



TEJA

TRIBUNAL FEDERAL
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Praxis

de la
Justicia Fiscal y
Administrativa

Revista de Investigación Jurídica

Revista Núm 34

julio-diciembre de 2023

- ▶ Juan Carlos REYES TORRES y
Brenda SEGURA GARCÍA
- ▶ Eduardo Alberto HERRERA MONTES y
Alberto HERRERA PÉREZ
- ▶ Noé A. RIANDE JUÁREZ
- ▶ Mario RODRÍGUEZ JUNCO
- ▶ Pedro Alejandro FERRAL CID
- ▶ Abel Eliú ESCAMILLA LUGO
- ▶ Blanca Estela MONTES DE OCA ROMERO
- ▶ Cristian Gerardo VELÁZQUEZ TESTAS
- ▶ Sergio Alonso RODRÍGUEZ
- ▶ Jesús ZÚÑIGA GONZÁLEZ
- ▶ Juan Martin VOCOS CONESA



Centro de Estudios
Superiores en materia
de Derecho Fiscal y
Administrativo

"Por una Cultura Fiscal y Administrativa
al Servicio de la Justicia"



TFJA

TRIBUNAL FEDERAL
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Directorio

Mag. Guillermo Valls Esponda

Presidente del
Tribunal Federal de Justicia Administrativa

JUNTA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

Mag. Guillermo Valls Esponda

Mag. Magda Zulema Mosri Gutiérrez

Mag. Hortensia García Salgado

Mag. Jorge Octavio Gutiérrez Vargas

Comité Editorial Externo

Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa

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

Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo

Dr. Guillermo E. González Medina

Director General

Mtro. Mauricio Estrada Avilés

Director de Difusión

LDG Dulce María Castro Robelo

Subdirectora de Diseño

Lic. Angélica Montserrat Alvarado Ventura

Apoyo de Servicios Administrativos

Lic. Stephany Janet Martínez Carrillo

Técnica Administrativa

Porcentaje de trabajos rechazados

Para este número fueron rechazados el 9% de los trabajos presentados.

2023

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

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

ISSN: 2007-3755

Contenido

Derecho Administrativo

Sistema Nacional Anticorrupción, un corte de caja.....	7
<i>Juan Carlos Reyes Torres y Brenda Segura García</i>	
Las Leyes de responsabilidades de los servidores públicos en México (Revisión histórico-crítica).....	25
<i>Eduardo Alberto Herrera Montes y Alberto Herrera Pérez</i>	
La regulación jurídica de los vehículos autónomos.....	127
<i>Noé A. Riande Juárez</i>	
El agente aduanal y la cancelación de su patente por la omisión del aviso automático de exportación: ¿una vulneración al principio de legalidad?	157
<i>Mario Rodríguez Junco</i>	

Derecho Fiscal

Análisis del Amparo Directo en Revisión 2666/2020 como precedente judicial sobre el derecho de las víctimas a la reparación del daño y su aplicación en materia fiscal	193
<i>Pedro Alejandro Ferral Cid</i>	
¿Son las resoluciones expedidas por la autoridad fiscal en materia de reparto de utilidades competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa?	207
<i>Abel Eliú Escamilla Lugo</i>	
Acciones para combatir la erosión y la base impositiva, como lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios fiscales	229
<i>Blanca Estela Montes De Oca Romero</i>	

Justicia Administrativa

La importancia de los estándares probatorios ante las “presunciones” empleadas como parte de la motivación de las resoluciones administrativas dentro de la legislación mexicana..... 325

Cristian Gerardo Velázquez Testas

Derecho Constitucional

A 220 años de *Marbury v. Madison*: la relevancia del contrapeso judicial en un Estado de derecho..... 367

Sergio Alonso Rodríguez

Artículo de Opinión

El principio de extrafiscalidad en el gasto público 385

Jesús Zúñiga González

La “acción de lesividad” en la Argentina 395

Juan Martin Vocos Conesa

Sistema Nacional Anticorrupción, un corte de caja

Juan Carlos REYES TORRES¹ y Brenda SEGURA GARCÍA²

“El varón prudente es también moderado; el que es moderado es constante, el que es constante es imperturbable, el que es imperturbable carece de tristeza, quien carece de tristeza es feliz; luego el varón prudente es feliz y la prudencia basta para la felicidad.”

*Lucio Anneo Séneca
Epístolas morales a Lucilo*

Sumario

I. *Antecedentes.* II. *La corrupción.* III. *Sistema Nacional Anticorrupción.*
IV. *Ley General de Responsabilidades Administrativas.*

Resumen

El 27 de mayo de 2015, se reformó el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dio origen al Sistema Nacional Anticorrupción, cuyas leyes secundarias se publicaron el 18 de julio de 2016.

El objeto del presente ensayo es proponer las reformas legislativas que permitan

Abstract

On May 27, 2015, the Fourth Title of the Political Constitution of the United Mexican States was amended, which gave rise to the National Anti-Corruption System, whose secondary laws were published on July 18, 2016.

The purpose of this essay is to propose legislative reforms that allow the various

¹ Abogado egresado de la Universidad Iberoamericana, realizó estudios de Ciencia Política y Administración Pública en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de Teoría del Estado. Autor de “Autonomía de los Pueblos Indígenas”. Magistrado Federal y editorialista en El Universal.

² Abogada egresada de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ganadora de la distinción al mérito universitario, Medalla Gabino Barreda. Secretaria de Acuerdos del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

a los diversos órganos jurisdiccionales que conocen la ejecución de la Ley General de Responsabilidades Administrativas conservar su eficacia y aumentar su efectividad, al amparo de los requerimientos y exigencias que día a día se están presentando ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Palabras Clave

Responsabilidad administrativa. Servidores Públicos. Corrupción. Procedimiento administrativo sancionador. Faltas administrativas graves y no graves.

jurisdictional bodies that know the execution of the General Law of Administrative Responsibilities to preserve its effectiveness and increase its effectiveness, under the protection of the requirements and demands that are being presented day by day. before the competent courts.

Key Words

Administrative responsibility. Public servers. Corruption. Sanctioning administrative procedure. Serious and non-serious administrative offenses.

I. ANTECEDENTES

Nuestro país desde el periodo colonial enfrenta el flagelo de la corrupción, particularmente aquella que tiene que ver con la función pública, por lo que cuenta con diversos ordenamientos jurídicos que norman la conducta de la actuación de los servidores públicos en la prestación del servicio público, y a modo de revisión histórica, podemos decir que el año de 1982 representa un hito en esta materia, dado que el entonces Presidente de la República, Miguel de la Madrid Hurtado en observancia a sus postulados de campaña electoral de “*Renovación Moral de la Sociedad*”, impulsó importantes reformas constitucionales y legales, con lo cual quedó estructurado el actual sistema de responsabilidades de los servidores públicos.

Así, el 2 de diciembre de 1982, al inicio de su gobierno, el presidente Miguel de la Madrid Hurtado envió al Senado de la República la iniciativa de reforma al Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, integrado por los Artículos 108 a 114, estableciéndose un sistema *tetra partita* de responsabilidad de los servidores públicos –*responsabilidad civil, penal, administrativa y política*– que buscaba prevenir y sancionar la inmoralidad y la corrupción.

Cabe decir que, el Título Cuarto de la Constitución Política de 1917, ha sufrido diversas reformas en materia de regulación de responsabilidades de

los servidores públicos, habiéndose emitido, por consiguiente, las reformas siguientes:

- a) La primera reforma importante fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982, en la que se establecieron nuevas reglas en materia de responsabilidades de los servidores públicos, se regularon los procedimientos de juicio político y de declaración de procedencia penal y se fijaron las bases para la expedición de las leyes secundarias de responsabilidades de los servidores públicos y de responsabilidades administrativas de los mismos.
- b) El 14 de junio de 2002, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el *DECRETO por el que se aprueba el diverso por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, incorporándose la figura de responsabilidad patrimonial del Estado, estableciéndose que los particulares tendrán derecho a una indemnización cuando se les causare un daño con motivo de la actividad administrativa irregular del Estado.
- c) La tercera reforma al Título Cuarto constitucional se denomina actualmente: “De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción y Patrimonial del Estado”; según *DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, la cual dio base al Sistema Nacional Anticorrupción y sus siete leyes reglamentarias, en la cual se previó la responsabilidad administrativa tanto de servidores públicos como de particulares vinculados con la comisión de dichas faltas administrativas.

Las anteriores reformas evidencian que, para el Estado mexicano, el problema del combate a la corrupción y a la impunidad ha sido una preocupación constante, dado que se ha reconocido a la corrupción como un lastre que lastima a la sociedad e inhibe la inversión, que debe regularse y así lo ha hecho a

través de reformas de diversos ordenamientos legales en los últimos treinta y cinco años.

El actual Estado Constitucional de Derecho exige, *prima facie*, una normatividad ética jurídica que sirva de marco a la conducta de los servidores públicos y de los particulares que desempeñan un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, incluso estatal y municipal.

Se trata de una necesidad normativa axiológica de la mayor importancia, porque son los servidores públicos, los que en el desempeño de sus funciones actúan siempre en beneficio inmediato de la actividad integral del Estado, que requiere no sólo de preparación y conocimientos en el ámbito técnico, sino de un comportamiento sujeto a un escrupuloso escrutinio.

La teleología del régimen jurídico relativo a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, es la preservación de la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de las funciones, empleos, cargos y comisiones de dichos servidores, en beneficio inmediato de la actividad integral del Estado.

II. LA CORRUPCIÓN

El Diccionario de la Real Academia Española señala que, el vocablo “corrupción”, proviene del latín *corruptio*, *-ōnis*, cuyo significado, en sentido *lato*, puede entenderse como la acción y efecto de corromper o corromperse.

La corrupción significa, de manera gradual e *in crescendo*, la destrucción de la vida institucional, el desprecio por la legalidad y el triunfo de la ilegitimidad y de la inmoralidad, en este sentido, dada la extensión y la profundidad alcanzadas por la corrupción en nuestro país, no sería una exageración afirmar que estamos frente a un peligro para la seguridad nacional³.

Una sociedad corrupta no puede ser sino una sociedad en estado de descomposición y, por consiguiente, se trata de una sociedad injusta, que socava la democracia y el Estado de Derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona la actividad económica, menoscaba la calidad de vida de los go-

³ Tomasini, Bassols, Alejandro, “Reflexiones sobre la corrupción en México”, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, p. 1. <http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/Corrupcion.pdf>.

bernados y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana⁴.

El fenómeno de la corrupción en México, se ha ido manifestando y traduciendo en oneroso endeudamiento de estados y municipios, licitaciones amañadas, concesiones pactadas, sindicatos opacos, aduanas ineficientes y un conjunto de leyes laxas⁵, entre otros.

Cabe resaltar que, sobre el tema, el Estado mexicano ha suscrito diversas convenciones internacionales, que conforme al Artículo 133 constitucional, revisiten la naturaleza de vinculatorias, se trata de la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE); la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Organización de Estados Americanos (OEA); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC).

Asimismo, se estima importante señalar que las organizaciones no gubernamentales, Transparencia Internacional y Transparencia Mexicana, presentaron en la edición 2022 el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), en donde se precisó que, por tercer año consecutivo, México mantuvo la misma calificación en el IPC: 31 puntos. La escala del índice va de cero, la peor calificación, a 100, la mejor calificación posible. Con 31 puntos, México se ubica en la posición 126 de los 180 países evaluados por Transparencia Internacional, lo cual pone de manifiesto la necesidad de enfatizar el combate a dicho problema.

III. SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Como consecuencia de los escándalos derivados de la Casa Blanca, la sociedad civil, intelectuales y periodistas presionaron al gobierno y al Congreso para actuar frontalmente en el combate a la corrupción.

Así, el 27 de mayo de 2015, se reformó el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dio origen al Sistema Nacional Anti-

⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", Nueva York, Naciones Unidas, 2004, https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

⁵ DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción, p. 3, http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/257_DOF_27may15.pdf.

corrupción (SNA) y su estructura orgánica, cuyas leyes secundarias se publicaron el 18 de julio de 2016; el aludido Sistema configura la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos, tanto de servidores públicos como de particulares⁶.

El esquema que se diseñó y construyó es un mecanismo articulado y estructurado que incorpora a las instancias responsables y especializadas en el Estado mexicano en tareas de fiscalización, rendición de cuentas, transparencia, acceso a la información y acceso de datos personales, al responsable del control interno del Gobierno Federal, al responsable de investigar y perseguir los delitos relacionados con actos de corrupción; a la sociedad civil; al Poder Judicial de la Federación y al Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que es el responsable de sancionar las faltas administrativas graves previstas en dicha Ley⁷.

El Sistema Nacional Anticorrupción está integrado por el Comité Coordinador; el Comité de Participación Ciudadana; el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y los Sistemas Locales⁸.

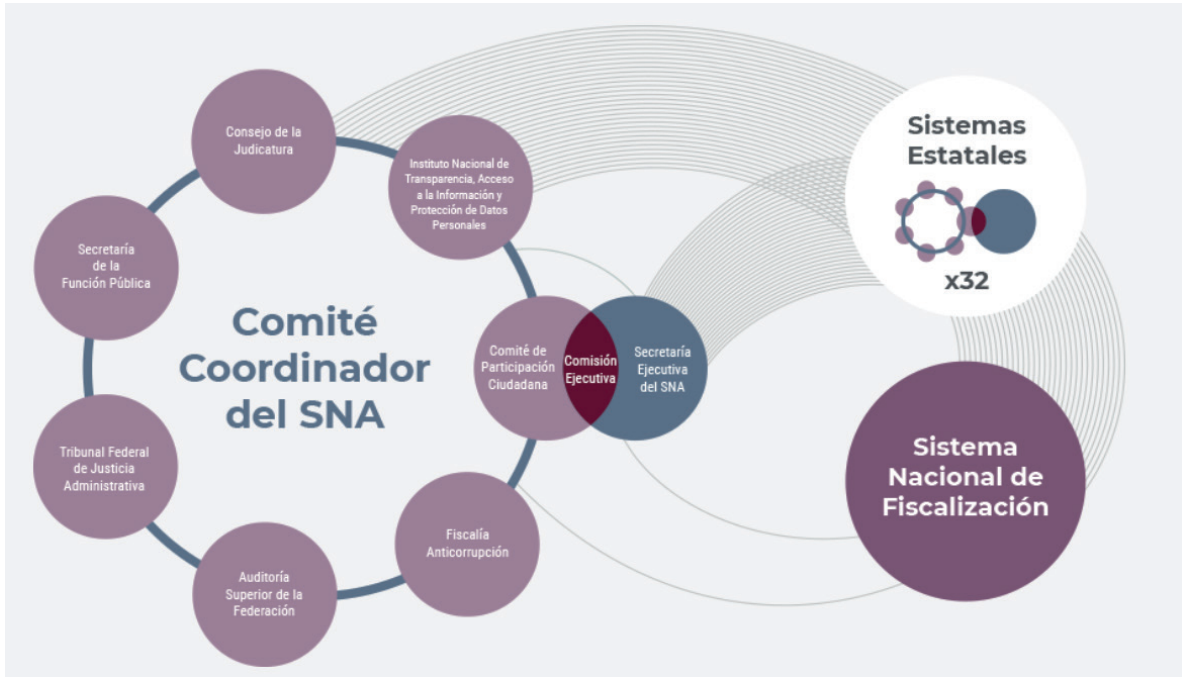
A su vez, el Comité Coordinador está integrado por un representante del Comité de Participación Ciudadana; el titular de la Auditoría Superior de la Federación; el titular de la Fiscalía Especializada en materia de Combate a la Corrupción; el titular de la Secretaría de la Función Pública; un representante del Consejo de la Judicatura Federal; el Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y el Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

⁶ Los mexicanos no confiarán en el SNA hasta que las autoridades estén dispuestas a investigar, perseguir y castigar los actos de corrupción, como el soborno, el lavado de dinero, nepotismo, conflicto de intereses y moches, reveló el reporte "Descifrando la Corrupción" realizado por el Laboratorio Ethos de Políticas Públicas, publicado el 24 de mayo de 2017, en el Periódico "El Economista".

Asimismo, destacó que las instituciones percibidas como más corruptas son: policías; gobierno federal; diputados y senadores; gobiernos municipales; Ministerio Público; Institutos Electorales; jueces y magistrados.

⁷ *Op. cit.*

⁸ Artículo 7 de la Ley del Sistema Nacional Anticorrupción.



⁹ Cuadro informativo

De lo anterior, resalta la participación del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en el seno del Comité Coordinador que, a su vez, integra el Sistema Nacional Anticorrupción.

IV. LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

Con motivo de la constitución del Sistema Nacional Anticorrupción, y a efecto de decantar su regulación secundaria, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, la cual entró en vigor al año siguiente, de conformidad con el Artículo Primero Transitorio del referido ordenamiento legal, en cuyo precepto 1o. se previó que el objeto de la aludida legislación era el distribuir competencias entre los órganos de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves.

Asimismo, dicha disposición normativa distingue entre autoridades investigadoras, substanciadoras, resolutoras o sancionadoras, define las faltas administrati-

⁹ Cuadro obtenido de la página oficial del Sistema Nacional Anticorrupción.

vas *no graves*, faltas administrativas *graves*, y *faltas de particulares* vinculados con las faltas administrativas graves; establece los principios y obligaciones que rigen la actuación de los servidores públicos; establece las sanciones por la comisión de las referidas faltas administrativas; determina los mecanismos para la prevención, corrección e investigación de responsabilidades administrativas, y crea las bases para que todo ente público establezca políticas eficaces sobre ética pública y responsabilidad en el servicio público.

