dispone que deberán observarse las medidas preventivas de contaminación de las aguas nacionales en su Artículo 150° y, además, se establece que, respecto a todos los derivados de tratamientos de aguas residuales, deberán estabilizarse antes de ser dispuestos finalmente.

Es importante mencionar que la CONAGUA tiene la obligación de realizar un monitoreo constante de los cuerpos de agua conforme al Artículo 154, así como colaborar con las demás entidades con el objetivo de prevenir la contaminación de los mismos de conformidad con su Artículo 156° y tiene, asimismo, las facultades de suspender en cualquier momento las actividades que generen descargas residuales (Artículo 153°), así como realizar actos de inspección y vigilancia para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales de acuerdo a su Artículo 182° y aplicar sanciones basadas (o no) en actas administrativas conforme al Artículo 188° otorgando un periodo al imputado para su defensa en cumplimiento a su Artículo 189°.

VIII. NORMAS OFICIALES MEXICANAS RELACIONADAS CON LA FRACTURA HIDRÁULICA

1. *NOM-001-SEMARNAT-1996*

Esta Norma Oficial Mexicana establece los límites máximos permisibles de contaminantes en las descargas de aguas residuales en aguas y bienes nacionales, a fin de proteger su calidad y hacer posible su uso.

Clasifica a los contaminantes en básicos, patógenos y metales pesados. En relación con la Fractura Hidráulica los metales pesados y cianuros son aquellos que, en altas concentraciones, pueden tener impactos negativos en la salud humana, la flora y la fauna e incluyen arsénico, cadmio, cobre, cromo, mercurio, níquel, plomo, zinc y cianuros entre los que menciona esta Norma.

La misma establece parámetros y métodos de medición para evaluar la calidad física, química y biológica del agua a través de la cuantificación del promedio diario y mensual de las descargas, razón por la que se contro-

lan los parámetros de descarga con la finalidad de verificar si la concentración excede, o no, los límites máximos permitidos por esta Norma Oficial Mexicana.

2. *NOM-052-SEMARNAT-2005*

Establece el procedimiento para la identificación, clasificación y listado de residuos peligrosos y las características que los califican como tales.

Esta Norma clasifica un residuo como peligroso si presenta una o más de las siguientes características:

- **Corrosividad:** Se presenta cuando la muestra representativa cuenta con propiedades de ser un líquido acuoso con un Ph inferior o igual a 12.5, o cuando se trata de un sólido que, al mezclarse con agua destilada, tiene un pH menor o igual a 2.0 o mayor o igual a 12.5.
- **Reactividad:** Se da cuando la muestra representativa posee propiedades de un líquido o sólido que, después de entrar en contacto con el aire en menos de cinco minutos sin intervenir una fuente externa de ignición.
- **Explosividad:** Es la característica en la que la muestra representativa es capaz de producir una reacción o descomposición detonante o explosiva, ya sea por sí sola o en presencia de una fuente de energía o si se calienta durante su almacenamiento.
- **Toxicidad Ambiental:** Relacionado con el procedimiento establecido en la NOM-053-SEMARNAT-1993, que determina el contenido de arsénico, bario, cadmio, cromo, mercurio, plata, selenio, en concentración mayor a los límites indicados.
- **Flamabilidad:** Propiedad de un líquido o una mezcla de ellos que tienen un punto de inflamación inferior a 60.5° C.
- **Biológico-infeccioso:** Cuando cumple con las disposiciones de la NOM-087 SEMARNAT-SSA 1-2002.

Como puede observarse, estas propiedades se relacionan directamente con las sustancias y compuestos ya mencionados previamente que se emplean en el proceso de la fracturación hidráulica. Esa clasificación comprende los elementos, mezclas y sustancias usadas en el proceso de la fabricación de los fluidos usados en Texas, en todo Estados Unidos de Norteamérica.

3. *NOM-115-SEMARNAT-2003*

Es muy importante mencionar que, aunque esta Norma establece que las especificaciones ambientales que establece “no aplican a las actividades propias de la producción petrolera”, no obstante, las actividades de perforación y mantenimiento de pozos petroleros terrestres deberán realizarse en apego a las disposiciones que establece esta Norma para prevenir, mitigar y compensar los posibles impactos adversos que pudieran causar sobre el ambiente.

Esta Norma establece como disposiciones generales que deben evitarse afectaciones derivadas de actividades de perforación y mantenimiento sobre las poblaciones de flora y fauna silvestres, terrestres y acuáticas, sobre todo aquellas que están en la categoría de conservación o que estén protegidas bajo la NOM-059- SEMARNAT.

Asimismo, y respecto a actividades relativas a la preparación del sitio y construcción, el suelo donde se llevan a cabo las actividades de fractura hidráulica debe ser excavado, nivelado, rellenado y compactado y contener obras de drenaje pluvial para evitar la acumulación de agua que pueda contaminarse con aceites, lubricantes y combustibles utilizados en equipos y mediante el uso de equipos, maquinaria y proceso del sitio y, asimismo, cumplir con un 90% de impermeabilización del suelo mediante su compactación, con el objetivo de evitar la infiltración de contaminantes.

En consecuencia, en actividades de perforación y mantenimiento, la construcción de un contrapozo deberá de cubrirse con acero y concreto conforme se hizo mención respecto al marco regulatorio de Texas, para evitar la infiltración al subsuelo de la instalación. Asimismo, se establece que debe realizarse una disposición final inmediata de los residuos industriales sólidos y líquidos. Este último punto debiera ser sujeto a revisión, ya que los procesos de disposición final de las aguas de retorno y de desecho de la fractura hidráulica requieren de medidas y procedimientos no inmediatos.

Finalmente, al término de las actividades industriales, o abandono del sitio de perforación, el sitio deberá ser limpiado y restaurado las áreas afectadas.

4. *NOM-143-SEMARNAT-2003*

Establece las especificaciones ambientales para el manejo de la llamada agua congénita asociada a hidrocarburos, su inyección en formaciones

de los receptores y los “límites máximos permisibles de los parámetros para su descarga a cuerpos receptores”, sin que mencione cuáles son los mismos.

El agua congénita o de formación es agua salada que se encuentra dentro de las rocas en el subsuelo, asociada a la presencia de hidrocarburos. Esa composición generalmente contiene sales disueltas como sulfatos de calcio y metales en algunos casos. Los riesgos en este caso se refieren en cuanto al manejo y disposición del agua en cuestión a la contaminación de los acuíferos durante el proceso de inyección a formaciones receptoras, la posible contaminación de estas últimas y la contaminación del suelo en caso de derrames durante su transportación.

Las opciones óptimas que presenta esta Norma son su inyección en formaciones receptoras subterráneas o su disposición en el mar. Como ejemplo, durante el año 2002 en México, durante la explotación de crudo y gas natural, se produjeron 12.09 millones de metros cúbicos de agua congénita, de los cuales, se informó que el 87% fueron re-inyectados y el resto fueron dispuestos en cuerpos receptores.

Conforme a las especificaciones de la Norma, los límites máximos permisibles de parámetros para la descarga de agua congénita a un cuerpo receptor son, por un lado, 15mg/l. Respecto a los sólidos disueltos totales en los cuerpos de agua dulce son de 500 mg/l y en aguas costeras es de 32,000 mg/l.

Asimismo, la Norma establece que su descarga debe cumplir con el requisito de hacerse a una distancia mayor a dos kilómetros de la costa.

Se establece que, en los pozos para inyección de agua congénita, no debe haber integración o contacto entre acuíferos y pozos. Con esa finalidad, la tubería debe cubrirse con cemento desde la superficie (llamada boca del pozo) hasta la formación receptora. De la misma forma, el regulado debe de contar con equipos para la medición de la hermeticidad de los pozos en los que se registre la presión y el flujo de inyección, de forma diaria. En caso de pérdida de hermeticidad, la NOM establece que la inyección debe detenerse inmediatamente.

En relación a las actividades de inyección de agua, cuando no incorporan sustancias desincrustantes, inhibidores de corrosión, secuestrantes de oxígeno, desemulsificantes, biocidas y, de forma general, las sustancias necesarias para proteger al pozo. Al mismo tiempo, cuando se adicionen sustancias al agua congénita que va a inyectarse, esa agua deberá ser tratada para devolver a su estado original sus características.

La Norma establece, asimismo que, al término de la vida del pozo (abandono) deberá ser sellado o taponeado de acuerdo a lo que establece

la NOM-004-CNA-1996 y el abandono del pozo deberá cumplir con lo dispuesto en la NOM-115-SEMARNAT-2003 y, en caso de derrames o infiltraciones en el suelo durante el manejo del agua congénita, debe de cumplirse con las disposiciones de la normativa vigente sobre la restauración de los suelos y el saneamiento de los acuíferos. No se menciona qué órgano es el que tiene a su cargo las funciones sobre la supervisión de su cumplimiento, ni las sustancias a inyectarse para devolver al agua sus propiedades para su reutilización, ya que se refiere a la inyección de agua salobre en procesos de fractura hidráulica.

5. *NOM-003-CNA-1996*

Su objetivo es prevenir la contaminación, como consecuencia de la perforación de pozos para la extracción de agua de un manto acuífero subterráneo, por lo que en ella se indican los requisitos mínimos de construcción para la extracción de agua y se clasifican los pozos con base en la utilización del recurso como agrícola, agroindustrial, doméstico, acuícola, servicios, industrial, ganadero, urbano y público múltiple.

La Norma establece que la calidad de los materiales usados en la construcción de pozos debe ser de nivel comercial y establece que el área entre protegida entre el sitio elegido para construir un pozo y las posibles fuentes de contaminación identificadas que no puedan ser eliminadas o suprimidas, tendrán un radio mínimo de 30 metros de distancia respecto al pozo, el cual puede ser modificado por la autoridad competente, conforme a estudios hidrogeológicos.

En el caso de la preparación y disposición de fluidos de perforación usados (cuya base principal sea el agua y la bentonita) no deben contener ninguna sustancia que degrade las características químicas del agua subterránea.

Para ese fin, esta Norma establece que el agua utilizada en la preparación del fluido de perforación debe no solo evitar degradar el agua del subsuelo, sino también estar libre de organismos patógenos y poseer un Ph entre 6 y 10. De la misma forma, estipula que, bajo ninguna circunstancia, se permita el uso de aguas residuales.

Para garantizar la protección superficial e interna de la estructura del pozo, su diseño debe mantener la longitud necesaria para evitar que se infiltre el agua superficial o agua contaminada, contenida en el subsuelo, hacia el interior del pozo.

La documentación requerida para la aprobación del pozo se refiere, entre otras cosas, al análisis físico-químico del agua que incluye la determinación del Ph, la conductividad eléctrica, sulfatos, nitratos, cloruros, dureza total, calcio, sodio, potasio y sólidos totales disueltos en ella.

Asimismo, esta Norma establece que si existe evidencia de inundación del área, el usuario debe tomar en cuenta tres aspectos en el diseño del pozo: 1) El nivel de inundación máxima registrada en los últimos treinta años, 2) la orientación geográfica y 3) la elevación topográfica.

No obstante, el contenido de la Norma no establece medios ni métodos de control del nivel de contaminantes en el fluido de perforación, ni los métodos requeridos para evitar la infiltración del agua superficial hacia el interior del pozo, ni sobre la contención del agua inyectada en el proceso de la fractura hidráulica a la que hace referencia de forma implícita.

6. *NOM-011-CONAGUA-2015*

Esta Norma establece las especificaciones y el método que se usa para determinar la disponibilidad anual promedio de aguas nacionales superficiales y subterráneas para regular su explotación, uso o aprovechamiento del agua de forma racional y equitativa, ello debido a que en nuestro país, la identificación de volúmenes de agua que se han otorgado supera el escurrimiento y recarga de acuíferos.

Entre las especificaciones para la definición de la disponibilidad anual promedio, la Norma establece que los volúmenes de agua accesibles en un lugar y tiempo determinado, dependen regional y localmente de la climatología, de la precipitación atmosférica, estación del año, características geomorfológicas, topográficas, hidrográficas y geológicas y de la infraestructura hidráulica pre-existente.

Asimismo, se establecen dos métodos, el primero para determinar el volumen promedio anual y el segundo método para determinar la recarga total anual promedio de un acuífero.

7. *NOM-014-CONAGUA-2003*

Trata sobre los requisitos para la recarga artificial de acuíferos con agua residual tratada para preservar y aumentar la reserva de agua subterránea.

La utilización de aguas residuales para la recarga artificial es una tecnología empleada para atenuar los efectos de la sobreexplotación de los

mantos acuíferos tales como el agotamiento de los niveles de agua, los asentamientos de tierras o la intrusión salina.

La Norma establece los requisitos que se deben cumplir respecto a la calidad del agua, la operación y el monitoreo utilizados en los sistemas artificiales de recarga de acuíferos con aguas residuales tratadas.

La Norma clasifica los tipos de recarga artificial en:

- 1) Superficial: Es la recarga por infiltración desde la superficie.
- 2) Subsuperficial: Introducción de agua en la zona no saturada.
- 3) Directo: Introducción directa del agua al acuífero por medio de pozos cuya sección abierta es penetrada de forma parcial o total.

La Norma toma en cuenta requisitos que se basan en estudios básicos e información para evaluar la ubicación del proyecto, la calidad de la fuente de agua de recarga, la calidad del agua de recarga y su movimiento de operación.

Esta Norma evalúa la calidad del agua a través de diversos estudios como son los mapas de configuración y de profundidad de niveles de los acuíferos, el perfil estratigráfico, que se obtiene a través de perforaciones exploratorias, sondeos geofísicos, así como las características hidráulicas específicas que se pretende recargar, así como las características fisicoquímicas y microbiológicas del agua subterránea nativa conforme a los requisitos que establece la Norma.

Asimismo, la Norma solicita información respecto a las captaciones de agua subterránea existente o destinadas a ser construidas, así como determinar si existe comunicación entre acuíferos y determinar si existen fuentes de contaminación cercanas al punto de recarga.

Es muy importante mencionar que también establece los niveles de contaminantes tomando como referencia la demanda bioquímica de oxígeno, carbono orgánico total, con los que deberán cumplir las aguas residuales que pretendan infiltrarse a acuíferos.

Establece la obligación de que se realicen estudios hidrogeoquímicos, basados en modelado numérico, sobre las probables reacciones fisicoquímicas del agua del agua infiltrada.

Asimismo se establece como obligación aplicar otro modelo numérico de flujo y transporte de contaminantes, cumplir con los límites máximos permisibles por la CONAGUA no regulados por la NOM-127-SSA1-1994, así como atender las recomendaciones que emita al respecto la CONAGUA.

8. *NOM-015-CONAGUA-2007*

Su objetivo es normar a protección de la calidad del agua de los acuíferos regulando a las personas que llevan a cabo actividades de infiltración mediante la disposición del agua de lluvia (pluvial) así como su escurrentía superficial al suelo o subsuelo siempre que la capacidad de estas sea mayor a sesenta litros por segundo.

Por lo consiguiente, esta Norma se refiere a las actividades relativas a la operación del sistema de disposición, monitoreo, mantenimiento y abandono del sitio y el procedimiento de evaluación de que cumple con la operación.

Se hace énfasis en respetar las disposiciones referentes a áreas naturales protegidas y sus programas de manejo. La NORMA ISO 1575:2004 es la que rige la clasificación del suelo que deberá hacerse respecto a la protección del agua subterránea o la Norma Mexicana (NMX) que la sustituya.

Es muy importante mencionar que si las zonas de infiltración de aguas pluviales se llevan a cabo en predios contaminados, el regulado deberá cerciorarse de que el predio no sigue contaminado o sujeto a actividades de contaminación. Los sitios contaminados deberán sujetarse a lo dispuesto en la LPGPGIR y su Reglamento, ya mencionados, así como a las NOM s aplicables.

Se establece también que la disposición de aguas al subsuelo no deberá afectar a las captaciones de agua subterránea ni obras civiles o de terceros. Asimismo, establece que la disposición d aguas residuales al subsuelo no podrá ser diluida a través de su mezcla con agua de lluvia o escurrentía superficial, razón por la que esa mezcla será regulada de acuerdo a lo observado en la NOM-014-CONAGUA-2003.

Referente a la disposición de las obras de disposición de aguas al subsuelo mediante pozos de infiltración, esta Norma presenta una tabla en la que se especifican los límites que garanticen el sistema de su tratamiento.

Esa tabla se refiere a grasas y aceites (NMX-AA-005-SCFI-2001), materia flotante (NMX-AA-006-SCFI-2000), sólidos sedimentables (NMX-AA-004-SCFI-2000), sólidos suspendidos totales (NMX-AA-029-SCFI-2000), sólidos suspendidos totales (NMX-AA-034-SCFI-2001) y resulta aplicable para efectos de la fractura hidráulica, aunque su alcance es limitado en cuanto a la prohibición de los componentes de la fractura hidráulica que no es permisible sean filtrados debido a su toxicidad y efectos carcinogénicos.

Es muy relevante mencionar que, el incumplimiento de esta Norma, será objeto de sanción de la Ley de Metrología y Normalización, su Reglamento, la Ley de Aguas Nacionales, su Reglamento y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) y su Reglamento.

9. *NOM-EM-005-ASEA-2017*

Esta Norma establece una lista de residuos, elementos y procedimientos con el fin de la formulación de un Plan de Residuos Peligrosos y Manejo Especial en el Sector de Hidrocarburos.

El objeto de ese plan minimizar la generación de residuos y maximizar la valorización de residuos urbanos sólidos urbanos, residuos de manejo especial y residuos sólidos urbanos, residuos de manejo especial y residuos peligrosos.

Los residuos especiales deben cumplir con dos criterios: 1) que no tenga características peligrosas de acuerdo a la NOM-052-SEMARNAT-2005 y NOM-087-SEMARNAT-SSA1-2002; 2) ser un residuo urbano sólido en una cantidad igual o superior a diez toneladas por año, por lo que requiere una gestión específica para ser recuperado, valorizado y aprovechado.

De acuerdo a lo anterior, todos los residuos mencionados en las dos Normas previas y todos los que se generados en el sector de hidrocarburos, aunque no se encuentren en la presente Norma, serán sujetos a un Plan de Manejo, el cual será elaborado de acuerdo a la LGPGIR y su Reglamento, los requisitos administrativos de la ASEA e incluso adherirse a un Plan previamente registrado ante la ASEA siguiendo el procedimiento estipulado por la LGPGIR.

10. *NOM-018-STPS-2015*

Es la que establece los requisitos mínimos de un sistema con la finalidad de identificar y comunicar los peligros y riesgos derivados de sustancias químicas peligrosas, las cuales, conforme a sus características físicas, químicas, de toxicidad, concentración y tiempo de exposición, pueden afectar la salud de los trabajadores o dañar el centro de trabajo.

La Norma en comento establece las obligaciones del empleador para la salvaguarda de la integridad y salud de sus empleados y de las instala-

ciones en las que se manejan los residuos considerados como peligrosos. Asimismo, establece las responsabilidades de los empleados para el cumplimiento de las acciones que deberán ser llevadas a cabo en los centros de trabajo.

Establece un sistema armonizado para identificar y comunicar los peligros y riesgos, entre otros medios, por hojas de datos de seguridad de los residuos a fin de la debida identificación de los riesgos asociados al manejo de los residuos manejados en las áreas de trabajo, identificar los riesgos asociados a los mismos y determinar las vías de acción en caso de accidentes.

La Norma enfatiza la capacidad y adiestrar a la plantilla laboral sobre los riesgos y sistemas de manejo. Establece la necesidad de crear unidades de verificación externas a la empresa para garantizar la ejecución de lo estipulado en la Norma y establece un formato.

Esta Norma se integra por una especie de apéndices orientados para la descripción gráfica de símbolos para la identificación de riesgos y considera acciones necesarias en casos de contacto, incendios, fugas, derrames y otros.

No obstante, en tanto que los componentes empleados en la fractura hidráulica no sean revelados públicamente a las empresas perforadoras usuarias, no será posible dar a conocer a las empresas contratantes de sus servicios, los riesgos industriales tanto para los trabajadores que laboran en esos procesos, como a la población en general.

IX. DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS, LINEAMIENTOS Y ACUERDOS

A. DISPOSICIONES administrativas de carácter general que establecen los Lineamientos en materia de seguridad industrial, seguridad operativa y protección al medio ambiente para realizar las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos en Yacimientos no convencionales en tierra.

B. LINEAMIENTOS para la protección y conservación de las aguas nacionales en actividades de exploración y extracción de hidrocarburos en yacimientos no convencionales.

C. ACUERDO por el que se emiten las Disposiciones Administrativas de Carácter General sobre la Evaluación de Impacto Social en el Sector Energético.

X. CONCLUSIONES

Los aportes que Texas en particular, ha introducido a la regulación del agua en la fractura hidráulica a través de sus instrumentos normativos e instituciones han sido, principalmente, la sistematización de métodos de registro de los acuíferos a ser explotados, reportes sobre su uso, manejo de la inyección de agua y fluidos en el subsuelo y la disposición del agua resultante de la fractura hidráulica, los cuales, no obstante, son limitados en lo que respecta a la difusión de la información de su manejo y supervisión de sus efectos en el medio ambiente, y en particular sobre los recursos hídricos usados, que no se reintegran al ciclo natural del agua.

El volumen de agua resultante del fracking, puede incluso resultar mucho mayor ya que cada pozo puede ser fracturado varias veces a lo largo de su ciclo productivo, por lo que el uso intensivo de agua dulce resulta un aspecto de vital importancia en su ponderación respecto al impacto ambiental que representa debido a la escasez de agua potable en el planeta. Ello debido al alto costo de su tratamiento parcial y reciclaje para el mismo proceso y a la imposibilidad de su empleo para el uso y consumo humanos, así como para actividades productivas como la agricultura y ganadería.

Respecto a la normatividad mexicana, no obstante la incorporación de instrumentos adicionales a raíz de la reforma energética, no se cuenta hasta el momento con un instrumento que establezca como obligación de las entidades reguladoras mexicanas como contratantes y las empresas dedicadas al fracking como contratistas, el registro y control del volumen de agua dulce empleada o de los volúmenes que se proyecten para ser utilizados, en cada uno de los procesos de fracturación hidráulica en los más de siete mil seiscientos cincuenta pozos en los que es empleada para la extracción de gas o petróleo de esquisto, o en los que se ha empleado en nuestro país.

Quien suscribe considera viable que los licitantes y contratistas establezcan garantías suficientes a fin de apliquen los mismos estándares requeridos y, en caso de incumplimiento o daños, derrames, fallas de contención del fluido hidráulico, accidentes, o cualquier otra acción que afecte o disminuya en forma importante las fuentes hídricas, remedien cualquier daño al medio ambiente. Ello debe incluir cualquier acción u omisión que tenga lugar tales como omisiones o fallas en el cierre y taponamiento de pozos, en el manejo negligente del agua residual y de su disposición y, sobre todo, en los certificados sobre los revestimientos de contención de concreto que debieran ser requisito indispensable en todos los pozos a ser fracturados hidrológicamente.

En el caso de México es un área de oportunidad de gran importancia el desarrollo de un ordenamiento único que incorpore y adapte las aportaciones que los ordenamientos de Texas en materia de registro de los componentes químicos, de los pozos de reserva del agua de retorno o del transporte de la misma hacia los depósitos de disposición final y de cualquier otra naturaleza empleados por los contratistas para fines de control medioambiental y de sus efectos en la salud humana, la integridad de los pozos de contención del fluido hidráulico, pruebas, avisos y registro sísmico que se exponen brevemente en el presente artículo.

Asimismo, es de vital importancia la coordinación de la SENER, la CNH, como a la ASEA y la CONAGUA, para la emisión de reportes sobre el control respecto al volumen total de agua y fluidos inyectados en las capas profundas del subsuelo y que ha permanecido en contacto o en riesgo de afectación de los mantos freáticos y acuíferos de la superficie.

Los componentes conocidos hasta hoy, usados regularmente en la práctica de la fractura hidráulica, y la protección que Texas y nuestro país otorgan al derecho de la propiedad industrial y al secreto comercial han sido invocados por las empresas dedicadas al uso de la fractura hidráulica y al desarrollo de los fluidos y mezclas usados, y reflejan el predominio de los grupos de interés industriales dedicados a la exploración y explotación de hidrocarburos, sobre las políticas de Texas y del estado mexicano, en favorecer los intereses económicos de las mismas sobre el impacto ambiental de esa técnica, sobre todo en lo que respecta al uso intensivo de los recursos acuíferos.

Asimismo, se debe insistir en el cumplimiento del Convenio Internacional No. 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribus, así como en el respeto a los derechos humanos que establece nuestra Carta Magna.

Se recomienda que la política energética mexicana y su normatividad, pondere el impacto ambiental de la práctica del fracking, respecto a las ventajas anunciadas por los promotores de la explotación del gas y petróleo de esquisto por medio de la fractura hidráulica como recursos energéticos alternos para lograr la autosuficiencia energética estadounidense y mexicana.

La exclusión expresa del fracking del cuerpo normativo federal de Estados Unidos ha anulado prácticamente algunos intentos para una regulación eficaz del fracking y sus efectos.

Ese es el caso de la imposibilidad de invocación en Texas de la normatividad federal respecto a la preemption doctrine que establece la prelación de la normatividad federal.

La falta de apoyo político y económico del Congreso estadounidense y del poder ejecutivo en Estados Unidos de Norteamérica a la los instru-

mentos normativos federales y sus organismos, ha llevado a que la normatividad del fracking contemple diferentes alcances en cada estado. Ese efecto se ha reflejado en el que, en el caso de Texas, se aplique la doctrina constitucional de preemption sobre las normativas y decretos de las poblaciones, autoridades municipales y la población de ese estado respecto a la práctica del fracking.

Los efectos contaminantes y colaterales de la fractura hidráulica han sido estudiados en algunos casos, y, en los que han llegado a demandas que han sido admitidas en ese país, han sido resueltas, en su mayoría, por las grandes corporaciones petroleras, a través de acuerdos negociados con los demandantes, en los que se incluyen obligaciones de confidencialidad sobre las estipulaciones de los convenios respectivos sobre todas sus estipulaciones.

En ese orden de ideas, la tendencia actual en Texas sobre la regulación de la fractura hidráulica, se caracteriza por el predominio de los intereses comerciales en Texas sobre los principios, instrumentos e instituciones derivados de las normas federales. En consecuencia, el poder judicial en Texas, se ha pronunciado en la mayor parte de los juicios, a favor de las empresas dedicadas a la explotación de la fractura hidráulica.

Las repercusiones en las decisiones judiciales en Texas se han inclinado a privilegiar la protección y control de la información considerada como secreto industrial, de los fluidos constituidos por las mezclas, aditivos y elementos físicos, químicos, radioactivos y de cualquier otra naturaleza, usados por los operadores de las compañías dedicadas a la extracción del subsuelo de recursos energéticos no convencionales.

La jurisprudencia derivada de esos juicios, ha llevado a los tribunales del estado a considerar, como regla, el que no se considere como intrusión (trespass) el hecho de que, por citar dos ejemplos, se extraiga gas y petróleo de esquisto desde predios adyacentes y el que no se hayan considerado como reclamables en la mayor parte de las demandas y juicios celebrados, las molestias (nuisance) acústicas, odoríferas, y de todo tipo que se han hecho públicas como resultado de la práctica de la fractura hidráulica en Texas e inclusive en otros estados de la Unión Americana.

En México, las Leyes, Reglamentos, Normas Oficiales Mexicanas y Disposiciones Administrativas, Lineamientos y Acuerdos que hacen mención y reglamentan documentalmente a los órganos asignados, no tienen una nomenclatura homologada respecto al gas y petróleo de esquisto, de tal forma que la regulación de la ASEA (Agencia de Seguridad, Energía y Medio Ambiente) se refiere a ellos como recursos no convencionales terrestres, mientras que la Ley de Hidrocarburos y su Reglamento se refieren a los

mismos como gas natural asociado a los yacimientos de carbón mineral, por lo que este es un punto importante a considerar para la actualización y la eficiencia de la normatividad nacional.

Es importante mencionar que los instrumentos normativos nacionales que son aplicables a la fractura hidráulica, pero que no están orientados hacia sus especificidades, no contemplan la aplicación de los instrumentos de control desarrolladas en Texas. Asimismo, las leyes y Normas nacionales no mencionan las fases, requerimientos técnicos, sistemas de monitoreo, control y regulación sobre los grandes volúmenes de agua fresca usados por esa técnica que se deben imponer a las empresas contratistas de Petróleos Mexicanos como ente regulador.

Los controles ya expuestos que estipula la normatividad en Texas deben ser integrados en la normatividad nacional sobre cada una de las perforaciones y pozos en México, así como sobre los requisitos y costos la disposición final de las aguas residuales después de su uso, así como de los recubrimientos de concreto (casing) que establece la regulación de ese estado para prevenir la contaminación de los mantos freáticos y recursos acuíferos del subsuelo y afluentes. Se requiere, asimismo, en México, un estudio a nivel nacional que aborde los efectos de esos procesos de la fractura hidráulica y los de las aguas que retornan a la superficie después de su inyección, o as que sean reinyectadas en las actividades económicas primarias de ciudades, comunidades, ejidos, tierras comunales y zonas de exploración y explotación en general.

De acuerdo con la opinión de quien suscribe el presente, es totalmente inaceptable que se considere como viable el vertimiento de ningún tipo de aguas residuales en el mar y mucho menos de las generadas durante el proceso de fractura hidráulica, por lo que deberá contemplarse en todo el cuerpo normativo nacional la NOM-143-SEMARNAT-2003, así como reformarse y actualizarse ese instrumento, para prevenir y, en su caso sancionar de forma eficaz la contaminación marítima y oceánica.

Asimismo, se considera como de suma importancia se corrija la asimetría en las sanciones ecológicas a los concesionarios, contratistas, y empresas usuarias de los compuestos empleados en la fractura hidráulica por corporaciones, en cuanto a la capacidad económica y corresponsabilidad de los mismos, frente a los recursos económicos de particulares mexicanos, ejidos o núcleos comunales, comunidades y pueblos indígenas para solventar demandas medioambientales en defensa de sus derechos de propiedad, o en los de disfrute de aguas, tierras y medio ambiente en general. Esto, con el objeto de que los afectados estén en posibilidad de sustentar y solventar

controversias jurídicas respecto los montos de las indemnizaciones o pagos relacionados al uso, goce y disfrute de las propiedades afectadas en proyectos extractivos.

De la misma forma, quien suscribe considera debe de revisarse el procedimiento para el pago de indemnizaciones o compensaciones y asegurar acciones de mitigación del daño ambiental justas por el uso de tierras y aguas en las que habiten los afectados, o de las que obtienen sus recursos, o por cualquier impacto causado al medio ambiente. Y, asimismo, asegurar la adecuada compensación de los particulares frente al derecho del Estado Mexicano, respecto a la facultad de este último a ejercer, de forma unilateral, el derecho para asignar un valor económico a los terrenos en los que no se logre llegar a un acuerdo económico o sobre los que se determine sujetar a expropiación.

En el mismo orden de ideas, se plantea que, en apego a los derechos consagrados constitucionalmente, el Estado Mexicano debe asegurar los derechos de los propietarios de los predios, ejidos y tierras comunales, o de propiedad de grupos indígenas, o de particulares que no cuenten con recursos suficientes para promover una defensa adecuada de sus derechos. Ello en congruencia con el Convenio Número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales y, asimismo, se considere en la aplicación del principio precautorio antes de los procesos de licitación, asignación, o invitación a participar, la evaluación del manifiesto de impacto social y la reparación total del daño ambiental de los contratos que impliquen la aplicación de la técnica de fractura hidráulica.

Se puede considerar, asimismo que deben superarse los limitantes y rezago de la legislación secundaria de México en materia energética, debidos, entre otros a la falta de conocimiento técnico, análisis, registro y monitoreo rendición de cuentas respecto al desarrollo y cumplimiento de los programas y procesos que corresponden a los pozos actualmente en explotación en los que se emplean la fractura hidráulica y otras técnicas, así como del número de procesos de fractura a los que se someten cada uno de los pozos existentes.

Actualmente, en México no se cuenta, como sucede asimismo en Texas, al menos de forma restringida, con el derecho garantizado del acceso al público, a la información completa y detallada de los componentes, fluidos y materiales usados por cada compañía perforadora y por cada fractura hidráulica, así como del volumen de agua proyectada para ser empleada y del total empleado en cada fractura y por cada pozo, así como del conocimiento de los métodos de control usados en México del agua de desecho

y lugares su disposición final, y del control y reporte del agua que retorna a la superficie con altos contenidos de salinidad y otros elementos contaminantes ya mencionados. Esos objetivos son por lo tanto, importantes para detener la explotación intensiva de agua dulce y su contaminación y desgaste irreversibles.

Asimismo, se requiere también desarrollar una base de datos como la ya que es usada en Texas, que registre, aún antes de los procesos de fractura hidráulica, la información de los procesos de fractura hidráulica respecto a los programas de cada pozo en operación, así como a los probables movimientos telúricos, sismos, cualquier otra manifestación que afecte las áreas específicas y colindantes a las cuales en las que se practica esta técnica, así como a la divulgación oficial de los componentes usados en los fluidos que se inyectan en el subsuelo.

Entre los aciertos de la normatividad nacional, la misma contempla la crítica social respecto frente a la cada vez mayor escasez de agua. Hace falta, por lo tanto, se integre, la ponderación objetiva de los daños ambientales probables de cada proyecto, frente al beneficio económico prospectivo y real de los pozos en los que actualmente se emplea la fractura hidráulica.

XI. REFERENCIAS

- 16 Tex. Admin. Code & 3, 8
- 16 Tex. Admin. Code & 3.13
- 16 Tex. Admin. Code & 3.16, 3.53
- 16 Tex. Admin. Code & 3.29
- 16 Tex. Admin. Code & 3.46
- 16 Tex. Admin. Code & 3.98
- 16 Tex. Admin. Code & 3.38-39
- 16 Tex. Admin. Code & 3.5.
- 16 Tex. Admin. Code & 3.9
- 29 C.F.R. & 1910.1200 (2012)
- 29 C.F.R. & 1910.1200 (b) (6)
- 30 Tex. Admin. Code & 106.352
- 36 Tex. Reg. 9307 (2011) (codified at 16 Tex. Admin. Code & 3.29) proposed Sept. 9, 2011) (RR Comm'n of Tex.) <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/NR/htm/NR.91.htm>.

- 36 Tex. Reg., 9320 (codificado en el 16 Tex. Admin. Code & 3.29 (c) (2)); ver FracFocus Chemical Disclosure Registry, disponible en: <http://www.fracfocus.org>
- 40 C.F.R. & 261.4 (b) (5) (2014)
- ACKERMAN, J. et. al. (2016). Fracking ¿qué es y cómo evitar que acabe con México?, primera edición, Ciudad de México, Tirant Humanidades, 220p.
- Act of June 17, 2011, 82d Leeg., R.S., ch.1179, & 1, 2011 Tex. Gen. Laws 3098, 3100, Tx. Nat. Res. Code Ann. & 91.581 (West 2011)
- Act of May 18, 2015, 84th Leg. R.S., ch.30& 2, Tex. Gen. Laws 971, http://www.brl.state.tx.us/scanned/sessionLaws/84-0/HB_40_CH_30.pdf.
- Air Quality Standard Permit for Oil and Gas handling and Production Facilities, effective November 8, 2012, disponible en: <http://www.tceq.state.tx.us/assets/public/permitting/air/Announcements/oilgas-sp.pdf>.
- ARGONE Nat'l Lab. Envntl. Sci. Div., Produced Water Volumes and Management Practices in The United States 13 (2009), disponible en <http://www.epd.anl.gov/anlpubs/2009/07/64622.pdf>.
- Disposiciones Técnicas para el aprovechamiento del gas natural asociado, en la exploración y extracción de hidrocarburos, COMISIÓN NACIONAL DE HIDROCARBUROS, Estados Unidos Mexicanos; DOF, 07 de enero 2016; disponible en versión HTML en internet: <http://sidof.segob.gob.mx/notas/5422286>
- EFSTATHIOU, J. & DRAJEM, M. (2013). Drillers Silence Fracking Claims with Sealed Settlements”, BLOOMBERG, June 5, 2013, disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2013-06-06/drillers-silence-fracking-claims-with-sealed-settlements>.
- Find a Well, FracFocus Chem. Disclosure Registry, disponible en: <https://www.hydraulicfracturingdisclosure.org/fracfocusfind/>.
- FURLOW, J. & HAYS J. (2012). Disclosure with Protection of Trade Secrets Comes to the Hydraulic Fracturing Revolution, 7 Tex. J. Oil Gas & Energy L. 289, 323.
- GABA, J. (2014). Flowback: federal regulation of wastewater from hydraulic fracturing Columbia Law School. J. Envntl. L. (39).
- HOWARTH, R. et. al. (2011) Methane and the Greenhouse Gas Footprint of Natural Gas from Shale Formations: A Letter. 106 CLIMATIC CHANGE, 679,687.
- Hydraulic Fracturing and the Hydrologic Cycle, Barnett Shale Energy Educ. Council (Sept. 14, 2014), <http://www.bsec.org/content/hydraulic-fracturing-and-hydrologic-cycle>.

- Legislación Energética, Índice SISTA, 2018, Editorial SISTA, México, Tercera Edición.
- MALEWITZ, J. (2015). With HB 40 Signed, Fracking To Resume in Denton. Tex. Trib. May 22, 2015, <https://www.texastribune.org/2015/05/22/despite-ban-fracking-resume-denton>.
- MC. Feely, M. (2014). The Disclosure Debates: The Regulatory Power of an Informed Public”; Vermont Law Review, Thirteenth Annual Symposium; Vermont Law School, September 27, 2013: Falling through the cracks: Public Information and The Patchwork of Hydraulic Fracturing Disclosure Laws. 38 Vt. L. Rev., (2014 Hays) 849,872-875.
- MISKIMMS, J. & JOHNSON, J. (2011).The Technical Aspects of Hydraulic Fracturing. Presentation at Rocky Mountain Mineral Law Foundation Workshop: Hydraulic Fracturing: Core Issues & Trends. Mineral Law Series, Volume 2011, Number 5 (Nov. 17, 2011).
- NEGRO, S. (2013).The Thirst of Fracking, Regulating to Protect, The Linchpin of the Natural Gas Boom. 77 Alb.L.Rev.725 (2013/2014).
- News Release, Railroad Commission of Texas, Elizabeth Ames Jones, Notice to Operators-The Full Disclosure of Frac Fluid Chemicals is Coming Very Soon (July 11, 2011), <http://www.rrc.state.tx.us/pressreleases/2011/071111.php>; ver 36 Tex.reg.9307 (codificado en el 16 Tex. Admin. Code & 3.29).
- Notice of Final 2010 Effluent Guidelines Program Plan, 76 Fed. Reg. 66,293 (Oct. 23, 2011).
- Office of Research and Development. U.S. Env'tl. Prot. Agency. EPA/600/F-10/002. Hydraulic Fracturing Research Study 2 (2010), disponible en: <https://nofrackingmexico.org/sin-consenso-y-con-numerosos-cuestionamientos-a-sener-la-comision-nacional-de-hidrocarburos-aprueba-opinion-para-que-pemex-reciba-nuevas-asignaciones-que-requeriran-fracking/>, <https://nofrackingmexico.org/respuesta-a-la-informacion-presentada-porpemex-sobre-el-uso-del-fracking-en-mexico/>.
- ONU.CEPAL. Subsede de México, “Desarrollo del gas lutita (shale gas) y su impacto en el mercado energético de México: reflexiones para Centroamérica”, LC/MEX/L-1120, Edit. CEPAL, octubre, 2013-10; 118 pp.
- SÁNCHEZ, C. (2019). Apuntala ‘shale gas’ producción de energético en Estados Unidos. El Financiero. 16/08/2019.
- SCHALBS, E. (2018). Legal Challenges to Fracking Regulations. Reblog.org, Penn Program on Regulation (Aug.18,2018) <http://www.reblog.org/2015/08/18schalbs-fracking-regulation>.

- SOLOMON, D. (2017). A New Study Offers Further Proof That North Texas Earthquakes are Drilling-and- Fracking-Related. *Texas Monthly* (Nov. 30, 2017), disponible en: <https://www.texasmonthly.com/energy/new-study-offers-proof-on-north-texas-earthquakes-fracking-related.on>.
- TEXAS Common Environmental Requirements for regulated oil and gas operations, TCEQ Regulation Guidance. RG-482 (Feb. 2013).
- Tex. Admin. Code & 3.9 (3) (B).
- Tex. Admin. Code & 3.9 (6) (A) (vi).
- U.S. Env'tl Prot. Agency, Technical Support Document for the 2004. Effluent Guidelines Program Plan 5-218(2004), disponible en: http://water.epa.gov/scitech/wastetech/guide/304m/upload/2008_08_19_guide_304m_2004_fsd.pdf.
- U.S. Gov't Accountability Office, GAO- 12-156, Energy-Water Nexus: Information on The Quantity, Quality and Management, disponible en: <http://www.gao.gov/assets/590/587522.pdf>.
- University of Texas Bureau of Economic Geology, TexNet Seismic Monitoring Program, <http://www.beg.utexas.edu/texnet-cisr/texnet>.
- U.S. Gov't Accountability Office, GAO-12-156, Energy-Water Nexus: Information on The Quantity, Quality and Management of Water Produced During Oil and Gas Development 10-11 (2012), disponible en: <http://www.gao.gov/assets/590/587522.pdf>.
- WALSH B. (2013). Deep Disposal Wells from Oil and Gas Drilling Linked to Earthquakes. *Time* (July 12,2013), <http://science.time.com/2013/07/12/deep-disposal-wells-from-oil-and-gas-drilling-linked-to-esrthquakes/>.
- Water Management Associated with Hydraulic Fracturing 5 (2010), disponible en: http://www.shalegas.energy.gov/resources/HF2_e1.pdf.
- WETHE, D. (2017). Rise in Earthquakes Near Texas Oilfields Prompt New Monitoring". *Bloomberg* (Oct. 23, 2017) <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-10-23/rise-in-texas-earthquakes-near-oilfields-prompts-new-monitoring>.
- WISEMANN, H. (2009). Untested Waters: The Rise of Hydraulic Fracturing in Oil and Gas Production, and the Need to Revise Regulation. 20 *Fordham Env'tl. Law Review* 115.

LA PONDERACIÓN Y LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CASOS JUDICIALES EN MÉXICO Y EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

María del Sol MATÍAS JUÁREZ

SUMARIO: I. *El derecho a la libertad de expresión.* II. *Ponderación de derechos y límites a la libertad de expresión.* III. *Casos judiciales en México y en Estados Unidos de América.* IV. *Conclusión.* V. *Referencias.*

I. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el contexto actual de México y Estados Unidos de América, de sus componentes sociales, políticos y culturales podemos advertir que la libertad de expresión es un pilar fundamental para el desarrollo del régimen constitucional en ambas naciones. En los dos países podemos ver cómo prácticamente todos los días existe una manifestación pública por la exigencia del reconocimiento de ciertos derechos humanos; existe una lucha constante entre los medios de comunicación y el poder público respecto de lo que sí se puede transmitir a la sociedad o no; observamos expresiones de inconformidad respecto de la forma en la que los países están siendo liderados por sus correspondientes presidentes; las redes sociales se han convertido en el sitio donde mejor se trasluce la polarización de expresiones de pensamiento.

Todos estos actos se encuentran vinculados con el derecho fundamental a la libertad de expresión que ambos países reconocen constitucionalmente; sin embargo, su garantía no se encuentra prevista de forma absoluta, sino que dependiendo del caso, la época, los precedentes, los actores que participen, entre otros factores, dicho derecho podría ser amenazado, de ahí, la importancia de analizar qué tratamiento se le ha dado a este derecho fundamental en casos emblemáticos para cada país.

1. *Concepto de libertad de expresión*

La libertad de expresión, en términos muy generales es la posibilidad que tienen las personas para comunicar sus pensamientos, opiniones, ideas e información a través de cualquier medio de comunicación ya sea escrito, verbal, físico, artístico. Lo anterior, implica que previo al reconocimiento de la libre expresión, debe existir la libertad de pensamiento, sin que una sola definición pueda contener todas las características que describen a este derecho humano.

Al respecto, en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se estableció un concepto general que incluye las diversas formas de manifestación de la libertad de expresión:

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

Al respecto, John Rawls (1971) al referirse al concepto de libertad señala que prefiere evitar la disputa sobre el significado o concepto de libertad y prefiere referirse a aquellos elementos que considera que deben estar presentes cuando se habla de libertad, como los son: los agentes que son libres, las restricciones o limitaciones de las que están libres y qué es lo que son libres de hacer o no hacer. En este sentido, estos tres elementos son los que veremos presente en cualquier caso de libertad, tales como: de pensamiento o de expresión.

Los tipos de libertad antes citados podrían ser confundidos al tratarse esencialmente de aspectos inherentes al ser humano; sin embargo, John Stuart Mill (2018) señala que “La libertad de expresar y publicar opiniones puede parecer que cae bajo un principio diferente por pertenecer a esa parte de la conducta de un individuo que se relaciona con los demás; pero teniendo casi tanta importancia como la misma libertad de pensamiento y descansando en gran parte sobre las mismas razones, es prácticamente inseparable de ella” (p. 84). En este contexto, me referiré únicamente al derecho a la libertad de expresión bajo el entendido de que tal derecho, involucra implícitamente la libertad de pensamiento.

La libertad de expresión es uno de los derechos humanos más importantes con los que cuenta el ser humano, no sólo porque se encuentra reco-

nocido como tal en los textos constitucionales —en el caso de México, en el artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y en el caso de Estados Unidos de América, en la Primera Enmienda—; sino porque, como lo señala Thomas Paine (2017) es un derecho natural intelectual o de la mente que le corresponde al hombre por el sólo hecho de existir.

En México, el artículo 6° Constitucional que reconoce el derecho fundamental a la libertad de expresión, ha tenido a lo largo de varios años seis reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación los días 6 de diciembre de 1977, 20 de julio de 2007, 13 de noviembre de 2007, 11 de junio de 2013, 7 de febrero de 2014 y 29 de enero de 2016 (Cámara de Diputados, 2021), lo que implica una evolución más proteccionista, o si queremos verlo en términos de lo previsto en el artículo 1° Constitucional, podríamos afirmar que ha tenido un avance progresivo y es que a través de dichas reformas se han incluido otros derechos conexos a la libertad de expresión, como lo son: el derecho a la información, derecho de réplica así como derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación.

Lo anterior, nos da una clara idea de la importancia que tiene el derecho a la libertad de expresión, y no sólo porque corresponda a un derecho natural del hombre por el sólo hecho de existir como se citó anteriormente, sino porque su interacción con otros derechos es muy amplia, tanto, que en varias ocasiones entra en colisión con otros derechos fundamentales como se analiza más adelante.

En este contexto, al tratarse de una característica natural de los seres humanos, se confirma su conceptualización como un derecho humano y por lo tanto, la necesidad de que el mismo sea garantizado. De ahí la importancia de revisar cómo es que cada país (México y Estados Unidos de América) han garantizado el ejercicio del derecho a través de sus resoluciones judiciales.

2. Antecedentes y evolución de la libertad de expresión

En sus inicios, la libertad de expresión fue concebida como un derecho que protegía a las personas frente a cualquier interferencia del poder público, es decir, el Estado tenía la obligación de no hacer o un deber de abstención, lo que implicaba que no podía impedir que los particulares comunicaran sus ideas o pensamientos.

Esta no interferencia, es llamada por Isaiah Berlin (2014) como libertad negativa, afirmando que “Normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad” (p. 60). Es decir, la libertad de una persona es medida de acuerdo con el grado de prohibición que tenga para llevar a cabo determinados actos. En el caso concreto de la libertad de expresión, podríamos entonces afirmar que un individuo es libre de expresar sus ideas, en la medida en la que no se encuentra restringido por el Estado para ejercer ese derecho.

Esta concepción inicial de no prohibición o no interferencia del derecho a la libertad de expresión se advierte claramente de los textos primigenios en los que se reconoció el derecho humano.

En la Primera Enmienda de 1791 de la Constitución de los Estados Unidos Americanos se estableció lo siguiente: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances” (Congreso de Estados Unidos de América. Constitution of the United States, 2020).

Al respecto, Reed Amar (1998) menciona que, de la misma manera que el ocurría en el tema de la política religiosa, se consideraba que las restricciones a la expresión y libertad de prensa estaban más allá de los poderes con los que contaba el Congreso Estadounidense en el Artículo 1, por lo tanto, la primera enmienda surgió con un lenguaje que sugería una falta total de poder para regular aspectos relacionados con la religión en los Estados o, bien, restringir la expresión.

De manera muy similar, que parece aproximarse al esquema de libertad negativa, la CPEUM encuadra esta libertad en términos equivalentes a la no interferencia, estableciendo en el artículo 6o. que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa.

Como se puede advertir, en ambos casos, tanto en México como en Estados Unidos de América, el derecho a la libertad de expresión nació como la falta de obstáculos a su ejercicio y no como garantía para su desarrollo.

Esta característica es fundamental para entender que la resolución de controversias relacionadas con la libertad de expresión, la decisión de los tribunales va más allá de una simple aplicación de lo que dispone el precepto constitucional, toda vez que los casos que se presentan en ambas sociedades son mucho más complejos que solicitar la no intervención de un ente público, es decir, en la mayoría de los casos, no basta con que el Estado se abstenga de actuar para limitar a los particulares su derecho a expresarse,

sino que es necesario realizar una interpretación que aclare y particularice en el caso concreto lo previsto en la constitución.

Respecto de este reconocimiento en los textos constitucionales llama la atención que mientras en el caso de México, el derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en la parte dogmática de su texto constitucional, en el caso de Estados Unidos de América, la Constitución no contempla en sus artículos el reconocimiento a los derechos humanos (entre ellos, a la libertad de expresión), sino que los mismos fueron establecidos constitucionalmente desde las primeras Enmiendas en 1791.

Es importante resaltar que, no obstante que el derecho a la libertad de expresión no se estableció en la Constitución Norteamericana como un artículo, sino como una Enmienda, su importancia ha sido reconocida con tal seriedad que el Tribunal Supremo Estadounidense determinó en el caso *Gitlow vs. New York*, 268 U.S. 652 (1925) que la protección a la libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda vinculaba también a los Estados, tal y como se advierte de la siguiente expresión: “Para el presente caso podemos asumir que la libertad de expresión y de prensa -que están protegidas por la Primera Enmienda- están entre los derechos y libertades personales protegidos por la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda frente a su menoscabo por los Estados”¹

Es decir, aún y cuando exista un orden jurídico Federal y uno Estatal en la nación Norteamericana, la relevancia del reconocimiento y la protección del derecho a la libertad de expresión implica que se deba reconocer su protección jurisdiccional en ambos niveles de gobierno.

Incluso, se ha concluido que frente a un caso de libertad de expresión, debe ser aplicable el ordenamiento legal que represente la mayor protección para el particular. Al respecto, conviene referirnos al caso —*PruneYard Shopping Center vs Robins*, 447 U.S. 74 (1980)— en el que, si bien el derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en la Primera Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América y es vinculante para los Estados, se concluyó que en el caso concreto, resultaba aplicable lo previsto en la Constitución local por contener una protección más amplia.

¹ Texto original: “For present purposes we may and do assume that freedom of speech and of the press—which are protected by the First Amendment from abridgment by Congress—are among the fundamental personal rights and ‘liberties’ protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States”. Digital History. (2021). *Gitlow v. New York*. 2021, de Digital History Sitio web: https://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtID=3&psid=4070.

En el caso de México, el artículo 6o. de la CPEUM ha tenido diversas modificaciones que han sido incorporadas de acuerdo con los cambios políticos y sociales que ha tenido el país. Al respecto, Sergio López Ayllón e Issa Luna Pla (2016) realizan un análisis puntual de las reformas que ha tenido la redacción del derecho a la libertad de expresión, desde la introducción al derecho a la información, la incorporación de sus principios y bases, la inclusión del derecho de réplica, la introducción del derecho al acceso a las tecnologías de la información y comunicación, hasta la creación del Sistema Nacional de Transparencia, lo que nos da un marco general de la gran importancia que reviste este derecho en una sociedad y todos los ámbitos de aplicación en los que se desarrolla.

No obstante la evolución constitucional que ha tenido este derecho, la aplicación del principio que contenga una protección más amplia fue reconocido hasta el año 2011 cuando en la Constitución Federal, concretamente en el artículo 1o., se estableció la obligación de observar el ordenamiento legal que contenga una protección más amplia en derechos humanos.

De acuerdo con lo anterior, podemos advertir que el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión es tan importante para una sociedad que su desarrollo y construcción no depende del ordenamiento legal en el que se encuentre contenido, ya sea en la Constitución Federal, en la Constitución local, en la parte dogmática (como ocurre en México) o en el apartado de Enmiendas (como ocurre en Estados Unidos de América), sino de la aplicación e interpretación que realicen los órganos judiciales, así como de los alcances que se determinen en cada caso concreto, situación que indudablemente impactará en el desarrollo de una sociedad.

Al respecto, los ministros en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza (2006) señalaron:

Cada vez que un tribunal decide un caso de libertad de expresión o imprenta, está afectando no solamente las pretensiones de las partes en un litigio concreto, sino también el grado al que, en un país, quedará asegurada la libre circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto, todo ello condición indispensable para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa.

No obstante lo anterior, el hecho de que la libertad de expresión sea un derecho humano básico e indispensable para el desarrollo de una sociedad, no implica que su reconocimiento sea absoluto. Es decir, si bien es cierto constitucionalmente en ambos países no debe existir intervención o interferencia para el ejercicio de este derecho humano, no debemos perder de vista que como se mencionó al inicio —en palabras de John Stuart Mill— la libertad de expresión, a diferencia de la libertad de pensamiento, es la *parte de la conducta de un individuo que se relaciona con los demás*, por lo tanto su ejercicio se encuentra estrechamente vinculado con otros derechos.