Es importante precisar que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, como parte integrante del Sistema Nacional Anticorrupción, desde el año 2017, con la entrada en vigor de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, comenzó a ejercer su competencia como autoridad resolutora, y para ello transformó una de sus Salas Regionales Metropolitanas como Sala Auxiliar que conocería de las sanciones por las faltas administrativas graves previstas en dicha Ley; esta Sala actualmente se denomina Sala Auxiliar en Materia de Responsabilidades Administrativas Graves y Segunda Sala Auxiliar¹⁰.

Se destaca que la Sala Auxiliar en Materia de Responsabilidades Administrativas Graves y Segunda Sala Auxiliar del Tribunal Federal de Justicia Administrativa lleva realizando su función sancionadora respecto de las faltas administrativas graves y los hechos de corrupción ya por seis años y, por ende, en ese tiempo, quienes integran la referida Sala pueden darse cuenta de lo eficaz que ha sido la aplicación fáctica de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, así como de sus deficiencias, lagunas normativas y de sus aciertos legislativos.

En tal virtud, el objeto del presente ensayo es proponer las reformas legislativas que permitan a los diversos órganos jurisdiccionales que conocen la ejecución de la Ley General de Responsabilidades Administrativas conservar su eficacia y aumentar su efectividad, al amparo de los requerimientos y exigencias que día a día se han presentado en el ejercicio de la función de la Sala como Sala Auxiliar en Materia de Responsabilidades Administrativas Graves, dado que es un hecho que el Derecho se transforma con la realidad social y las exigencias de esta, para no ser un permanente obstáculo al cambio social.

¹⁰ Acuerdo SS/10/2017, "POR EL QUE SE ADICIONA EL ARTÍCULO 9-BIS, LA FRACCIÓN VI AL ARTÍCULO 23, Y LA FRACCIÓN X AL ARTÍCULO 23-BIS, TODOS DEL REGLAMENTO INTERIOR DE ESTE TRIBUNAL" emitido por el Pleno General del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, de fecha doce de julio de dos mil diecisiete.

En esa guisa, en primer lugar, se considera un gran acierto que en el nuevo procedimiento de responsabilidades administrativas se contemplen diversas etapas a cargo de distintas autoridades a efecto de garantizar el principio de imparcialidad judicial que deriva del Artículo 20, apartado A, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹¹, principio constitucional que se encuentra previsto también en el Artículo 115 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas¹².

¹¹ Tesis 1a. XV/2023, *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, que prevé: PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. DEBE REGIR DE MANERA ESTRICTA EN TODAS LAS ETAPAS DEL PROCESO EN SUS DOS VERTIENTES, SUBJETIVA Y OBJETIVA. Hechos: Una persona fue privada de su libertad y, seguido el procedimiento penal correspondiente, se consideró a diversos sujetos penalmente responsables por la comisión del delito de secuestro agravado. De la apelación interpuesta por los inculpados contra la sentencia definitiva conoció el Tribunal Unitario que previamente también había resuelto la apelación contra el auto de vinculación a proceso. El Tribunal Unitario confirmó la sentencia de primera instancia. Los sentenciados promovieron juicio de amparo y reclamaron que se violó en su perjuicio el principio de imparcialidad que debe regir en todo proceso penal, debido a que el Tribunal Unitario de apelación tenía conocimiento previo del asunto. Se les negó la protección constitucional. Los quejosos interpusieron entonces recurso de revisión en donde solicitaron definir los alcances de la garantía de imparcialidad en el proceso penal acusatorio. Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que tanto en la primera como en la segunda instancias del proceso penal debe regir el principio de imparcialidad del juzgador en sus dos vertientes: subjetiva y objetiva. La dimensión subjetiva se refiere a la posición de un juzgador en particular frente a un caso por su personal situación frente al mismo, mientras que la dimensión objetiva está encaminada a asegurar que existan suficientes garantías para excluir cualquier duda razonable sobre la apariencia de imparcialidad del juzgador. Ahora bien, la aplicación de este principio debe tratarse de manera estricta porque no admite niveles de graduación; es decir, los juzgadores no pueden ser medianamente parciales o imparciales, sino que se trata de una cuestión inelástica o dicotómica, y con base en dichos lineamientos debe observarse en todas las instancias del proceso penal. Justificación: El principio de imparcialidad debe regir en todas las etapas del proceso penal como una máxima inflexible, es decir, como un principio de aplicación estricta, pues atribuirle un carácter contrario implicaría admitir que en algunos casos y bajo determinadas circunstancias, la resolución del juicio podría quedar sujeta a las inclinaciones personales del Juez o del tribunal o a las determinaciones hechas con base en el conocimiento previo del asunto. Sin duda, este parámetro es exigible en ambas instancias, pues no hay razón alguna para distinguir el nivel o grado de imparcialidad que deben tener los juzgadores que conozcan de primera mano las cuestiones a decidir, como quienes las revisan.

Esta tesis se publicó el viernes 16 de junio de 2023 a las 10:22 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

¹² Artículo 115. La autoridad a quien se encomiende la substanciación y, en su caso, resolución del procedimiento de responsabilidad administrativa, deberá ser distinto de aquél o aquellos encargados de la investigación. Para tal efecto, las Secretarías, los Órganos internos de control, la Auditoría Superior, las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas, así como las unidades de responsabilidades de las empresas productivas del Estado, contarán con

Es decir, se considera un acierto que el nuevo procedimiento de responsabilidades administrativas graves se encuentre conformado por las etapas de investigación, de sustanciación y de resolución, que están a cargo de una autoridad investigadora, una autoridad substanciadora y de una autoridad resolutora, respectivamente, dado que ello, *per se*, garantiza la imparcialidad en las gestiones de investigación, de las actuaciones que dirigen y conducen el procedimiento de responsabilidades y de la imposición de las sanciones respectivas.

Toda obra humana es falible y evaluable, todo sistema es perfectible a la luz de la realidad social, por eso se considera prudente proponer una reforma a la citada Ley General de Responsabilidades Administrativas, específicamente en lo relativo a la etapa de investigación que se encuentra a cargo de las Secretarías, particularmente de los Órganos Internos de Control, la Auditoría Superior de la Federación y las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas, así como las unidades de responsabilidades de las Empresas productivas del Estado, según la fracción II del Artículo 3o. de la Ley General de Responsabilidades Administrativas¹³.

Esto es así, dado que la etapa de investigación es crucial y fundamental para atacar de raíz los lastres de la corrupción, dado que, es en dicha etapa en donde se recaban todos los medios probatorios, indicios, y en general todos los elementos necesarios para sostener la imputación en contra del algún presunto responsable, ya sea servidor público o particular vinculado.

En ese tenor, las autoridades investigadoras tienen la carga de la prueba para demostrar la veracidad sobre los hechos que demuestren la existencia de faltas administrativas, así como la responsabilidad de aquellos a quienes se imputen las mismas¹⁴.

la estructura orgánica necesaria para realizar las funciones correspondientes a las autoridades investigadoras y substanciadoras, y garantizarán la independencia entre ambas en el ejercicio de sus funciones.

¹³ Artículo 3o. Para efectos de esta Ley se entenderá por:

...

II. Autoridad investigadora: La autoridad en las Secretarías, los Órganos internos de control, la Auditoría Superior de la Federación y las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas, así como las unidades de responsabilidades de las Empresas productivas del Estado, encargada de la investigación de Faltas administrativas.

¹⁴ LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS.

Artículo 135. Toda persona señalada como responsable de una falta administrativa tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se demuestre, más allá de toda duda razonable,

Por ende, si en dicha etapa de investigación, por algún acto de descuido, incapacidad, negligencia, omisión voluntaria o corrupción por parte de la autoridad investigadora no se recaban los elementos de convicción necesarios, idóneos y suficientes para sostener una adecuada imputación, entonces, tarde o temprano queda impune una conducta irregular que, de haberse recabado los medios probatorios idóneos, pertinentes y suficientes y, de haberse realizado adecuadamente las gestiones de investigación, ello hubiese culminado en la imposición de una sanción.

Por ende, se considera oportuno y fundamental poner especial atención en las funciones de la autoridad investigadora y en el ente a quien se le confiere tan importante tarea, dado que, sin una adecuada función investigadora que acredite la veracidad sobre los hechos que demuestren la existencia de faltas administrativas, así como la responsabilidad de aquellos a quienes se imputen las faltas administrativas, se pone en riesgo el combate a la corrupción, con conductas que quedan impunes debido a una inadecuada imputación.

Ahora bien, en labor diaria que realiza la Sala Auxiliar en Materia de Responsabilidades Administrativas Graves y Segunda Sala Auxiliar, se observa que en diversas ocasiones, la autoridad investigadora, en los Informes de Presunta Responsabilidad Administrativa respectivos, se formula una deficiente imputación, ya sea sin describir cronológica y pormenorizadamente los hechos relacionados con alguna de las faltas administrativas, sin exponer de forma documentada las pruebas correspondientes o sin precisar los fundamentos y motivos de la presunta responsabilidad del servidor público o del particular vinculado, lo cual, genera que, en la etapa de resolución, aun y cuando de las constancias que obran en autos se pudiera presumir la existencia de faltas administrativas graves, la Sala resolutora se ve impedida para sancionar la presunta conducta irregular, dado que, la imputación efectuada por la autoridad investigadora es deficiente, aunado a que la Sala se encuentra impedida para perfeccionar el actuar de la autoridad investigadora.

su culpabilidad. Las autoridades investigadoras tendrán la carga de la prueba para demostrar la veracidad sobre los hechos que demuestren la existencia de tales faltas, así como la responsabilidad de aquellos a quienes se imputen las mismas. Quienes sean señalados como presuntos responsables de una falta administrativa no estarán obligados a confesar su responsabilidad, ni a declarar en su contra, por lo que su silencio no deberá ser considerado como prueba o indicio de su responsabilidad en la comisión de los hechos que se le imputan.

Es importante señalar que, a pesar de que la Ley General de Responsabilidades Administrativas actualmente prevé en su Artículo 142¹⁵ que las autoridades resolutoras del asunto podrán ordenar la realización de diligencias para mejor proveer, disponiendo la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que resulte pertinente para el conocimiento de los hechos relacionados con la existencia de la falta administrativa y la responsabilidad de quien la hubiera cometido, ello no significa que la autoridad resolutora pueda ordenar que la autoridad investigadora realice las gestiones de investigación deficientes o no realizadas, puesto que, el referido numeral únicamente prevé que las diligencias para mejor proveer son únicamente respecto de las probanzas, no así de las gestiones de investigación, dado que el referido numeral precisa expresamente que las diligencias para mejor proveer no significan que se entienda abierta de nuevo la investigación.

Consecuentemente, se puede afirmar que la etapa de investigación es, sin duda, la etapa fundamental dentro del procedimiento de responsabilidades administrativas, dado que esta es la base que sostendrá todo el procedimiento incoado en contra de un presunto responsable hasta su conclusión final.

Una primera reforma que proponemos es dotar al Tribunal Federal de Justicia Administrativa de facultades y atribuciones para instruir a los Órganos Internos de Control para reabrir la investigación, a efecto de satisfacer todos los supuestos y dudas que al respecto puedan llegar a tener los Magistrados Instructores.

Cabe hacer mención que en la labor cotidiana de la Sala Auxiliar dentro de los últimos seis años se advierte que, la gran mayoría de los asuntos que son investigados y posteriormente remitidos a esa Sala para imponer las sanciones correspondientes, es respecto de servidores públicos de niveles jerárquicos inferiores, es decir, personal operativo, no se aprecia que se investigue a servidores públicos de mando dentro de la Administración Pública Federal, lo cual lleva a su-

¹⁵ Artículo 142. Las autoridades resolutoras del asunto podrán ordenar la realización de diligencias para mejor proveer, sin que por ello se entienda abierta de nuevo la investigación, disponiendo la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que resulte pertinente para el conocimiento de los hechos relacionados con la existencia de la Falta administrativa y la responsabilidad de quien la hubiera cometido. Con las pruebas que se alleguen al procedimiento derivadas de diligencias para mejor proveer se dará vista a las partes por el término de tres días para que manifiesten lo que a su derecho convenga, pudiendo ser objetadas en cuanto a su alcance y valor probatorio en la vía incidental.

poner que, probablemente, la Ley General de Responsabilidades Administrativas no está siendo del todo eficaz en su aplicación y diseño con la totalidad de las personas servidoras públicas sujetas a dicha disposición.

Ante tal escenario, se propone legislar mecanismos que fortalezcan la etapa de investigación para garantizar que no queden imputen las conductas reprochables a causa de alguna acción ya sea intencionada o negligente de la autoridad investigadora, además de crear mecanismos a efecto de que, en la *praxis*, el destinatario de la norma no sea únicamente el servidor público de menor jerarquía.

En esa virtud, en primer lugar, se considera importante reflexionar que actualmente la tarea de la investigación de las presuntas faltas administrativas graves se encuentra a cargo de los Órganos Internos de Control de la Administración Pública Federal, los cuales pertenece al Poder Ejecutivo Federal, situación que nos lleva a pensar que, si la propia Administración Pública se investiga a sí misma, esto propicia una de las principales causas por las cuales se estarían suscitando las problemáticas que se describen en el presente texto.

Es decir, si la propia Administración Pública Federal perteneciente al Poder Ejecutivo se investiga y sanciona a sí misma, entonces, con ello, ¿el propio sistema mexicano no está transgrediendo el principio de imparcialidad que podría culminar en la falta de investigación de conductas cometidas dentro de la Administración Pública?

Asimismo, se considera válido formular la pregunta: ¿Es pertinente que las facultades de investigación estén a cargo de un poder distinto al Ejecutivo Federal para garantizar un contrapeso?

Apreciamos que el cuestionamiento planteado es válido y urgente, puesto que, se insiste, esta es la principal problemática a la que se ha enfrentado la Sala Auxiliar en los últimos seis años, en virtud de que, en la mayoría de asuntos que se resuelven no se desprende la comisión de una falta administrativa, esto es, en aquellos asuntos en los que la autoridad investigadora no formula una adecuada imputación fundada y motivadamente dentro del Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, no ofrece pruebas en el momento procesal oportuno, o las pruebas ofrecidas no son idóneas, o bien, no se exponen las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos que pudieran dar lugar a la constitución de faltas administrativas. Dejando opaca a la justicia en su ánimo sancionatorio de acción de ilegalidad y corrupción.

Lo cual, a estas alturas de la operación del Sistema Nacional Anticorrupción resulta inverosímil si tomamos en cuenta que, la única función que realizan las autoridades investigadoras es, precisamente, investigar e integrar todos los elementos de convicción necesarios y suficientes para sostener las imputaciones correspondientes, dado que, se reitera, la autoridad investigadora es la única autoridad que tiene la carga de la prueba para demostrar la veracidad sobre los hechos que demuestren la existencia de faltas administrativas, así como la responsabilidad de aquellos a quienes se imputen las mismas.

Además, debemos recordar algunos de los principios que rigen el servicio público como son los de legalidad, profesionalismo, imparcialidad, eficacia y eficiencia¹⁶; se espera que las personas servidoras públicas que integran *a la autoridad investigadora* sean personas suficientemente preparadas y capacitadas para realizar adecuadamente su función, por lo que, resulta inconcebible que la autoridad cuya única función es integrar la investigación de las presuntas faltas administrativas no lo realice de una manera adecuada y que tenga desaciertos crasos e insólitos, como los de no ofrecer pruebas idóneas dentro del Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa o que no precise la narración lógica y cronológica de los hechos que dieron lugar a la comisión de la presunta falta administrativa, por lo que, se podría llegar a sospechar que se trata de presuntos actos de corrupción dentro de la etapa de investigación.

Esta problemática ya había sido objeto de debate camaral en la exposición de motivos de la reforma de fechas 3 de septiembre de 2015 y 5 de abril de 2016 en la Cámara de Senadores, que fue la Cámara de Origen en la cual se presentó la iniciativa de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, en donde se había vislumbrado la posibilidad de que los actos de corrupción podrían surgir directamente dentro de la etapa de investigación, en el proceso de instrucción o bien en la etapa de resolución del procedimiento de responsabilidades. Lo cual, a la fecha actual ya es una realidad que anuncia imperativamente la necesidad de

¹⁶ LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS.

Artículo 7o. Los Servidores Públicos observarán en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público. Para la efectiva aplicación de dichos principios, los Servidores Públicos observarán las siguientes directrices...

ser combatida. Se transcribe la parte conducente de la referida exposición de motivos, a saber:

...

Artículo 99. Será considerado delito grave mentir a las autoridades investigadoras en esta y cualquier etapa del proceso. Esta disposición es aplicable para los testigos, abogados, peritos, servidores públicos que forman parte de la autoridad investigadora, y para cualquier persona que intervenga directamente en la investigación o el proceso de instrucción.

SENADOR FERNANDO HERRERA ÁVILA Coordinador del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional en el Senado de la República, México, Distrito Federal, a los 25 días del mes de agosto de 2015.

CÁMARA DE ORIGEN: SENADORES

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, México, D.F., jueves 3 de septiembre de 2015.