En este sentido, será necesario en algunos casos, que esa libertad negativa, se vea limitada o restringida. Incluso es el propio Isaiah Berlin (2014) quien afirma que “Tal clase de libertad [natural] conduciría a un caos social en el que las necesidades mínimas de los hombres no podrían ser satisfechas y, además, las libertades de los débiles serían suprimidas por los fuertes”, por lo tanto, concluye que “a veces hay que recortar la libertad de unos para asegurar la libertad de otros” (p. 63).

En el siguiente apartado se menciona cómo es que el derecho a la libertad de expresión puede entrar en colisión con otros derechos y la necesidad de establecer límites o restricciones.

Como veremos a continuación, el análisis de la proporcionalidad que han realizado los máximos tribunales de ambos países al resolver casos sobre libertad de expresión, presenta diferencias, pero también similitudes al resolver este tipo de controversias.

II. PONDERACIÓN DE DERECHOS Y LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Previamente se precisó que la libertad de expresión constituye un derecho humano por el simple hecho de que el hombre se encuentra dotado de manera innata con la aptitud de expresarse. Esa posibilidad de expresar las ideas o los pensamientos a otros individuos es lo que genera que la libertad de expresión interactúe con otros derechos humanos.

La diferencia esencial entre la libertad de expresión y la libertad de pensamiento “cae bajo un principio diferente por pertenecer a esa parte de la conducta de un individuo que se relaciona con los demás” (John Stuart Mill, 2018, p. 84), es decir, en la libertad de expresión existe una interacción con otros individuos y por lo tanto, convergen otros derechos.

En consecuencia, podemos afirmar que los alcances e implicaciones de la libertad no sólo se limitan a una simple acción de comunicación o transmisión de ideas, sino que se trata de un derecho humano amplio que interacciona con otros derechos, tales como: intimidad, honor, vida privada, tránsito, etc. Esta interacción de derechos está reconocida en la CPEUM en el artículo 1º al precisar que todas las autoridades se encuentran obligadas a observar los principios que rigen a los derechos humanos; entre ellos, el de interdependencia, es decir, esta interacción entre unos y otros.

De acuerdo con lo anterior, los derechos fundamentales de libertad, interaccionan con otras libertades, y es aquí donde se podría generar un conflicto entre derechos (en tanto los entes públicos ejercen actos de protección individualizada). Para poder solventar los conflictos potenciales se debe analizar si alguno de aquellos derechos debe prevalecer y si en su caso, alguno de ellos contaba con alguna limitante o restricción.

Es en este punto donde los Tribunales tienen que hacer uso de diversos métodos para poder dar una solución a las controversias que se someten a su consideración, y así podemos referirnos a “*standards of review*” que se refiere al parámetro de revisión que los tribunales utilizarán al analizar un caso de constitucionalidad bajo tres etapas, que de acuerdo con lo que señala Aharon Barak (2012) se integran de la siguiente manera: En la primera, se lleva a cabo una interpretación de la disposición sujeta a estudio para verificar si se limita un derecho; en la segunda, se debe analizar si la limitación del derecho es constitucional; y finalmente, en la tercera etapa, se examinan los efectos de la posible inconstitucionalidad.

Al respecto, es importante resaltar lo que Aharon Barak (2012) comenta que puede ocurrir durante la segunda etapa: “This is the stage where the judge examines the justifications to not allow for the complete fulfillment of the right’s scope. If the judge concludes that the limitation is proportional, the review ends there” (p. 26). Es decir, los juzgadores deben verificar si la medida analizada cumple o no con el principio de proporcionalidad.

1. *Proporcionalidad*

Gramaticalmente, el concepto de “proporcionalidad” es una noción general que alude a “Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí” (Real Academia Española, 2021).

Legalmente, el término proporcionalidad corresponde a una herramienta que ayuda a los juzgadores al análisis de los casos y de acuerdo

con lo señalado por Aharon Barak tiene 4 componentes: “proper purpose, rational connection, necessary means and a propoer relation between the benefit gained by realizing the proper purpose and the harm caused to the constitutional right (the last component is also called “proportionality stricto sensu —balancing—”)” (p.131)

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha precisado que el principio de proporcionalidad se aplica a través de un test que debe ser analizado bajo tres elementos: fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

Al respecto, Rubén Sánchez Gil (2007), señala que el principio de proporcionalidad:

Estriba, a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental -u otro principio constitucional- sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no. (p. 20)

En este orden de ideas, cuando nos encontramos ante un conflicto entre derechos, es necesario que los juzgadores verifiquen el grado en el que se presentan los elementos que integran el principio de proporcionalidad, a fin de poder determinar si un derecho debe prevalecer respecto de otro. Lo que da lugar al juicio de ponderación.

La relación que existe entre los conceptos de proporcionalidad y ponderación es descrita claramente por Manuel Atienza (2016) al señalar que “La técnica de la ponderación tiene una gran presencia en numerosos tribunales latinoamericanos —especialmente, en cortes supremas y tribunales constitucionales—, lo que en buena medida ha sido una consecuencia de la recepción de las ideas al respecto de Robert Alexy, que a su vez pueden considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad” (p. 11).

2. Ponderación

Cuando los juzgadores se enfrentan a casos de libertad de expresión, con frecuencia, se presenta una colisión con otros derechos, razón por la

cual, el juzgador debe determinar qué es lo que debe prevalecer ante dicha incompatibilidad. En este sentido, “La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas” (Caros Bernal Pulido, 2005, p. 21).

Es importante precisar que el objetivo del presente artículo no es detallar cómo es que los juzgadores desarrollan la técnica de ponderación, sino únicamente de entender la manera como en los dos países que estamos analizando coincide que ante una incompatibilidad de derechos, el juzgador demuestra patrones que le hacen efectuar una determinación de prevalencia.

En términos generales, “Para resolver conflictos entre derechos o entre bienes (entre X e Y): la medida M es idónea para alcanzar X; no hay otra medida M que permita satisfacer X sin lesionar Y; en las circunstancias del caso (o bien, en abstracto) X pesa más —es más importante— que Y” (Manuel Atienza Rodríguez y Juan Antonio García Amado, 2016, p. 15)

Resulta relevante resaltar que Aharon Barak (2012) menciona que cuando se aplica un ejercicio de ponderación no se lleva a cabo un juicio de constitucionalidad, sino que se busca reflejar un balance entre dos derechos en conflicto: “The purpose of this balancing, however, is not to determine the constitutionality of the statute; rather, it is designed to provide meaning to the statute in accordance with its purpose, where the purpose reflects a balance between the two conflicting rights” (p. 93)

En virtud de lo anterior, en lo que resta del presente artículo, lejos de analizar el método de ponderación utilizado al analizar los casos de conflicto de derechos que se exponen más adelante, voy a tratar de advertir cuáles son las consideraciones argumentativas que los Tribunales utilizaron para determinar que X pesa más que Y, ya que tales argumentos nos dan una idea concreta de cuáles son las circunstancias y valores que para cada sociedad deben prevalecer en determinado contexto.

Entre los casos más emblemáticos de colisión de derechos por la libertad de expresión, tanto en México como en Estados Unidos de América podemos incluir formas recurrentes entre las manifestaciones públicas así como analizar cuestiones relacionadas con periodistas.

Entre los casos de manifestaciones públicas en donde los particulares exigen el reconocimiento de algún derecho (aludiendo el ejercicio legítimo de la libertad de expresión) y obstaculizan las vías públicas, la reacción de otros colectivos podría pedir a la autoridad que manifestaciones no se realicen en la vía pública porque violentan el derecho a la libertad de tránsito. En este caso vemos una clara colisión entre libertad de expresión y liber-

tad de tránsito; que al estar ambos reconocidos constitucionalmente, dejan en manos del juzgador la tarea de determinar qué derecho debe prevalecer.

Otro caso común en ambos países es el de periodistas que se refieren en su ejercicio profesional a aspectos de la vida privada de funcionarios públicos. Los derechos en pugna conciernen la libertad de expresión del periodista frente a la privacidad o intimidad de los funcionarios públicos. Pudimos advertir que tanto la administración Trump como la de López Obrador denotaban reacciones frente a esa colisión de derechos, generando incluso violencia política orquestada desde el gobierno hacia los periodistas contrarios al establishment.

Concretamente, durante este periodo, en Estados Unidos fueron múltiples las agresiones contra periodistas, incluso fueron llamados por el mandatorio como “enemigos del pueblo” (Erik Wemple, 2020), tan es así que el 8 de junio de 2020, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión de las Naciones Unidas y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitieron el comunicado R128/20 en el que externaron su preocupación por los ataques a periodistas y reiteraron la obligación de la autoridad de garantizar la protección de éste derecho.

En el caso de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha determinado que es uno de los países más peligrosos para ejercer el periodismo al precisar que del año 2000 a noviembre de 2020 se han registrado 165 homicidios de comunicadores, de los cuales 12 han tenido lugar en el año 2020. (La Jornada, 2020)

Incluso, en el 2019, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura precisó que más de 1,000 periodistas han sido asesinados en los últimos 12 años en el mundo; 19 de ellos en México, sólo en el 2019. (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2019)

Un caso emblemático que no forma parte de los países que se analizan en el presente artículo, pero que resulta muy útil para dimensionar la colisión que existe entre el derecho a la libertad de expresión de los periodistas y el derecho a la privacidad de los funcionarios públicos es el de Caroline Louise Marguerite Grimaldi, la princesa de Mónaco, en el que en reiteradas ocasiones ha acudido a los Tribunales para demandar la violación a su privacidad por parte de los periodistas, al publicar fotografías relacionadas con su vida personal.

En el caso de Carolina de Mónaco la operación interpretativa de la proporcionalidad no ha sido una tarea fácil, ya que por un lado se encuentra

el derecho al respeto de la vida privada y familiar, contenido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en contraposición se encuentra el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 10 del mismo ordenamiento legal, ambos, con la posibilidad expresa de ser restringidos por las mismas causas: seguridad nacional, seguridad pública, defensa del orden, prevención de infracciones penales, protección de la salud o de la moral, y la protección de los derechos y las libertades de los demás. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1970).

Las circunstancias y la época de resolución en cada caso son elementos esenciales para poder determinar cuál es el derecho humano que en todo caso deberá prevalecer. En estos casos de la princesa de Mónaco, en la resolución de la primera demanda se determinó que la publicación de las fotografías, “no permite justificar una intrusión en la vida privada de una persona si esta no ejerce funciones oficiales o si el reportaje no está relacionado en modo alguno con el ejercicio de funciones oficiales, dado que en estas circunstancias el reportaje solo tiene por objeto satisfacer la curiosidad pública y no contribuye en nada a un debate de interés general” (Rainer Grote, 2020).

En el segundo caso, el Tribunal Constitucional Alemán determinó que no se ha infringido el respeto a la vida privada ya que Carolina de Mónaco es una personalidad pública, por lo tanto, no puede pretender la misma protección a la vida privada que las personas desconocidas del público. (ABC Revista digital, 2013).

Como lo señalé previamente, se trata de casos particulares que no se pueden resolver de manera fácil con la simple lectura y aplicación de lo previsto de manera abstracta en las Constituciones, sino que es necesario llevar a cabo un ejercicio de ponderación debidamente justificado. De ahí surge: i) la necesidad de realizar una ponderación de derechos; y ii) en ocasiones, el tener que restringir el derecho a la libertad de expresión a fin de que su ejercicio no vulnere otros derechos humanos.

Respecto de este ejercicio de ponderación, es muy ejemplificativa la labor que ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el derecho a la libertad de expresión, ya que para tomar sus determinaciones ha analizado el contexto en el que se realizan las expresiones sujetas a controversia y derivado de ello llega a la conclusión de que X pesa más que Y. Así, podemos advertir el contraste que existe entre dos casos:

En el primer caso: *Gündüz contra Turquía* se analizaron las expresiones de un líder de una secta islámica por realizar declaraciones en televisión en contra del régimen democrático. Al respecto, el Tribunal Europeo determinó que si bien las expresiones del líder fueron polémicas y hacían

un llamado al islam, fueron hechas en un contexto de debate público, televisado y de interés general, en el que además existió derecho de réplica, por lo tanto, las expresiones del líder se encontraban amparadas bajo el derecho a la libertad de expresión. En el segundo caso, Rujak contra Croacia, un soldado del ejército de Croacia emitió expresiones denigrantes en contra de sus compañeros de armas y de sus superiores, al respecto, el Tribunal determinó que las expresiones fueron emitidas con la intención de insultar y denigrar por lo que no quedaban amparadas por la libertad de expresión. (Yéssica Esquivel Alonso, 2015)

Respecto de este procedimiento de ponderación justificada, Carlos Bernal Pulido (2015), señala que “Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación constituye un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas o es un mero subterfugio retórico, útil para justificar toda laya de decisiones judiciales” (p. 406), afirmación que nos resulta útil al analizar el resultado del ejercicio de ponderación que han realizado los juzgadores en los casos que más adelante se estudian. Es decir, más adelante veremos que las decisiones que han establecido los juzgadores llevarán en algunos casos a preguntarse si es que la ponderación ha sido el método adecuado para dar solución a colisión de derechos.

Concretamente en el caso de libertad de expresión, Carlos Bernal Pulido ha señalado que “los tribunales constitucionales de varios países han atribuido un peso abstracto mayor a los derechos fundamentales sobre otros principios, y a la libertad de expresión y al derecho a la intimidad sobre otros derechos fundamentales, debido a la conexión del primero con la democracia y del segundo con la dignidad humana”, situación que incluso se verá claramente reflejada en los casos que se analizan más adelante.

3. *Límites o restricciones*

Desde el inicio del reconocimiento de los derechos humanos, podemos advertir que los mismos han sido restringidos o supeditados a otros derechos, ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 4º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en donde específicamente se señalaba que “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley” (Asamblea Nacional Francesa, 1789).

En México, el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 6 de la CPEUM no se advierte como un derecho absoluto, sino que expresamente tiene la restricción para aquellos casos en los que su ejercicio “...ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público...”

En contraste, en el caso de Estados Unidos de América, no se establece de forma expresa las conductas que actualizan las restricciones al derecho a la libertad de expresión, al contrario, en la Primera Enmienda se reitera que el Congreso no “pondrá cortapisas a la libertad de expresión o de prensa” (“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”).

Bajo este contexto, a continuación se analizan algunos casos que han sido resueltos por los máximos tribunales de México y Estados Unidos en los que los juzgadores —al pronunciarse respecto del derecho a la libertad de expresión— han tenido que llevar a cabo ejercicios interpretativos de ponderación de derechos y en ocasiones incluso establecer límites o restricciones.

Un claro ejemplo de las restricciones que analizan los juzgadores lo podemos ver en el caso del plantón establecido en el año 2016 en la Ciudad de México, en la calle de Bucareli.

El Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México al resolver el amparo indirecto número 345/2016 en el que un particular reclamó la violación a su derecho de tránsito en virtud de las manifestaciones o “plantones” realizados en la Calle de Bucareli en marzo de 2016 por parte de integrantes del Frente Indígena y Campesino de México FICAM que exigían liberar a integrantes de la agrupación que se encontraban presos y terminar con el hostigamientos y persecución contra los luchadores sociales, determinó que procedía conceder el amparo para el efecto de que la autoridad retirara el bloqueo ocasionado por el plantón, es decir, se estaba restringiendo la libertad de expresión de las personas que exigían sus derechos a través de un plantón.

El Juez de Distrito llegó a la conclusión de que sí existía una violación al derecho de libertad de tránsito tomando en consideración que: i) de acuerdo con el artículo 211 de la Ley de Movilidad de la Ciudad de México, ni los particulares ni las autoridades pueden limitar el tránsito de peatones y vehículos;² ii) en atención al artículo 11, fracción I de la Ley en comento,

² Artículo 211.- Tienen el derecho de utilizar las vialidades, quienes habitan o transitan

el Jefe de Gobierno debe establecer los criterios generales para promover la movilidad en el marco del respeto de los derechos humanos, la seguridad, el medio ambiente y la calidad del entorno humano; iii) las acciones consistentes en cortes a la circulación vial, llevadas a cabo por la autoridad frente al plantón en Avenida Bucareli, no fueron las idóneas “pues la obstrucción de una vía primaria evidentemente trae consigo un congestionamiento vial que además de afectar a los conductores de vehículos que intentan transitar por la zona, afecta a los transeúntes y a la población en general, debido a la repercusión que tiene en el medio ambiente”.

En este sentido, el Juez de Distrito concluyó que la medida implementada por la Secretaría de Seguridad Pública para garantizar la manifestación pública “resultó la más lesiva respecto de otros derechos fundamentales, especialmente, el derecho a transitar libremente”.

Por lo que se advierte, el análisis realizado por el Juez de Distrito siguió en todo momento el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que el Estado puede imponer limitaciones razonables a las manifestaciones con el fin de asegurar el desarrollo pacífico de las mismas, incluso, es importante resaltar que una de las conclusiones del juzgador fue que aún y cuando la autoridad también tiene el derecho de garantizar el derecho a la libertad de expresión —reflejada en una manifestación—, “tal prerrogativa no tiene el alcance de proteger el bloqueo deliberado de las vías de circulación”, ya que se estarían vulnerando los derechos de la colectividad y la producción de consecuencias económicas, sociales y culturales.

De acuerdo con lo anterior, se puede advertir claramente cómo es el que Juez de Distrito realizó acciones para garantizar el derecho al libre tránsito al conceder el amparo para el efecto de que la autoridad retirara el bloqueo ocasionado por el plantón; sin embargo, en ninguna parte de la sentencia se desprende cómo es que con dicha medida también se garantizaría el derecho a la manifestación, sobre todo cuando tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México se han pronunciado en el sentido de que deben coexistir ambos derechos, situación que no fue respetada en la sentencia en estudio.

En efecto, lo único que se garantizó fue el derecho a la libre circulación, coartando notoriamente el derecho a la manifestación al ordenar de forma

en el Distrito Federal, por lo que los particulares o autoridades no podrán limitar el tránsito de peatones y vehículos.

puntual que lo procedente era retirar el plantón, es decir, el Juez de Distrito no analizó cómo es que podría continuar garantizando la libertad de expresión sin tener que retirar el plantón.

Además, el Juez de Distrito no señaló nada respecto de las garantías de no repetición, porque tal y como ocurrió en el caso en estudio, el plantón fue retirado con motivo de la sentencia, pero al día siguiente los manifestantes volvieron a establecer el plantón, provocando nuevamente cortes a la circulación.

Si bien en ese caso concreto, un particular acudió a una instancia jurisdiccional para exigir el respeto y garantía a su derecho de libre tránsito, en la mayoría de los casos, se trata de situaciones prácticas que deben resolverse en el momento³, por lo que acudir a una instancia jurisdiccional no sería la mejor alternativa para solucionar la colisión de derechos.

En este sentido, la forma de garantizar ambos derechos no se resuelve ni con la determinación abrupta de obligar a quitar un bloqueo, y mucho menos con la sola “obligación” de presentar aviso previo a una manifestación, sino que se trata de diseñar políticas públicas más sofisticadas en las que se regule de forma muy puntual cómo es que se pueden realizar las manifestaciones sin afectar otros derechos.

III. CASOS JUDICIALES EN MÉXICO Y EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Diversos son los casos de libertad de expresión que han sido analizados por los máximos tribunales en México y en Estados Unidos de América; sin embargo, en el presente artículo, únicamente haré referencia a algunos de ellos con la intención de destacar que, con independencia de las características económicas, sociales y culturales de cada país, los resolutivos siguen la misma tendencia, lo que demuestra una característica esencial de los derechos humanos; su universalidad.

En este sentido, la ponderación y los límites que han establecido ambos países en los casos de libertad de expresión se analiza respecto de: *a)* expresiones con discursos ofensivos; *b)* difamación de funcionarios públicos; y *c)* expresiones en lugares públicos.

³ Tal es el caso de las ambulancias que se encuentran imposibilitadas de llegar a su lugar de destino por un corte vehicular ocasionado por manifestaciones, marcas o plantones y que genera, en algunos casos, la muerte del paciente.

1. *Libertad de expresión con discursos ofensivos*

- (México) Amparo en revisión 2676/2003. Caso Bandera
- (Estados Unidos de América) Texas v. Johnson, 491 US 397 (1989)

La cultura del respeto a los símbolos patrios se advierte de forma contrastante entre México y en Estados Unidos de América. Mientras que en nuestro país no se permite alterar o modificar las características de la Bandera Nacional, así como tampoco se permite el uso del Escudo Nacional —de acuerdo con lo previsto en la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales—, en Estados Unidos, los ciudadanos, como una práctica muy usual, utilizan en prácticamente cualquier objeto la imagen de la Bandera Estadounidense.

El antecedente que cito a continuación es importante, ya que en ambos se sometió a discusión el ejercicio de la libertad de expresión respecto de los símbolos patrios, es decir, el ejercicio de ponderación en todo caso que tendrían que haber realizado los juzgadores era determinar si debe prevalecer el derecho a una libertad de expresión (a través de manifestaciones contra los símbolos patrios); o bien, debe prevalecer el respeto a dichos símbolos patrios, establecido en ambos países en sus correspondientes legislaciones.

A. *(México) Amparo en revisión 2676/2003.⁴ Caso Bandera*

Una persona publicó en una revista un poema sobre la bandera mexicana, haciendo —entre otras— las siguientes expresiones: “...me seco el orín en la bandera de mi país, ese trapo sobre el que se acuestan los perros y que nada representa...”. Derivado de lo anterior, el poeta fue denunciado y se giró auto de sujeción a proceso como probable responsable del delito de “ultraje a las insignias nacionales”.

En este caso, la pregunta que surge de forma inmediata es si la persona que publicó el poema, puede —bajo el amparo de la libertad de expresión— realizar manifestaciones respecto de los símbolos patrios en la forma en la que lo hizo, o ese ejercicio de libertad de expresión se encuentra limitado y cuáles serían las razones para restringirlo.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2005). Amparo en Revisión 2676/2003. 2020, de Primera Sala Sitio web: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=62928>

Particularmente, este caso fue emblemático para México porque no se trató de un asunto ordinario de conflicto de derechos entre dos particulares, sino que por un lado estaba la libertad de expresión reconocida constitucionalmente como un derecho humano; y, por otro lado, la protección de los símbolos patrios. Respecto de la expresión: protección de los símbolos patrios, no debemos de dejar de observar que los ministros en retiro José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza, (2014) señalaron que no se podía entender que la Constitución incluya a la bandera y al escudo como bienes constitucionalmente valorados y protegidos.

Es decir, parecería que el ejercicio interpretativo de ponderación en este caso no siguió los pasos a los que se refería Carlos Bernal Pulido al citar a Robert Alexy, en el sentido de precisar con detalle el grado de satisfacción o de afectación de los derechos en pugna, la importancia de la satisfacción de los mismos y si se justifica la afectación de uno de ellos; sino que los juzgadores sin un análisis ponderado concreto concluyeron que debía prevalecer la protección de los símbolos patrios.

José Ramón Cossío Díaz. (2019) precisó que los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinaron que la Constitución Federal protegía implícitamente a los símbolos patrios respecto a usos irreverentes, irrespetuosos o injuriosos, y que el juez estaba en libertad de aplicar la sanción que creyera conveniente por lo que se condenó al poeta a pagar una multa de 50 pesos y a una amonestación pública.

Este es un ejemplo muy claro de una limitante a la libertad de expresión, toda vez que los juzgadores concluyeron que, si bien el derecho del poeta para expresar sus pensamientos se encontraba reconocido en la Constitución, también debe considerarse que la Constitución prevé que el ejercicio de la libertad de expresión se permite en la medida que no vulnere otras disposiciones reconocidas constitucionalmente.

Al respecto, Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceró, Javier Ortiz, y Francisca Pou. (2007) señalan que no se podría considerar que exista un límite a la libertad de expresión por el sólo hecho de que la constitución proteja la dignidad de la Nación.

Así, mientras en el año 2003 se establecía en México una restricción a la libertad de expresión, en Estados Unidos de América, un primer asunto relacionado con la limitación a este derecho se planteó desde 1989, privilegiando el derecho humano a la libertad de expresión como se cita a continuación.

B. (*Estados Unidos de América*) *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989)

Durante una manifestación pública, diversos individuos marcharon por las calles de Dallas, Texas, gritaron cánticos, destruyeron propiedades, rompieron ventanas y tiraron basura, latas de cerveza y varios otros objetos. Uno de los individuos prendió fuego a la bandera estadounidense. Por este hecho, fue acusado de violar la *Flag Protection Act* de Texas que prohibía destrozar objetos respetados (profanación de un objeto venerado) (*Flag Protection Act of 1989*. Texas Congress, 1989).

Emitiendo un razonamiento similar al que los jueces mexicanos plantearon al analizar el poema escrito a los símbolos patrios, la pregunta inmediata de sus homólogos norteamericanos planteaba si la persona que quemó la bandera, podía —bajo el amparo de la libertad de expresión— realizar actos en contra de los símbolos patrios, o si ese ejercicio de libertad de expresión se encontraba limitado, en cuyo caso habría que determinar cuáles eran las razones para restringirlo.

La Corte Suprema Estadounidense concluyó que la quema de la bandera constituía una conducta expresiva que se podía encuadrar válidamente bajo las disposiciones de la Primera Enmienda y, por lo tanto, debía prevalecer la opción de ultrajarla como manifestación individual que no excedía los designios de la libertad de expresión.

Para la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la conclusión anterior resultaba de suma importancia porque se generaba un precedente que determinaría si la libertad de expresión incluía manifestaciones no verbales. Al respecto, doctrinarios como Mark V. Tushnet, Alan K. Chen y Joseph Blocker (2017) comentan que la importancia del precedente radica en que “the Court recognized the burning of America flag as speech, even though neither the flag burner’s intent nor the audience’s understanding of his message could be said to be particularized” (p. 385).

Al respecto, resulta relevante destacar que mientras en Estados Unidos se analizaba concretamente qué alcances debe tener el concepto de libertad de expresión, en México, 14 años después —lejos de examinar o estudiar qué características pueden componer la libertad de expresión, se estaba generando un precedente restrictivo, que parecía no decir nada nuevo frente a las disposiciones de la ley ordinaria en sentido literal.

2. *Libertad de expresión contra honor y difamación de funcionarios públicos*

- (Estados Unidos de América) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)
- (México) Amparos directos 6/2009 y 12/2009

Los casos más comunes que se pueden observar continuamente tanto en México como en Estados Unidos de América respecto del ejercicio de la libertad de expresión son los relacionados con las expresiones o transmisión de información que realizan los particulares respecto de la vida privada de funcionarios públicos.

En estos casos, el ejercicio de ponderación que debían realizar los juzgadores se dirigía a establecer si debe prevalecer la libertad de expresión de quienes externan opiniones respecto de funcionarios públicos; o bien, si el derecho a la privacidad o intimidad de los servidores públicos reviste un estatuto reforzado.