7. INICIATIVA DE SENADORES (DIVERSOS GRUPOS PARLAMENTARIOS)

Gaceta No. LXII/1PPO-2/57359

...

F) Obstrucción de la justicia. La corrupción no sólo se da en los tipos antes mencionados, es posible que se presente en las etapas de investigación, juicio o sanción con motivo de procedimientos de responsabilidad, comprendiendo las siguientes conductas:

...

e) De cualquier forma evite que se desarrolle el procedimiento sancionador establecido en esta ley; o evite, retrase u obstaculice de cualquier forma el cumplimiento de las sanciones que se determinen;

...

- Personas: o Servidor Público con poder para impedir el inicio de un procedimiento de investigación, o manipular alguna de sus etapas, hasta la resolución y su ejecución.

...

CÁMARA DE ORIGEN: SENADORES, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Ciudad de México, martes 5 de abril de 2016. 14. INICIATIVA DE SENADOR (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI) Gaceta No. LXII/1SPO-117/61735.

[Énfasis añadido]

Por esa razón, se propone en primer lugar, poner el foco de atención en una autoridad investigadora eficaz que no pertenezca al Poder Ejecutivo, con amplia

experiencia en la materia y que tenga las capacidades necesarias para ejercer las funciones de investigación que exige la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

La Secretaría de la Función Pública debe extinguirse y constituirse en una Dirección General de Evaluación de la Función Pública, dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En ese orden de ideas, se considera a la Auditoría Superior de la Federación, como la autoridad idónea para ejercer tan importante labor, la cual pertenece a la Cámara de Diputados –*Poder Legislativo*– y es la entidad que tiene a su cargo la fiscalización de la Cuenta Pública, así como las funciones de conocer de las situaciones irregulares que se denuncien en términos de la Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación; la aplicación de las fórmulas de distribución, ministración y ejercicio de las participaciones federales, y el destino y ejercicio de los recursos provenientes de financiamientos contratados por los estados y municipios, que cuenten con la garantía de la Federación. Así como fiscalizar las operaciones que involucren recursos públicos federales o participaciones federales a través de contrataciones, subsidios, transferencias, donativos, fideicomisos, fondos, mandatos, asociaciones público privadas o cualquier otra figura jurídica. Adicionalmente, la de conocer, investigar y substanciar la comisión de faltas administrativas que detecte en sus funciones de fiscalización, en términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Por ende, se considera a la Auditoría Superior de la Federación un adecuado contrapeso del Poder Ejecutivo, al ser un organismo perteneciente al Poder Legislativo, quien podría garantizar una adecuada gestión de investigación de las faltas administrativas.

En tal virtud, se propone que las facultades de investigación de faltas administrativas cometidas dentro del Poder Ejecutivo, Legislativo e incluso del Poder Judicial, se centren en la referida Auditoría Superior de la Federación, el cual es un organismo con experiencia en la materia de responsabilidades administrativas y que es independiente al Poder Ejecutivo.

El Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial deberá delegar facultades de fiscalización al ejercicio del gasto del Poder Judicial Federal hacia la Auditoría Superior de la Federación. Así también las Contralorías, que hoy pertenecen

al Poder Ejecutivo Federal, en cada dependencia o entidad, serían trasladadas a la Auditoría Superior de la Federación.

Por otro lado, se propone dotar al Tribunal Federal de Justicia Administrativa de facultades para ordenar a la autoridad investigadora la práctica de diligencias de investigación no realizadas o subsanar las realizadas deficientemente, así como de medidas de apremio a las autoridades investigadoras y substanciadoras para la realización de estas o que eviten la realización de prácticas de corrupción dentro de las investigaciones respectivas.

Lo cual, podría garantizar que las autoridades investigadora y substanciadora se abstengan de realizar prácticas indeseables, opacas, derivadas de hechos de corrupción.

Para lograr eficacia en la operación de esta propuesta de reforma deberán modificarse los requisitos de elegibilidad del Auditor Superior de la Federación que garanticen competencia, capacidad, honradez y combate a la impunidad en la función fiscalizadora.

Una propuesta de contrapeso a las propias autoridades encargadas de investigar, substanciar y resolver los procedimientos de presuntas responsabilidades administrativas, podría ser que una autoridad revise a la otra, es decir, que la autoridad substanciadora revise el actuar de la autoridad investigadora y, a su vez, que la autoridad resolutora revise a la autoridad sustanciadora, a fin de que se garantice en todo momento dentro del procedimiento la imparcialidad en el actuar de estas autoridades y que constantemente las tres autoridades están siendo examinadas unas a otras.

Asimismo, para que exista una adecuada coordinación entre autoridades al amparo de la génesis del Sistema Nacional Anticorrupción y a fin de que exista una adecuada coordinación para investigar y sancionar las faltas administrativas y los delitos por hechos de corrupción, se propone que exista dentro de las instalaciones de las autoridades investigadoras y resolutoras un Ministerio Público Federal adscrito al que pueda hacer de su conocimiento oportuno los hechos que pudiera dar lugar a la comisión de delitos por hechos de corrupción, con el propósito de que se dé pauta al inicio de procedimientos penales federales.

En suma, se considera importante resaltar que el combate a la corrupción es una tarea que compete de manera conjunta y coordinada a todos los entes que

integran el Sistema Nacional Anticorrupción y que exige el compromiso institucional de todos los servidores públicos de actuar con rectitud e imparcialidad en el ejercicio de la función, a fin de garantizar una real lucha contra dicho lastre, siendo importante para ello, reconocer los aciertos así como las áreas de oportunidad en la realización de esta tarea trascendental, implementando las acciones y los mecanismos necesarios para así, continuar en tan importante tarea irresolulta.

El país debe dejar atrás la simulación y avanzar hacia un verdadero Estado Social de Derecho, en donde el ejercicio del gasto público sea visto como una función responsable, ética e incluso sagrada y quien falle debe ser castigado.

Las Leyes de responsabilidades de los servidores públicos en México (Revisión histórico-crítica)

Eduardo Alberto HERRERA MONTES* y Alberto HERRERA PÉREZ*

A mi familia, por quienes soy y con quienes soy.

A Raquel, mi díada, mi compañera de vida,
porque con nuestros fragmentos formamos un todo.

A Eduardo Alberto, Daphne Raquel Clara
y Flor de María, sincronía perfecta en mi vida.

A Babo, diferente y sensible.

A Bella, ¡guerrera invencible!

A Flau, tenacidad y valor.

A mis amados padres Guillermo y María de Lourdes.

A mis queridos hermanos: Luis Guillermo, Jaime, Rocío, Rogelio y Eduardo.

A mis estimadas cuñadas Lupita, Lety y Cocó.

A nuestras nobilísimas sombras: Cloe, Gala, Daisy, Luna y Cloe II.

edfra semper iunctus

* Pasante de la carrera de Licenciado en Derecho. Obras publicadas: Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. México 2018. Artículos Jurídicos Publicados: "Análisis crítico a las reformas del Código Penal Federal en materia de combate a la corrupción," *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, número 16, Sexta Época, enero-marzo de 2017. "Las Faltas administrativas de los servidores públicos," *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Poder Judicial de la Federación, Instituto de la Judicatura Federal, enero-junio 2018, número 45. "Consideraciones en torno a la reforma al párrafo primero del artículo 16 constitucional," *Revista El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México*, diciembre 2018, año 2, número 6; entre otras colaboraciones.

* Licenciado en Derecho por la UNAM, Especialista en Derecho Penal; Especialista en Derecho Constitucional, Maestro en Derecho. Coordinador de Asesores. Dirección Jurídica. IMSS. Titular de la Coordinación Normativo-Contenciosa. Dirección Jurídica. IMSS. Titular de la Coordinación de Investigación y Asuntos de Defraudación. Dirección Jurídica. IMSS. Secretario proyectista de sentencias adscrito a la Duodécima Sala (materia penal). Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (CDMX). Conferencista en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Expositor en el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Conferencista en la Escuela Libre de Derecho. Expositor en la Escuela Libre de Derecho de Puebla.

Sumario

I. *Introducción.* II. *Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados.* III. *Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados.* IV. *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.* V. *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.* VI. *Ley General de Responsabilidades Administrativas.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Cronología de publicaciones oficiales de las Leyes de responsabilidades y sus respectivas reformas.* IX. *Fuentes de información.*

Resumen

El Estado de Derecho exige de los agentes estatales ser responsables en el ejercicio de la función pública. El adecuado y honesto ejercicio del servicio público requiere un irrestricto cumplimiento de la norma, por tanto, alcanza importancia la Ley de responsabilidades, la cual debe establecer adecuadas hipótesis y ejemplares sanciones por el indebido desempeño del cargo, empleo o comisión conferidos en este ámbito.

Palabras Clave

Estado de Derecho. Servidores públicos. Función pública. Responsabilidades administrativas. Anticorrupción.

Abstract

The rule of law requires estate agents to be responsible in the exercise of public functions. The adequate and honest exercise of public service requires unrestricted compliance with the norm, therefore, the Responsibilities Law is important, which must establish appropriate hypotheses and exemplary sanctions for the improper performance of the position, employment or commission conferred in that area.

Key Words

Rule of law. Public servers. Public function. Administrative responsibilities. Anti-corruption.

I. INTRODUCCIÓN

El debido ejercicio de la función pública representó un alto motivo de preocupación para el Poder Constituyente de 1917, así lo advertimos del Dictamen general realizado por la Comisión redactora de esa Ley Fundamental donde se estableció: “La responsabilidad de los funcionarios es la garantía del cumplimiento de su deber y, por

tal motivo, todo sistema legislativo que vea la manera de exigir la responsabilidad en que incurren los funcionarios públicos por las faltas cometidas en el cumplimiento de sus encargos es de capital importancia en el sistema constitucional”.

No obstante, será hasta 1940 cuando se expida la primera ley relativa a las responsabilidades de los funcionarios y empleados de la federación.

Para el año 1982 mediante reforma al Artículo 108 constitucional se amplía el catálogo de servidores públicos sujetos a responsabilidad¹ (se agregan los miembros del Poder Judicial y en general toda persona en el ejercicio de un empleo, cargo o comisión en el servicio público) constitucionalizándose el concepto de *servidor público*. El Constituyente permanente de aquella época sostuvo:

En un Estado de Derecho el ámbito de acción de los poderes públicos está determinado por la ley y los agentes estatales responden ante ésta por el uso de las facultades expresamente conferidas. La irresponsabilidad del servidor público genera ilegalidad, inmoralidad social y corrupción; su irresponsabilidad erosiona el Estado de Derecho y actúa contra la democracia.

Bajo estas premisas se establecen con rango constitucional los principios rectores del ejercicio del servicio público: legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia.

El Estado de Derecho exige a los agentes estatales ser responsables en el ejercicio de la función pública. La responsabilidad no se genera ante obligaciones simplemente declarativas, inexigibles, incumplimientos sancionatorios o bien cuando los sujetos pasivos de la indebida conducta funcional no pueden reclamar de una manera sencilla, práctica y eficaz el cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos, debe existir una norma general abstracta e impersonal que establezca los supuestos normativos de una manera clara y eficaz para alcanzar el debido ejercicio del servicio público.

De la primera norma relativa a las responsabilidades de los agentes estatales a la actualidad se han expedido cinco leyes en las cuales, como veremos a la largo de esta obra, encontramos incongruencias, desconocimiento y premura

¹ La originaria Constitución de 1917 consideraba únicamente a los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, el Procurador General de la República, los gobernadores de los estados federados y el presidente de la República (Art. 108). La primera reforma a este Artículo se realizó hasta 1982.

en su elaboración contributivas a integrar un caldo de cultivo para la existencia de espacios de impunidad y corrupción en el ejercicio funcional².

El adecuado y honesto ejercicio del servicio público requiere un irrestricto cumplimiento de la norma, por tanto, alcanza asaz importancia la ley de responsabilidades, la cual debe establecer adecuadas hipótesis y ejemplares sanciones por el indebido ejercicio del servicio público³.

En los momentos de escribirse esta obra nuestro amado México pasa por una severa crisis de corrupción institucional atribuible a diversos servidores públicos quienes, al amparo del ejercicio funcional, cometieron delitos y hechos de corrupción lesivos para nuestro país no solo en su imagen sino en los aspectos económico y social.

La Ley debe ser la guía fundamental orientadora de los pasos de los agentes del Estado en la elevada y trascendente función del ejercicio público.

“Estamos obligados a evitar y corregir todo aquello que pudiera contribuir a la inmoralidad y corrupción del pueblo mexicano.”

Diputado Enrique Recio Fernández

Congreso Constituyente 1916-1917

1. *Isagoge*

El ejercicio funcional requiere la existencia de controles legales y normativos. Un poder público incontrolado se convierte en arbitrario, autoritario y dictatorial⁴.

² La existencia de lagunas legales, una mala tipificación de las conductas que pueden dar origen a responsabilidades, la presencia de inconsistencias o de contradicciones en los ordenamientos legales, pueden favorecer el desarrollo de la corrupción. López Presa, José Octavio (coord.), *Corrupción y cambio*, México, Fondo de Cultura Económica y Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, 1998.

³ *“La responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos, por los actos u omisiones que cometan en el ejercicio de su encargo, debe ser siempre la mejor garantía del cumplimiento de sus deberes y todo propósito tendiente a exigir dicha responsabilidad es asunto de vital importancia para la vida jurídica de la Nación”*. González Bustamante, Juan José, *Los delitos de los Altos Funcionarios y el fuero constitucional*, México, Botas, 1946, p. 107.

⁴ *“Los principios fundamentales de autolimitación, legalidad y control son partes orgánicas que estructuran el ser del Estado de derecho, ubicando el origen de los controles jurídicos en la desconfianza y en la probabilidad de que la administración coloque sus actos fuera de la Ley”*. Nava Negrete, Alfonso, *Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 1959, p 39.

Es la ley uno de los instrumentos a través del cual los agentes del Estado obtienen seguridad jurídica⁵ en el desempeño de su empleo, cargo o comisión al permitirles conocer las acciones u omisiones evitables, así como los procedimientos disciplinarios donde eventualmente se finquen responsabilidades e impongan sanciones⁶. Concomitantemente la sociedad alcanza tranquilidad ante la existencia de medios legales donde se prevé y sanciona el indebido ejercicio de la función estatal sujetando al poder público a la observancia y fuerza de la ley, fortaleciendo su confianza en las instituciones y en un auténtico Estado democrático constitucional de derecho⁷.

A. Delimitación analítica

Serán materia de exégesis las Leyes de responsabilidades de los servidores públicos expedidas a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

B. Planteamiento del problema

La falta de simetría y coherencia en los textos legales ocasiona imprecisión y excesos, así como ineficacia en el objetivo y observancia de la ley⁸.

⁵ “La seguridad jurídica es la certeza que debe tener todo gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad, pero si ésta debe producir una afectación en ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias”. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías de seguridad jurídica*, México, 2003, Colección Garantías Individuales, pp. 9 y 10.

⁶ “Es innegable que en la base del sistema de responsabilidades de los servidores públicos se encuentra el Estado de derecho y, por ende, debe existir un sometimiento irrestricto a la Ley”. Hurtado Cisneros, Alfredo, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 19.

⁷ “La responsabilidad de los funcionarios es la garantía del cumplimiento de su deber y, por tal motivo, todo sistema legislativo que vea la manera de exigir la responsabilidad en que incurren los funcionarios públicos por las faltas cometidas en el cumplimiento de sus encargos es de capital importancia en el sistema constitucional”. Secretaría de Cultura, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, t. III, p. 76.

⁸ “La inflación legislativa, en gran parte coincidente con la inflación penal, se encuentra en el origen de una creciente falta de certeza, oscuridad y dificultad de conocimiento del derecho que favorece una adicción al ilegalismo difuso y a veces inevitable en ese contexto, resta credibilidad y eficacia a la acción penal y ofrece, en consecuencia, el mejor caldo de cultivo a la corrupción y al arbitrio”. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, 5ª. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 10.

Analizaremos de manera crítica en el presente ensayo el contenido de las diversas Leyes de responsabilidades, haciendo especial énfasis en las deficiencias normativas o legislativas que han incidido en su inaplicación, lenidad o inobservancia.

C. Marco teórico

Antecedentes normativos, exposiciones de motivos, diarios oficiales, manuales, reglamentos, hemerografía, doctrina nacional y extranjera.

D. Metodología

Métodos histórico-lógico⁹ y analógico deductivo.

E. Técnicas de Investigación

Investigación documental.

2. Nociones generales

A. Conceptos

Por servicio público debe entenderse la actividad legal exclusiva del Estado, que puede gestionar en forma directa o indirecta¹⁰.

El Diccionario Jurídico Mexicano lo conceptualiza como la institución jurídico-administrativa donde el titular es el Estado y cuya finalidad consiste en satisfacer de una manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental¹¹.

⁹ "Es el método que permite enfocar el objeto de estudio en un decurso evolutivo destacando los aspectos generales de su desarrollo, las tendencias de su progreso, las etapas de su desenvolvimiento, y sus conexiones fundamentales y causales. Esto posibilita entender su comportamiento histórico y explica su fisonomía actual... este método es válido para revelar la génesis y evolución de instituciones y normas jurídicas, destacar sus cambios epocales, comprender la formación de los sistemas jurídicos, desentrañar el contexto de transformaciones jurídicas que están precedidas de movimientos revolucionarios, precisar las transformaciones textuales en un concepto o teoría, destacar la cronología de un fenómeno sociojurídico, etcétera". Villabella Armengol, Carlos Manuel, *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>.