En los casos que refiero a continuación, se verá que ambos países han coincidido en que debe prevalecer la libertad de expresión de los particulares para permitir el intercambio de ideas respecto de asuntos públicos.

A. (*Estados Unidos de América*) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)

En el periódico *New York Times* se publicó una nota firmada por diversas personas, donde se hacían manifiestas actitudes segregacionistas contra un grupo de manifestantes afroamericanos. Sullivan, funcionario de la Ciudad, se sintió agraviado por las expresiones vertidas en contra de los policías ya que los mismo se encontraban bajo su mando.

La Corte Suprema determinó (en 1964) que la protección de la Primera Enmienda a la libertad de expresión fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos impulsados por la ciudadanía; concluyó que los casos públicos deban ser analizados de forma abierta, desinhibida y sin trabas.

Además, se determinó que las garantías constitucionales requieren una regla federal que permita a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación difamatoria o inexacta que recaiga en su persona, siempre y cuando estuviera relacionada con su conducta oficial.

Los excesos a la libertad de expresión de un tercero podría actualizarse en caso de ser hecha con malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con un temerario desapego frente a su verdad o falsedad.

En este caso, vemos la operación interpretativa de ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de los particulares y el derecho al honor de los funcionarios públicos, debiendo los juzgadores determinar cuál debe prevalecer y cuál debe ser restringido.

En este orden de ideas, podemos advertir que, de acuerdo con este caso y una tendencia de lo resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos de América, en los casos donde están involucrados funcionarios públicos, suele prevalecer la libertad de expresión de los particulares, bajo el entendido de que la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas que generan cambios sociales y culturales. Incluso, así lo resaltan Mark V. Tushnet, Alan K. Chen y Joseph Blocker (2017) al señalar que “Since then, the Court has often invoked the principle that “[t]he First Amendment... embodies [o]ur profound national commitment to the free exchange of ideas” (p. 2640).

En este mismo orden de ideas, voy a aludir un caso resuelto- en México, donde se determinó que se concluyó que debe prevalecer la libertad de expresión de los particulares sobre el ámbito de actuación de los funcionarios para permitir el intercambio de ideas respecto de asuntos públicos.

B. (México) *Amparos directos 6/2009⁵ y 12/2009⁶*

Una periodista escribió un artículo que hacía referencia a una relación sentimental y sexual de la esposa de un presidente mexicano, con su primer esposo.

La esposa del presidente mexicano demandó tanto a la periodista, como a la revista donde apareció la publicación.

El máximo tribunal mexicano concluyó que la revista había realizado una publicación neutral al difundir información proporcionada por un tercero. Además, el Tribunal señaló que la esposa del presidente tenía la característica de ser un personaje público, por lo que existía un interés legíti-

⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2009). Amparo directo 6/2009. 2020, de Primera Sala Sitio web: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>.

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2009). Amparo directo 12/2009. 2020, de Primera Sala Sitio web: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110353>.

mo de la sociedad por conocer dicha información, privilegiando la libertad de expresión del particular.

3. *Libertad de expresión en lugares públicos*

- (México) Amparo en revisión 1595/2006. Repartidor de octavillas
- (Estados Unidos de América) Lloyd Corp. v Tanner, 407 U.S. 551 (1972)

Otro ejemplo de los casos comunes de ejercicio de la libertad de expresión se refiere a controversias donde la colisión de derechos ocurre en lugares públicos.

En estos casos, el ejercicio de ponderación que debían realizar los juzgadores es determinar qué es lo que debe prevalecer, si la libertad de expresión de aquellas personas que externan sus opiniones en lugares públicos; o bien, aquellos derechos individuales que se ven interferidos con las expresiones en lugares públicos.

En estos casos, los dos países han concluido que prevalece la libertad de expresión de particulares sin tener que estar limitado o restringido a la obtención de permisos previos para su ejercicio en lugares públicos.

A. *(México) Amparo en revisión 1595/2006.⁷ Repartidor de octavillas*

Una persona fue remitida a la autoridad y multada por repartir en la vía pública una octavilla que invitaba a asistir a un concierto y un cuadernillo que contenía el Evangelio según San Juan, lo anterior, sin que previamente hubiera obtenido una autorización o permiso previo por parte del Estado.

En la sentencia, fueron abordados dos puntos fundamentales: primero, la libertad que tienen los particulares para expresar sus ideas en lugares públicos y el segundo, la exigencia de solicitar un “permiso” para poder externar opiniones.

En este caso se determinó que la libertad de expresión no sólo implica exteriorizar un pensamiento, sino también la posibilidad de divulgar-

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2006). Amparo en revisión 1595/2006. 2020, de Primera Sala Sitio web: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>.

lo a través de los medios que se considere idóneo (es decir, aún y cuando sea en la vía pública). Además, el máximo Tribunal concluyó que el Estado no puede someter las actividades de expresión de los particulares a la necesidad de solicitar un permiso previo.

Como podemos advertir, en este caso prevalece la libertad de expresión de particular sin tener que estar limitado o restringido a la obtención de permisos previos.

B. (*Estados Unidos de América*) *Lloyd Corp. v Tanner*, 407 U.S. 551 (1972)

Una controversia similar fue resuelta en Estados Unidos de América donde un centro comercial —abierto al público— tenía como política una prohibición general sobre la distribución de folletos dentro del mismo.

No obstante lo anterior, diversas personas distribuyeron dentro del centro comercial invitaciones para una reunión de la “Comunidad de Resistencia” para protestar contra la guerra de Vietnam.

El Tribunal local determinó que el centro comercial estaba abierto al público en general y lo que era equivalente a un distrito comercial público. Por lo tanto, sostuvo que la política que prohíbe la distribución de folletos dentro del centro comercial violaba la libertad de expresión.

No obstante lo anterior, el máximo tribunal revocó la determinación y concluyó que las personas que distribuyeron los folletos no tenían derecho a ejercer sus derechos de libertad de expresión en la propiedad privada del centro comercial, en todo caso, tendían vías alternas como espacios públicos.

Del contraste de ambos casos, podemos ver que, por un lado, en Estados Unidos se menciona que la libertad de expresión puede ser ejercida en espacios públicos, y por otro lado, en México, esa libertad de expresión en espacios públicos se intentaba restringir a la solicitud de un permiso previo. En el caso de México, el máximo Tribunal concluyó que la exigencia legal de ese “permiso” es inconstitucional al limitar el ejercicio de la libertad de expresión.

Como podemos advertir de los casos antes citados, cuando nos referimos al ejercicio de la libertad de expresión, en la mayoría de los casos participan otros derechos que entran en colisión y es necesario que los tribunales determinen cuál debe prevalecer o cuál debe restringirse.

Al respecto, Carlos Bernal Pulido (2015) señala que es posible que, en éste ejercicio de ponderación, los juzgadores no cuenten con legitima-

ción y lo observa como un problema para el derecho constitucional se la siguiente manera:

El segundo problema se refiere a la legitimidad del juez, y sobre todo del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación. Más de un connotado autor ha sostenido que la ponderación no representa nada más que un juicio arbitrario y salomónico y que, por lo tanto, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional están revestidos de suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento. Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes del Estado (p. 406)

La afirmación anterior es muy relevante porque nos invita a reflexionar y cuestionar la idoneidad de la aplicación de este procedimiento en la solución de controversias.

Incluso, conviene tener presente que este ejercicio de ponderación ha sido comparado con el test de proporcionalidad que también es utilizado por los juzgadores en la solución de controversias que implican posibles colisiones de derechos. Se ha determinado que aquel test (de proporcionalidad) es más estructurado y tiene un mayor valor que la ponderación. En este sentido, se ha determinado que la ponderación, al ser un método menos estructurado, genera un amplio margen de apreciación para que el juzgador emita sus resoluciones de modo subjetivo, por lo que podría ser más proclive a violentar otros derechos (Iddo Porat y Moshe Cohen-Eliya, 2008).

IV. CONCLUSIÓN

La libertad de expresión es un derecho humano que en con frecuencia interactúa con otros derechos, lo que genera en muchas ocasiones una colisión. Derivado de lo anterior, en este trabajo advertí la necesidad de tener presente cómo es que los Tribunales de México y de Estados Unidos de Norte América han dado solución a controversias emblemáticas, reconociendo la importancia y necesidad del ser humano de transmitir sus ideas, pero también reconociendo cuando debe existir un límite al ejercicio de dicho derecho, como ocurrió en México en el Caso Bandera o en los casos de libertad de tránsito ante plantones en la Ciudad de México.

En consecuencia, es muy probable que en los futuros casos se analicen controversias de colisión de derechos, que ahora también involucren los medios tecnológicos, pero sin lugar a dudas, continuaremos viendo

cómo los Tribunales deben decidir qué derecho debe prevalecer y cuál debe ser restringido.

La forma en que los tribunales de estos dos países han resuelto los casos de colisión de derechos en materia de libertad de expresión, presenta múltiples problemas; aunque falta mucho por desarrollar respecto del alcance de este derecho humano, pero podemos advertir que los Tribunales han realizado un gran esfuerzo al establecer precedentes que en la mayoría de los casos garantiza o privilegia la libertad de expresión respecto de los otros derechos.

A la luz de estos ejercicios de ponderación, el reto actual para los Tribunales será desarrollar análisis y precedentes respecto del ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios tecnológicos, ya que en una sociedad que atraviesa por una pandemia, el uso de éstos medios ha incrementado en forma considerable y es a través de los mismos que en la actualidad se ejerce el derecho a la libertad de expresión, mediante la transmisión de ideas y el intercambio de información que en muchos casos se vuelve pública.

Un avance respecto de esta discusión, lo podemos observar en la Unión Europea, en donde actualmente el Parlamento analiza la posibilidad de regular las manifestaciones de ideas que se realizan a través de las redes sociales y que en muchas ocasiones generan discursos de odio o campañas de desinformación. En este sentido, resultará interesante revisar el ejercicio de ponderación y establecimiento de límites que en su caso establezca el Parlamento Europeo, pero por lo pronto, podemos advertir que los diputados tienen muy presente la importancia de derecho a la libertad de expresión como un derecho humano, tan es así que en las discusiones han expresado las siguientes ideas: diputado Geert Bourgeois: “La libertad de expresión debe ser nuestro punto de partida... Hay países donde la censura está prohibida en la constitución y este debería ser también el caso de la UE”; diputada Anne-Sophie Pelletier: “No podemos permitir que se censure un contenido sin una decisión de un juez... la censura nunca es la respuesta” (Noticias Parlamento Europeo, 2021).

V. REFERENCIAS

ABC Revista digital (2013). Estrasburgo falla contra Carolina de Mónaco: el artículo no violó su intimidad. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://www.abc.es/estilo/gente/20130919/abci-fallo-estrasburgo-carolina-monaco-201309191314.html?ref=https://www.google.com/>.

- AMAR, A. R. (1998). *The Bill of Rights*. Virginia, Estados Unidos de América: R.R. Donnelley & Sons Company.
- ASAMBLEA Nacional Francesa. (1789). Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789. Recuperado el 22 de abril de 2021 de http://www.pudh.unam.mx/declaracion_DH_hombre_ciudadano.html.
- ATIENZA, M. y GARCÍA, J. A. (2016). *Un debate sobre la ponderación*. Lima-Bogotá: Palestra Temis.
- BARAK, A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. New York: Cambridge University Press.
- BERLIN, I. (2014). *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual* (2 ed.). España: Alianza Editorial.
- BERNAL, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En *Problemas contemporáneas de la filosofía de derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BERNAL, C. (2015). La racionalidad de la ponderación. Recuperado el 18 de abril de 2021 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4052/19.pdf>.
- Cámara de Diputados. (2021). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 22 de abril de 2021 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm.
- CARBONELL, M., CRUZ, J. A., ORTIZ, J., POU, F. (2007). *Libertad de expresión. Análisis de casos judiciales*. México: Porrúa.
- Congreso de Estados Unidos de América. Constitution of the United States. Recuperado el 22 de abril de 2021 <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>.
- COSSÍO, J. R. (2019). *Voto en contra*. México: Penguin Random House Grupo Editorial.
- COSSÍO, J. R., HERNÁNDEZ, O., MEJÍA, R. y VELASCO, M. (2014). La libertad de expresión en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia. México: Tirant Lo Blanch.
- COSSÍO, J.R., Silva, J. N. (2006). Libertad de expresión y símbolos patrios. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://www.letraslibres.com/mexico/libertad-expresion-y-simbolos-patrios>.
- DIGITAL History. (2021). *Gitlow v. New York*. 2021, de Digital History Recuperado el 1 de abril de 2021 de https://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtID=3&psid=4070.

- ESQUIVEL, Y. (2015). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado el 22 de abril de 2021 de http://www.scielo.org.mx/article_plus.php?pid=S1405-91932016000200003&tlng=es&lng=es.
- FLAG Protection Act of 1989. Texas Congress. (1989). Flag Desecration. Recuperado el 20 de febrero de 2021 de <https://www.congress.gov/congressional-report/104th-congress/house-report/151/1>.
- GROTE, R. (2020). Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hannover vs. Alemania y el diálogo permanente entre este y los tribunales alemanes en los casos de conflicto entre libertad de prensa y derecho a la privacidad. Recuperado el 19 de abril de 2021 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/8.pdf>.
- La Jornada. (2020). México, entre países más peligroso para ejercer el periodismo: CNDH. La Jornada. Sección Política. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://www.jornada.com.mx/ultimas/politica/2020/11/02/mexico-entre-paises-mas-peligroso-para-ejercer-el-periodismo-cndh-3545.html>.
- LÓPEZ, S. y LUNA, I. (2016). Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, vol. VI. Recuperado el 22 de abril de 2021, de [file:///C:/Users/PERSONAL/Downloads/derechos-del-pueblo-mexicano-mexico-a-traves-de-sus-constituciones-vol-vi%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/PERSONAL/Downloads/derechos-del-pueblo-mexicano-mexico-a-traves-de-sus-constituciones-vol-vi%20(1).pdf).
- MILL, J. S. (2018). Sobre la libertad. España: Alianza Editorial.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2019). En México, la UNESCO hace un llamado a romper el ciclo de la impunidad de los crímenes contra los periodistas y defender la libertad de prensa en América Latina. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://es.unesco.org/news/mexico-unesco-hace-llamado-romper-ciclo-impunidad-crimenes-periodistas-y-defender-libertad>.
- PAINE, T. (2017). Los Derechos del Hombre. México: Fondo de Cultura Económica.
- PORAT, I. y COHEN, M.. (2008). American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. Recuperado el 22 de abril de 2021 de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1272763.
- RAWLS, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Real Academia Española. (2021). Proporcionalidad. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://dle.rae.es/proporcionalidad>.

- Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión de las Naciones Unidas y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Estados Unidos: expertos de la ONU y la OEA condenan el uso de la fuerza contra los periodistas que cubren las protestas en los EE.UU. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?IID=2&artID=1177>.
- SÁNCHEZ, R. (2007). El principio de proporcionalidad. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2005). Amparo en Revisión 2676/2003. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=62928>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2006). Amparo en revisión 1595/2006. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=86233>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2009). Amparo directo 6/2009. 2020, Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=108732>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2009). Amparo directo 12/2009. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110353>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1970). Convenio Europeo. Recuperado el 20 de abril de 2021 de <https://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2018/Marzo/MaestriaDH/Convenio%20Europeo%20de%20Derechos%20Humanos.pdf>.
- TUSHNET, M. V., CHEN, A. K. y BLOCKER, J. (2017). Free speech beyond words: The surprising reach of the First Amendment. New York: New York University Press.
- WEMPLE, E. (2020). Trump called the media ‘the enemy of the people.’ He means it. The Washington Post. Sección Opinión. Recuperado el 22 de abril de 2021 de <https://www.washingtonpost.com/opinions/2020/03/20/trump-called-media-enemy-people-he-means-it/>.

LA DOCTRINA DE LA VAGUEDAD Y SU IMPACTO EN EL CONTEXTO DE LA INMIGRACIÓN

Laura Karina PALACIOS ALBORES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis de la doctrina “void for vagueness”*.
III. *Expansión de la Doctrina de la Vaguedad en el contexto de la inmigración*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Los tribunales federales son los principales garantes de los derechos constitucionales individuales de los ciudadanos bajo la Constitución Federal de los Estados Unidos y, como tales, tienen el deber de proteger a toda persona de aquellas leyes que prescriban conductas poco claras o arbitrarias. En ese contexto, un tribunal federal podría verse como el último baluarte de protección contra leyes vagas e imprecisas, donde la única alternativa sería invalidar dichas normas.

Para citar un ejemplo de ello, en la Ley de Inmigración y Nacionalidad [INA, por sus siglas en inglés],¹ ordenamiento jurídico donde se citan las disposiciones más importantes sobre leyes de inmigración,² en la sección 237 se hace alusión sobre los extranjeros deportables,³ y ahí se mencionan las causas por las que un extranjero puede ser elegido para una deportación.⁴ Esto es, aquéllos que dentro de los cinco o diez años desde su in-

* Abogada egresado de la Universidad San Marcos. Cuenta con experiencia en el área de procuración y administración de justicia. Especializada en el ámbito penal. Realizado bajo la supervisión y asesoría de la Dra. Elisa Velázquez Ortega.

¹ Immigration and Nationality Act.

² El Título 8 del Código de Estados Unidos cubre a “Extranjeros y Nacionalidad”.

³ INA § 237 (8 U.S.C. § 1227) - Deportable aliens.

⁴ La expulsión de un extranjero hasta sacarlo de los límites territoriales del país es el proceso legal conocido como deportación. (*International Migration Law*, 2004, p. 18).

greso al país vecino cometieran algún delito que esté catalogado dentro de la Ley de Inmigración, puede ser motivo para que sea expulsado del país sin importar su estatus migratorio, incluidos los que gozan de una residencia legal permanente [LPR, por sus siglas en inglés],⁵ ya sea que cometan delitos graves o delitos menores.⁶

Un buen número de esos delitos son considerados como crímenes que involucran torpeza moral [CITM por sus siglas en inglés],⁷ término adoptado por la Ley de Inmigración y Nacionalidad⁸ para crear una clasificación de delitos que evidencian actos que implican vileza moral y que fue adoptado por el Congreso Federal como una medida para negar la admisión y excluir a inmigrantes de dudosa reputación y credibilidad. Sin embargo, el término “crímenes que involucran Torpeza Moral” ha sido criticada judicialmente por jueces federales por ser potencialmente vaga su definición, pues la frase en sí tiene inmersa una connotación poco clara, que conforme a la Doctrina de la Vaguedad⁹ debería declararse nula.

Tratándose de personas extranjeras, el estatus migratorio se podría ver afectado si llegaran a ser declaradas culpables por algún delito que esté clasificado como “crimen que involucra torpeza moral” [CITM]. Así, en automático se estaría violando una ley de inmigración y podrían ser condenadas con una deportación, situación en la que, sin duda, muchos extranjeros connacionales se han visto involucrados, y por la que muchos temen pasar por las múltiples consecuencias que ello conlleva.

En este artículo, se considerarán algunos casos judiciales en que personas con estatus de inmigrante legal, que han sido condenadas a una deportación por la comisión de un crimen, han buscado protegerse por medio de la Doctrina de la Vaguedad, sobre la base de que las definiciones legales de los delitos por las cuales fueron sentenciadas, resultan vagas o imprecisas.

Como se explica más adelante, el término “Torpeza Moral”, que se establece en la Ley de Inmigración y Nacionalidad, y que es motivo de expulsión para aquellos extranjeros que cometan un delito catalogado por la Ley como un crimen que involucra Torpeza Moral, debería ser declarada nula por la Corte Suprema por no ser suficientemente clara su definición, y que bajo el amparo de la Doctrina de la Vaguedad, la ley adolece de una connotación vaga.

⁵ Lawful Permanent Resident.

⁶ INA [section 237(a)(2)(A)(i) - (ii)].

⁷ Crime Involving Moral Turpitude.

⁸ Véase INA [§ 212(a)(2)(A)(i)(I) - § 237(a)(2)(A)(i)].

⁹ En inglés se denomina “The void for vagueness” doctrine.

II. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA “VOID FOR VAGUENESS”

En este apartado se mencionan los antecedentes que dieron origen a la Doctrina de la Vaguedad creada como un remedio apropiado para las defensas estatutarias ambiguas; le sigue el fundamento constitucional de la misma; y, posteriormente, se explican las razones de porqué debe considerarse una ley penal como inconstitucionalmente vaga. Por último, se abordará la expansión que ha tenido la doctrina en los últimos años mediante casos judiciales, en donde la Corte Suprema ha declarado nulas por vaguedad algunas leyes.

1. Orígenes

La doctrina de la Vaguedad tiene probablemente sus raíces en el antiguo Derecho Romano: *Nulla Crimen Sine Lege* [Ningún crimen sin ley]. En Francia, Montesquieu, en su Libro “El Espíritu de las Leyes”, instaba a que las leyes fueran concisas, simples y carentes de expresiones vagas. Más tarde, el jurista inglés Sir Edward Coke declaró que todas las leyes, especialmente las penales, deberían ser serias y escritas de forma clara. Un siglo después, Sir William Blackstone, en su tratado “Commentaries on the Law of England”, explicó el requisito de que toda ley se defina y articule claramente. (Mark L.Rienzi & Stuart Buck, 2002, pág. 388). Y James Madison, autor principal de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos, en su ensayo “Federalist N°62”, advierte sobre los resultados calamitosos si las leyes son tan incoherentes que no puedan entenderse claramente. (Read, 2000, pág. 25)

En el caso *United States v. Sharp*¹⁰, uno de los primeros casos resueltos por la Corte Federal, donde la propia Corte argumentó que las leyes que crean delitos deben ser tan explícitas en sí mismas, o por referencia a algún otro estándar, que todos los hombres sujetos a una sanción, puedan saber que conductas deben evitar.

Ahora bien, la doctrina “Void of Vagueness” como hoy se le conoce, no era percibida antes del siglo XIX. En el derecho consuetudinario, la regla de la lenidad¹¹ predominaba. Originalmente, esta regla fue concebida por jueces ingleses que intentaban limitar el uso de la pena de muerte

¹⁰ Véase caso: *United States v. Sharp Et. Al.* (1815).

¹¹ Es una regla de construcción legal que requiere que un Tribunal resuelva la ambigüedad legal a favor del acusado penal, o que interprete estrictamente la ley contra el Estado.

por parte del Parlamento. Cuando los hechos de un caso no estaban descritos en una ley, el Tribunal lo interpretaba estrictamente para excluir su aplicación. Y aunque no podían invalidar las leyes creadas, recurrían a cánones de construcción para dar contenido a leyes imprecisas. Estas prácticas fueron llevadas a las colonias inglesas en América. (Romantz, 2019, pág. 526).

Los principios que subyacen a la doctrina [necesidad de una notificación justa y el temor a la aplicación arbitraria de la norma] fueron contemplados en las primeras leyes de Norteamérica. Muchas disposiciones constitucionales dependían de la existencia de leyes razonablemente claras, como se puede constatar en la redacción expresada en la Declaración de Independencia, el cual se cita a continuación: “*un poder arbitrario podría despojar a los ciudadanos de la vida, la libertad y la propiedad sin una notificación suficiente*”. (Brosamle, 2018, pág. 201).

De la misma manera, el debido proceso como se contempló en el inicio de la Constitución, fue incorporado en la Quinta Enmienda, en ella se protege los derechos inalienables anunciados en la Declaración de Independencia: “*Nadie será privado de la vida, la libertad, o propiedad sin el debido proceso legal*”. (Brosamle, 2018, pág. 202).

Y así gradualmente de la práctica del derecho consuetudinario con la regla de la lenidad y con el principio estadounidense de revisión judicial, se combinaron, dando luz a lo que hoy se conoce como la Doctrina de la Vaguedad.

Sin embargo, la doctrina de la vaguedad no es el único recurso que el debido proceso contempla para invalidar una ley catalogada como inconstitucional, pues existe también la doctrina denominada “amplitud excesiva” [Overbreadth Doctrine], la cual tiene un propósito y función similar que la Doctrina de Vaguedad, solo que esta doctrina se utiliza para impugnar leyes que criminalizan o paralizan el derecho o la actividad constitucionalmente protegida (por la Primera Enmienda) pero que a primera vista, aparentan no estar protegidas por dicha enmienda constitucional.

2. Fundamento constitucional

La Doctrina de la Vaguedad, tiene su fundamento en las cláusulas del Debido Proceso¹² bajo las enmiendas quinta¹³ y decimocu-

¹² En inglés es denominado “Due Process”.

¹³ “Ninguna persona deberá responder por un crimen capital o infame a menos que

ta¹⁴ a la Constitución. En ellas prohíben al gobierno estatal y federal, quitarle la vida, la libertad o la propiedad a alguien en virtud de una ley penal vaga. Esta prohibición de leyes inconstitucionalmente vagas salvaguarda también la separación de poderes que la Constitución de los Estados Unidos establece para que el Congreso ostente el poder de legislar las leyes, mientras que jueces no electos escudriñen los requisitos de esas normas, y en el caso de que resulte una ley vaga, la declaren nula e inviten al Congreso a reescribirla nuevamente. (Lowe, 2020, pág. 2365).

Verbigracia, en el caso *Papachristou v. City of Jacksonville*,¹⁵ de manera unánime se anuló una ordenanza que castigaba a las personas que deambulaban en las calles como ambulantes nocturnos o que iban de un lugar a otro sin ningún propósito. La Corte determinó su anulación porque en primer lugar, no se hizo una notificación apropiada; segundo, porque tipificaba como delito actividades que según los estándares modernos son totalmente normales; y tercero, porque se otorgó demasiada discreción a la policía, lo que permitió arrestos y condenas arbitrarias. Por el contrario, en el caso *Grayned v. City of Rockford*,¹⁶ el Tribunal confirmó una ordenanza de la ciudad que restringe cualquier tipo de ruido o diversión que interrumpa las actividades de una escuela pública, sin embargo, en este caso se dio prioridad el interés de garantizar el orden en beneficio de una adecuada educación, aun cuando fuera impugnada la ordenanza por vaguedad.

Pero lo interesante de este caso, es que el Tribunal analizó tres razones para considerar una ley como constitucionalmente vaga: Primero, que la ley proporcione una advertencia justa; segundo, debe proporcionar normas explícitas a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en aras de evitar su aplicación arbitraria; y tercero, las leyes excesivamente amplias provocan que las autoridades encargadas de aplicar la ley, lo hagan de manera selectiva, favoreciendo a un determinado grupo de personas o per-

sea una presentación o acusación ante un jurado, excepto en casos que surjan en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando esté en servicio real en tiempo de guerra o peligro público; ni tampoco se pondrá poner en peligro la vida o la integridad física dos veces a una persona por el mismo delito; ni será obligado en ningún caso penal a declarar contra sí mismo, ni será privado de la vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal; ni se tomará propiedad privada para uso público, sin justa compensación”.

¹⁴ “...Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a una persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria...”.

¹⁵ Véase caso: *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. (1972).

¹⁶ Véase caso: *Grayned v. City of Jacksonville*, 408 U.S. (1972).

judicando a otros, afectando así las libertades a que se refiere la primera enmienda.¹⁷

3. *Porqué una ley penal puede resultar inconstitucionalmente vaga*

Las leyes penales que carecen de suficiente definición o especificidad deben ser declaradas nulas por vaguedad. Una ley penal puede ser inconstitucionalmente vaga particularmente por dos razones: (1) porque no proporcione una notificación oportuna que permita entender a las personas razonables que conducta prohíbe, y (2) porque fomenta la aplicación arbitraria y discriminatoria de quienes aplican la ley.

Así entonces, la Corte Suprema ha invalidado: (a) leyes que tipifican delitos penales poco claras, y (b) leyes que fijan las penas permisibles para los delitos. (Kolender v. Lawson, 1983, pág. 352) La Corte Suprema también ha aplicado la doctrina de la vaguedad para analizar leyes que rigen casos de carácter civil, como en el caso de la deportación, ello en vista de la gravedad que esto representa. (Jordan v. De George, 1951, pág. 223) Por lo tanto, si una ley criminal no cumple con el estándar de proporcionar una oportuna notificación sobre lo que está o no está permitido hacer, y que no sea suficientemente clara para las autoridades encargadas de hacerlas cumplir porque invite a su aplicación arbitraria, los Tribunales deben invalidar esa ley en observancia a la cláusula del debido proceso que establece “*Nadie debe ser privado de la libertad sin el debido proceso legal...*”.¹⁸

4. *No proporcionar una notificación oportuna*

El aviso oportuno de las demandas de la ley es el primer elemento del debido proceso. Se basa en el derecho que tienen las personas de recibir una advertencia de la conducta prohibida antes de que la ley pueda castigarlas. Aquellas leyes que no dan un aviso adecuado privan a personas inocentes de la oportunidad de ajustar su conducta a los requisitos legales. Los tribunales utilizan un estándar objetivo para determinar si una ley proporciona un aviso adecuado, bajo esta norma objetiva los Tribunales preguntan si una

¹⁷ “El Congreso no promulgará ninguna ley que respete el establecimiento de una religión o prohíba su libre ejercicio; o restringir la libertad de expresión o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al Gobierno la reparación de sus agravios”.

¹⁸ Fifth Amendment due process clause.

persona de inteligencia ordinaria tiene una oportunidad razonable de saber lo que está prohibido, de modo que pueda actuar en consecuencia. Este estándar, sin embargo, no requiere que las personas tengan un conocimiento real de que una ley prohíbe cierta conducta. (Lowe, 2020, pág. 2366).

En el caso *United States v. Lanier*,¹⁹ justice David Hackett Souter, señaló tres aspectos legales sobre el requisito de notificación. Primero: Una ley que prohíba o requiera la realización de un acto en términos tan vagos que los hombres de inteligencia común tengan que adivinar su significado, será vaga. Segundo: El canon de la construcción estricta de las leyes penales garantiza una advertencia justa al resolver la ambigüedad de una norma penal de modo que se aplique solo la conducta claramente cubierta. Tercero: El debido proceso prohíbe a los Tribunales aplicar una interpretación novedosa a una conducta que ni la ley ni ninguna decisión judicial previa hayan revelado de manera justa.

5. *Aplicación arbitraria y discriminatoria*

Bajo esta vertiente, las leyes deben ser lo suficientemente claras para aquellos que deben hacer cumplir la ley no actúen de un modo arbitrario ni discriminatorio. En ese aspecto, lo que se busca es prevenir la aplicación de una norma desenfrenada, invalidando leyes que no proporcionan estándares explícitos para quienes lo aplican. Al respecto, la Corte Suprema ha declarado que el aspecto más importante de la Doctrina de la Vaguedad, no es la notificación en si misma, sino el requisito de que una legislatura establezca pautas mínimas para gobernar la aplicación de la ley. (Lowe, 2020, pág. 2368).

El caso *City of Chicago v. Morales*,²⁰ es un ejemplo del riesgo que representan las leyes vagas en su aplicación arbitraria. Ahí la Corte Suprema anuló una legislación sobre holgazanería de grupos o pandillas, porque promovía una arbitrariedad en su aplicación debido a que los agentes encargados de hacer cumplir la ordenanza se basaban en estereotipos raciales.

Esta vertiente es la que realmente preocupa a la sociedad, ya que los seres humanos somos susceptibles a los prejuicios impulsados por actitudes y estereotipos que tenemos sobre categorías sociales como el género y la raza. Y dada esta amenaza de aplicación arbitraria y discriminatoria, la doctrina de la vaguedad requiere que las leyes demarquen suficientemen-

¹⁹ Véase caso: *United States v. Lanier* 520 U.S. (1997).

²⁰ Véase caso: *City of Chicago v. Morales* 527 U.S. (1999).

te entre conducta legal e ilegal para evitar que las fuerzas del orden actúen conforme a sus predilecciones personales.

En este sentido, si una ley que defina una conducta prohibida y que resulte poco clara en su connotación e invite a su aplicación injusta por parte de las autoridades que la aplican, debe ser declarada nula por vaguedad.

III. EXPANSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA VAGUEDAD EN EL CONTEXTO DE LA INMIGRACIÓN

Entre 1960 y 2015, la Corte Suprema de los Estados Unidos solo anuló en cinco ocasiones leyes penales por haberlas considerado nulas por vaguedad. Fue hasta el año 2015 que la Corte Suprema al resolver el caso *Johnson v. United States*²¹, determinó invalidar bajo la doctrina “Void for Vagueness” la cláusula residual de la Ley Penal de Carrera Armada [ACCA por sus siglas en inglés], a pesar de que la Corte previamente había rechazado los reclamos de vaguedad contra esa cláusula. (Lowe, 2020, págs. 2370-2371).

Este caso demostró una nueva disposición de los jueces para abordar cuestiones de claridad legal en el contexto penal y amplió el alcance de la doctrina al reexaminar otras leyes federales que caían dentro de esa esfera, como la de inmigración.

1. *El caso Johnson v. United States*

La Ley Penal de Carrera Armada [ACCA] establecía varias definiciones de delito grave violento que incluía cualquier delito grave que involucrara la fuerza, el robo, la extorsión, el uso de explosivos o cualquier otro delito que presentara un riesgo potencial grave de lesión a otra persona. La última cláusula se conocía como cláusula residual porque tenía una connotación general. En 2012, Samuel James Johnson fue acusado en un Tribunal federal por ser un delincuente convicto a quien se le encontró en posesión una escopeta recortada, cuya penalidad era de dos años. La posesión de Johnson no calificó bajo ninguna de las otras definiciones de delito violento, de manera que los Tribunales sostuvieron que su conducta se tipificaba bajo la cláusula residual. Johnson impugnó esa decisión sobre la base de que la cláusula residual era inconstitucionalmente vaga y por una decisión de mayoría de votos la Corte Suprema declaró nula la cláusula residual por ser inconstitucionalmente vaga. (*Johnson v. United States*, 2015).

²¹ Véase caso: *Johnson v. United States* 576 U. S. (2015).

Análisis sobre la vaguedad de la cláusula residual de la Ley [ACCA]

Sobre este caso, justice Antonin Scalia señaló que la cláusula residual había adoptado un “enfoque categórico” creando capas de especulación. En primer lugar, dijo que una primera capa de especulación era requerir a los Tribunales que imaginaran el caso ordinario de un delito para determinar si se trataba de un delito violento, es decir, se debían preguntar si un delito en abstracto era violento en función de sus elementos en lugar de cuestionarse si era violento en base a los hechos del caso en específico. Y una segunda capa de especulación fue crear incertidumbre de cuanto riesgo se corre para que un delito califique como delito violento. Bajo este argumento, los Tribunales se veían obligados a comparar el caso ordinario del delito con cuatro delitos enumerados para determinar si producía un riesgo potencialmente grave. Justice Scalia concluyó que al combinar la indeterminación sobre cómo medir el riesgo que representa un delito con la indeterminación de cuanto riesgo implica que el delito califique como un delito violento, la cláusula residual era constitucionalmente vaga. Señaló también que la cláusula residual de la Ley [ACCA] era inviable porque durante nueve años de estar vigente en la Ley, la cláusula produjo cualquier cosa menos decisiones equitativas, predecibles y consistentes. El resultado de esta decisión de la Corte abrió un cambio de paradigma en la manera de resolver si una ley es inconstitucionalmente vaga, pues a partir de ahí, una ley puede ser declarada nula por vaguedad, incluso si no es vaga en todas sus vertientes, es decir, se puede declarar nula incluso si alguna conducta cae dentro de las disposiciones de la ley. (Lowe, 2020, pág. 2372) El caso *Johnson v. United States* amplió el alcance de la doctrina de la Vaguedad para poder analizar otras leyes federales que incluyen un lenguaje similar, aunque no idéntico a la cláusula residual de la Ley [ACCA]. El siguiente caso es un claro ejemplo de esa variante:

2. El caso Sessions v. Dimaya

En el caso *Sessions v. Dimaya*²², abordado por la Corte Suprema dos años después del caso *Johnson v. United States*, la Corte utilizó la lógica de ese caso para declarar nula una cláusula residual prevista en el Código Penal Federal bajo la sección 16 (b) de esa Ley. Si bien este caso no era estricto-

²² Véase caso: *Sessions Attorney General v. Dimaya* 584 U.S. (2018).

tamente un asunto criminal como el de *Johnson v. United States*, más bien su implicación era más en el contexto civil, pues se puso en riesgo el estatus legal migratorio del recurrente.

En efecto, este caso es acerca de James Dimaya, un nativo de Filipinas que había sido admitido en los Estados Unidos desde hace ya veinte años, impugnaba la decisión de un Tribunal de Inmigración que había ordenado su deportación por violación a una ley de inmigración, en específico por haber sido sentenciado de un delito de robo con allanamiento de morada en primer grado de California, delito que a criterio del juez de inmigración, cumplía con la definición prevista en la sección 16 (b) de la Ley Penal Federal y que al estar incorporado como motivo de expulsión en la Ley de Inmigración y Nacionalidad, dicha circunstancia lo hacía removible del país. Su decisión fue confirmada por la Junta de Apelaciones [BIA por sus siglas en inglés],²³ lo que originó que James Dimaya apelara su caso ante el Tribunal del Noveno Circuito. El Tribunal confiando en el caso *Johnson v. United States*, revocó a favor de James Dimaya y determinó anular por vaguedad la cláusula residual contenida en la ley prevista en la sección 16 (b). Los Tribunales del Sexto y Séptimo Circuito también llegaron a la misma conclusión sobre la cláusula residual de la sección 16 (b) de la Ley Penal aplicada para casos de deportación, mientras que el Quinto Circuito la confirmó, lo que originó que la Corte Suprema abordara el caso por división del circuito, y determinó que la cláusula de la sección 16 (b) de la Ley Penal es inconstitucionalmente vaga. (*Session, Attorney General v. Dimaya*, 2018).

Análisis de la vaguedad de la cláusula residual de la sección 16 (b)

La sección 16 (b) de la Ley Penal Federal define el delito crimen con violencia, como cualquier otro delito grave, y que por su naturaleza implique un riesgo sustancial de que se utilice la fuerza física contra una persona o contra la propiedad de otro en el curso de la comisión del delito²⁴. Dicho ilícito se encuentra contemplado dentro de la Ley de Inmigración y Nacionalidad, como motivo de expulsión, es decir, un no ciudadano que haya sido condenado por un delito grave agravado,²⁵ como el que define la sección

²³ Board of Immigration Appeals.

²⁴ Crime of violence [18 U.S.C. § 16 (b)].

²⁵ En inglés se denomina “aggravated felony”.

16 (b) para el que la pena de privativa de libertad sea de al menos un año,²⁶ hace que la deportación sea automática.

Sobre este caso, el Tribunal explicó que la cláusula residual de la sección 16 (b) tiene las mismas características problemáticas que el de la cláusula residual de la Ley de [ACCA], invalidada en el caso *Johnson v. United States*. La primera, es el análisis de los casos ordinarios que en el caso *Johnson* creó una gran incertidumbre sobre como estimar el riesgo que representa un delito, es decir, como podrían dos jueces diferentes evaluar el grado de riesgo en un caso ordinario, ya que ambos concluirían de manera diferente. Al igual que en la cláusula de la Ley [ACCA] donde la ley tampoco brindaba asistencia a los Tribunales sobre cómo determinar el caso ordinario de un delito en particular. El segundo problema de la cláusula de la sección 16 (b) es el nivel indeterminado del riesgo requerido para decidir cuando un delito es violento. En efecto, aquí el Tribunal señala que la definición de la ley de la sección 16 (b) requiere aplicar un estándar indeterminado sobre una abstracción imaginaria realizada por el juez sobre el caso ordinario de un delito. Por lo tanto, ambos requisitos invitan a la imprevisibilidad y a la aplicación arbitraria, más allá de un nivel aceptable para la cláusula del debido proceso. Y como lo señaló justice Neil Gorsuch, en este caso, deja a las personas adivinar lo que la ley exige y permite que los jueces lo inventen.

Lo interesante en este caso, fue que la Corte Suprema no solo abordó la cuestión de si la cláusula residual de la sección 16 (b) es inconstitucionalmente vaga sino también dio la pauta de si debe aplicarse la doctrina de la vaguedad en las leyes civiles con la misma fuerza que en el contexto criminal. Esto en virtud de que la Ley de Inmigración prevé la deportación para aquellos no ciudadanos que cometen cierta clase de delitos, incluyendo los crímenes de violencia, como el que define la sección 16 (b).

Al respecto, justice Elena Kagan mencionó que: “La doctrina de la vaguedad debería aplicarse más aún en los casos donde la condena resulte en una expulsión, debido a las graves consecuencias de la deportación en el que puede llevar a un exilio de por vida”. Al respecto, justice Neil Gorsuch fue más allá y opinó: “Que la doctrina debería aplicarse de manera más amplia a todas las leyes”.²⁷

Como resultado de lo anterior, la pluralidad del Tribunal opinó que era apropiado aplicar la doctrina de la vaguedad en otras leyes donde se consi-

²⁶ INA [section 101 (a) (43) (F)].

²⁷ *Sessions v. Dimaya* [opinión of the Court, parts I, III, IV].

dere que adolecen de vaguedad con el mismo estándar que se aplicaría a las leyes penales.

3. *El caso Jordan v. De George*

Previo al caso *Johnson v. United States*, los reclamos de vaguedad eran difíciles de proceder. El Tribunal no anularía una ley, incluso si en su mayoría fuere inconstitucionalmente vaga, siempre que una persona razonable entendiera que los hechos del caso están dentro de las disposiciones normativas de esa ley, así una ley que enfrentaba un desafío de vaguedad, tenía que ser vaga en todas sus vertientes para poder declararla inválida.

Ahora bien, el caso *Jordan v. De George*,²⁸ es relevante porque por primera vez la Corte Suprema hizo un análisis sobre las ofensas que están dentro o fuera de los límites de la frase “Torpeza Moral” [Moral Turpitude], implícita en la Ley de Inmigración y Nacionalidad, bajo la sección “crímenes que involucran Torpeza Moral”.²⁹

En este caso, Sam de George era un inmigrante italiano que vivía en los Estados Unidos desde el año 1921. En 1937, De George se declaró culpable del delito de conspiración para defraudar a los Estados Unidos de impuestos sobre las bebidas destiladas. Después de cumplir su condena, en 1941 fue declarado nuevamente culpable por el mismo delito. Ambas sentencias fueron por más de un año de pena privativa de libertad y durante el tiempo que estaba cumpliendo su última condena, la Junta de Apelaciones de Inmigración inició un proceso de deportación en su contra. Al respecto, la Ley de Inmigración y Nacionalidad permite la deportación de extranjeros que cometan dos o más delitos catalogados como “crímenes de torpeza moral” por la citada Ley, con una pena privativa de libertad de uno o más años.

En respuesta a la orden de deportación, De George impugnó esa determinación mediante un recurso de habeas corpus presentado ante el Tribu-

²⁸ Véase caso *Jordan v. De George* (1951).

²⁹ El término técnico jurídico “Torpeza Moral” es un término utilizado en el contexto de la inmigración en los Estados Unidos, que se refiere a “un acto o comportamiento que viola gravemente el sentimiento o el estándar aceptado de la comunidad”. Diversos delitos (graves o menores) se encuentran catalogados dentro de la frase “crímenes que involucran Torpeza Moral”. Tener una condena por cualquiera de esos delitos considerados como CITM, hace que una persona extranjera sea inadmisibles para obtener una visa o una tarjeta de residencia legal permanente (green card), y también puede hacer que alguien que ya tenga un estatus migratorio legal sea deportado de los Estados Unidos. Consúltese: INA [§212(a)(2)(A)(i)(1)] y [§ 237(a)(2)(A)(i)].

nal de Distrito de los Estados Unidos, donde el Tribunal desestimó su petición. No obstante, el Séptimo Circuito revocó la desestimación del Tribunal de Distrito e inició una discusión sobre las muchas definiciones que existen en los delitos que implican “Torpeza Moral”, concluyendo que los delitos de CITM solo incluyen a los delitos de violencia y delitos que comúnmente se consideran inherentemente viles moralmente, por tal motivo, la acción de evadir el pago de impuestos o conspirar para evadir esos impuestos, no constituía un crimen que implica Torpeza Moral. La Corte Suprema aceptó revisar la decisión del Tribunal del Séptimo Circuito y determinó que la ley que lleva implícita la frase “Torpeza Moral” no es inconstitucionalmente nula por vaguedad. Sin embargo, la propia Corte enfatizó que su decisión solo se extendía hacia los delitos fraudulentos, debido a que el caso *Jordan v. De George* se limitaba a una conducta de fraude. (*Jordan v. De George*, 1951).

Fundamentos que motivaron a la Corte Suprema para no declarar nula la ley de Inmigración que cataloga a los delitos CITM

Los razonamientos que motivaron a la Corte Suprema para no declarar la nulidad de la ley federal que contempla los delitos CITM, son:

Primero, porque la interrogante que se planteó para decidir si confirmaba o no la determinación del Tribunal inferior fue: ¿si la conspiración para defraudar a Estados Unidos de los impuestos sobre las bebidas destilantes, es una conducta catalogada como delito que involucra “Torpeza Moral”?

La opinión de la Corte se basó en los siguientes supuestos: (1) el tiempo que se lleva utilizando la frase “Torpeza Moral” en las leyes de inmigración, (2) si los Tribunales Estatales han utilizado para diversos fines la frase fuera del contexto de la inmigración, y (3) Si los Tribunales han determinado que la conducta fraudulenta implicaba un delito que involucra Torpeza Moral sin excepción.

Respecto al primero, la Corte dijo que la frase “Torpeza Moral” se ha utilizado durante más de setenta años en las leyes de inmigración, aunque reconoció que el tiempo prolongado de una ley no la excluye de un ataque de inconstitucionalidad; sobre el segundo aspecto, la Corte señaló que los Tribunales Estatales han utilizado para diversos fines la frase “Torpeza Moral”; finalmente, la Corte determinó que la conducta fraudulenta implicaba un delito de Torpeza Moral sin excepción; esto fue avalado por el curso ininterrumpido de decisiones judiciales que dejaban en claro que en aque-

llos delitos en que el fraude era un requisito siempre se han considerado como delitos que implican “Torpeza Moral”.

Al respecto, surgieron varias críticas sobre la interpretación que hizo la Corte, porque el escrutinio que realizó se limitó únicamente a la figura del fraude; segundo, el planteamiento se hizo en forma espontánea lo que provocó que las partes involucradas no fueran escuchadas; y tercero, las múltiples disidencias en la opinión de algunos jueces fueron más convincentes que la opinión de la mayoría, que tuvieron fundamentos poco atinados.

Ahora bien, lo sobresaliente de este caso, es que la Corte cuestionó por primera vez y por cuenta propia la frase “Torpeza Moral” implícita en la Ley de Inmigración. Sobresale la opinión de Justice Robert H. Jackson, quien fue más allá de la cuestión estricta, ya que hizo un análisis de la definición “Torpeza Moral” y emitió una opinión disidente a la mayoría e interesante a la vez.

En primer lugar, dijo que no existe una definición clara sobre ese término, que el Congreso estaba consciente de la confusión que engloba la frase y dejó a los Tribunales y Órganos Administrativos su interpretación; discutió que desde 1891, la Ley de Inmigración ya contemplaba la deportación como condena por un delito grave o cualquier otro delito con una pena privativa de libertad de un año o más, e incluía delitos menores que implicaban “Torpeza Moral”. Refutó la idea de la mayoría, sobre el uso de la frase “Torpeza Moral” por parte de los Tribunales Estatales y que eso impelía a sus homólogos federales a usar también la frase. También señaló que la inconstitucionalidad que se le ha reclamado a la frase no puede conciliarse por decisiones anteriores a la Corte. Dijo además que la frase fluctúa de acuerdo a los tiempos, la cultura y la localidad, porque un país tan grande, en determinados estados ciertos actos que son considerados como viles moralmente pueden no serlo en otros.³⁰

Este análisis de la disidencia de justice Robert H. Jackson, en opinión de algunos eruditos del derecho, ha sido uno de los intentos más audaces para mitigar el peligro de las leyes vagas.

Como conclusión sobre este caso:

Que el término “Torpeza Moral”, previsto en la ley de Inmigración, si bien no fue considerada nula por vaguedad, cierto es que su análisis solo se enfocó hacia los delitos fraudulentos, porque sobre ese ilícito se avocó el caso que fue sometido a consideración de la Corte Suprema.

³⁰ Jordan v. De George [opinión of the Court].

Qué a pesar de la constante crítica judicial a la frase, existe un acuerdo de lo que constituye un delito que involucra “Torpeza Moral”, que son un subconjunto de todos los delitos posibles y no simplemente actos ilícitos.

Además, habría que preguntarse, quién es la autoridad idónea para decidir cuando un acto ilícito es moralmente vil, es decir, quien determina los estándares morales de los actos ilícitos, toda vez que existen otros actos prohibidos por la ley pero que no están catalogados dentro de los delitos que implican “Torpeza Moral”.

Finalmente, no se soslaya que al figurar dentro de la Ley de Inmigración y Nacionalidad como un motivo de exclusión y expulsión, uno esperaría que el Congreso detallara con precisión que conductas están prohibidas por la Ley.

Ahora bien, ¿cuáles son los diversos enfoques o procedimientos en que se basan las autoridades tanto administrativas como judiciales, para decidir si un delito catalogado como un delito CITM, está dentro o fuera del límite de la frase “Torpeza Moral”?

Esta última interrogante se contestará en el caso que se cita a continuación.

4. *El caso Silva Treviño v. Holder*

Cristóbal Silva Treviño era un residente legal permanente [LPR] de origen mexicano. Fue acusado de un delito penal en Texas, catalogado como delito grave agravado (abuso sexual en agravio de un menor de edad). El 6 de octubre de 2004, se declaró *nolo contendere*, porque no aceptó pero tampoco rechazó los cargos. El Tribunal de Texas aceptó la declaración de Silva Treviño y le impuso una multa de 250 dólares, lo colocó bajo supervisión comunitaria durante cinco años y le ordenó que participara en asesoramiento para delincuentes sexuales. Posteriormente, el Departamento de Seguridad Nacional [DHS por sus siglas en inglés]³¹ inició un proceso de deportación en su contra basándose en su condena por un delito grave agravado que lo hacía removible bajo la Ley de Inmigración y Nacionalidad. Más adelante, Silva Treviño buscó ajustar su estatus de LPR para evitar la deportación, alegando que la condena estatal no debe considerarse como un delito catalogado como CITM.

³¹ United States Department of Homeland Security.

Sin embargo, el Juez de Inmigración denegó la petición de ajuste de estatus y ordenó su deportación sosteniendo que la ley penal del Estado de Texas por el cual obtuvo una condena, está catalogada como delito CITM de conformidad con la Ley de Inmigración y Nacionalidad, porque era análoga al delito de estupro y de acuerdo a otros precedentes, la Junta de Apelaciones de Inmigración había sostenido categóricamente que ese delito implica un crimen de “Torpeza Moral”, independientemente de que el acusado desconociera la edad de su víctima y que el acto haya sido consensuado.

Silva Treviño apeló la decisión del Juez ante la Junta [BIA] y esa instancia revocó la determinación del Juez de Inmigración. La Junta sostuvo que en observancia al precedente emitido por el Tribunal del Quinto Circuito (caso *Rodríguez Castro v. González*)³², en el cual declaró que en los delitos que involucraban “Torpeza Moral”, los Tribunales debían observar la norma subyacente de la conducta criminal mínima, es decir, deberán considerar las circunstancias mínimas posibles para una condena. Así, la Junta [BIA] determinó que la condena de Silva Treviño no debía considerarse categóricamente como un delito que involucrara Torpeza Moral, porque no todos los delitos potencialmente cubiertos implican una conducta tan depravada como un delito catalogado como CITM. En ese sentido, aunque la ley cubre muchos escenarios que implican una conducta reprochable o contraria a la moral, no todas las conductas penales encajan en esa categoría, a pesar de las circunstancias reales que rodean la condena. (*Silva Treviño v. Holder*, 2014).

A. Escrutinio de los delitos catalogados como CITM bajo al análisis del enfoque categórico

Al igual que con la cláusula residual ACCA mencionada en el caso *Johnson v. United States*, para determinar si una conducta está clasificada como un delito CIMT, los Tribunales aplican la regla general conocida como “*el enfoque categórico*”.

El enfoque categórico se desarrolló como un estándar federal para garantizar que los lineamientos de los delitos regulados en las leyes estatales no controlen la ley de inmigración. El enfoque categórico consta de dos pasos: Primero, el llamado “enfoque categórico”, donde se considera la con-

³² Véase caso: *Rodriguez-Castro v. Gonzales*, 427 F.3d 316 (5th Cir. 2005).

dena prevista por la norma penal para ver si la depravación moral es inherente a los elementos de la conducta. Ahora bien, si la ley penal es ambigua, en cuanto a que si todas las hipótesis de la ley implicaran “Torpeza Moral” utilizando el primer paso, los Tribunales proceden a utilizar el segundo paso, denominado “enfoque categórico modificado”, este consiste en que los jueces pueden solicitar el registro de condenas del no ciudadano para poder constatar algún dato que arroje “Torpeza Moral”. (Dadhanian, 2011, pág. 4).

En ambas reglas, enfoque categórico y enfoque categórico modificado, el Tribunal no analiza los hechos subyacentes a la condena, lo que ha originado que algunos jueces y académicos desapruében ambos enfoques. (Moore, 2008, pág. 4).