¹⁰ Valls Hernández, Sergio Armando, *La noción del servicio público en el Estado social de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 442, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2654/17.pdf>.

¹¹ Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 11^a. ed., México, Porrúa, 1998, voces P-Z, p. 2906.

Servidor público es toda persona colaboradora en un servicio público a quien se le aplica un estatuto de derecho público¹².

Sergio García Ramírez sostiene: “servidor público es quien presta sus servicios al Estado bajo una relación laboral con el propósito de atender alguna de las atribuciones, funciones, o tareas legalmente asignadas”¹³.

El criterio para definir el término servidor público tiene su fundamento en la formalización de su relación laboral con el Estado y no así con la prestación de un servicio público... se debe considerar como servidor público a aquella persona que ha formalizado su relación jurídico laboral con el Estado mediante un nombramiento previamente expedido por el órgano administrativo competente... que legalmente lo posibilita para desempeñar un empleo, cargo o comisión públicos¹⁴.

Para Ignacio Burgoa, el servidor público, es aquel ligado a sus gobernados a través de dos principales nexos jurídicos: la obligación de ajustar sus actos a la Constitución y a la ley, y de realizarlos honestamente, con espíritu de servicio y sujeto a una responsabilidad administrativa¹⁵.

Servidor público es quien por disposición de la ley, elección popular, nombramiento, designación o contrato de trabajo, ejerce o participa en cualquiera de los órganos que realizan funciones públicas y quien quiera que maneje fondos o recursos económicos federales... es obvio que quienes tienen a su cargo realizar las actividades inmersas en el marco de atribuciones de cada órgano de autoridad, bajo el signo democrático de que ésta se instituye por, para y en beneficio del pueblo, quedan comprendidos en la noción general de servidores públicos¹⁶.

El término responsabilidad proviene del latín *sponsor: el que se obliga*. Una persona es responsable cuando sus actos impliquen una infracción a la norma ju-

¹² Herrera Pérez, Alberto, *Delitos cometidos por servidores públicos*, México, Porrúa, 2011, p. 1.

¹³ García Ramírez, Sergio y Uribe Vargas, Érika, *Derechos de los servidores públicos*, México, Instituto de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., 2016, p. 5.

¹⁴ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, México, Porrúa, 1999, pp. 4 y 5.

¹⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 8ª. ed., México. Porrúa, 1991, p. 553.

¹⁶ Reyes Tayabas, Jorge, *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México Procuraduría General de la República, Fiscalía Especializada para la Atención de los Delitos Electorales, 2000, pp. 65 y 67.

rídica, por tanto, está obligada a responder por las consecuencias de sus actos y que de acuerdo con el orden jurídico es susceptible de ser sancionada¹⁷.

La palabra responsabilidad no se entiende como culpa a exigir, sino como cumplimiento eficaz de las funciones a cargo de alguien y exigencia de una mayor conciencia de servicio¹⁸.

El Estado, sus representantes y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública están obligados a rendir cuentas y enfrentar la responsabilidad (responder) por violaciones en que incurran respecto a los derechos de los ciudadanos, como la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus servidores públicos en el desempeño de sus cargos... es innegable que en la base del sistema de responsabilidades de los servidores públicos se encuentra el Estado de derecho y por ende debe existir un sometimiento irrestricto a la ley¹⁹.

Por responsabilidad debemos entender: la respuesta del sujeto ante la infracción o violación de un deber establecido en una norma legal ya fuere voluntaria o involuntariamente, por actos u omisiones, respuesta que debe traducirse en la imposición de una sanción y en el resarcimiento o reparación del daño causado a terceros²⁰.

De acuerdo con lo anterior la responsabilidad del servidor público en el ejercicio de la función pública surge frente a la violación de un principio o deber previsto para el empleo, cargo o comisión desarrollado, generando la obligación de responder, reparar o satisfacer los efectos del incumplimiento funcional y eventualmente sujetarse a la imposición de una sanción.

B. *Antecedentes constitucionales de las Leyes de responsabilidades*

El párrafo final del Artículo 111 de la prístina Constitución Federal del año 1917 ordenó al Congreso de la Unión expedir, *a la mayor brevedad*, una ley sobre responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación en la cual se esta-

¹⁷ Nieto, Santiago y Medina Pérez, Yamilé (comps.), *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 35, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3370/4.pdf>.

¹⁸ Zorrilla Martínez, Pedro, *Responsabilidad política y responsabilidad administrativa*, México, Partido Revolucionario Institucional, Impresiones S.A., 1973, p. 14.

¹⁹ Hurtado Cisneros, Alfredo, *op. cit.* pp. 8, 19 y 27.

²⁰ Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, Cámara de Diputados, 2006, p. 14.

blecieran como faltas oficiales todos los actos u omisiones que pudieran redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho²¹:

TITULO CUARTO
DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Art. 111. ...

...

...

...

...

El Congreso de la Unión expedirá, *a la mayor brevedad*²², una ley sobre responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación, determinando como faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aunque hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos serán siempre juzgados por un Jurado Popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el Artículo 20.

El Artículo 16 transitorio reiteró al Congreso Constitucional expedir todas las leyes orgánicas de la Constitución confiriendo preferencia a las relativas a las Garantías Individuales y al párrafo final del Artículo 111²³.

No obstante, la primera Ley reglamentaria relativa se expedirá hasta veintitrés años después²⁴.

²¹ Recordemos que dentro del plano constitucional tanto la Ley Fundamental de 1857 (Arts. 103 a 108) cuanto la originaria de 1917 (Arts. 108 a 114) se referían a responsabilidades provenientes de delitos del orden común y delitos oficiales enfocados a una naturaleza eminentemente política, estableciendo como sujetos de estas, entre otros, a los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho y el Procurador General de la República.

“El delito oficial del alto funcionario como decía Pallares, tiene íntima relación con la política, porque son cuestiones políticas las que intervienen para juzgar y, por lo tanto, si son cuestiones que atañen a la política su solución debe dejarse a los cuerpos políticos de la República”. González Bustamante, Juan José, *op. cit.* p. 114.

²² El uso de las letras negritas [N. del E. Letras cursivas] en la transcripción de textos obedece a la idea de los autores de realzar porciones consideradas relevantes o significativas para los fines de la presente investigación y no se corresponden necesariamente con el texto original.

²³ Advertimos la alta preocupación del Constituyente por este tema de trascendencia fundamental para la vida pública e institucional del país.

²⁴ Desde luego que existieron instrumentos normativos en este tema dentro del orden jurídico mexicano anteriores a la Constitución de 1917 y aplicados, en su caso, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley de responsabilidades de 1940, entre otros podemos mencionar:

II. LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FEDERACIÓN, DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES Y DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LOS ESTADOS²⁵

En la exposición de motivos de esta primera Ley leemos:

... el ciudadano escogido para desempeñar una función pública debe comprobar, por medio de su comportamiento, poseer aquellas cualidades que en él fueron supuestas para hacerlo merecedor de tal investidura, constituyéndose en un ejemplo constante de virtudes cívicas, como medio, el más propicio para fincar un sólido concepto de respetabilidad y de adhesión por parte del pueblo.

El Estado, por su parte, debe proveer las medidas eficaces para perseguir a los malos funcionarios que, violando la confianza que en ellos se deposita, hacen de la función pública un medio para satisfacer bajos apetitos y aun cuando el pueblo, con su claro sentido de observación, señale y sancione con su desprecio a los funcionarios prevaricadores y desleales que atentan contra la riqueza pública o contra la vida o la libertad o la riqueza de las personas, esa sanción popular por más enérgica que en sí misma sea, no puede considerarse como bastante para dar satisfacción al imperioso reclamo de la justicia. La actuación criminal de los malos funcionarios, cuando queda impune, además de constituir un pernicioso ejemplo, puede condu-

-
- Ley penal para los empleados de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del 28 de junio de 1853 (tipificaba los crímenes, delitos y faltas de los empleados hacendarios, considerando, entre otros, la sustracción fraudulenta de caudales públicos; convenios o actos cuyo objeto fuera defraudar el erario, etc.).
 - Ley sobre Delitos, Faltas y Omisiones de los Altos Funcionarios de la Federación (denominada Ley Juárez) del 3 de noviembre de 1870 y Ley Reglamentaria de los Artículos 104 y 105 de la Constitución Federal del 6 de junio de 1896 (estas dos últimas leyes detallaban el procedimiento para fincamiento de responsabilidades de los Altos Funcionarios Federales: Diputados, Senadores, Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Secretarios del Despacho).
 - Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California y para toda la República Mexicana sobre delitos contra la Federación de 1870 (en vigor a partir de abril de 1872); Título Undécimo: Delitos de los Funcionarios en el Ejercicio de Funciones, Arts. 993 a 1060.
 - Código Penal para el Distrito y Territorios Federales publicado en el DOF el 5 de octubre de 1929. Título Noveno: De los Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, Arts. 560 a 601.
 - Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal publicado en el DOF el 14 de agosto de 1931, Título Décimo: Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, Arts. 212 a 224.

²⁵ DOF del 21 de febrero de 1940.

cir al pueblo a la rebeldía como único medio para libertarse de ellos; o bien puede llevarlo a la abyección como resultado de un sometimiento impotente, signo indudable de decadencia; o bien produce un estado latente de inconformidad y de rencor, que lo hace ver al gobierno no como la entidad superior instituida para su beneficio, respetable y orientadora, que habrá de conducirlo al bienestar y progreso, sino como un deber despótico y concupiscente que sólo lo oprime y lo explota.

Gran importancia representa el estudio de esta norma (de naturaleza eminentemente penal²⁶), que se constituye como la primera en el México posrevolucionario en reglar las responsabilidades de los agentes del Estado derivadas de delitos y faltas oficiales cometidas en el ejercicio funcional.

A fin de comprender el marcado acento punitivo de esta Ley analicemos de manera retrospectiva el numeral 111 de la originaria Constitución del año 1917 en la parte relativa.

El proyecto elaborado por la entonces Comisión Dictaminadora para el Congreso Constituyente 1916-1917 en su párrafo final estableció:

²⁶ La Iniciativa de esta Ley la presenta el Ejecutivo Federal al Congreso de la Unión en uso de facultades extraordinarias concedidas por este cuerpo colegiado mediante Decreto para legislar, entre otras, las materias penal y procesal penal (Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1936).

Registro digital 805492, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XCVIII, octubre de 1948, p. 520: RESPONSABILIDADES DE FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS PÚBLICOS, PARA QUE PUEDA EXIGIRSE LA REPARACIÓN DEL DAÑO, ES NECESARIO SEGUIR PREVIAMENTE EL PROCESO PENAL CORRESPONDIENTE. La Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados, que está en vigor desde el veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta, *es de carácter penal*, pues en su Artículo 1o. establece que los Funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales son responsables de los delitos y faltas oficiales que cometan en el desempeño de los cargos que tengan encomendados, en los términos de esa Ley y de las leyes especiales respectivas, *y, en consonancia con este precepto, todos los de la repetida ley son de carácter penal.*

Registro digital 237022, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 4, Segunda Parte, p. 33: PECULADO. DIFERENCIA CON RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIO. EMPLEADOS DE AEROPUERTOS Y SERVICIOS AUXILIARES. Si bien la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado incluye dentro de su jurisdicción tutelar a los empleados del organismo público descentralizado, denominado Aeropuertos y Servicios Auxiliares, también lo es que dicha circunstancia, puramente laboral, no se asimila por otra parte a la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados, *que es de naturaleza eminentemente penal*, y por lo mismo no puede conceptuarse como delito oficial el proceder de un empleado de este organismo al disponer de fondos propiedad del mismo.

TITULO CUARTO

De las responsabilidades de los funcionarios públicos

Art. 111. ...

...

...

...

...

El Congreso de la Unión expedirá, a la mayor brevedad, una ley sobre responsabilidad de todos los funcionarios y empleados de la Federación, determinando como faltas oficiales los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aunque hasta la fecha no hayan tenido el carácter de delitos. Estos serán siempre juzgados por un Jurado Popular en los términos que para los delitos de imprenta establece el Artículo 20.

Sala de Comisiones. Querétaro de Arteaga, 18 de enero de 1917. Paulino Machorro, Narváez. Heriberto Jara. Arturo Méndez. Hilario Medina²⁷.

La redacción final de este Artículo publicada en el Diario Oficial de la Federación²⁸ (5 de febrero de 1917) quedó como sigue:

TITULO CUARTO

De las responsabilidades de los funcionarios públicos

Art. 111. ...²⁹

...

...

...

...

El Congreso de la Unión expedirá, a la mayor brevedad, una ley sobre responsabilidad de *todos* los funcionarios y empleados de la Federación, determinando³⁰ como faltas oficiales³¹ todos los actos u omisiones que puedan re-

²⁷ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, Querétaro, 18 de enero de 1917, Tomo II, Núm. 61, pp. 425 y 426 (48a. sesión celebrada en el Teatro Iturbide la tarde del jueves 18 de enero de 1917).

²⁸ En adelante: DOF.

²⁹ El realce en negritas [N. del E. En cursivas] tiene por finalidad facilitar la comparación de las diversas adecuaciones normativas.

³⁰ El término determinar significa establecer, entre otras acepciones.

³¹ Se denominan oficiales por derivar o provenir del ejercicio de un empleo, cargo o comisión públicos, esto es del ejercicio funcional de un agente del Estado. Semánticamente el término oficial significa: "*Que emana de la autoridad del Estado*."

dundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aunque hasta la fecha no hayan tenido el carácter *delictuoso*. Estos *delitos* serán siempre juzgados por un Jurado Popular en los términos que para los delitos de imprenta establece el Artículo 20³².

Observemos cómo el proyecto inicial relativo a la expedición de la Ley sobre responsabilidades presentado a la Asamblea constituyente comprendía únicamente las faltas oficiales (actos u omisiones) que serían juzgadas por un jurado popular³³, en tanto la porción normativa final del párrafo publicado hace referencia a *estos delitos*³⁴ (para ser juzgados por este jurado) excluyéndose para este efecto a las faltas oficiales.

Pareciera que el poder constituyente reviste del carácter de delitos a las faltas oficiales al señalar que se determinará como falta oficial los actos u omisiones, aunque no hayan tenido el carácter de delitos, esto es, las faltas oficiales no previstas como tales en la legislación penal constituyen delitos para el Constituyente y así deben establecerse en la ley respectiva.

Lamentablemente el Diario de los Debates nada aclara sobre el *iter* legislativo seguido por este párrafo hasta su redacción y publicación final (específicamente sobre la palabra “delitos” adicionada a la frase: “Estos *delitos* serán siempre juzgados por un jurado popular...”)³⁵ albergando serias dudas sobre el motivo de su inclusión³⁵.

³² La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, en su Artículo 103, estableció que los diputados al Congreso de la Unión, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho son responsables por los *delitos comunes* cometidos durante el tiempo de su encargo y por los *delitos, faltas u omisiones* realizados en el ejercicio de ese mismo encargo.

³³ El Dictamen general de las Responsabilidades de los Funcionarios del 18 de enero de 1917 sobre este punto aclara: “... *la Comisión... ha creído que, para juzgar, nadie mejor que el pueblo mismo, el cual por experiencia propia conoce el manejo de dichos empleados y puede, a ciencia cierta, dar su resolución. Por este motivo se establece que los funcionarios y empleados públicos, cualquiera que sea la pena en que incurran, serán juzgados por el jurado popular.*” Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Nueva Edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, 2006, t. II, p. 2217.

³⁴ Posiblemente el pronombre *Estos* de la redacción del proyecto originario del párrafo final del Artículo 111 (*Estos serán siempre juzgados...*) correspondía a los actos u omisiones respecto de las faltas oficiales y no a los delitos. La inclusión de la palabra *delitos* en la redacción final del párrafo en comentario trastocó el sentido de la redacción original al atribuir la naturaleza de delitos a las faltas oficiales (... *aunque hasta la fecha no hayan tenido el carácter de delitos...*) originando una inmensa confusión entre el significado de falta oficial y delito oficial al superponer la naturaleza de una y otra de manera por demás equívoca.

³⁵ Al abrirse a debate la discusión del texto del Artículo 111 presentado por la Comisión Redactora, salvo una corrección menor, ningún constituyente hizo uso de la palabra sobre el texto presen-

Posteriormente en el DOF del 20 de agosto de 1928 se publica una reforma a este párrafo³⁶ para quedar como sigue:

El Congreso de la Unión expedirá a la mayor brevedad una ley de responsabilidades de todos los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales, determinando como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aun cuando hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso. Estos delitos o faltas serán siempre juzgados por un jurado popular, en los términos que para los delitos de imprenta establece el Artículo 20.