B. *Análisis bajo el enfoque “la conducta mínima”*

Cuando salió a la luz el caso *Silva Treviño v. Holder*,³³ la regla del “*enfoque categórico*” ya había evolucionado y consistía en dos pasos: el enfoque categórico tradicional y el enfoque categórico modificado. Ahora, con este nuevo caso se aplicó un tercer enfoque denominado “*el enfoque de la conducta mínima*”. Para determinar que una conducta es menos culpable que otra, es una cuestión inherentemente subjetiva. Es decir, se analiza si la depravación moral es inherente a la conducta más mínima que hipotéticamente podría permitir una condena. El problema con este tercer enfoque, es en primer lugar, podría generar ambigüedades impulsadas por diferencias regionales que a menudo reducen un análisis correcto de la conducta menos culpable. Por ejemplo, siguiendo la misma línea de los casos que involucran una conducta sexual, no es lo mismo si el caso surge en un estado socialmente conservador que en un estado liberal.

Además, es difícil predecir si un Tribunal está dispuesto a encontrar una conducta mínima de culpabilidad donde técnicamente se está violando otra ley. Segundo, que este tipo de enfoque requiere de una creatividad judicial para determinar que una conducta es menos culpable que otra. Al respecto, la Corte Suprema ha estado consciente del problema con el análisis de “*la conducta menos culpable*”, porque se requieren de la formulación de hipótesis fácticas mientras se realiza un análisis para determinar la conducta mínima; los casos donde se involucra un delito sexual por un ejemplo, ilus-

³³ Véase caso: *Silva-Trevino v. Holder*, No. 11-60464 (5th Cir. Feb. 6, 2014).

tran más claramente la creatividad desenfrenada inherente al proceso analítico para determinar una conducta criminal mínima, soslayando que precisamente fueron las imaginaciones judiciales la base para una impugnación de vaguedad inconstitucional en la cláusula residual. (Lindsay M. Kornegay & Evan Tsen Lee, 2017, págs. 104-105).

IV. CONCLUSIÓN

Por todos es sabido que en el sistema migratorio norteamericano las autoridades actúan de forma discrecional para expulsar de su territorio a personas que no le son gratas, violando muchas veces el debido proceso y vulnerando sus derechos fundamentales.

El Congreso no fue la excepción y redactó a sabiendas, un término vago en la Ley de Inmigración que allanó el camino para que los inmigrantes sean expulsados por conductas criminales, aun cuando sean de bajo impacto potencial.

Como vimos, en una de las opiniones que tuvo la Corte detrás de su decisión en el caso *Jordan v. De George*, fue haber cuestionado la frase “Torpeza Moral” implícita en la Ley de Inmigración y Nacionalidad, con lo que se demuestra que la Corte se ha mostrado dispuesta a otorgar esa reparación.

Lo anterior dependerá del estado en donde se recurre la inconstitucionalidad de la ley, pues como vimos también, la Doctrina de la Vaguedad puede operar a favor o en contra, dependiendo de la localidad en donde esta se impugne.

Dado las severas sanciones que contempla la Ley de Inmigración y Nacionalidad, como la deportación, la Corte Suprema bien debería ampliar la aplicación de la doctrina en aquellos casos donde notoriamente las consecuencias son irreparables. Y si bien, los casos judiciales comentados en este artículo, nos enseña que se ha extendido un poco más el escrutinio judicial al momento de aplicar la Doctrina de la Vaguedad, el binomio sentencia-deportación aún subsiste.

Esperemos que en un breve tiempo, las leyes que comprometan la situación legal migratoria de las personas en el país vecino sean más flexibles, pues ciertamente, como lo señaló justice Elena Kagan, “la deportación es una certeza virtual para cualquier extranjero que llegue a ser condenado por algún delito”.

V. REFERENCIAS

- BROSAMLE, K. (1 de noviembre de 2018). Obscured Boundaries: Dimaya's Expansion of the Void-for-Vagueness Doctrine. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 201, 202.
- DADHANIA, P. R. (2011). The categorical approach for crimes involving moral turpitude after Silva Treviño. *Columbia Law Review*, 38.
- INTERNATIONAL Migration Law. (2004). *Glossary on Migration*. International Organisation for Migration.
- JOHNSON v. United States, 13-7120 (Supreme Court of the United States 26 de Junio de 2015).
- JORDAN v. De George, 348 (The United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 7 de Mayo de 1951).
- KOLENDER v. Lawson, 81-1320 (Appeal from the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 2 de May de 1983).
- LINDSAY M. Kornegay & TSEN LEE, Evan (2017). Why deporting immigrants for crimes involving moral turpitude is now unconstitutional. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 47-116.
- LOWE, J. A. (2020). Analyzing the Void-For-Vagueness doctrine. *Iowa Law Review*, 2365. Obtenido de Iowa Law Review: <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-105-issue-5/analyzing-the-void-for-vagueness-doctrine-as-applied-to-statutory-defenses-lessons-from-iowas-stand-your-ground-law/>.
- MARK L. Rienzi & BUCK, Stuart (2002). Federal Courts, Overbreadth, and Vagueness: Guiding Principles for Constitution Challenges to Uninterpreted State Statutes. *Utah Law Review*.
- MATTER of Cristoval Silva Treviño (Department of Justice, Board of Immigration Appeals 7 de november de 2008).
- MOORE, D. (2008). Crimes Involving Moral Turpitude: Why the Void-For Vagueness Argument is still available and meritorious. *Cornell International Law Journal*, 32.
- READ, J. H. (2000). *Power versus Liberty: Madison, Hamilton, Wilson, and Jefferson*. University of Virginia Press. Obtenido de Middle Tennessee State University: <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1220/james-madison>.
- ROMANTZ, D. S. (2019). Reconstructing the Rule of Lenity. *Cardozo Law Review*, 523-577. Obtenido de wikipedia: https://en.wikipedia.org/wiki/Rule_of_lenity.

SESSION, Attorney General v. Dimaya, 15-1498 (Supreme Court of the United States 17 de Abril de 2018).

Silva Treviño v. Holder, 11-60464 (United States Court of Appeals for the Fifth Circuit 06 de February de 2014).

BANK ACCOUNT FREEZING IN THE US AND IN THE MEXICAN LEGAL SYSTEM*

Delia SÁNCHEZ CASTILLO*

SUMMARY. I. *Introduction*. II. *The Concept of Asset Freezing*. III. *International Asset Freezing Context*. IV. *How Asset Freezing Works*. V. *Domestic Legal Concerns*. VI. *Beyond the us and Mexican Scope: the European Approach*. VII. *Final Remarks. Preventing Money Laundering and Financing Terrorism in Mexico: Learning from us and European Domestic Frameworks*. VIII. *Addendum*.

I. INTRODUCTION

The Mexican legal system has experienced recent legal modifications to introduce financial asset freezing in order to prevent money laundering and to combat the financing of terrorism.¹ The US government has been freezing assets since the 18th century.² While responding to very different reasons, such measures have always aimed at protecting national security, the econo-

* Este artículo es una versión corregida y actualizada del texto publicado en *Mexican Law Review*, vol. XI, núm. 2, enero-junio de 2019.

** Degree in Law and Specialist in Financial Law by the National Autonomous University of Mexico. She has worked in regulatory and consulting areas at the Institute for the Protection of Banking Savings, the Ministry of Finance and Public Credit and the National Banking and Securities Commission. Realizado bajo la supervisión y asesoría del Dr. Francisco Tortolero Cervantes

¹ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia financiera y se expide la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras [Decree through which certain provisions on financial matters are amended, supplemented or repealed and the Law for the Regulation of Financial Groups is enacted], Diario Oficial de la Federación [D.O.], 10 de Enero de 2014 (Mex).

² Bethany Kohl Hipp, Comment, *Defending expanded presidential authority to regulate foreign assets and transactions*, 17 Emory Int'l L. Rev. 1311, 1311 (2013).

my and international policy.³ Consequently, the asset-freezing measure has a rich background in US judicial review, and has extended its influence among un Member States.

Even though the US legal system does not belong to the same legal tradition as the Mexican one, it has been used as a benchmark because the US government has applied this measure for a long time and has strongly endorsed this measure before the United Nations⁴ as one of the key mechanisms to counter terrorism financing.

Before 9/11, un Member States had been working on international instruments to globally coordinate efforts to fight terrorism. The New York terrorist attacks simply accelerated the adoption of such measures.⁵

Other international organizations, such as Financial Action Task Force (fatf), have urged their members to adopt financial and non-financial asset freezing as a key measure to combat money laundering and suppress terrorism financing. Asset freezing is still enforced despite international human rights concerns, mostly related to due process protection.⁶

Several members of the European Union have also experienced terrorist attacks, as well as the legal consequences of restricting civil liberties. Furthermore, European courts have conducted a thorough analysis to balance the need for measures coherent with current international efforts to combat terrorism that deprive terrorists of financial resources while still adopting a protective approach concerning civil liberties.

However, it might be suitable for the Mexican legal system to follow some of the latest judicial criteria given by US courts, or rather follow the European trend regarding the balance between national security and the protection of civil liberties. In this context, we will analyze whether Mexican legal reforms could be improved by taking into consideration the international experiences of both the United States and Europe.

³ *Id.* at 1365.

⁴ Lutz Oette, A Decade of Sanctions against Iraq: Never Again! The End of Unlimited Sanctions in the Recent Practice of the un Security Council, 13 *Eur. J.Int'l L.*, 93, 96 (2002) (discussing the legitimacy of Security Council sanctions).

⁵ Laura K. Donohue, Article, *Anti-terrorist finance in the United Kingdom and United States*, 27 *Mich. J. Int'l L.* 303, 306 (2006).

⁶ Adele J. Kirschner, *Security Council Resolution 1904 (2009): A Significant Step in the Evolution of the Al-Qaida and Taliban Sanctions Regime?*, 70 *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht [ZaöRV]* 585, 591 (2010) (Ger).

II. THE CONCEPT OF ASSET FREEZING

According to the financial statutory laws, freezing financial assets is a preventative administrative procedure⁷ ordered by the Secretariat of Finance and Public Credit, on behalf of the Mexican federal government, and executed by Mexican financial institutions, which are obligated to cease all dealings involving the accounts or are banned from celebrating operations with blocked persons. This precautionary measure is only applicable to counter two federal crimes, namely financing terrorism and money laundering. Additionally, reconsiderations or administrative reviews are carried out by the same authority that ordered the financial asset freezing.⁸

Even though the term “freezing of assets” is broadly understood, statutory rules refer instead to the “list of blocked persons” [*Lista de personas bloqueadas*].⁹ The inclusion of a natural or legal person’s data on the list has the effect of a general order to freeze assets in the possession of financial institutions and whose owner’s data match those on the list.

There are other preliminary measures such as the temporary seizure or freezing of interest-bearing accounts held by financial institutions as a

⁷ COMPETENCIA PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO CONTRA LA ORDEN DE ASEGURAMIENTO Y BLOQUEO DE UNA CUENTA BANCARIA DICTADA POR EL TITULAR DE LA UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SIN QUE PREVIAMENTE EXISTA UNA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. CORRESPONDE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA, Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 4, Octubre de 2016, Tesis I.10o.P2 P (10a.), Página 2847 (Mex).

⁸ Ley de Instituciones de Crédito [L.I.C.] [Credit Institutions Law], as amended, Art. 115, paras. nine to eleven, D.O., 18 de Julio de 1990 (Mex); Ley del Mercado de Valores [L.M.V.] [Stock Market Law], as amended, Art. 212, paras. four to six, D.O., 30 de diciembre de 2005 (Mex); Ley de Fondos de Inversión [L.S.I.] [Investment Corporations Law], as amended, Art. 91, paras. seven to nine, DO, 4 de junio de 2001 (Mex); Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito [L.G.O.C.] [General Law of Organizations and Activities Related to Credit], as amended, Arts. 95, paras. nine to eleven, 95 Bis, paras. six to eight, DO, 14 de enero de 1985 (Mex); Ley de Uniones de Crédito [L.U.C.] [Credit Unions Law], as amended, Art. 129, paras. eight to ten, DO, 20 de agosto de 2008 (Mex); Ley de Ahorro y Crédito Popular [L.A.C.P.] [Popular Saving and Credit Law], as amended, Art.124, paras. six to eight, DO, 4 de junio de 2001 (Mex); Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo [L.R.A.S.C.A.P.] [Law to Regulate the Activities of Saving and Loan Cooperative Companies], as amended, Art. 72 paras. four to six, DO, 13 de agosto de 2009 (Mex).

⁹ *Id.*

result of a breach of contract or failure to fulfill tax obligations; but these shall not be considered in this paper. These actions are commonly known in the Mexican legal system as a seizure [*embargo*]¹⁰ and can be brought before a court or an administrative judge.

Similarly, this work does not focus on “civil forfeiture.” On Mexican legal grounds, the forfeiture of property is a civil action concerning a permanent deprivation of goods if so ruled by a court. Pursuant to Article 22 of the Mexican Constitution, such a measure is only applicable in cases related to six federal crimes, namely organized crime, drug trafficking, kidnapping, car theft, human trafficking and illicit enrichment.¹¹ This civil action runs parallel to, but does not depend on criminal procedure.¹²

However, it worth mentioning that the Federal Law for Civil Forfeiture also set forth precautionary measures similar to asset freezing.¹³ It is described as a provisional immediate order prohibiting any transaction of funds or assets, whether financial or non-financial.

From the perspective of the US legal system, “seizure,” “blocking of assets,” or “asset freezing” in general, refer to a temporary deprivation of property that does not vest the assets in the government.¹⁴ Consequently,

¹⁰ PROCEDIMIENTO DE INMOVILIZACIÓN DERIVADO DE CRÉDITOS FISCALES FIRMES. SE RIGE EXCLUSIVAMENTE POR LAS REGLAS PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 156-BIS Y 156-TER DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2010), Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 4, Diciembre de 2011, Tesis 2a./J. 20/2011, Página 3064 (Mex).

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], as amended, Art. 22, D.O., 5 de febrero de 1917 (Mex).

¹² EXTINCIÓN DE DOMINIO. LA AUTONOMÍA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ENTRE EL PROCEDIMIENTO RELATIVO Y EL PENAL NO ES ABSOLUTA, SINO RELATIVA, Primera Sala, [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 17, Tomo I, Abril de 2015, Tesis 1a./J. 21/2015 (10a.), 340 (Mex.).

¹³ Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [lfed] [Federal Law for Civil Forfeiture, Regulatory of the Article 22 of the Political Constitution of the United Mexican States] as amended, Art. 12 Bis, D.O., 29 de Mayo de 2009 (Mex). (The confiscation measure is governed by the lfed).

¹⁴ Montgomery E. Engel, Note, *Donating “Blood Money”: fundraising for international terrorism by United States charities and the government’s efforts to constrict the flow*, 12 Cardozo J. Int’l & Comp. L. 251, 260 (2004).

an eventual settlement or return of assets can take place. On the other hand, confiscation or forfeiture refers to a permanent deprivation of property.¹⁵

In the United States, economic sanctions are governed by the 1977 International Emergency Economic Powers Act (ieepa), which grants the President far-reaching authority to “deal with any unusual and extraordinary threat, which has its source in whole or substantial part outside the United States, to the national security, foreign policy, or economy of the United States”.¹⁶ This grants the President the power to nullify, transfer, prohibit or otherwise regulate any acquisition, holding or use by any person of any property that is subject to the jurisdiction of the United States and in which any foreign country has any interest. However, this power is limited to national emergencies declared by executive order.¹⁷

Historically, the ieepa had been used almost exclusively against foreign nations or in nation-to-nation diplomacy. This changed in 1995 when President Clinton declared a national emergency in response to terrorist threats to disrupt the Middle East peace process by issuing Executive Order 12947. Then such power was applied to individuals, such as terrorist, narcotics traffickers in Colombia and those contributing to the proliferation of chemical or biological weapons.¹⁸

Afterward, President George W. Bush expanded the application of the ieepa by issuing several orders targeting the terrorist financial livelihood of States, non-State groups, and individuals.¹⁹

After 9/11, President Bush exercised ieepa authority to declare a national emergency by Executive Order 13244, on September 24, 2001. This executive order addressed the issue of persons who commit, threaten to commit or support terrorism. It authorizes the freezing of assets belonging to designated persons and banning transactions involving any assets of interest to these persons, organizations or whoever assists in, sponsors, or provides financial, material or technological support to terrorism.²⁰ This order created the “Specially Designated Global Terrorist” (sdgt) list.²¹

¹⁵ Hipp, *supra* note 2, at 1365-66.

¹⁶ 50 U.S. Code § 1701.

¹⁷ J. David Pollock, Note, *Administrative Justice: Using Agency Declaratory Orders in the Fight to Staunch the Financing of Terrorism*, 33 Cardozo L. Rev. 2171, 2174 (2012).

¹⁸ *Id.* at 2175.

¹⁹ *Id.* at 2175.

²⁰ Hipp, *supra* note 2, at 1367.

²¹ Nicole Nice-Petersen, Note, *Justice for the “Designated”?: The process that is due to alleged U.S. financiers of terrorism*, 93 Geo. L.J. 1387, 1406 (2005).

Currently, the Office of Foreign Assets Control (ofac) —the agency in charge of executing asset freezing orders— has about twenty-eight sanctions programs.²²

The next section gives a description of the international context of freezing assets as a measure to prevent money laundering and counter financing terrorism.

III. INTERNATIONAL ASSET FREEZING CONTEXT

In the international arena, the following circumstances drove the Mexican government to modify its legal framework in order to fulfill its international commitments.

1. The un Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, subscribed in the capital of Austria on December 20, 1988 (hereafter the Vienna Convention)²³ required Member States to criminalize money laundering and to establish asset freezing as a provisional measure for the eventual confiscation of proceeds, property or any other things referring to the offences specified in the convention.

2. Regarding the terrorist activities in Afghanistan, Resolution 1267 (1999), issued by the un Security Council on October 15, 1999,²⁴ under Chapter VII of the Charter of the United Nations,²⁵ required Member States to freeze funds and other financial resources, owned or controlled directly or indirectly by the Taliban. Under this resolution, no resources should be made available to or for the benefit of the Taliban or any un-

²² See Department of the Treasury- Office of Foreign Assets Control, Sanctions Programs and Country Information, available at <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/Programs.aspx> (last visited on Jan. 11, 2018).

²³ Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances U.N. Doc. E/CONF.82/15; 28 ILM 493 (1989).

²⁴ See S.C. Res. 1267, ¶ 4, U.N. Doc. S/RES/1267 (Oct. 15 1999), see S.C. Res. 2253, pmb. 15, U.N. Doc. S/RES/2253 (Dec. 17, 2015), The UN Security Council Resolution 2253 (2015) changed the name of the “Al-Qaida Sanctions List” to “ISIL (Da’esh) & Al-Qaida Sanctions List”.

²⁵ Oette, *supra* note 4, at 96. Under Chapter VII of the Charter of the United Nations, the Security Council has broad powers. Once it has determined a threat to the peace, a breach of the peace, or an act of aggression -pursuant to Article 39 of the Charter of the United Nations, the Council can impose sanctions in accordance with Article 41 of the Charter of the United Nations, which contains a non-exhaustive list of non-military measures. The scope of the measures and their duration fall entirely within the powers granted to the Security Council.

dertaking owned or controlled, directly or indirectly, by the Taliban. However, the Committee may authorize some exceptions on a case-by-case basis on the grounds of humanitarian need.²⁶

3. Article 8 of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, adopted by the UN General Assembly in 1999²⁷ (hereafter the Terrorism Financing Convention) encourages State Parties to take measures “for the identification, detection and freezing or seizure of any funds used or allocated” for the purpose of financing terrorism, for purposes of possible forfeiture.

4. Article 12 of the un Convention against Transnational Organized Crime, signed in Palermo, Italy, in December 2000²⁸ (hereafter the Palermo Convention), requires State Parties to adopt measures to enable the identification, tracing, freezing or seizure and confiscation of proceeds, property, equipment or other instrumentalities of crime derived from offences covered by the Convention.

5. As a consequence of the 9/11 attacks, the un Security Council issued Resolution 1373, on September 28, 2001, which demanded that Member States freeze funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of, such persons and entities.²⁹

6. The Financial Action Task Force (fatf),³⁰ of which the USA and Mexico are members,³¹ issued standards of universal application for the suppression of terrorist financing and money laundering.

²⁶ See S.C. Res. 1452, ¶ 1-2, U.N. Doc. S/RES/1452 (Dec. 20, 2002), *amended by* S.C. Res. 1735, U.N. Doc. S/RES/1735 (Dec. 22, 2006).

²⁷ International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, U.N. Doc. A/RES/54/109; 39 ILM 270 (2000); TIAS No. 13075.

²⁸ United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 40 ILM 335 (2001); UN Doc. A/55/383 at 25 (2000); UN Doc. A/RES/55/25 at 4 (2001).

²⁹ See S.C. Res. 1373, ¶ 1 c), U.N. Doc. S/RES/1373 (Sep. 28, 2001).

³⁰ The fatf is an inter-governmental body established in 1989 by the Ministers of its Member jurisdictions (which currently stand at 36 members and 8 fatf-Style Regional Bodies). The objectives of the fatf are to set standards and promote effective implementation of legal, regulatory and operational measures for combating money laundering, terrorist financing and other related threats to the integrity of the international financial system. See <http://www.fatf-gafi.org/home/>.

³¹ See <http://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>.

Recommendation 4 urges country members to adopt measures similar to those set forth in the Vienna Convention, the Palermo Convention, and the Terrorism Financing Convention.³² Subsequently, country members are required to enable their competent authorities to freeze or seize and confiscate the following, without prejudicing the rights of *bona fide* third parties: property laundered, proceeds from, or instrumentalities used in or planned for use in money laundering or predicate offences.³³

Additionally, fatf Recommendation 6 stresses that country members should comply with UN Security Council resolutions which require countries to freeze the funds or other assets of, and to ensure that no funds or other assets are made available, directly or indirectly, to or for the benefit of, any person or entity either designated by, or under the authority of, the UN Security Council or designated by a country pursuant to resolution 1373 (2001).³⁴

It is important to note that the three UN conventions mentioned require Member States to freeze assets as a provisional measure for the purpose of eventual confiscation in cases involving the crimes covered by the conventions. Yet, UN resolutions 1267 (1999), 1373 (2001) and fatf Recommendations 4 and 6 urge country members to freeze assets as a provisional measure to counter terrorist financing and money laundering, even when there is no criminal prosecution or regardless of this.

In Mexico, these instruments were the main reason for the introduction of asset freezing as a precautionary administrative measure. Consequently, in seeking to comply with the aforementioned international instruments, the “Decree amending, supplementing or repealing certain provisions in financial matters and issuing the law to Regulate Financial Groups,” commonly known as the “Financial Reform,” was published in the Federal

³² FATF (2012-2017), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, fatf, Paris, France, p. 10, available at <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf> (last visited on Jan. 11, 2018).

³³ A “predicate offense” is an earlier offense that can be used to enhance a sentence levied for a later conviction. Predicate offenses are defined by statute and are not uniform from state to state. *Black’s Law Dictionary*, 3429 (8th ed. 2004). *See supra* note 32. Under the fatf Interpretive Note to Recommendation 3 (criminalization of money laundering), para. 2, Predicate offences may be described by reference to all offences; or to a threshold linked either to a category of serious offences; or to the penalty of imprisonment applicable to the predicate offence (threshold approach); or to a list of predicate offences; or a combination of these approaches.

³⁴ *See supra* note 32. Recommendation 6.

Official Gazette on January 10, 2014. This reform introduced the “List of Blocked Persons”.

IV. HOW ASSET FREEZING WORKS

1. *Authorities in Charge*

In general, in the United States each sanction program has its own rules. So, President Clinton’s Executive Order 12947 delegated authority to the Secretary of State to designate persons or entities that have committed, were likely to commit, or provided support for acts of terrorism in the Middle East. It also empowered the Secretary of the Treasury to determine the persons or entities owned or controlled by said designees.³⁵

Similarly, President Bush’s Executive Order 13224 (2001) delegated authority to the Secretary of State to ascertain the persons or entities that have committed, or posed a significant risk of committing, acts of terrorism. Additionally, it gave authority to the Secretary of the Treasury to determine persons or entities “owned or controlled by, or act for or on behalf of” the persons or entities that “assist in, sponsor, or provide financial, material, or technological support for ... or other services to or in support of” specified persons or entities; or that were “otherwise associated with” said entities.³⁶

In Mexico, financial statutory laws grant the Mexican Secretariat of Finance and Public Credit the authority to issue a List of Blocked Persons and dictate the procedure to introduce, modify or remove the entry of any name on the list.³⁷

So, it is clear that in the United States, the power to freeze assets basically lies in two main bodies: the Department of State identifying threats to national security and the Department of the Treasury determining the direct and indirect participation of entities owned or controlled by those named as threats. On the other hand, in Mexico, asset freezing is an exclusive power of the Secretariat of Finance. The national authority in charge of national security is not involved at all.

³⁵ Pollock, *supra* note 17, at 2175.

³⁶ *Id.* at 2176.

³⁷ *See supra* note 8.

2. *The Listing Process*

In the United States, the designation process is carried out by the Office of Foreign Assets Control (ofac), an office in the Department of the Treasury that collaborates with several other federal agencies. This office identifies possible targets to be added to the list of designated terrorists. All classified and non-classified information is gathered in a record compiled by the ofac and forms the basis for this list. The record is then analyzed by the legal office of the Department of Justice in order to establish legal designations. The final decision is taken by the National Security Council Policy Coordinating Committee on Terrorist Financing, composed of representatives from the Central Intelligence Agency (cia), the Federal Bureau of Investigation (fbi), and the Departments of Treasury, State, Defense, Justice, and Homeland Security.³⁸

After 9/11, the icepa was amended by the Act for Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism, best known as the Patriot Act.³⁹ Consequently, Section 1702 (a) (1) (B) of the icepa allows freezing assets during an investigation.⁴⁰ Thus, even though the designation and the record have not been formally completed, an entity can find its assets frozen.

In Mexico, the rules to introduce, modify or remove entries on the List of Blocked Persons⁴¹ empower the Mexican Secretariat of Finance to intro-

³⁸ Pollock, *supra* note 17, at 2179.

³⁹ Hipp, *supra* note 2, at 1353.

⁴⁰ 50 U.S. Code § 1702. The relevant text points out the following: “Presidential authorities” “(a) In general” “(1) At the times and to the extent specified in section 1701 of this title, the President may, under such regulations as he may prescribe, by means of instructions, licenses, or otherwise:” [...] “(B) investigate, block during the pendency of an investigation, regulate, direct and compel, nullify, void, prevent or prohibit, any acquisition, holding, withholding, use, transfer, withdrawal, transportation, importation or exportation of, or dealing in, or exercising any right, power, or privilege with respect to, or transactions involving, any property in which any foreign country or a national thereof has any interest by any person, or with respect to any property, subject to the jurisdiction of the United States; and.” [Emphasis added].

⁴¹ See Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito [General Provisions Referred to in Article 115 of the Credit Institutions Law] as amended, ch. XV, DO, 20 de abril de 2009; Disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con el 87-D de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y 95-Bis de este último ordenamiento, aplicables a las sociedades financieras de objeto múltiple [General Provisions Referred to in Article 115 of the Credit Institutions Law in relation with Article

duce or modify entries by taking into consideration the lists issued by the un Security Council pursuant to its own Resolutions 1267 (1999) and 1373 (2001), and lists released by international organizations or inter-governmental groups. However, no guidelines or principle has been provided to do so.