En esta reforma se agregan como sujetos obligados a los funcionarios y empleados del Distrito Federal y de los Territorios Federales, se incorpora el término *delitos* dentro de la connotación *oficial* y se agrega el concepto *faltas* como elemento de juzgamiento del jurado popular (en la redacción anterior únicamente los delitos eran materia de este cuerpo colegiado). Advirtamos cómo el constituyente ordena la expedición de una Ley secundaria donde se establezcan no sólo las faltas oficiales sino inclusive los delitos³⁷(también oficiales) dejados fuera de la redacción originaria de 1917, buscando posiblemente glosar en una sola Ley los aspectos relativos a faltas y delitos oficiales de los agentes del Estado, finalidad inalcanzada y más aún generadora de una enorme confusión en la aplicación e interpretación de estos temas³⁸.

tado, aprobándose por unanimidad, sin adición o reforma alguna. *Diario de los Debates...*, op. cit., p. 554.

³⁶ Posiblemente para tratar de hacer simétrica y congruente su redacción.

³⁷ Innecesaria por otra parte esta adición si atendemos a la existencia de un Código Penal que normaba estos actos delictivos.

³⁸ La diferenciación de los conceptos delito oficial y falta oficial constituyó un serio problema para el legislador secundario al momento de redactar la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados (de 1940) según advertimos del Diario de los Debates:

“El primero de los problemas que plantea el título II del proyecto, es el de la adopción de un criterio seguro para diferenciar los delitos oficiales de las faltas u omisiones cometidas por los funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, puesto que el título IV de la Constitución Federal no proporciona una base cierta para ello.

La distinción establecida por el Artículo 21 constitucional entre delitos e infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, resulta inaplicable a la especie, en virtud de que el penúltimo párrafo del Artículo 111 prevé la expedición de una ley de responsabilidades, en la que se determinen ‘como delitos o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho’.

En consecuencia, no puede decirse válidamente que los delitos oficiales sean las transgresio-

nes que por acción u omisión a la ley cometan los funcionarios públicos, y que las faltas sean transgresiones a los reglamentos gubernativos.

Tampoco puede establecerse un criterio firme atendiendo a los órganos encargados de imponer las sanciones para los delitos y faltas oficiales, a semejanza de lo que para delitos comunes e infracciones a los reglamentos gubernativos y policía preceptúa el propio Artículo 21 constitucional. Delitos y faltas deben ser juzgados siempre, en efecto, por jurado popular, en acatamiento al principio consagrado en el mismo Artículo 111 de la Constitución.

Desgraciadamente los antecedentes legislativos del título IV de la Constitución de 1917 no arrojan luz alguna en el caso. También en la Constitución de 1857 se habla de delitos, faltas u omisiones oficiales, pero no se apunta base alguna que permita diferenciarlos en un aspecto sustancial.

Los autores de la Ley Orgánica del Artículo 103 de la Constitución de 1857 sobre delitos oficiales de Los Altos Funcionarios de la Federación, salvaron la anterior dificultad en la siguiente forma:

Definieron como delitos oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación, el ataque a las instituciones democráticas, a la forma de gobierno republicano representativo federal y a la libertad del sufragio; la usurpación de las atribuciones, la violación de las garantías individuales y cualquiera otra infracción de la Constitución o leyes federales en puntos de gravedad.

Consideraron como infracción constitutiva de falta oficial a las transgresiones a la Constitución o leyes federales en materias de poca importancia.

Calificaron como omisión a la negligencia o inexactitud en el desempeño de las funciones anexas al cargo.

Se ve, pues, que, según los autores de la ley de 3 de noviembre de 1870, el delito oficial es la infracción a la Constitución o leyes federales en puntos de gravedad; falta oficial la infracción en materias de poca importancia; y omisión la simple negligencia o descuido en el desempeño del cargo.

Ese mismo criterio es el adoptado en el proyecto del Ejecutivo para la distinción de delitos y faltas oficiales. Efectivamente, la fracción V del Artículo 11 reputa delitos de los Altos Funcionarios de la Federación 'cualquiera infracción de la Constitución o leyes federales, cuando causen perjuicios graves a la Federación o a uno o varios Estados de la misma, o motiven algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones'; y el Artículo 14 estatuye que las infracciones de la Constitución o de las leyes federales, en materia de poca importancia, se consideran como faltas. Sólo que, abandonado la división tripartita que arranca de la Constitución de 1857, en la iniciativa que se comenta, se establecen únicamente dos figuras de responsabilidad; delitos y faltas oficiales, eliminándose la tercera categoría de 'omisiones'. O, mejor dicho, se refunden estas últimas, cuando son de carácter grave, en la clase de los delitos oficiales (fracción VII del Artículo 11), y se consideran como faltas (Artículo 14) cuando se cometen en materias de poca importancia.

Las comisiones dictaminadoras se inclinaron en un principio a proponer a vuestra soberanía que se respetara en la ley la división tripartita de delitos, faltas y omisiones oficiales consagrada en la Constitución General de la República. Sin embargo, acabando por estimar innecesaria esta distinción, así como la de delitos y faltas oficiales, por carecerse, de un criterio firme que permita establecer su diferenciación en un aspecto sustancial y por no tener mayor importancia este asunto dentro del sistema de arbitrio judicial." Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, año II, periodo ordinario, Legislatura XXXVII, tomo III, número de diario 19, sesión efectuada el 13 de diciembre de 1938.

Observemos como para el propio legislador secundario no existe claridad en el significado de los conceptos delito y falta oficial previstos en la Constitución, imprecisión llevada a la redacción de la Ley de Responsabilidades de 1940. "La terminología empleada para la regulación de responsabilidades de los servidores públicos ha sido ambigua. Un claro ejemplo es el texto original de

En dicha lógica, esta Ley debía establecer como delitos y faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho... *"aunque hasta la fecha no hayan tenido carácter delictuoso"*.. (sobre el sentido de esta última frase probablemente el constituyente permanente advirtió una naturaleza delictiva de diversos actos u omisiones cometidos en el ejercicio funcional y por tanto les asignó el carácter de *oficial*³⁹ para de esta forma recogerlos en una Ley de responsabilidades donde se incluyeran tanto las faltas oficiales cuanto los *delitos oficiales*⁴⁰ si bien no previstos estos últimos como tales por el Código Penal o alguna norma similar vigentes en aquella época)⁴¹.

1917 cuando se indica que determinados servidores públicos son responsables por delitos comunes y enseguida se hace mención a la responsabilidad por los delitos, faltas u omisiones, sin hacer una especificación sobre lo que se debe entender por delitos, faltas u omisiones, dejando sobre todo el caso de los delitos a la vaguedad, pues no se sabe si se refiere a delitos comunes ya mencionados o a delitos oficiales. Se hace un uso indiscriminado de la terminología, llevando a una interpretación confusa". Hurtado Cisneros, Alfredo, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

"En el mes de septiembre de 1947 el presidente Miguel Alemán presentó ante el Senado una iniciativa de reformas a los Artículos de la Constitución que se refieren a responsabilidades de los funcionarios públicos. Aprobada la iniciativa con algunas modificaciones, la vigencia de la reforma quedó supeditada a la publicación de la ley reglamentaria, que en la actualidad no se ha formulado; consideramos, por ello, que la reforma de 1947 ha quedado en la precaria situación de una reforma consumada y sin vigor. En esta reforma se trató de disipar la ambigüedad, en lo que se refiere a los delitos ordinarios, del orden federal o local y a los delitos o faltas oficiales en que incurrían en ejercicio o con motivo de sus funciones". Dávila Meza, Vicente A., *Enjuiciamiento de los Altos Funcionarios de la Federación*, México, Imprenta Zavala, 1975, p. 30.

"Por cuanto hace a los mal llamados delitos oficiales, que reiteramos, solo se pueden atribuir a los Altos Funcionarios, más que delitos, son situaciones políticas, que Juárez había tratado de limitar, para concretar situaciones en las que se pudieran adecuar conductas de los Altos Funcionarios en el ejercicio de su encargo... los delitos políticos de los Altos Funcionarios, o delitos oficiales de los mismos, son delitos de la opinión, en que se va a calificar su conducta, su aptitud, la pérdida de la confianza del pueblo en ellos, la conveniencia o no de que siga desempeñando su cargo público". Cárdenas F., Raúl, *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, México, Porrúa, 1982, pp. 114 y 115.

"Vano intento ha sido desde la consumación de la independencia de México, determinar cuáles son los delitos que pueden cometer los Altos Funcionarios y los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones". González Bustamante, Juan José, *op. cit.*, p. 103.

³⁹ Este término parecen asociarlo el poder constituyente y el poder reformador al ejercicio de la función pública.

⁴⁰ Reiteramos, posiblemente en ortodoxa técnica legislativa debieron incluirse las conductas de naturaleza delictiva en el Código Penal y reservar esta Ley exclusivamente para las faltas oficiales como lo preveía inicialmente el Artículo 111 de la Constitución.

⁴¹ Sobre este punto el legislador secundario al redactar el texto de la Ley a estudio observó:

"Las comisiones dictaminadoras estiman que el generoso impulso de desterrar de los sectores

En otras palabras, para el poder reformador determinadas acciones u omisiones derivadas del ejercicio funcional debían ser consideradas y sancionadas como delitos *oficiales* y por tanto incluirse en la Ley de Responsabilidades a expedirse por el Congreso de la Unión⁴² (una especie de código penal paralelo *especializado* en delitos oficiales).

Quizá sea útil concretar aún algo más esta reflexión, la confusión normativa originada por los conceptos delito oficial y falta oficial ocasionó se establecieran en esta primera Ley tipos penales (retomados del Código Penal Federal de 1931⁴³) dejando fuera aspectos relativos a las conductas sancionables en materia administrativa (finalmente las *faltas oficiales* quedaron fuera de esta ley), dando resultado una norma de marcada tendencia punitiva fundamentalmente encaminada a criminalizar o castigar mediante penas corporales conductas indebidas o ilegales derivadas del ejercicio funcional de los servidores públicos.

Abonó aún más a este desconcierto la existencia de dos clases de delitos oficiales: los cometidos por Altos Funcionarios de la Federación respecto de los cuales resultaba procedente el juicio político (procedimiento a cargo de las cámaras congresionales en términos del Art. 111 de la primigenia Constitución) y los ejecutados por los *otros* funcionarios y empleados materia del perímetro competencial del jurado popular. La Ley en comento recoge ambos supuestos: los delitos oficiales cometidos por los primeros (Art. 13) y los delitos oficiales cometidos por los segundos (Art. 18) todo bajo el amparo de lo previsto por el propio Artículo 111 ordenante de la expedición de una Ley donde se determinará (estableciera) como delitos oficiales *todos* los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho.

oficiales hasta el más mínimo asomo de corrupción y de arbitrariedad obliga al Poder Legislativo Federal, a complementar la iniciativa del C. Presidente de la República con nuevas figuras delictivas, inspirándose en la norma que proporciona el Artículo 111 constitucional, en el sentido de determinar como delito o faltas oficiales todos los actos u omisiones que puedan redundar en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, aun cuando hasta la fecha no hayan tenido el carácter delictuoso". Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, año II, periodo ordinario, Legislatura XXXVII, t. III, número de diario 19, sesión efectuada el 13 de diciembre de 1938.

⁴² Como ya apuntamos este mandato constitucional confuso e incongruente provocó serios problemas legislativos que originaron actos arbitrarios por parte de la autoridad respecto de los servidores públicos amén de abrir espacios de impunidad y corrupción para éstos.

⁴³ Ejercicio indebido o abandono de funciones públicas; Abuso de autoridad, Coalición de funcionarios; Cohecho, Peculado, Concusión e inclusive Delitos cometidos en la administración de justicia.

La primigenia Constitución de 1917 (igualmente la de 1857) reguló en sus Artículos 108 a 111 el procedimiento para exigir la responsabilidad penal (delitos comunes y oficiales) de los Altos Funcionarios de la Federación sin mencionar a los empleados y funcionarios *menores*⁴⁴ reservando la regulación de la responsabilidad por faltas oficiales (aquí sí para *todos* los empleados y funcionarios) a una Ley secundaria.

Analizado lo anterior estudiemos los aspectos relevantes de esta Ley para los fines de nuestra investigación.

En su momento fue considerada inconstitucional⁴⁵ pues no obstante haber sido expedida por el Ejecutivo Federal en uso de facultades extraordinarias⁴⁶, al momento de su publicación en el DOF se indicó su expedición por parte del Congreso de la Unión (!!), lo cual amén de ser incorrecto podría ser violatorio de los Artículos 49 (principio de división de poderes) y 72 de la CPEUM (procedimiento relativo a la formación de leyes⁴⁷).

Asimismo, esta Ley confería a la Cámara de Diputados facultades de investigación y resolución sobre el desafuero (Arts. 26, 27 y 28) actuando con atribuciones constitucionalmente conferidas al Ministerio Público: ... *si se declarase que ha lugar a proceder contra el acusado por el mismo hecho quedará separado de su encargo y sujeto a la acción de los tribunales comunes* (Art. 34)⁴⁸.

⁴⁴ Posiblemente al entender que los delitos cometidos por estos se normaban por el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos de la Federación del 7 de diciembre de 1871 en su Título Undécimo: Delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones (Artículos 993 a 1060) así como por el Código Federal de Procedimientos Penales del dieciséis de diciembre de mil novecientos ocho.

⁴⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, "La responsabilidad de los Funcionarios Públicos," *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1980, pp. 101-103.

⁴⁶ En la exposición de motivos que da origen a esta Ley se puede leer: "*Todas estas circunstancias han inducido al Ejecutivo a mi cargo a expedir la Ley General de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales, usando las facultades que expresamente me han sido concedidas por el Congreso de la Unión para legislar en materia penal y procesal penal, por medio de su Decreto de 31 de diciembre de 1936, publicado en el Diario Oficial de la Federación, correspondiente a la misma fecha*".

⁴⁷ No entendemos las razones de este dislate de atribuir al Congreso de la Unión la expedición de una norma que nunca se aprobó por este cuerpo colegiado en los términos establecidos por la Constitución.

⁴⁸ Lo anterior porque los legisladores se ciñeron servilmente a la Ley de 1896, sin tomar en cuenta los cambios introducidos en la Constitución de 1917. Hurtado Cisneros, Alfredo, *op. cit.* p. 58. En el mismo sentido Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público, op. cit.*, pp. 284 y 285.

Comprende esta norma las responsabilidades penal, civil y política excluyendo la administrativa⁴⁹.

Establece el Artículo primero la responsabilidad de los funcionarios y empleados por delitos y faltas oficiales⁵⁰ cometidos en el desempeño de sus cargos públicos. Se consideran como sujetos responsables de estos a los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales (Baja California Norte, Baja California Sur y Quintana Roo).

Se identifican (Art. 2o.) los Altos Funcionarios⁵¹ de la Federación (Presidente de la República, Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Secretarios de Estado, Jefes de Departamento Autónomo⁵² y Procurador General de la República. Los Gobernadores y Diputados de las legislaturas locales también quedan comprendidos en esta Ley (lo anterior podría suponer la posible existencia de una invasión a la soberanía local al llevar a estos últimos sujetos al plano de aplicación de esta norma⁵³). Esta distinción entre Altos Funcionarios y demás empleados acarrearía grandes diferencias e inequidades en la aplicación de esta Ley⁵⁴. El Presidente

⁴⁹ ... todo el enfoque de responsabilidades siguió encauzado a las materias política y penal, sin que la responsabilidad administrativa y civil tuvieran la posibilidad de una base jurídica para su desarrollo. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2005, p. 55.

⁵⁰ Resulta interesante apuntar que el texto original de la Constitución de 1917 en su Artículo 108 hace referencia no sólo a los delitos y faltas oficiales sino también a las *omisiones* como una forma de configurar la responsabilidad en el ejercicio del cargo público, dejando fuera de este Artículo a estas últimas la ley secundaria. Posteriormente se retoma esta forma de conducta en diversos Artículos (13, fracción VII, 18 fracción LXXII, 21, etc.).

⁵¹ El concepto Altos Funcionarios se retomó de las Leyes de responsabilidades de 1870 y 1896 así como de la Constitución de 1917 (la Constitución de 1857 no refirió este término).

⁵² Estos últimos funcionarios no se incluían en el Artículo 108 de la CPEUM de 1917 (anotemos que la primera reforma a este numeral se realizó hasta el año 1982)

⁵³ La constitución en su Artículo 111 párrafo final (redacción vigente en el año 1940) refiere la expedición de una ley sobre: ... *responsabilidades de todos los funcionarios y empleados de la Federación...* entendiéndose en términos del Artículo 124 de la Ley Fundamental que los Estados federados retienen para sí la facultad de expedir sus propias Leyes de responsabilidades (al no reservarse el orden federal este tema), considerando además que los gobernadores y diputados locales no son funcionarios o empleados de la Federación

⁵⁴ *“Tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales reza el principio de igualdad aristotélica. Este principio se quebrantó por la Ley de Responsabilidades de 1940 en virtud de que trató desigualmente a los iguales, como funcionarios públicos, en lo que a delitos y a las penas concierne, por la sola circunstancia de su jerarquía. En aras de la igualdad aristotélica todos los funcionarios públicos, sin distinción de categorías ni actividades, deben ser penalmente responsables por los delitos oficiales y del orden común que perpetren”*. Lanz Cárdenas, José

de la República sólo podía ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común⁵⁵.

La acción persecutoria relativa a la responsabilidad por delitos o faltas oficiales sólo podía exigirse durante el ejercicio del encargo y dentro de un año después⁵⁶.

Se prevé la reparación por los daños y perjuicios provocados por el funcionario o empleado al desplegar alguna acción constitutiva de delito o falta oficial con motivo de sus funciones (un aspecto de la responsabilidad civil)⁵⁷. En las demandas del orden civil no existe fuero ni inmunidad para los funcionarios públicos⁵⁸.

Se concede acción popular⁵⁹ para denunciar los delitos y faltas oficiales (acción prevista en el Artículo 11 de la Ley de responsabilidades de 1870 retomada posteriormente por la Constitución de 1917 en su Artículo 111).

Los Diputados y Senadores propietarios, el Presidente de la República, los Gobernadores, y Diputados locales gozaban de fuero desde el día de su elección⁶⁰. El fuero constitucional no procedía en los delitos o faltas oficiales de los Altos Funcionarios durante el desempeño de sus funciones o con motivo de algún empleo, cargo o comisión aceptado en el período en que disfrutaran el fuero (Art. 11)⁶¹. El indulto resultaba improcedente en el caso de sentencias condenatorias por delitos oficiales⁶².

Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público, op. cit.*, p. 277.

⁵⁵ Esta prevención se retomó del Artículo 108 de la Constitución originaria de 1917.

⁵⁶ Redacción retomada del Artículo 113 de la CPEUM originaria de 1917.

⁵⁷ El Artículo 5o. párrafo segundo de la Ley en estudio indica que esta responsabilidad será exigible siempre que se comprueben los daños y perjuicios ocasionados con dichos actos u omisiones, *aun cuando se absuelva al inculpado en el procedimiento penal*, confiriéndole de esta manera a la acción resarcitoria civil una autonomía e independencia. Más aún este numeral refiere que el derecho a exigir la reparación del daño queda expedito para hacerse efectivo ante los tribunales competentes.

⁵⁸ Redacción retomada del Artículo 114 de la CPEUM originaria de 1917.

⁵⁹ Acción popular. Poder otorgado a todos los ciudadanos para hacer efectiva la preeminencia de la Carta Magna sobre los demás actos del poder público. Cuenca, Humberto, "La acción popular", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 268, t. LXVII, mayo-agosto de 2017, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 100, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25477/22879>.

⁶⁰ Lanz considera que tratándose de una protección al cargo y no a la persona, no debía entenderse a partir de la simple elección del funcionario, sino a partir de la fecha en que él mismo hubiera tomado posesión del encargo relativo. Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público, op. cit.*, p. 281.

⁶¹ Redacción retomada del Artículo 110 de la CPEUM originaria de 1917.

⁶² Redacción retomada del Artículo 112 de la CPEUM originaria de 1917.

Detalla la Ley (Art.13) los delitos oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación:

- El ataque a las instituciones democráticas;
- El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo federal;
- El ataque a la libertad de sufragio;
- La usurpación de atribuciones;
- La violación de garantías individuales;
- Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación o motiven algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones u omisiones graves en este sentido, y
- Las omisiones de carácter grave⁶³.

Se establecen como sanciones para estos Altos Funcionarios la destitución del cargo o privación del honor investido e inhabilitación para obtener determinados o cualquiera clase de empleos, cargos u honores (de cinco a diez años).

Las faltas oficiales de los Altos Funcionarios se definen como las infracciones a la Constitución o leyes federales no comprendidas dentro de los delitos oficiales⁶⁴, se sancionan con suspensión del cargo por un término no menor a un mes ni mayor a seis meses en cuyo desempeño hubieran sido cometidas.

Detalla el Artículo 18, setenta y dos actos u omisiones constitutivos de delitos oficiales de los *demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales* (no aplicables a los Altos Funcionarios de la Federación⁶⁵), la

⁶³ Esta clasificación de delito oficial la retoma parcialmente el legislador del Artículo 1o. de la Ley sobre Delitos, Faltas y Omisiones Oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación del 3 de noviembre de 1870. “Dada su vaguedad y alcance difuso, era poco probable que en la realidad cualquier funcionario federal asumiese alguna conducta que tradujese los resultados previstos desdibujadamente en este Artículo 13, por lo que, respecto a ellos, la ley que comentamos [1940] era impráctica y nunca pudo aplicarse en la realidad”. Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, op. cit., p. 277.

⁶⁴ Deficiente e imprecisa definición de falta oficial la cual se integra “por exclusión” (si no es delito oficial es falta oficial) que situaba en un alto grado de indefinición e indefensión jurídica al funcionario o empleado. El sentido de esta definición se reitera en el Artículo 21 el cual establece que se consideran como faltas oficiales: *Las infracciones y omisiones cometidas por los funcionarios o empleados en el desempeño de sus funciones y que no sean conceptuadas como delitos por la ley.*

⁶⁵ “Resulta que los Altos Funcionarios de la Federación no pueden cometer los delitos definidos en el Artículo 18... lo que para los demás funcionarios y empleados constituye un delito, para

cual muy posiblemente dejó fuera conductas punibles, estableciendo en el Artículo 19 la sanción corporal y métrica punitiva aplicable además de la multa respectiva.

Advertimos un gran número de conductas tipificadas como delitos oficiales previstas como tipos delictivos en el Título Décimo del Código Penal de 1931 bajo el rubro: *Delitos cometidos por funcionarios públicos*⁶⁶ los cuales, atendiendo al Artículo Sexto transitorio de la Ley en comento dejaron de tener vigencia por su derogación del orden jurídico⁶⁷.

Técnicamente debió respetarse la observancia del Código Penal Federal para punir las conductas delictivas prevista en este y reservar la aplicación de la Ley de Responsabilidades para las acciones u omisiones de carácter administrativo⁶⁸.

los Altos Funcionarios no es sino una simple falta, creándose de este modo, una situación verdaderamente injusta y contraria a los principios generales de igualdad ante la ley". González Bustamante, Juan José, *op. cit.*, p. 116.

"Los hechos a que se refería el citado Artículo 18 no podían ser cometidos por los Altos Funcionarios de la Federación, de cuya circunstancia se derivaba la desigualdad en que incurrió dicha Ley, misma que se acentuó en virtud de que para una y otra categoría de funcionarios públicos la penalidad era diferente, es decir, severa para los que no tenían la suerte de ser Secretario del Despacho, Ministro de la Suprema Corte, Procurador de la República o Diputado o Senador del Congreso de la Unión y sumamente leve para quienes ostentasen esta investidura". Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público, op. cit.*, p. 277.

⁶⁶ Ejercicio indebido o abandono de funciones públicas, Abuso de autoridad, Coalición de funcionarios, Cohecho, Peculado, Concusión y Delitos cometidos en la administración de justicia.

⁶⁷ *"La Ley del 39, publicada en 1940, no sólo cometió el error de mencionar en el Artículo 18, que en la misma se tipificaban los delitos oficiales de los demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal, sino que, en las distintas fracciones que agrupó en dicho Artículo, tomó todas las figuras que el Código de 31 tipificaba como delitos cometidos por los funcionarios públicos y en el Artículo 6 transitorio dispuso: Se derogan en cuanto se opongán a la presente, todas las leyes y disposiciones de carácter general, referentes a responsabilidades de funcionarios y empleados públicos... por lo que quedaron derogadas las disposiciones del Código Penal, aplicable también como delitos comunes a los Altos Funcionarios".* Cárdenas F., Raúl, *op. cit.*, pp. 66 y 67.

Resulta muy interesante esta referencia histórica sobre la "duplicación" de conductas con hipótesis normativas iguales en la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados y las previstas en el Código Penal Federal de 1931, si atendemos a que en la nueva Ley General de Responsabilidades Administrativas (DOF 18 de julio de 2016) *se siguió este mismo procedimiento* al duplicar diversas conductas previstas en el Título Décimo del Código Penal Federal *Delitos por hechos de corrupción* (DOF 18 de julio de 2016).

⁶⁸ La Ley Orgánica de la Contaduría de la Federación (DOF 1 de enero de 1935) establecía en su Artículo 48 que las responsabilidades que se fincaran a los funcionarios, empleados y agentes del Estado, en el manejo de fondos, valores o bienes públicos se constituirían y exigirían administrativamente con independencia de las de carácter penal, lo que nos permite entender que sí resultaba posible en ortodoxa técnica legislativa la diferenciación normativa de ambas responsabilidades (penal y administrativa).

Tipificar simultáneamente en dos cuerpos normativos conductas iguales podría dar lugar a un doble enjuiciamiento con violación al Artículo 23 constitucional o bien, en el caso de delitos cuya dual naturaleza comprendía un delito común y un delito oficial (el caso del peculado), aplicar la prescripción privilegiada de un año prevista en la Ley de Responsabilidades y no la de doce prevista en el Código Penal Federal⁶⁹.

Las infracciones u omisiones cometidas por empleados y funcionarios en el desarrollo de sus funciones no conceptuadas como delitos por la Ley de Responsabilidades son consideradas faltas oficiales (Art, 21)⁷⁰. Se establece como

⁶⁹ Sobre el tema de la prescripción el legislador ordinario al momento de redactar la Ley de Responsabilidades que se analiza opinó:

“En lo concerniente a los delitos oficiales susceptibles de perpetrarse por cualquier funcionario o empleado público, advertimos que en el Artículo 12 de la iniciativa han quedado incorporados los títulos X y XI del Código Penal.

Consideramos pertinente hacer hincapié sobre este particular, porque los delitos de que estos títulos se ocupan (ejercicio indebido o abandono de funciones públicas, abuso de autoridad, colusión de funcionarios, cohecho, peculado, concusión y delitos cometidos en la administración de justicia) han sido conceptuados hasta ahora como delitos comunes. Ahora bien, como la pena aplicable por tales delitos llega en ciertos casos a doce años de prisión y la acción penal se prescribe en un término igual al de la pena, ocurrirá que al considerarlos como oficiales la nueva legislación, se acortará visiblemente el plazo para su prescripción, dada la regla de que la responsabilidad por delitos y faltas oficiales ‘sólo podrá exigirse durante el período en que el funcionario ejerza su encargo y dentro de un año después’ (Artículo 113 constitucional).

Sin embargo, las comisiones que suscriben estiman que los delitos previstos por los citados títulos X y XI del Código Penal vigente deben considerarse como oficiales por cuanto únicamente pueden ser cometidos por funcionarios o empleados públicos en ejercicio de sus funciones o con motivo del desempeño de sus cargos. Por lo demás, consignado el principio de inamovilidad de los funcionarios y empleados públicos en el Estatuto de Trabajadores al Servicio del Estado, no hay peligro de que queden impunes los delitos y faltas en que hayan incurrido si se atiende a que la prescripción comienza a correr a partir de la cesación del empleo o cargo.” Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, año II, periodo ordinario, Legislatura XXXVII, tomo III, número de diario 19, sesión efectuada el 13 de diciembre de 1938.

Es claro advertir el total desconocimiento de la dogmática penal del legislador de aquella época, quien olvidó que son las calidades especiales del sujeto activo (en el caso, revestirse de la calidad de servidor público, desempeñar un empleo, cargo o comisión públicos, ostentar un nombramiento, etc.) las que le confieren la naturaleza “oficial” (especial). Observemos por otra parte que, aún y cuando el legislador se percató que pueden existir indicios de impunidad criminal por el breve término para la configuración de la prescripción del delito *oficial* establecido en la Ley de responsabilidades (un año), mantiene esta figura con una marcada inclinación proteccionista para el sujeto activo del delito, argumentado un ininteligible e inaplicable principio de “inamovilidad laboral”.

⁷⁰ Apreciemos la absoluta falta de seguridad jurídica para los empleados y funcionarios públicos quienes no alcanzaban certeza o conocimiento sobre los actos u omisiones constitutivos de

legislación supletoria de esta norma el Código Penal (Art. 22) reiterándose con tal suplencia la naturaleza eminentemente punitiva de esta Ley.

Refiere la Ley en su Título Tercero el procedimiento para los delitos y faltas oficiales de los Altos Funcionarios de la Federación y de los Estados Federados. En el capítulo II se establece el procedimiento en los casos de delitos del orden común para lo cual debía retirarse la inmunidad constitucional (fuero), separar del cargo al presunto responsable y finalmente dejarlo sujeto a la acción de los tribunales comunes (Arts. 26 a 35)⁷¹.

Esto es, en el caso de delitos del orden común cometidos por Altos Funcionarios se establece como requisito de procedibilidad la declaratoria por parte del Gran Jurado⁷² de la existencia de elementos para proceder⁷³.

Para los delitos o faltas oficiales de estos funcionarios inicialmente debían ser analizadas por la Cámara de Diputados como Jurado de acusación (Arts. 36 a 47) y en caso de proceder la acusación quedaba suspendido del cargo el servidor público poniéndose a disposición de la Cámara de Senadores la cual se constituía en Jurado de Sentencia (Arts. 48 a 52)⁷⁴.

una falta oficial, al quedar al libre arbitrio o potestad de quien juzgaba o calificaba, clasificarlas como tales ante la inexistencia de un catálogo o descripción legal de estas.

⁷¹ Retoma la Ley este procedimiento prácticamente en su totalidad de la Ley Reglamentaria de los Artículos 104 y 105 de la Constitución Federal (6 de junio de 1896), sin considerar la inaplicabilidad de algunas de sus disposiciones con motivo de los cambios normativos entre las Constituciones de 1857 y 1917 (Lanz, comenta que en el caso del Artículo 34 que regula la hipótesis en que se declaraba proceder en contra del acusado, debía separársele del cargo y dejarlo sujeto a la acción de los tribunales, en este numeral no se tomó en cuenta que la Ley no era reglamentaria de la Constitución de 1857 [como sí lo era la Ley de 1896] en donde por no tener el Ministerio Público el monopolio de la acusación penal resultaba pertinente que, una vez declarada la procedencia de la acusación, el inculpado podía quedar sujeto desde luego a la acciones de los tribunales, pero en el caso, tratándose de una Ley reglamentaria de la Constitución de 1917, que ya otorgaba dicha exclusiva facultad al Ministerio Público, en un procedimiento como los regulados en este capítulo, sin la intervención del Ministerio Público y del ejercicio previo de la acción penal no podía darse de inmediato la sujeción del acusado a los tribunales. Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, op. cit., p. 285).

⁷² La Constitución de 1917 hace referencia a la integración de un *Gran Jurado* para el conocimiento parlamentario tanto de los delitos del orden común (compuesto por diputados) cuanto para los delitos oficiales (conformado por senadores) según advertimos de sus Artículos 109 y 111.

⁷³ El procedimiento relativo a esta instancia política se transcribió literalmente de la Ley de 1896 sin considerar los cambios constitucionales de 1917.

⁷⁴ La Constitución de 1917 reserva este procedimiento únicamente para los delitos oficiales de los Altos Funcionarios (Art. 111) sin embargo, la Ley en estudio lo "extiende" también para las faltas oficiales.

Los veredictos de los jurados de acusación y de sentencia son inatacables y, en consecuencia, no procedía contra ellos recurso alguno (texto retomado de la Constitución del 17 prácticamente en su totalidad –Art.111–)⁷⁵, en el caso de la sentencia dictada por la autoridad judicial resultaba procedente el Amparo y únicamente respecto de la sanción impuesta.

El Título Cuarto establece el procedimiento relativo a los delitos oficiales y faltas oficiales de los demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales (con lo cual se corrobora la inequidad en la aplicación de esta Ley al distinguir o personalizar a los sujetos de su aplicación), su incoación se realizaba ante un juez con arreglo a las disposiciones del Código de Procedimientos Penales quien se encargaba de conducir la instrucción y ponerlo en estado de resolución debiendo remitir el expediente al Jurado de Responsabilidades Oficiales de los Funcionarios y Empleados de la Federación (Arts. 69 a 76).

De manera tutelar prevé la Ley cubrir al acusado durante el procedimiento sancionatorio una parte de los emolumentos correspondientes al empleo, cargo o comisión sin exceder del cincuenta por ciento de su salario el tope máximo a entregar⁷⁶. Ante el dictado de una sentencia absolutoria se le reintegraba en su cargo y se le cubrían los emolumentos no pagados.

En el caso de una sentencia condenatoria, el agente del Estado era separado definitivamente del empleo, cargo o comisión y de no existir destitución a juicio de la autoridad correspondiente podía reponerse al servidor público después de extinguirse sus sanciones; tratándose de un cargo de elección popular, el funcionario podría volver al ejercicio de sus funciones después de compurgar la sanción impuesta, siempre y cuando no hubiera fenecido el término de su ejercicio.

⁷⁵ Observemos la total exclusión de la observancia del debido proceso, así como del derecho a la tutela judicial efectiva al no permitirse al sentenciado hacer uso de sus derechos procesales, ni a un tribunal jurisdiccional analizar las pruebas y el cumplimiento de requisitos inherentes al procedimiento instaurado de los que podían desprenderse violaciones constitucionales o legales.

⁷⁶ Años después, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentaría criterio jurisprudencial sobre este tema: Tesis P./J. 2/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2017, p. 7: RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 21, FRACCIÓN V, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE PERMITE LA SUSPENSIÓN TEMPORAL EN EL EMPLEO Y LA RETENCIÓN DE PERCEPCIONES, DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE EL ÓRGANO INTERNO DE CONTROL PREVENDRÁ UN INGRESO MÍNIMO PARA LA SUBSISTENCIA DEL SERVIDOR PÚBLICO DURANTE EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO, HASTA ENTANTO NO SE DICTE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA QUE DETERMINE AQUÉLLAS.