As for national sources, the Mexican Secretariat can add people when national authorities have enough proof to prosecute them for performing terrorist activities, financing terrorism and money laundering; as well as those who have been condemned for such crimes, and those who refuse

87-D and 95 Bis of the General Law of Organizations and Activities Related to Credit, applicable to Non-Bank Banks] as amended, ch. XIII, DO, 17 de marzo de 2011; Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 95 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, aplicables a las Casas de Cambio [General Provisions Referred to in Article 95 of the General Law of Organizations and Activities Related to Credit applicable to Money Exchange Firms] as amended, ch. XIV, DO, 25 de septiembre de 2009; Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 95 Bis de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, aplicables a los transmisores de dinero a que se refiere el artículo 81-A Bis del mismo ordenamiento [General Provisions Referred to in Article 95 Bis of the General Law of Organizations and Activities Related to Credit, applicable to Money Remitters] as amended, ch. XIV, DO, 10 de abril de 2012; Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 95 Bis de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, aplicables a los centros cambiarios a que se refiere el artículo 81-A del mismo ordenamiento [General Provisions Referred to in Article 95 Bis of the General Law of Organizations and Activities Related to Credit, applicable to Low-Amount Foreign Exchange Entities] as amended, ch. XIV, DO, 10 de abril de 2012; Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 95 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito aplicables a los Almacenes Generales de Depósito [General Provisions Referred to in Article 95 of the General Law of Organizations and Activities Related to Credit, applicable to Bonded Warehouses] as amended, ch. XIII, DO, 31 de diciembre de 2014; Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 212 de la Ley del Mercado de Valores [General Provisions Referred to in Article 212 of the Stock Market Law] as amended, ch. XVI, DO, 9 de septiembre de 2010; Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 91 de la Ley de Fondos de Inversión [General Provisions Referred to in Article 91 of the Investment Corporations Law] as amended, ch. XIII, DO, 31 de diciembre de 2014; Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 129 de la Ley de Uniones de Crédito [General Provisions Referred to in Article 129 of the Credit Unions Law] as amended, ch. XIV, DO 26 de octubre de 2012; Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 124 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular [General Provisions Referred to in Article 124 of the Popular Saving and Credit Law] as amended, ch. XVI, DO, 31 de diciembre de 2014; Disposiciones de carácter general a que se refieren los artículos 71 y 72 de la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo [General Provisions Referred to in Articles 71 and 72 of the Law to Regulate the Activities of Saving and Loan Cooperative Companies] as amended, ch. XVI, DO 31 de diciembre de 2014.

to give information about the mentioned crimes, or conceal the origin, objectives, location or property of funds derived from said crimes.

In short, in the United States, the final decision to blacklist someone is taken by a high level group in which departments involved in national security play an important role while in Mexico, the designation process is carried out solely by the Secretariat of Finance.

In Mexico, the bases for creating the List of Blocked Persons can be classified into two groups: international causes and national ones. As international sources are more active, the determination of blocked persons might be largely deemed as an administrative procedure to assist in the execution of blocking orders issued by countries that have suffered terrorist attacks or have designated certain individuals or entities as terrorist supporters. Nonetheless, other domestic criminal causes are also considered for the List of Blocked Persons.

3. *The Execution of Asset Freezing*

In the United States, once an individual or an entity has been blacklisted, the ofac orders to block all “property or interests in property” held by the designated entity or individual in the United States or within the control or possession of US nationals. As a result of the blocking order, the rights to exercise any powers and privileges of ownership are transferred indefinitely and exclusively to the ofac although the legal title of these frozen assets remains with the designated individual or entity.⁴²

The ofac prohibits US persons from dealing in assets that have been blocked or from providing any kind of services for the benefit of designated persons or entities, including legal services, charitable contributions or donations intended to “relieve human suffering”.⁴³ Nonetheless, under limited circumstances, a license to engage in otherwise prohibited transactions may be granted by ofac to designees or third parties.⁴⁴

The term “US person” means any US citizen, permanent resident alien, entity organized under the laws of the United States (including for-

⁴² Pollock, *supra* note 17, at 2177.

⁴³ 31 C.F.R. § 94.204, 595.204, 594.406(b), 595.406(b). Exec. Order No. 12,947, 60 Fed. Reg. 5079, 5080 (Jan. 23, 1995); Exec. Order No. 13,224, 66 Fed. Reg. 49,079, 49,080 (Sept. 23, 2011). Pollock, *supra* note 17, at 2177.

⁴⁴ 31 C.F.R. § 594 Subpart E, § 595 Subpart E (2012). Pollock, *supra* note 17, at 2179.

foreign branches), or person in the United States.⁴⁵ Consequently, this obligation is applicable not only to financial entities, but also to any kind of natural or legal person in the United States.

All US persons who have in their possession or control any property or interests in blocked property, including financial institutions that receive and block payments or transfers, are required to report to the ofac, within 10 business days from the date said property becomes blocked.⁴⁶

In Mexico, the Mexican Secretariat notifies financial institutions when an entity or an individual has been so designated. The financial institutions that are obliged to freeze accounts or banned from celebrating operations with blocked persons are banks, brokerage firms (*casas de bolsa*); investment fund operators and distributor companies of investment fund shares (*sociedades operadoras y sociedades distribuidoras de acciones de fondos de inversión*), money exchange firms (*casas de cambio*); entities engaged in low-amount foreign exchange known as *centros cambiarios*; money remitters (*transmisores de dinero*); multiple purpose financial institutions (*sociedades financieras de objeto múltiple*);⁴⁷ savings and loan associations (*sociedades financieras populares*), financial cooperative associations (*sociedades cooperativas de ahorro y préstamo*); community financial associations (*sociedades financieras comunitarias*), credit unions and general deposit warehouses (*almacenes generales de depósito*); according to the provisions of their respective statutory laws.⁴⁸

Once an obliged financial institution has realized that one of their clients' or users' data match the List of Blocked Persons, it must basically do three things. First, it must cease all dealings involving the designee's accounts or the delivery of any kind of services that benefit the designated persons or entities. Secondly, an Unusual Transaction Report (utr)⁴⁹ must be filed with the Mexican Secretariat of Finance within twenty-four hours after finding a match.

A utr is a form by which a financial institution informs the Mexican Secretariat of Finance and its Financial Intelligence Unit (fiu),⁵⁰ of its sus-

⁴⁵ 31 C.F.R. § 594.315, § 595.315.

⁴⁶ 31 C.F.R. § 501.603.

⁴⁷ Generally known as non-bank Banks.

⁴⁸ See *supra* note 8.

⁴⁹ See *supra* note 32, Unusual Transaction Report (UTR) under the International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation; 12 CFR § 390.355, Suspicious Activity Reports (SARs), under the Bank Secrecy Act.

⁵⁰ See *supra* note 32, Recommendation 29. See also <https://egmontgroup.org/en/content/financial-intelligence-units-fius>. Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Pú-

pictions or reasonable grounds to suspect that the relevant funds might proceed from criminal activity, or be a match on the list.⁵¹

Thirdly, the financial institution must inform the blocked individual or entity in writing and must include the following information:⁵² 1) the accounts and transactions that have been frozen since the identification data match, 2) the applicable law and procedure, and 3) the clarification that any existing claims may be filed before the fiu within the following ten business days.

Additionally, the Mexican legal system allows some humanitarian exceptions in accordance with Resolution 1452 (2002) of the un Security Council. Consequently, a blocked person might request a license to access blocked funds to pay for basic expenses, including the provision of legal services.

Up to this point, we can say that one big difference in assets freezing is its scope. In the United States, the measure covers financial and non-financial assets, and is mandatory for any person in the United States. However, in Mexico, this measure only applies to financial assets and is mandatory for the above-mentioned financial institutions.

The consequences of being blacklisted appear to be similar in both legal systems. Basically, the obliged subjects must stop dealing in the assets of or providing any service to individuals or entities who have been designated as a blocked person, in addition to filing a report with the competent financial authority.

Both the US and the Mexican regimes permit designees to access certain blocked funds to pay for basic living expenses, including limited legal services, in compliance with un Security Council resolutions.

4. *The Delisting Process*

In the United States, removal from the list is possible on grounds of mistaken identity or an error if the blocked individual or entity challenges the designation. The interested party must submit a request in writing to ofac to demonstrate that the State should not have seized their property

blico [Internal Regulations of the Secretariat of Finance and Public Credit] as amended, Art. 15, DO, 11 de septiembre de 1996 (Mex).

⁵¹ See *supra* note 32, Recommendation 20.

⁵² See *supra* note 41.

or that they were innocent owners. However, at no point does the petitioner have the opportunity to review any classified evidence that the various agencies may have compiled against him.⁵³

ofac designations could be subject to judicial review by district courts, pursuant to the Administrative Procedure Act (apa). Consequently, the review is governed by the “arbitrary and capricious” standard, which means that courts will review whether, given the relevant factors, the agency acted reasonably and within the scope of its authority. Over time, a highly deferential standard of review has been given to the President in the exercise of his powers under the icepa.⁵⁴

Moreover, as a result of the enhanced power granted to the US President after 9/11, the Patriot Act gave the President the power to submit classified evidence *in camera* and *ex parte*.⁵⁵ This means that the Attorney General can present classified evidence against a blocked entity to the court without the presence of the blocked entity’s attorney and without ever disclosing this evidence to the party whose assets are frozen, depriving the designated entity of the usual right to confront the evidence against it.⁵⁶ In other words, courts are allowed to consider evidence that would otherwise be inadmissible under the Federal Rules of Evidence.⁵⁷

In Mexico, the relevant rules⁵⁸ establish a procedure before an administrative authority, the fiu, which is a Mexican Secretariat of Finance unit that functions as an administrative judge.⁵⁹

⁵³ Sumeet H. Chugani, Comment, *Benevolent blood money: Terrorist exploitation of zakat and its complications in the war on terror*, 34 N.C.J. INT’L L. & COM. REG. 601, 620 (2009).

⁵⁴ *Id.* at 635-636.

⁵⁵ 50 U.S. Code § 1702. The pertinent text reads as follow: “(c) Classified information. In any judicial review of a determination made under this section, *if the determination was based on classified information* (as defined in section 1(a) of the Classified Information Procedures Act) *such information may be submitted to the reviewing court ex parte and in camera*. This subsection does not confer or imply any right to judicial review.” [Emphasis added].

⁵⁶ Nice-Petersen, *supra* note 21, at 1390.

⁵⁷ Donohue, *supra* note 5, at 375.

⁵⁸ *See supra* note 41.

⁵⁹ Alternatively, blocked persons can directly bring a claim before federal courts, through an Amparo. *See* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], as amended, Art. 107, section IV, D.O., 5 de febrero de 1917. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Amparo Law that regulates the implementation of Articles 103 and 107 of the Mexican Constitution], as amended, Art. 1, section I, DO, 2 de abril de 2013.

Based on the information provided by the financial institution that has blocked the accounts or denied rendering any service, the blocked person or entity can bring their claims before the fiu in writing and offer evidence. The fiu will then issue its decision explaining whether the removal is granted or not.

The blocked persons can be removed from the list when the abovementioned administrative procedure ends in an acquittal, when international organizations or intergovernmental groups remove the blocked person from their lists, when national authorities deem that the reasons for inclusion are no longer applicable, or when a criminal judge acquits the defendant of carrying out terrorist activities, financing terrorism and money laundering.

The Mexican review process afforded by the rules is focused on correcting false positives instead of challenging the causes of the asset freezing order or the inclusion of a person's data on the List of Blocked Persons. This is especially worrying when the reason for that insertion is due to un Security Council sanctions because the review process would not help the designee revoke the Security Council designation. So, an affected person would have her assets frozen for as long as she is on the un list.

In summary, both systems have established an administrative procedure to permit designees to be removed from the corresponding list. Nevertheless, neither can be considered to provide sufficient due process protection because they are more concerned with correcting false positives than reviewing the causes that motivated the listing.

The following section discusses the main constitutional and legal concerns arising from the deployment of the asset freezing measure in an effort to suppress fundraising of terrorism and money laundering.

V. DOMESTIC LEGAL CONCERNS

Despite the widespread understanding and commitment of un Member States on the compliance and enforcement of un Security Council resolutions and inter-governmental bodies' recommendations to combat terrorist activities and money laundering, the asset freezing measure has raised much criticism and many concerns about its lawfulness in the light of fundamental rights,⁶⁰ mainly due process standards.

⁶⁰ Michael Bothe, *Security Council's Targeted Sanctions against Presumed Terrorists*, 6 J. Int'l Crim. Just. 541, 544-545 (2008) (Discussing the remedies against Security Council decisions).

Although the constitutionality of blocking assets has been questioned several times, US courts have seldom held up those claims. This has been understood as a preference to not interfere with the Executive's foreign policy and national security functions.⁶¹

On the other hand, the Mexican judiciary has not yet ruled on the legal and constitutional concerns involving the freezing of assets, considering the relatively new⁶² introduction of the asset freezing measure.

Similarly, regional courts in Latin America have not reviewed the issue.⁶³ This lack of legal criteria leads one to understand how US constitutional provisions have extended their influence into international arena.

The main concerns in the legal order involving the freezing of assets are described below.

1. *Due Process Concerns: Lack of Notification*

In the United States, any citizen or person within the United States deprived of his or her property must be given timely, adequate notice of the charges against him or her and a meaningful opportunity to be heard, pursuant to the Fifth Amendment Due Process Clause.⁶⁴

Nevertheless, after 9/11, noting terrorists' ability to "transfer funds or assets instantaneously," Executive Order 13244 explicitly withheld prior notice to the affected entities of the measures taken under its authority on the grounds that notice would render such measures "ineffectual".⁶⁵

The courts have found that despite the failure of notice and hearing, these do not amount to due process violations.⁶⁶ The courts have deemed that a presidential declaration of a national emergency under the *ieepa* constitutes an extraordinary situation whereby notice and hearing after seizure

⁶¹ Hipp, *supra* note 2, at 1365.

⁶² Recently the Mexican Supreme Court has discussed and adopted different criterion. However, the legal reasoning was not publicly available when this work was finished. *See* <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=4603>

⁶³ There is no evidence of any relevant decision from the Latin-American national or regional courts before September 1, 2017.

⁶⁴ *Mullane v. Cent. Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 313 (1950), cited on Nice-Petersen, *supra* note 21, at 1404.

⁶⁵ Exec. Order No. 13,224 B 10, 66 Fed. Reg. at 49,081. Pollock, *supra* note 17, at 2176.

⁶⁶ Kathryn A. Ruff, Note, *Scared to donate: An examination of the effects of designating Muslim charities as terrorist organizations on the First Amendment Rights of Muslim donors*, 9 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 447, 460 (2005/2006).

did not amount to a denial of due process. The courts have also found that the US government satisfied the requirements for a postponement of notice and hearing until after seizure, since:⁶⁷ (1) the deprivation served an important government interest, in this case, combating terrorism; (2) prompt action was necessary to prevent the transfer of assets prior to the blocking order; and (3) government officials blocked the assets in accordance with the icepa.⁶⁸

Likewise, the courts have determined that due process rights were not violated because notification would have had an impact on security or other US foreign policy goals, and that an sdgt obtained a written opportunity to be heard post-deprivation when it submitted materials to the ofac for consideration.⁶⁹

In Mexico, every government action interfering with any person's exercise of property rights must be made by means of a warrant submitted by an authorized official.⁷⁰

The requirement of a warrant ensures the existence of a government action, its content and scope. It also allows the affected person access to adequate defense.⁷¹ The warrant must give sufficient information of the facts that led the corresponding authorities to issue a given government action or the legal grounds that motivated the interference,⁷² and show that the ad-

⁶⁷ Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U.S. 663, 679-80, 94 S.Ct. 2080, 40 L.Ed.2d 452 (1974) (the Supreme Court defined the circumstances that "present[] an 'extraordinary' situation in which postponement of notice and hearing until after seizure d[oes] not deny due process.").

⁶⁸ *Holy Land Found.* 219 F. Supp. 2d at 57. Chugani, *supra* note 53, at 625.

⁶⁹ *Id.* Chugani, *supra* note 53, at 626.

⁷⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.] as amended, art. 16 pfo. 1, D.O., 5 de febrero de 1917 (Mex). "No one shall be molested in his person, family, domicile, papers, or possessions, except by virtue of a written order of the competent authority stating the legal grounds and justification for the action taken."

⁷¹ COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. EL MANDAMIENTO ESCRITO QUE CONTIENE EL ACTO DE MOLESTIA A PARTICULARES DEBE FUNDARSE EN EL PRECEPTO LEGAL QUE LES OTORQUE LA ATRIBUCIÓN EJERCIDA, CITANDO EL APARTADO, FRACCIÓN, INCISO O SUBINCISO, Y EN CASO DE QUE NO LOS CONTENGA, SI SE TRATA DE UNA NORMA COMPLEJA, HABRÁ DE TRANSCRIBIRSE LA PARTE CORRESPONDIENTE, Segunda Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXII, Septiembre de 2005, Tesis 2a./J. 115/2005, Página 310 (Mex.).

⁷² FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, Segunda Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, Tomo VI, Tesis 260, Apéndice de 1995, Página 175 (Mex.).

opted measure is proportional in the light of the goals of the law.⁷³ Consequently, this lack or error leads to the assumption that a violation of constitutional protection has been committed.⁷⁴

In view of the above arguments, the Political Constitution of the United Mexican States does not provide any exception to or restriction on this protection.

Under these circumstances, the asset freezing order or the inclusion of any person's name on the List of Blocked Persons could be understood as an interfering government act, according to the first paragraph of Article 16 of the Mexican Constitution. Asset freezing obstructs the exercise of property rights when the owner cannot use or dispose of his or her own resources.⁷⁵

Following the given procedure, the legal grounds on which the designation was based, and the facts that led to this designation are only provided when the *fiu* rules on the claims brought before it by the designee, but not before.

Subsequently, when the relevant rules order financial institutions to cease dealings with accounts held by designees or prohibit the rendering of any service, and these rules do not instruct the Mexican Secretariat of Finance to serve a warrant or notice, even after the assets have been frozen, there is a clear violation of Article 14 of the Mexican Political Constitution. Thus, the rules are highly questionable regarding their compliance with this

⁷³ PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SE VULNERA CUANDO SE PERMITA LA REVISIÓN DE DOCUMENTOS DE UNA PERSONA, CON VOCABLOS GENÉRICOS, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, Tesis I.4o.C.157 C, Pág. 1390 (Mex.); REANUDACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TRAS LARGA INACTIVIDAD, DEBE NOTIFICARSE PERSONALMENTE, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVI, Septiembre de 2007, Tesis I.4o.C.124, Página 2625 (Mex.).

⁷⁴ FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. LA DIFERENCIA ENTRE LA FALTA Y LA INDEBIDA SATISFACCIÓN DE AMBOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES TRASCIENDE AL ORDEN EN QUE DEBEN ESTUDIARSE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y A LOS EFECTOS DEL FALLO PROTECTOR, Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, Febrero de 2008, Tesis I.3o.C.J/47, Página 1964 (Mex.).

⁷⁵ INMOVILIZACIÓN DE CUENTAS BANCARIAS. LA ORDEN RELATIVA EMITIDA POR LA AUTORIDAD FISCAL DEBE ESTAR FUNDADA Y MOTIVADA, AUNQUE SE DIRIJA A UNA INSTITUCIÓN FINANCIERA Y NO AL CONTRIBUYENTE, Segunda Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 2, Libro XXIII, Agosto de 2013, Tesis 2a./J. 79/2013 (10a.), Página 901 (Mex.).

guarantee since the Mexican Constitution does not establish any exception to serve warrants or notices in cases of interfering government actions.

Moreover, UN Security Council Resolution 2253 (2015) has recently required Member States⁷⁶ to take all possible measures to notify or inform the listed individual or entity of the listing in a timely manner and to include in the notification a narrative summary of the reasons being listed for, a description of the effects of the listing, the committee's procedures for considering delisting requests including the possibility of submitting such a request to the Ombudsperson,⁷⁷ and available exemptions,⁷⁸ as well as the possibility of submitting such requests through the Focal Point mechanism.⁷⁹

Regarding the above, the Mexican mechanism is far from complying with the UN standard as the relevant rules do not require any notification from the Mexican government.

Surprisingly, a federal court ruled that even when the blocked person does not know of the government actions or its motives to freeze assets, such action is not deemed unconstitutional or arbitrary as its legality is presumed.⁸⁰ Consequently, the power to freeze assets must be weighed against the protection of the financial system and the national economy.

So far, it is clear that in the United States, the courts have shown a strong deferential approach to the actions taken by the President under ieepea authority. The courts have developed an objective standard to justify the postponement of notification. There is overwhelming pressure to protect national security at the expense of the human rights of a few.

In the Mexican scenario, the civil liberties have been put aside despite the international recommendation to serve notice to designees even when

⁷⁶ S.C. Res. 1735, ¶ 11, U.N. Doc. S/RES/1735 (Dec. 22, 2006). Initially, Resolution 1735 (2006), paragraph 11, had required serving notice or informing the listed individual or entity of the designation, in the country or countries where the individual or entity was believed to be located and, in the case of individuals, the country of which the person is a national (to the extent this information be known).

⁷⁷ S.C. Res. 1735, annex II, U.N. Doc. S/RES/1735 (Dec. 23, 2006). S.C. Res. 2083, ¶ 43, U.N. Doc. S/RES/2083 (Dec. 17, 2012).

⁷⁸ S.C. Res. 1452, U.N. Doc. S/RES/1452 (Dec. 20, 2002). S.C. Res. 1735, ¶ 15, 17 and 18, U.N. Doc. S/RES/1735 (Dec. 23, 2006).

⁷⁹ S.C. Res. 2253, ¶ 53, U.N. Doc. S/RES/2253 (Dec. 17, 2015).

⁸⁰ CONGELAMIENTO DE CUENTAS BANCARIAS ATRIBUIDO A LA UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. AUN CUANDO EL QUEJOSO DESCONOZCA ESE ACTO O SUS MOTIVOS, ES IMPROCEDENTE CONCEDER LA SUSPENSIÓN CON EFECTOS RESTITUTORIOS EN SU CONTRA. Tribunales Colegiados de Circuito [T.C.C.] [Supreme Court], Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, tomo 4, Junio de 2016, Tesis IV.2o.A.123 A (10a.), Página 2879 (Mex). See also *supra* note 8.

no emergency has been declared or experienced, and even when financial asset freezing is only applicable to two conducts: money laundering and financing terrorism.

2. *Due Process Concerns: Secret Evidence*

According to the Fifth Amendment of the US Constitution, the Due Process Clause prohibits the government from depriving any person of life, liberty, or property without due process of law.

As a general rule, the due process system requires that each party have the same opportunity to refute the adversary's evidence by providing evidence to the contrary. Surprisingly, under the new anti-terrorism regulation, defendants are not given any opportunity to confront the classified evidence used against them. Besides, the Patriot Act permits assets to be blocked pending investigation and to submit classified evidence *in camera* and *ex parte*, which could lead to freezing assets based on scarce or irrelevant evidence⁸¹ and without any time limit.

US courts have generally upheld the ability to confront witnesses and respond to evidence as a central part of due process. Nevertheless, where national security is concerned, the courts have historically been reluctant to interfere in due process claims. In this regard, the courts have upheld the use of *in camera*, *ex parte* evidence against an entity pending investigation when Congress and the President have determined the need to keep government information secret. The courts have also denied due process challenges, asserting that (1) the notification received at the time of the blocking assets was appropriate in view of pressing circumstances related to national security; and (2) the *ofac* written review process provides an adequate opportunity to be heard.⁸²

On the other hand, in Mexico and following the arguments presented in the previous section, every single governmental act must be warranted in writing, pointing out the applicable law and the circumstances that made that law applicable. Consequently, it would not be legally possible to freeze financial assets based on classified information.

Once a financial institution finds a match on the list, it would only inform the designee that her data matches the List of Blocked Persons.

⁸¹ Chugani, *supra* note 53, at 634-635.

⁸² *Global Relief Found.* 207 F. Supp. 2d 779, 808. Nice-Petersen, *supra* note 21, at 1401.

However, the financial institution lacks sufficient information to explain the facts and reasons why the person or entity has been included on the List of Blocked Persons.

Being included on the List of Blocked Persons might involve a grievance against an individual, as far as he had not received a written warrant from the authority explaining the causes of the inclusion on the List. In such a case, the individual would be deprived of appropriate information to mount a fair defense. Precisely, these are the kinds of situations Article 16 of the Mexican Constitution aims to prevent.

In sum, even though freezing financial assets based on secret evidence would not be possible under Mexican law, the lack of serving notice to designees amounts to a similar situation, as designees are unaware of specific facts and reasons for being blacklisted and are thus incapable of preparing an adequate defense.

In this respect, both the US and the Mexican systems have a considerable area of opportunity to grant better protection of basic human rights.

3. *Infringement of Property Rights*

In the United States, it has also been argued that blocking assets constitutes an uncompensated taking,⁸³ in terms of property rights and in violation of the Taking Clause contained in the Fifth Amendment.

Thereupon, the US government has stated that a blocking order does not constitute a taking since freezing does not entail a title transfer.

Over the years, courts have consistently rejected claims based on similar considerations. In the context of the ieeapa, courts have ruled that blocking under executive orders is a temporary deprivation and does not vest the assets with the government.⁸⁴

Nevertheless, some courts have cautiously intimated at the possibility that a long-term blocking order may have evolved into vesting property in the United States⁸⁵ or, at least at the lower tier, some courts have found it an infringement of property rights.⁸⁶

⁸³ “There is a taking of property when government action directly interferes with or substantially disturbs the owner’s use and enjoyment of the property. — Also termed constitutional taking.” Black’s Law Dictionary, 4553 (8th ed. 2004).

⁸⁴ *Holy Land Found.* 219 F. Supp. 2d 57, 77.

⁸⁵ *Id. Hipp*, *supra* note 2, at 1364.

⁸⁶ *Kindhearts for Charitable Humanitarian Dev. v. Geithner*, 647 F. Supp 2d at 871. *Pollock*, *supra* note 17, at 2185.

On the other hand, in Mexico, while the Supreme Court of Justice has not ruled on the infringement of property rights in cases of financial institutions' freezing assets within the context of preventing money laundering and terrorist financing, its recent intervention has been limited to stating that similar preventive measures in forfeiture proceedings entail an interference action but do not entail the deprivation of property rights. During the imposition of this precautionary measure, the affected person or entity still holds property right, but an encumbrance is placed on it so as to temporarily prevent this right from being fully exercised.⁸⁷

As the Mexican Supreme Court has recognized that these kinds of preventative measures involve acts of government interference on an individual's property right, serving a warrant would undoubtedly be needed to carry out the freezing of assets, pursuant to Article 16 of the Political Constitution of the United Mexican States.