Atendiendo a la previsión constitucional (Art. 111), se estatuye en el Título Quinto (Arts. 77 a 88) la creación del Jurado Federal y de Responsabilidades Oficiales de los Funcionarios y Empleados de la Federación⁷⁷ (estableciéndose asimismo un Jurado de Responsabilidades Oficiales de los Funcionarios y Empleados del Distrito y Territorios Federales), cuyo perímetro de competencia permitía juzgar a funcionarios y empleados por delitos oficiales o faltas oficiales (este cuerpo colegiado no tenía dentro de sus facultades juzgar a los Altos Funcionarios de la Federación, de acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 77 y 89 de la Ley en consulta⁷⁸), en su integración se hacían intervenir a diversos sectores sociales de la población: un representante de los servidores públicos, un representante de la prensa, un profesionista, un profesor, un obrero, un campesino y un agricultor con el fin de obtener una representación popular lo más efectiva posible. En los casos de existir responsabilidad oficial se enviaba el asunto al juez respectivo únicamente para efectos de la imposición de la sanción, siendo inapelable la determinación del Jurado⁷⁹.

⁷⁷ *“Ya hemos visto lo desastroso que ha resultado el vicioso sistema del jurado popular, abolido en el Distrito Federal para los delitos del orden común desde el Código Penal de 1929. No se ha conseguido, hasta ahora, cambiar el sistema defectuoso... y ante la serie desacertada de fallos absolutorios dictados en la jurisdicción federal por los delitos oficiales cometidos por los funcionarios y empleados públicos, se creyó conveniente aprovechar el período de emergencia en que se encontró el país con motivo de la guerra con los países totalitarios, para encomendar el fallo y decisión de estos procesos a los tribunales federales, con plausible acierto, porque no es posible exigir de personas ajenas a la ciencia del derecho, el conocimiento de delitos de carácter técnico, como son el peculado, la concusión, el abuso de poder y otros que, por su misma complejidad, no pueden ser apreciados por un tribunal de conciencia”.* González Bustamante, Juan José, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

Como mera referencia histórica recordemos que, en términos del Artículo 21 de la Ley de Prevenciones Generales sobre la Suspensión de Garantías Individuales (DOF del 13 de junio de 1942) se suprimió el Jurado para todos los delitos o faltas oficiales al quedar encomendado el fallo respectivo a los jueces competentes.

⁷⁸ Nuevamente la Ley, con ánimo proteccionista, excluye como sujetos de juzgamiento por el Jurado Popular a los Altos Funcionarios de la Federación, no obstante, que la CPEUM vigente en esa época establecía con claridad que serían sujetos de la Ley de responsabilidades “todos” los funcionarios y empleados de la Federación y que las faltas o delitos cometidos por estos serían siempre juzgados por un Jurado Popular (Art. 111, último párrafo).

⁷⁹ Grandes y frecuentes críticas se elevaron en contra de la existencia de este Jurado al cual se le tachaba de ineficaz, y con razón, al ser un órgano colegiado formado por personas bien intencionadas pero desconocedoras de técnica jurídica y de elementales conocimientos (recordemos quiénes lo integraban) convirtiéndose en verdaderos tribunales de conciencia.

“... el jurado popular, en lugar de resultar beneficioso para combatir a los malos funcionarios,

Regula el Título Sexto una atribución otorgada por la Constitución al Poder Ejecutivo Federal consistente en solicitar, ante las cámaras congresionales, la remoción y cese por *mala conducta* de los funcionarios judiciales⁸⁰ (Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito, Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios, y Jueces del orden común del Distrito y Territorios Federales)⁸¹ con independencia del procedimiento penal que fuera procedente.

La solicitud de remoción presentada ante la Cámara de Diputados se basaba fundamentalmente en una exposición por parte del Ejecutivo Federal de los hechos, omisiones o actos indebidos determinantes de una conducta reprobable del funcionario acusado y los datos en los cuales el Presidente fundara su *convicción moral* (aspecto absolutamente subjetivo y por ende totalmente arbitrario) sobre la mala conducta del funcionario acusado, en este caso, si la *convicción moral* del primer mandatario le resultaba adversa podía la Cámara de Senadores posterior a la instrucción realizada por la Cámara de Diputados⁸² hacer cesar del cargo al funcionario judicial.

Una primitiva aportación en el combate a la corrupción (Art. 103) constituye la inclusión del procedimiento de investigación del enriquecimiento inexplicable, el cual tenía lugar cuando algún funcionario⁸³ o empleado públicos, encontrándose

resultó extraordinariamente perjudicial a la colectividad por las absoluciones escandalosas dictadas en la mayoría de los casos". Cárdenas F., Raúl, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁰ Humillante e indigna facultad conferida mediante reforma constitucional del párrafo final del Artículo 111, publicada en el DOF el 20 de agosto de 1928. Márquez Rábago, Sergio, R., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus reformas y adiciones*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2006, p. 208.

⁸¹ Esta disposición motivó severas críticas en los foros jurídicos del país, por considerar una intromisión del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial y una relativa sumisión de los funcionarios judiciales al Ejecutivo Federal contrariando así el principio de división de poderes. Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, *op. cit.*, p. 289.

⁸² Estos cuerpos legislativos tenían la facultad de declarar justificada o injustificada la petición de destitución de autoridades judiciales enviada por el Ejecutivo Federal (Art. 74, fracción VII y 75, fracción IX de la CPEUM vigente en 1928).

⁸³ Para el caso de los Altos Funcionarios debía preceder a la instrumentación de este procedimiento un veredicto del Senado de la República como Jurado de Sentencia (Art. 111).

"Por último, en el Artículo 111 se estableció respecto del procedimiento de las investigaciones sobre el enriquecimiento inexplicable, que cuando el acusado fuera un alto funcionario de la Federación debía estar precedido de un veredicto condenatorio del Senado como Jurado de Sentencia, candado legal que hacía prácticamente imposible que se investigara el enriquecimiento por parte de los Altos Funcionarios, sector de los servidores públicos en donde por

en el desempeño de su cargo, o al separarse de él por haber terminado el período de sus funciones o por cualquier otro motivo, se encontrare en posesión de bienes sea por sí o por interpósita persona que sobrepasan notoriamente sus posibilidades económicas, considerando sus circunstancias personales y la cuantía de dichos bienes, en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios dando motivo a presumir fundadamente la falta de probidad de su actuación⁸⁴.

Este procedimiento resultó violatorio de Artículos constitucionales ocasionando su inaplicabilidad (se igualó a la confiscación de bienes prohibida por el Artículo 22 constitucional, entre otros aspectos).

En el año 1953 (DOF del 7 de enero) se publica una reforma al capítulo II del Título Sexto de esta Ley, adicionándose un párrafo segundo al Artículo 103 donde se presumía como propiedad de los funcionarios o empleados, salvo prueba en contrario, los bienes de la esposa con independencia de su régimen matrimonial, así como de sus hijos menores⁸⁵.

Al tomar conocimiento, el Ministerio Público del caso, el funcionario o empleado estaba obligado a justificar debidamente ante él la legítima procedencia de dichos bienes. Esta obligación resultaba exigible durante el tiempo del ejercicio del cargo y hasta un año después (Art. 103).

Si las diligencias realizadas demostraban datos bastantes para hacer presumir una conducta configurativa de un enriquecimiento inexplicable, el Ministerio Público hacía la consignación ante el Juez correspondiente (las diligencias practicadas por la autoridad ministerial o el Juzgador tenían únicamente el carácter de simples investigaciones y sólo en el caso de acreditarse la existencia o comisión de algún delito se observarían las reglas del procedimiento penal, según se desprende del Artículo 104 de esta Ley). En este procedimiento de investigación, el interesado tenía derecho a ser oído en su defensa.

La autoridad se encontraba investida de facultades para ordenar el aseguramiento preventivo de los bienes (referencia lejana del embargo precautorio) cuya

convencimiento popular se dio el mayor número de conductas indebidas y de la formación de inmensas fortunas". Lanz Cárdenas, José Trinidad, Las responsabilidades en el servicio público, op. cit., p. 291.

⁸⁴ Observamos un antecedente prístino del tipo delictivo de enriquecimiento ilícito. Ver Herrera Pérez, Alberto, *Delitos cometidos por servidores públicos, op. cit., p. 189.*

⁸⁵ Medida legislativa tendente a evitar que el funcionario o empleado eludiera la aplicación de esta disposición a través de interpósitas personas.

legítima procedencia no pudiera demostrar el funcionario o empleado⁸⁶ (el Artículo 105 originario de esta Ley señalaba la procedencia del aseguramiento de los bienes cuya legítima procedencia no justificara debidamente el funcionario o empleado; esta facultad inicialmente potestativa de la autoridad pasó a ser imperativa, ordenándose el aseguramiento en estos casos según se aprecia de la reforma a este Artículo publicada en el DOF del 7 de enero de 1953). De no justificarse la legítima procedencia, el Juez, sin más trámite, hacía la declaración respectiva y ordenaba pasaran los mismos al dominio de la Nación, del Distrito Federal o de los Territorios Federales⁸⁷.

Cuando la conducta del funcionario o empleado (excluyéndose desde luego los Altos Funcionarios) resultara *sospechosa* de enriquecimiento inexplicable (Art. 108), el Juez al cual se le consignara el asunto debía comunicar a la autoridad de quien dependían su nombramiento lo suspendiera en el ejercicio de sus funciones públicas mientras no quedara plenamente justificada la legítima procedencia de los bienes o se dictara sentencia absolutoria (observemos una omisión absoluta de respeto a los derechos humanos de presunción de inocencia y debido proceso así como a los derechos laborales y una aplicación totalmente subjetiva de la norma lesiva para el agente del Estado).

En el delito de enriquecimiento inexplicable se concedía acción popular para presentar las denuncias respectivas.

Establecía el Artículo 110 (reformado mediante decreto publicado en el DOF el 7 de enero de 1953), la obligación de todo empleado o funcionario público al tomar posesión de su encargo, durante y al dejarlo de realizar una manifestación ante el Procurador General de Justicia de la Nación o del Distrito y Territorios Federales, en su caso, de sus propiedades raíces, de sus depósitos en numerario en las instituciones de crédito, acciones de sociedades, bonos etc., para estar en aptitud las autoridades competentes de comparar su patrimonio al ingresar al servicio público, durante su ejercicio y al momento de retirarse del mismo.

⁸⁶ La carga de la prueba no recaía sobre el Ministerio Público sino en el acusado, lo cual resulta indebido y vulnerante del derecho a la presunción de inocencia. Ver Herrera Pérez, Alberto, *El derecho a la presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2012.

⁸⁷ Antecedente remoto de la extinción de dominio, si bien, como ya dijimos, con marcados tintes de una confiscación de bienes prohibida por la Constitución.

Esta declaración de bienes (eficaz instrumento de rendición de cuentas, transparencia y comprobación patrimonial) constituyó una muy primitiva manifestación pública sin solemnidad o requisito sustancial sobre el patrimonio de los agentes del Estado, constituyendo un valioso antecedente del combate a la corrupción⁸⁸.

Se prevé en este mismo Artículo el plazo de sesenta días para presentar esta manifestación por parte de los empleados y funcionarios a partir de su designación, so pena de quedar sin efecto el nombramiento respectivo⁸⁹. En el caso de la conclusión del cargo de no recibir las autoridades de procuración de justicia en el plazo de treinta días la manifestación respectiva se procedía a dar vista al Ministerio Público para los efectos conducentes.

Artículos transitorios

Ordena el Tercero a aquellos funcionarios o empleados (nuevamente se excluía a los Altos Funcionarios), no acreditantes de los requisitos exigidos por las leyes respectivas para desempeñar sus cargos, que debían cesar en su ejercicio desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley y, en caso de continuar en su ejercicio por el término de treinta días, serían separados de su encargo (observemos, una vez más, el trato inequitativo y arbitrario hacia estos servidores públicos por parte de esta Ley, la cual no prevé la tutela de sus derechos laborales o medios para su defensa, amén de una violación flagrante al principio de no retroactividad en perjuicio).

El Artículo Sexto ordenó la derogación de *todas las leyes* y disposiciones de carácter general referentes a responsabilidades de funcionarios y empleados públicos. Esta derogación legal colectiva, que no especificó la materia de supresión (penal, civil, política, etc.), originó que diversas normas quedaran sin vigencia otorgando impunidad a los empleados y funcionarios públicos, advirtiéndose nuevamente la enorme deficiencia técnica del legislador de aquellas épocas⁹⁰.

⁸⁸ Encontramos en esta obligación para el servidor público una remota referencia a la actual declaración de situación patrimonial.

⁸⁹ Así, sin un procedimiento previo, la Ley deja sin efecto un nombramiento, sin respetar los derechos laborales ni el debido proceso legal para el servidor público.

⁹⁰ En el mismo sentido, Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, *op. cit.*, pp. 281 y 291.

III. LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA FEDERACIÓN, DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LOS ESTADOS

Cuatro décadas posteriores a la aparición de la primera Ley de responsabilidades se publica en el DOF del 4 de enero de 1980 una nueva legislación en materia de responsabilidades de los agentes del Estado, la cual reiteró gran parte del texto de la Ley de 1940, reordena disposiciones dispersas e incorpora muy pocas novedades⁹¹.

Permanecen, a pesar de las críticas y comentarios en su contra (referentes a su inexactitud y anfibología) los conceptos, delito (el legislador insiste en establecer eventos delictivos fuera del Código Penal) y falta oficiales, adicionando un señalamiento expreso respecto de los “delitos comunes” (no mencionados en la Ley anterior, abonando aún más en la confusión sobre la diferenciación de estos conceptos y por ende en su aplicación)⁹².

Se reitera la hipótesis (Art. 2o.) respecto de los gobernadores de las entidades federativas y diputados locales como sujetos de aplicación de esta Ley en los casos de comisión de delitos y faltas oficiales tipificados en la misma. La Ley anterior (Art. 14) establecía la responsabilidad de estos sujetos por violaciones: “... a la Constitución y Leyes Federales” (porción normativa prevista en la Constitución en su Artículo 108 párrafo segundo); esta nueva Ley sujeta, nuevamente, a los gobernadores y diputados locales a la observancia de la misma (creemos posible, como ya dijimos, la existencia de una invasión a la soberanía local al llevar a estos últimos sujetos al plano de su aplicación).

Se mantiene la regulación relativa a una triple responsabilidad de los empleados y funcionarios: penal, política y civil (sin considerarse nuevamente la responsabilidad administrativa), así como la reparación del daño.

⁹¹ Tanto esta Ley de responsabilidades cuanto la anterior (1940) reglaban los Artículos 108 a 114 de la Constitución, sin que hasta la fecha en que se publica la norma que se comenta fueran objeto de reforma conservando la redacción original de 1917 (con excepción del Artículo 111 que tuvo diversas en los años 1928, 1944 y 1974).

⁹² Ya mencionamos que los *delitos oficiales* son de naturaleza política y constituyen un medio para preservar la buena marcha de la administración, tutelar los intereses públicos, su buen despacho y exigir responsabilidades a los funcionarios, (sin que tenga nada de penal la buena marcha de la administración). Nunca debió nombrarse con el término “delito” a estos actos u omisiones de naturaleza eminentemente política al resultar inevitable asociar el término delito al concepto Derecho Penal o Código Penal, este error, como ya analizamos, fue provocado por el propio texto constitucional (Art. 111) el cual se reformó hasta el año 1982.

Se elimina el desigual trato normativo de los sujetos obligados por la norma, suprimiendo la denominación Altos Funcionarios de la Federación prevista en la Ley derogada⁹³.

Se define al delito oficial (Art. 3o.) como todo acto u omisión de los funcionarios o empleados⁹⁴ cometidos durante el encargo o con motivo de este en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho. Se especifican las acciones de este tipo adecuándose la fracción VII: "*Por las violaciones sistemáticas a las garantías individuales y sociales*"⁹⁵ y se adiciona una fracción VIII: "*En general los demás actos u omisiones*"⁹⁶, en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, siempre que no tengan carácter delictuoso, conforme a otra disposición legal que los defina como delitos comunes".

Esta última prevención [fracción VIII] eliminó la ambivalencia en que incurría el Artículo 18 de la Ley de Responsabilidades de 1940 al repetir como delitos oficiales varios de los que se encuentran tipificados como delitos comunes en la legislación penal⁹⁷.

⁹³ No obstante, observemos el descuido legislativo en la redacción de esta Ley al mencionar en los Artículos 8o. y 12 nuevamente a *los Altos Funcionarios de la Federación* desatendiendo la idea de desaparecer de la Ley este término.

En la exposición de motivos que da origen a esta legislación leemos: "*La igualdad ante la Ley es un imperativo para la realización de la justicia. Con este propósito desaparece la tipificación, el distingo establecido por el ordenamiento en vigor, entre los 'delitos de los Altos Funcionarios de la Federación' y los cometidos por los 'demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito Federal y Territorios Federales', para comprender bajo un mismo rubro a todos los sujetos responsables.*"

⁹⁴ Recordemos que esta clasificación de las hipótesis de los delitos oficiales, la Ley anterior la reservó para los Altos Funcionarios de la Federación (Art. 13), en esta nueva Ley se hace extensiva esta clasificación para todos los empleados y funcionarios "menores": *La ambigua e imprecisa descripción de los delitos oficiales en el Artículo 3o. de la nueva Ley no parece conciliarse con las exigencias de precisión en los tipos, contenida en el Artículo 14 constitucional.* Ovalle Favela, José, *La nueva Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2019, p. 202, https://repositorio.unam.mx/contenidos/la-nueva-ley-de-responsabilidades-de-los-funcionarios-y-empleados-de-la-federacion-del-distrito-federal-y-de-los-altos-f-5031139?c=pQ8wXB&d=false&q=.*&i=137&v=1&t=search_0&as=0.