However, the opinion of the Mexican Supreme Court does not consider that this temporary measure could be extended indefinitely. In these circumstances, a long-term asset freezing would be equated to an infringement of property rights.

In short, despite the historically reluctant position of US courts to sustain the deprivation of property rights, they now seem to be more aware of the possible infringement of this right. In Mexico, this debate has not yet begun as an indefinite extension of asset freezing has not been brought before Mexican Courts. However, in analogue cases, without considering pml/ft objectives, the Mexican Supreme Court has ruled that freezing assets is a preventative restriction on property rights.

4. *Conflict of Interest*

In the United States, conflicts of interest might arise when a designee, who has had his or her assets frozen, applies to the ofac for a license to release certain funds to pay legal expenses, among other reasons. Basically,

⁸⁷ EXTINCIÓN DE DOMINIO. LOS ARTÍCULOS 11 A 14 Y 16 A 18 DE LA LEY RELATIVA PARA EL DISTRITO FEDERAL, SOBRE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Primera Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo 1, Abril de 2015, Tesis 1a. CXXXVII/2015 (10a.), Página 514 (Mex).

Executive branch officials are in control of who can sue and how actively the lawsuit can be pursued if they allow the release of the funds.⁸⁸

In the Mexican legal system, the situation is similar. According to un resolutions, a blocked person or entity can request a license to access blocked funds in order to cover basic life expenses, the fulfillment of contract obligations previously incurred with a financial institution or legal services. However, this request may entail a conflict of interest since the officials authorized to give this license –the *fiu*– are the same ones who carry out the corresponding administrative proceedings, and against whom judicial proceedings could be potentially brought.

The applicable rules in both systems do not establish any provision to prevent conflicts of interest nor do they provide any principle or guideline for granting this request. Consequently, blocked persons are subjected to the discretion of the relevant authority.

In short, both systems struggle with the same problem. One possible solution would be for an independent judge to rule on the petition for a license and thus avoid a conflict of interest.

5. *Privacy*

In the United States, any federal agency can now obtain sensitive and private data without a subpoena or judicial intervention when investigating one of the approximately two hundred possible offenses under the Patriot Act.⁸⁹

In January 2002, Assistant Attorney General Michael Chertoff notified the Senate Banking Committee that with the new information-gathering powers, “the principal provisions of the Right to Financial Privacy Act no longer apply to letter requests by a government authority authorized to conduct investigations or intelligence analysis for purposes related to international terrorism”.⁹⁰

In Mexico, financial service user’s private data is protected against unlawful transmission by the statutory law that governs financial institution transactions. For example, in the banking sector, Article 142 of the Credit Institutions Law (*lic*) prohibits credit institutions from providing information

⁸⁸ Donohue, *supra* note 5, at 416.

⁸⁹ *Id.* at 407.

⁹⁰ *Id.* at 408.

about accounts or services to any person other than the one with the legal right to receive such information. However, the exceptions and conditions under which financial institutions are allowed to transmit or share information with some authorities are specified in the same provision.⁹¹

The Mexican Secretariat of Finance and Public Credit is among those allowed to request personal data in order to prevent money laundering and terrorist fundraising.⁹²

Therefore, the Mexican legal system has no major concern in this field.

6. *The Right to Free Exercise of Religion*

In the United States, it has been widely believed that terrorists are funding their objectives through charitable organizations, particularly those focused on fulfilling Muslim obligations, like the *zakat* —the obligation to pay two and a half percent of their wealth when it exceeds a minimum level.⁹³

It is commonly believed that charity organizations are attractive targets for terrorist entities due to the reluctance to scrutinize the use of money collected in countries where the *zakat* and *Sadaqah* (supporting charitable works through voluntary contributions) are religious obligations. Moreover, the US Government does not easily discern whether the charity that collects funds for humanitarian causes is actually being utilized for that purpose or used as a monetary source to support terrorism.⁹⁴

As a result, after 9/11, twenty-seven Islamic charities were designated terrorist organizations or terrorist supporters by the US Treasury Department. Since the charity organizations were all Islamic, it was also argued that ofac designations violated the Religious Freedom Restoration Act (rfra) as the asset freezing measure substantially encumbers the free exercise of religious belief.⁹⁵

In *Holy Land Foundation for Relief & Dev. v. Ashcroft* (2002), the court considered⁹⁶ that First Amendment freedom of religion claims were debat-

⁹¹ *Secreto bancario. El artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito no viola la garantía de privacidad*, Primera Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, Julio de 2011, Tesis 1a. CXLI/2011, Página 310 (Mex.).

⁹² *See supra* note 8.

⁹³ Chugani, *supra* note 53, at 606-607.

⁹⁴ *Id.* at 608.

⁹⁵ Ruff, *supra* note 66, at 548-549.

⁹⁶ *Holy Land Found.*, 219 F. Supp. 2d 57, 83.

able since the charitable organization that filed the claim had failed to prove that it was a religious organization *per se*⁹⁷ nor did it prove that the exercise of religion had been substantially impeded.

During the appeal, on the grounds that even if the charity could in fact exercise religion as protected by the First Amendment, the circuit court sustained that “there is no free exercise right to fund terrorists” and “preventing such a corporation from aiding terrorists [did] not violate any right contemplated in the Constitution or the rfra”.⁹⁸

The Mexican legal system has not experienced a bias on targeted listed persons due to their religious belief, race, political opinions or any other opinions since the sources for creating the List of Blocked Persons are other international lists and some national criminal causes. A deviation from this would not be directly attributable to the Mexican government.

7. *The Right to Free Association*

In the *Holy Land Foundation for Relief & Dev. v. Ashcroft* (2002) case, it was argued that the government’s actions were unconstitutional because the government’s imposition of guilt due to Holy Land’s association with Hamas failed to establish that the Holy Land Foundation actually had a specific intent⁹⁹ to further terrorists’ illegal aims, specifically those of Hamas.¹⁰⁰

The court rejected the contention that the First Amendment required specific intent to further terrorists’ unlawful aims, reasoning that the requirement of a specific intent was only involved when the government sought to impose guilt by association alone; whereas in this case, it was not mere association that created guilt, but rather the possible funding of terrorism.¹⁰¹

Similarly, the court also held that freedom of association had not been violated because the designation and blocking of funds promote governmental interests in combating terrorism by undermining its financial base,

⁹⁷ Chugani, *supra* note 53, at 638.

⁹⁸ *Holy Land Found.*, 333 F.3d 156, 167. Chugani, *supra* note 53, at 640. Ruff, *supra* note 66, at 480.

⁹⁹ The intent to accomplish the precise criminal act that one is later charged with. *Black’s Law Dictionary*, 2367 (8th ed. 2004).

¹⁰⁰ Ruff, *supra* note 66, at 480.

¹⁰¹ *Holy Land Found.* 219 F. Supp. 2d at 81.

and “there is no other, narrower means of ensuring that charitable contributions to a terrorist organization are for a legitimate purpose”.¹⁰²

Under the Mexican legal system, it would be difficult for the freezing of financial assets to be tantamount to a claim of free of association since the causes for including somebody on the List of Blocked People is not related to the right to participate in any association,¹⁰³ but for having been included on a certain list or being involved in specific local criminal causes.

8. *The Right to Free Speech*

In the United States, designated persons argued that the First Amendment of the Constitution includes the solicitation of funds under free speech clause. According to them, this is a necessary component for the effective flow of information and citizens’ ability to advocate different positions.¹⁰⁴

Nonetheless in this respect, US courts have found an important government interest in regulating the non-speech element to justify incidental limitation to the First Amendment. According to *United States v. O’Brien* (1968), the elements are the following: 1) the President had the power to issue executive orders under the ieepera; 2) an Executive order advanced an important government interest –to combat terrorism by undermining its financial bases; 3) this government interest was unrelated to the suppression of free expression, and 4) this incidental restriction was no greater than necessary to further government’s interest.¹⁰⁵

Under the Mexican legal system, holding that the freezing of financial assets could be viewed as an infringement of free of speech could hardly be sustained since freedom of speech can only be restricted when it “offends good morals, infringes the rights of others, incites to crime, or disturbs the public order”,¹⁰⁶ pursuant to Articles 6 and 7 of the Mexican Constitu-

¹⁰² *Id.* at 64. Chugani, *supra* note 53, at 625.

¹⁰³ CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 50. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9o. CONSTITUCIONAL, Pleno de la S.C.J.N. [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo II, Octubre de 1995, Tesis P./J. 28/95, Página 5 (Mex.) (explaining the scope of the right to free association).

¹⁰⁴ Donohue, *supra* note 5, at 406.

¹⁰⁵ *Holy Land Found*, 219 F. Supp. 2d at 81 (citing *United States v. O’Brien*, 391 U.S. 367, 376-77 (1968)). Ruff, *supra* note 66, at 481-482.

¹⁰⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], as amended, arts. 6-7, D.O., 5 de febrero de 1917.

tion. The interpretation of this right has not been extended to cover the collection of money to support ideas.¹⁰⁷

In brief, US Courts have set forth the requirements under which freedom of speech can be restrained in terms of asset freezing. In the Mexican regime, the freezing of financial assets could hardly amount to a violation of freedom of speech.

9. *Burden of Proof*

Globally, the strategy to combat money laundering and financing terrorism has changed in recent years. Initially, it required criminalizing both money laundering and terrorism financing, pursuant to the Vienna Convention and the Palermo Convention. Then, country members were urged to adopt legislative measures that empowered their competent authorities to freeze or seize and confiscate laundered property, proceeds from, or instrumentalities used in or intended for use in money laundering or allocated for use in, the financing of terrorism, terrorist acts or terrorist organizations, without requiring a criminal conviction.¹⁰⁸

As a way to address financing terrorist activities, criminal law has been practically replaced by administrative preventative measures, weakening the burden of proof from beyond a reasonable doubt, as required in criminal cases, to the preponderance of proof used in non-criminal cases.¹⁰⁹ Consequently, both countries have administrative procedures for freezing assets, in addition to criminal procedures to pursue the crimes of money laundering and financing terrorism.

In the United States, the standard of proof for an sdgt designation is lower than the “beyond a reasonable doubt” for criminal procedure. Additionally, the ofac now has the power to base sdgt designations on classified

¹⁰⁷ LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO, Pleno de la S.C.J.N. [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, Tesis P./J. 24/2007, Página 1522 (Mex.).

¹⁰⁸ See *supra* note 32. Recommendations 3 and 4.

¹⁰⁹ Peter Guthrie, *Security Council Sanctions and the Protection of Individual Rights*, 60 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 491, 505 (2004) (given the effects of asset freezing, it closely resembles criminal sanctions).

information, which is not available to the prosecution during criminal proceedings for material support of terrorism.

As a result, the difference in standards of proof applicable to a criminal trial (proof beyond a reasonable doubt) and a regulatory review (preponderance of proof) makes it highly unlikely that an acquittal in the criminal procedure could challenge or affect the administrative designation.¹¹⁰

Furthermore, the courts have held that because terrorist financial freezing does not fall under criminal law, the defendant's claim to the Sixth Amendment right to confront accusers does not apply,¹¹¹ nor does any other protection under criminal law.¹¹²

Following international standards, the Mexican administrative procedure for freezing assets is independent of criminal prosecution, and is carried out before an administrative official. As such, it is not a legal action brought before a judge.

The asset freezing measure is supplemental to a criminal process against a designated person or entity, but it is not conditional to the existence of such proceedings, according to fatf Recommendation 6.¹¹³ Consequently, the inclusion of any person or entity on the List of Blocked Persons and the resolution of the corresponding administrative procedure do not depend on the existence of criminal proceedings.

Under the relevant rules, the affected person or entity can file a claim before the fiu, where they explain the reasons their financial assets should be freed and submit the relevant evidence. Subsequently, the administrative authority has the discretionary power to decide on the case.

¹¹⁰ Grant Nichols, Note, *Repercussions and Recourse for Specially Designated Terrorist Organizations Acquitted of Materially Supporting Terrorism*, 28 REV. LITIG. 263, 272-74, 2008.

¹¹¹ Donohue, *supra* note 5, at 413.

¹¹² Cf. Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica" (B-32), art. 8 para 2, 22 January 1969. (Conversely the Inter-American Court of Human Rights has held that "regarding the determination of [the] rights and obligations of civil, labor, fiscal or any other nature by Article 8 does not specify any minimum guarantees as it does in paragraph 2 to refer criminal proceedings." However, the concept of fair trial also applies to these orders.) See also Exceptions to exhaustion of domestic remedies (art. 46.1, 46.2 and 46.2.b American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-11/90, Inter-Am. C.T. H.R. (ser. A) No. 11, ¶ 28 (Aug. 10, 1990); Paniagua Morales v. Guatemala, Merits, Judgment, Inter-Am. C.T. H.R. (ser. C) No. 37, ¶ 149 (Mar. 8, 1998); Constitutional Court v. Peru. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. C.T. H.R. (ser. C) No. 31, ¶ 70 (Jan. 31, 2001); Ivcher Bronstein v. Peru. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. C.T. H.R. (ser. C) No. 74, ¶ 136-37 (Feb. 6, 2001).

¹¹³ See *supra* note 32. Interpretative note to Recommendation 6, para. 2.

An important difference with the US legal system is that in the Mexican regime, an acquittal of the corresponding criminal proceedings would be sufficient to remove a designee from the List of Blocked Persons.

All in all, even though both systems have administrative procedures to review the execution of asset freezing, the consequences of an acquittal in a criminal process are different. In the U.S., the administrative procedure is continued, while in Mexico the procedure is ended.

Broadly, these are the main domestic legal concerns involving the freezing of assets in the context of the United States and Mexican legal systems. However, overseas, European courts have reached different determinations for similar concerns. These are discussed in the following section.

VI. BEYOND THE US AND MEXICAN SCOPE: THE EUROPEAN APPROACH

Given that neither the United States nor Mexico offers a clear and predictable solution to freezing assets procedure for the years to come, it should be noted that Mexican and US legal interpretations may be contrasted with other interpretative legal criteria, such as those from Western Europe.

In fact, several European courts have recognized the highly harmful potential of asset freezing. The main resolutions of the European courts on the issues at hand are presented below.

1. *The Use of Classified Information*

Concerning national security policy, the European Court of Human Rights has recognized that even when national security is at stake and the use of confidential information may be necessary, it does not mean that national authorities can declare that the case concerns national security and terrorism and be free from any review by national courts.¹¹⁴

Likewise, on the topic of secret evidence, the Court of First Instance of the European Communities (Seventh Chamber) in *People's Mojahedin Organization of Iran v Council* [2008] stated that the Council of the European Union is not entitled to base its decision to freeze funds on information

¹¹⁴ *Chahal v. The United Kingdom*, App. No. 22414/93, Eur. Ct. H.R., ¶ 131 (Nov. 15, 1996).

or material in a file communicated by a Member State if said Member State is not willing to authorize its communication to the Community judicature whose task it is to review the legality of that decision.¹¹⁵ This refusal put the Court in a position of being unable to review the lawfulness of the contested decision. Consequently, the Court concluded that, under such circumstances, the applicant's right to effective judicial protection had been infringed.¹¹⁶

2. *The Right to Be Heard*

Regarding rights of defense, in particular the right to be heard, in the joined cases of *Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission* [2008], the European Court of Justice asserted that this right had been infringed because the Council of the European Union neither communicated to the applicants the evidence used against them to justify the restrictive measures which had been imposed on them, nor afforded them the right to be informed of the evidence within a reasonable period after they were enacted. Consequently, the applicants had not been in a position to make their point of view heard in that respect.¹¹⁷

3. *Effective Judicial Review*

Similarly, with reference to the right to effective judicial review, in the *Kadi* case, the European Court of Justice asserted that its review of the validity of any Community measure concerning fundamental rights must be considered an expression of a constitutional guarantee stemming from the European Community Treaty, which was not to be prejudiced by an international agreement –namely the Charter of the United Nations.¹¹⁸

Likewise, the European Court of Justice held that the Community judicature must ensure a review of the lawfulness of all Community acts in the light of fundamental rights, including a review of Community measures

¹¹⁵ Case T-284/08, *People's Mojahedin Organization of Iran v. Council*, 2008 E.C.R. II-3487, para. 73.

¹¹⁶ *Id.* at para. 78.

¹¹⁷ *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, ECJ, ECLI:EU:C:2008:461, para. 348. *Aff'd T-85/09 (2010), Kadi v. European Commission*, ECLI:EU:T:2010:418, paras. 180-88.

¹¹⁸ *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P*, para. 316.

designed to give effect to the resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter of the United Nations.¹¹⁹ Accordingly, the European Court of Justice has stated that while the re-examination procedure carried out by the Sanctions Committee clearly failed to offer guarantees of effective judicial protection that must remain the case.

In particular, the European Court of Justice has asserted that the creation of a focal point and the Office of the Ombudsperson cannot be equated with the provision of an effective judicial procedure for the review of decisions made by the Sanctions Committee¹²⁰ given that: (1) the request is a matter of inter-governmental consultation; (2) the Sanctions Committee is not obligated to consider the views of the blocked person; and (3) there was no provision other than minimal access to the information on which the decision was based to include the petitioner on the list.¹²¹

In other words, the de-listing procedure is not independent and impartial since the accuser is also the judge. It is common that the nation requesting the listing is one of the members of the body deciding whether to list or de-list a person.¹²²

Therefore, the Court of Justice concluded that the applicants suffered an infringement of their right to effective judicial review because of the failure to inform the applicant of the evidence given against him and the inability to defend his rights regarding the evidence in question in satisfactory conditions before the Community judicature.¹²³

In short, while no other instance affords real access to judicial protection,¹²⁴ domestic European courts are rather concerned about providing minimal procedural safeguards in European Union courts.

4. *Infringement of Property Rights*

¹¹⁹ *Id.* para. 326.

¹²⁰ *Id.* paras 322-325.

¹²¹ Opinion of Advocate General Poirares Maduro, delivered on 16 January 2008, Case C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, para. 46.

¹²² *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, [2010] 1 FCR 267, 2009 FC 580 (CanLII), para 51; cited in *Her Majesty's Treasury v. Mohammed*, para. 69.

¹²³ *Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P*, para 349, *aff'd*, T-85/09 (2010), paras. 180-88.

¹²⁴ *Gutherie*, *supra* note 109, at 514 (the current review of listing decisions seems more political than legal).

In this regard, in the *Kadi* case, the European Court of Justice concluded that the applicants suffered from an infringement of their right to property, resulting from the freezing measures imposed under Regulation No 881/2002. This measure was adopted without providing any guarantee that would enable a designated person or entity to bring his case before the competent authorities. Such a general application and actual open-ended continuation of the restrictive measures constituted an unjustified far-reaching restriction of his peaceful enjoyment of property with potentially devastating consequences, even when arrangements are made for basic needs and expenses.¹²⁵

5. *The Right to Freedom of Movement*

In *Ahmed and Others*, the Supreme Court of the United Kingdom was of the opinion that designated persons were effectively ‘prisoners’ of the State as their freedom of movement was severely restricted without access to their funds and the effect of asset freezing on them and their families can be devastating.¹²⁶

VII. FINAL REMARKS. PREVENTING MONEY LAUNDERING AND FINANCING TERRORISM IN MEXICO: LEARNING FROM US AND EUROPEAN DOMESTIC FRAMEWORKS

The Mexican regime on financial asset freezing in the context of preventing money laundering and countering terrorist funding suffers from a lack or a reduction of civil liberties, which leaves the affected persons with a weak possibility to conduct a proper defense.

In Mexico, financial statutory laws and regulations do not afford sufficient due process protection when the corresponding administrative procedure fails to order a notice to be served even after the assets have been frozen. Furthermore, the administrative procedure is not focused on chal-

¹²⁵ Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, para. 366, aff'd, T-85/09 (2010), paras. 192-95.

¹²⁶ *Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and others; Her Majesty's Treasury v. Mohammed al-Ghabra; R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v. Her Majesty's Treasury*, [2010] UKSC 2, United Kingdom: Supreme Court, para. 104, 27 January 2010.

lenging the designation itself, but on correcting false positives. However, it is possible to grant more effective human rights protection without endangering measures to suppress terrorism and money laundering.

To better protect human rights in the Mexican legal system, some suggestions are:

1. The designated person or entity should be notified without delay after asset freezing has been executed so as to grant those affected a real opportunity to defend existing rights.

2. Mexican Secretariat of Finance should endeavor to serve notice of the reasons for listing the person, entity or group concerned. When this notification is not possible or in any other case, a notice should be published in the Federal Official Gazette to inform those concerned of the applicable procedures. These measures would not hinder the deployment of un resolutions or fatf recommendations or reduce their efficacy, considering their resolutions and list are publicly available. Yet, people would concurrently enjoy due process protection.

3. Since long-term freezing of assets might amount to a governmental act of deprivation under the Mexican legal system, specific time limits on the blocking of assets would lessen the hardship on civil rights. It also would provide the government with an incentive to present criminal charges quickly, start a civil procedure on the property deprivation, or to release the funds. Alternatively, to the extent that asset freezing could last indefinitely, a hearing before judicial courts should be granted.

4. Some rules or principles to guide the assessment of the requests to access frozen funds to pay the blocked person's defense expenses should be provided. It would avoid conflict of interest claims and mitigate the risk of the resulting decision being challenged as arbitrary, without any basis or against the law.

5. The List of Blocked Persons should be made public or, at least the section concerning un sanctions. This would not only allow better compliance of the Mexican government's international commitments, but also grant better protection of human rights to designees. Currently, the reasons to be added to the List of Blocked Persons include not only those blacklisted by the un sanction committees and other international organizations' lists, but also local criminal causes. Consequently, in order to not contaminate un sanction regimes and its requirements, the relevant procedures should be unambiguously separated from the cases containing local criminal causes.

VIII. ADDENDUM

Seven years after the amendment that introduced the administrative procedure for blocking bank accounts in the Mexican financial system, clients and users of financial services, particularly bank accounts, have experienced the ravages of account freezing. In addition, the judges have begun to assess the procedure and the threats to fundamental rights related to guarantees in the procedures for the limitation and deprivation of rights.

Some of the conclusions that were pointed out by this paper in 2017 were confirmed. Additionally, other arguments related to the invasion by the treasury authorities into crime investigation functions of the Public Prosecutor's Office were also raised.

It was confirmed that freezing bank accounts is a precautionary administrative measure for the protection of the financial system.¹²⁷ Such nature implies that freezing measures are provisional, accessory and summary. Consequently, the precautionary measures must be linked to a jurisdictional or administrative procedure.¹²⁸ The temporary nature obey to the absence of a final resolution. Under this argument, the Second Cabinet of the Mexican Supreme Court held that, the only valid reasons to carry out an account freeze is the compliance with: i) a resolution of an international organization (as the Security Council of the United Nations), or ii) the fulfillment of a bilateral or multilateral obligation assumed by the Mexican Government, where it would not be a transgression of the principles of due process.¹²⁹ As the bank account blockage for national causes is not followed by a

¹²⁷ COMPETENCIA PARA CONOCER DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO PROMOVIDO CONTRA LA ORDEN DE ASEGURAMIENTO Y BLOQUEO DE UNA CUENTA BANCARIA DICTADA POR EL TITULAR DE LA UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, SIN QUE PREVIAMENTE EXISTA UNA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. CORRESPONDE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. Pleno [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 5, jurisprudencia P./J. 1/2019 (10a.), Página 18 (Mex).

¹²⁸ MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA, Pleno [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VII, Marzo de 1998, jurisprudencia P./J. 21/98, Página 18 (Mex).

¹²⁹ ACTOS, OPERACIONES O SERVICIOS BANCARIOS. SU BLOQUEO ES CONSTITUCIONAL CUANDO SE REALIZA PARA CUMPLIR COMPROMISOS INTERNACIONALES (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 115 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO), Segunda Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima

procedure, be administrative or criminal, this blockage results in a transgression of the principles of due process. This reasoning partially supports our suggestion that after freezing assets, a formal criminal investigation¹³⁰ or civil property deprivation procedure¹³¹ must be followed. The preventative measure cannot last indefinitely by itself.

Similarly, it was confirmed that bank account freezing is a limitation of rights, since their provisional effects are subject to the result of an administrative or jurisdictional procedure.¹³² However, due to the imprecision of the temporality of the blockage, the issue would result rather in a private act.¹³³ Thus, granting guarantee of prior hearing is even more urgent.

Citizens who saw their bank accounts frozen argued that they were unaware of the specific reasons for the account freezing and were unaware of the nature of the procedure. What is more, the judges recognized that the blocked persons were in a defenseless situation. The unawareness of the reasons of bank account blockage led the judges themselves to consider it invalid reason to presume that the interruption of the measure would result in allowing operations related to illegal acts to be carried out.¹³⁴

Given the broad array of opinions, it can be seen that the measure has not been completely understood. Perhaps the judges do not really believe in threats of terrorism or real cases of money laundering given that

Época, Libro 54, Mayo de 2018, Tomo II, Jurisprudencia 2a./J. 46 /2018 (10a.), Página 1270 (Mex).

¹³⁰ See FATF and GAFILAT (2018), Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Mexico, Fourth Round Mutual Evaluation Report, FATF, ¶176 (Paris, January 2018) www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/mer-mexico-2018.html

¹³¹ The bill to modify the Credit Institutions Law, filed to the Lower House in February 2019, and reviewed by the Upper House in November 2020, proposes that, the Secretariat of Finance and Public Credit may promote the civil property deprivation procedure of the blocked resources in the administrative resolution that notify facts and legal grounds for the inclusion to the list of blocked people, and whether or not removal is possible. See Bill that adds Chapter IV Bis of Title Five of the Credit Institutions Law, pages 7, 9 and 11, at http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2019/02/asun_3812554_20190214_1550154789.pdf.

¹³² See *supra* note 129.

¹³³ Amparo en revisión 1214/2016, Primera Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], Página 129 (Mex).

¹³⁴ SUSPENSIÓN PROVISIONAL. REGLAS PARA SU OTORGAMIENTO CUANDO EL ACTO RECLAMADO SEA EL BLOQUEO DE CUENTAS BANCARIAS ATRIBUIDO A LA UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Segunda Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 66, Mayo de 2019, Tomo II, Jurisprudencia 2a./J. 87/2019 (10a.), Página 1537 (Mex).

judges had granted orders to interrupt the freezing measures¹³⁵, which in real cases of terrorism funding or money laundering it would invalidate the crime prevention system.

In brief, the contested statutory law, article 115, paragraph ninth, of the Credit Institutions Law, that provides for bank account freezing must provide for a procedure by which the affected persons are informed of the said blockage, for how long and under what conditions the blockage will prevail. It must regulate the hearing, remedies and duration parameters. This amendment would cover both purposes, to grant more effective due process protection and strengthen measures to suppress terrorism and money laundering.

¹³⁵ Amparo en revisión 1214/2016, Primera Sala [S.C.J.N.] [Supreme Court], Página 131 (Mex).

Aproximaciones al derecho de los Estados Unidos visto desde México, coeditado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Escuela Libre de Derecho de Sinaloa, se publicó en versión digital el 15 de octubre de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.