⁹⁵ La Ley anterior comprendía únicamente la violación de garantías individuales (Art. 13, fracción V).

⁹⁶ Observemos la amplitud normativa de esta fracción, en la cual podían tener cabida todas las acciones u omisiones posibles o imaginables en detrimento de la seguridad jurídica del funcionario o empleado públicos.

⁹⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio, "La responsabilidad de los funcionarios públicos", *op. cit.*, pp. 104 y 105. Esta criticable ambivalencia la observaremos reproducida en la vigente Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Se adiciona en este último Artículo un párrafo final a través del cual se tutela la libertad de expresión de los agentes del Estado.

Se definen las faltas oficiales como las infracciones de los funcionarios o empleados afectantes de manera *leve* los intereses públicos y del buen despacho y no trasciendan al funcionamiento de las instituciones y del gobierno, durante su encargo o con motivo de este (Art. 4o.)⁹⁸.

Se ratifica la temporalidad (Art. 5o.) para exigir la responsabilidad por delitos o faltas oficiales sólo durante el ejercicio del empleo, cargo o comisión o *dentro de un año después* (la Ley no aclara “después a que”⁹⁹). Por cuanto hace a la responsabilidad penal en los delitos comunes se está a las reglas establecidas en el Código Penal.

Se agregan a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como sujetos portadores de fuero constitucional (Art. 7o.) dejados fuera en la anterior.

Se retoman los aspectos relativos a los procedimientos sancionatorios para delitos y faltas oficiales de los Altos Funcionarios. En el caso de los primeros (Art. 9o.), la acusación corre a cargo de la Cámara de Diputados y como jurado de sentencia el Senado de la República el cual, por mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros, declaraba lo procedente. Las sanciones administrativas para el delito oficial para estos funcionarios subsisten: destitución e inhabilitación (Art. 10).

Las faltas oficiales se sancionan con amonestación (la norma derogada las punía con suspensión temporal del cargo) por parte de los cuerpos colegiados a donde pertenecían (Cámara de Senadores, Diputados, Suprema Corte de Justicia de la Nación, etc.) o por el Presidente de la República en caso de nombramientos realizados por este.

⁹⁸ Esta definición situaba indudablemente en un inmenso estado de indefensión a los funcionarios y empleados al no existir certeza jurídica ni legal sobre el contenido y alcance del término *afectación leve* (¿Cuáles serían los parámetros para calificarla como tal?). Además, existe una laguna legislativa, al no precisar ni establecer la Ley, las infracciones (actos u omisiones) de los empleados o funcionarios que podían constituir una falta oficial generando un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica para estos y, por ende, espacios para la corrupción e impunidad.

⁹⁹ ¿De haber dejado el empleo, cargo o comisión? ¿De haberse cometido el delito o la falta? Es evidente el alto grado de deficiencia y descuido legislativo provocantes de una enorme inseguridad jurídica en la aplicación de la norma.

Los delitos oficiales de los demás empleados y funcionarios *menores* se sancionan con destitución e inhabilitación, en tanto las faltas oficiales con suspensión temporal del cargo o inhabilitación (Art. 10)¹⁰⁰.

Se retoman las facultades otorgadas en la Ley anterior para el Procurador General de la República, el Procurador de Justicia del Distrito Federal y agentes del Ministerio Público en el sentido de iniciar las averiguaciones correspondientes a los delitos o *faltas* oficiales (observemos nuevamente la confusión del legislador sobre el origen y naturaleza de los delitos y faltas oficiales al conferir la calidad penal a estas últimas no obstante su calidad de administrativas).

Para el caso de delitos comunes de los Altos Funcionarios (Art. 15), la Cámara de Diputados erigida en Gran Jurado debe declarar, por mayoría absoluta de votos del número total de sus miembros integrantes, si habrá o no lugar a proceder contra el acusado (en la pasada Ley, en el Artículo 33, se hacía referencia a la mayoría absoluta de votos pero no se aclaraba, como se hizo en esta: ... *del número total de miembros que la formen...*, con esta mayoría calificada se hacía más difícil la procedencia de un delito¹⁰¹).

En caso de una votación negativa, no había lugar a ningún procedimiento ulterior; en caso afirmativo, el acusado quedaba separado de su encargo y sujeto a la acción de los tribunales comunes, con excepción del Presidente de la República (se precisa esta hipótesis normativa imprevista en la Ley anterior) pues en tal caso, sólo había lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores como si se tratara de un delito oficial (la Ley no aclara el efecto de acusar al Ejecutivo Federal por un delito común como oficial: ¿por razón de la pena a imponer?, ¿por el procedimiento especial a seguir?).

¹⁰⁰ Advertimos el trato punitivo diferenciado para los llamados anteriormente Altos Funcionarios de la Federación y para los demás funcionarios y empleados "menores". Destaquemos, igualmente, la supresión del inmenso catálogo de delitos y faltas oficiales de estos servidores públicos previsto en setenta y dos fracciones en el Artículo 18.

¹⁰¹ Para el año 1980 (fecha de expedición de la Ley en comentario) el número de diputados al Congreso de la Unión era de 400, por lo tanto, para una votación de mayoría absoluta del número total de miembros, como exigía la Ley, debían votar 201 legisladores (si atendemos al número de diputados del partido en el poder –PRI–, de 296, entendemos una enorme dificultad para la procedencia de un desafuero a un Alto Funcionario miembro de este partido para ser procesado por un delito común).

En el caso de delitos comunes cometidos por funcionarios o empleados sin fuero, serían juzgados por los tribunales penales comunes (Art. 16), los delitos o faltas oficiales se juzgan por un jurado popular (siguiendo el mandato constitucional).

Resulta interesante la redacción del Artículo 18, al establecer el supuesto de faltas clasificadas como *infracciones* en otras leyes o reglamentos, las cuales serán sancionadas de acuerdo a estos; bajo esta consideración el legislador pareciera otorgar o reconocer una naturaleza administrativa¹⁰² a las faltas oficiales y ordenar la observancia del principio de especialidad al remitir a la norma específica su sanción.

El Título Segundo de la Ley recoge los aspectos procedimentales relativos a los delitos comunes de los funcionarios con fuero, reglando los aspectos relativos al Jurado de Acusación (Cámara de Diputados) y Jurado de Sentencia (Cámara de Senadores).

El Título Tercero refiere los aspectos procedimentales correspondientes a los funcionarios y empleados carentes de fuero constitucional, comisores de delitos o faltas oficiales durante su encargo o con motivo de este y sujetos a un proceso penal, previa sustanciación de este último; el juez instructor remitía, junto con las conclusiones de las partes procesales, al Jurado de Responsabilidades oficiales de los funcionarios y empleados públicos (Art. 65) quien imponía la sanción condigna.

Se mantiene la entrega de un emolumento al servidor público sujeto a proceso (Art. 66).

Se reitera la permanencia, si bien duramente criticada, del Jurado de Responsabilidades cuyo ámbito de competencia lo constituían los empleados y funcionarios de la Federación diversos a los Altos Funcionarios (Arts. 81 y 82). Se elimina la remuneración para los jurados.

Se conserva la facultad petitoria de remoción para el Ejecutivo Federal de funcionarios judiciales (Art. 84), previa opinión de las Cámaras de Senadores y Diputados. La novedad en esta nueva Ley permite al Presidente de la República, antes de solicitar a las Cámaras la destitución de algún funcionario judicial, de

¹⁰² La infracción tiene precisamente esa naturaleza; "INFRACCIÓN: *Es la contravención a normas de carácter administrativo derivada de una acción u omisión*". Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Porrúa, 1998, voces I-O, p. 1710.

manera *magnánima* oír: “... a este en lo privado, al efecto de poder apreciar en conciencia la justificación de tal solicitud”¹⁰³.

Se ratifica el procedimiento relativo al enriquecimiento inexplicable (Art. 85). Se realizan precisiones respecto de la actuación del Ministerio Público, la cual podría ser de oficio o en virtud de denuncia (permitiendo esta nueva Ley la denuncia anónima proscrita en la anterior), además, se hace imperativo el aseguramiento

¹⁰³ Esta porción normativa se retoma de la reforma constitucional al Artículo 111 publicada en el DOF el 21 de septiembre de 1944, si bien humillante e indigna para los miembros del Poder Judicial de la Federación.

La exposición de motivos del Ejecutivo Federal, fundamento de esta reforma constitucional, señala:

...

“Es esencia de la inamovilidad judicial el que un juez no sea removido si cumple con el deber que tiene de aplicar, recta e imparcialmente las leyes del país; pero, en nuestro medio social, se impone la necesidad de que el presidente de la República esté en aptitud de destituirlo, con aprobación de las Cámaras de la Unión, cuando su conducta no se ajuste a las obligaciones inherentes al desempeño de su cargo.

En efecto, la remoción de un funcionario judicial no puede quedar siempre supeditada a la demostración de su culpabilidad por medio de pruebas irrefutables dentro de procedimientos jurídicos comunes, tanto porque a menudo resulta en extremo difícil encontrar esas pruebas, cuanto porque el espíritu público de nuestro país no está suficientemente acostumbrado a denunciar los casos en que las autoridades judiciales incurren en inmoralidad o en violación de la ley.

En esa virtud, el Ejecutivo de mi cargo considera conveniente dejar al Presidente de la República la responsabilidad de apreciar, en conciencia, la conducta de los jueces. Cuando, por presunciones bien fundadas, estime que el mal comportamiento de un funcionario judicial amerita su remoción, se dirigirá a las Cámaras de la Unión a efecto de que –si estas aprueban su resolución, en los términos legales relativos– se dicte la destitución propuesta.

De esta manera, la inamovilidad judicial no representara un obstáculo para separar de sus cargos a los jueces penales o incompetentes y, en cambio, proporcionará una garantía eficaz para que aquellos que ejerzan de modo irreprochable sus atribuciones, mantengan incólume su independencia, sientan estímulo para acrecer con el estudio de su sabiduría y tengan una defensa para sustentar los dictados de su rectitud

Con el sentimiento de la responsabilidad histórica que contrae, el Presidente de la República no arrostrará el peligro de exponerse a una crítica sana del país, proponiendo destituciones que, por injustificadas, podrían ser motivo de una desaprobación del Congreso de la Unión. Pero, al mismo tiempo, frente a casos señalados por la opinión nacional como de inmoralidad en las actividades de un mal juez, se sentirá de antemano apoyado por la nación y contará con la colaboración de las Cámaras para depurar la administración de justicia.

Dada la significación de las razones que anteceden, no parece necesario fundar con mayor amplitud esta iniciativa, la cual se basa sobre el resultado obtenido en otros países, tras de siglos de experiencia” [en línea 14 de julio de 2022], <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNOimNPZPsNLFqe0s-7fey1Fqrifg/gpxAf4P26+03Fhlum+XScwEu5+Qqd0lyQ5FQ/hPxw==>.

de los bienes cuya legítima procedencia no justificara el servidor público indiciado (Art. 87¹⁰⁴).

Se retoman los aspectos relativos (Art. 92) a la presentación de la manifestación de bienes inmuebles y depósitos en numerario de todo empleado o funcionario al ingreso, durante y después de haber dejado el cargo en el servicio público¹⁰⁵, ante la Procuraduría General de la República o Procuraduría de Justicia del Distrito Federal. Se precisa (la Ley anterior no lo hacía) el tiempo de presentación de la declaración inicial (sesenta días), así como el de terminación (treinta días). Se señalan, en el párrafo final de este Artículo, como sujetos de aplicación del procedimiento de investigación del enriquecimiento inexplicable, así como sujetos obligados a presentar su manifestación de bienes, a diversos funcionarios de la Administración Pública Federal Paraestatal: directores, presidentes, gerentes o funcionarios, miembros del Consejo de Administración, Junta Directiva u órgano equivalente y personal de vigilancia.

Esta Ley derogó (según dispuso su Artículo Segundo transitorio) la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados, de fecha 30 de diciembre de 1939, publicada en el DOF el 21 de febrero de 1940, sin acotar o establecer modalidades, precisiones o excepciones a esta derogación¹⁰⁶.

¹⁰⁴ La anterior Ley lo hacía potestativo (Art. 105).

¹⁰⁵ Sobre esta obligación de los agentes del Estado, el Presidente de la República José López Portillo, en su quinto informe de gobierno, en fecha 1 de septiembre de 1981 señaló: *“La nueva Ley de Responsabilidades ha motivado la reorganización de la oficina del Registro de Manifestación de Bienes para fortalecer los instrumentos de fiscalización y hacer más transparente la actuación de los funcionarios públicos. La Ley se aplica inexorablemente para proteger a la sociedad de los abusos de funcionarios inmorales que, investidos de poder, llevan a cabo en perjuicio del Erario Federal.”*

¹⁰⁶ Observamos, nuevamente, el enorme desconocimiento técnico del legislador sobre las consecuencias de una derogación de este tipo (ya comentadas para la Ley de 1940).

“Distintas situaciones se presentaron al derogar la Ley de 1939 y que propiciaron autos de libertad dictados a los autores de los distintos delitos previstos en varias fracciones del 18 de la Ley del 39... al no existir tipo que se considere como delito, por las conductas que antes se definían, bien sea en el Artículo 18 de la Ley de Responsabilidades de 1940, o en los Artículos 212 a 218 del Código Penal, no se puede proceder ya en contra de ningún funcionario por tales figuras delictivas, lo que puede fomentar la corrupción y asegurar la impunidad de los funcionarios y empleados”. Cárdenas F., Raúl, *op. cit.*, pp. 5 y 9. En el mismo sentido Hurtado Cisneros, Alfredo, *op. cit.*, p. 59 y Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 203.

“Este inexplicable y lamentable error de técnica jurídica atribuible a los autores de la ley y asimismo a los legisladores que la aprobaron, entre los cuales se contaban muy destacados

IV. LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS¹⁰⁷

A tres años de expedirse la ley analizada en el apartado anterior la llegada de un nuevo Ejecutivo Federal plantea novedosos aspectos relativos a la renovación moral obligando a adecuar el régimen legal de responsabilidades de los servidores públicos para cumplir sus objetivos en un Estado de Derecho¹⁰⁸.

*Reformas constitucionales*¹⁰⁹

La reforma al sistema de responsabilidades de los agentes del Estado alcanzó rango constitucional adecuándose la denominación del Título Cuarto para quedar: *De las Responsabilidades de los Servidores Públicos*¹¹⁰; con esta modificación se pretendió acentuar el carácter de servicio a la sociedad inherente al ejercicio funcional de estos¹¹¹.

juristas, consagró la impunidad de numerosos servidores públicos que habían sido procesados con apoyo en la Ley de Responsabilidades de 1939, lo que justificó en la opinión pública y de los académicos del derecho, que se calificara a la Ley de 1979 [DOF 4 de enero de 1980] como la ley de amnistía". Lanz Cárdenas, José Trinidad, Las responsabilidades en el servicio público, op. cit., p. 327.

¹⁰⁷ DOF del 31 de diciembre de 1982.

¹⁰⁸ En el Plan Nacional de Desarrollo 1983-1988 (DOF del 31 de mayo de 1983) se expresaron las líneas fundamentales del Programa de Renovación Moral:

"2.1.4. Renovación Moral

Las instituciones Republicanas son la expresión histórica de nuestro nacionalismo. Su rigor y transparencia, expresiones de fidelidad a su significado y propósito, ponen a prueba la viabilidad del Proyecto Nacional. De ahí el valor estratégico de la Renovación Moral como un principio orientador básico. Es indispensable que todos los mexicanos, particularmente quienes son depositarios de una responsabilidad pública, convengan en que el destino personal y el destino patrio están indisolublemente ligados, que el interés particular debe subordinarse al superior interés nacional, que el verdadero desarrollo integral incluye el fortalecimiento de nuestra moral ciudadana.

...

La guía fundamental de esta decisión es el Derecho, síntesis de la moral Republicana, democrática y revolucionaria. Para el Gobierno, su expresión práctica equivale al perfeccionamiento de los sistemas de administración de los recursos del Estado, la mejor regulación de las responsabilidades de los servidores públicos y el fortalecimiento de los mecanismos de control y vigilancia de la administración."

¹⁰⁹ DOF 28 de diciembre de 1982.

¹¹⁰ Se reformaron los Artículos del 108 al 114.

¹¹¹ *"... la reforma de diciembre de 1982 al Título Cuarto constitucional fue profunda e implicó un punto de vista más preciso sobre la forma de concebir la responsabilidad pública u oficial de los servidores públicos. Al partir del principio jurídico de igualdad ante la ley, se entendió que estos estaban sujetos a la ley penal y civil como cualquier ciudadano, y que, del desempeño de la función oficial, protegida o no por fuero, nacía la responsabilidad oficial, que podía adoptar las formas de responsabilidad política o constitucional en los servidores públicos con fuero*

El contenido de esta reforma comprendió diversos aspectos:

- Se consideran servidores públicos, para efecto de responsabilidades, a los representantes de elección popular, los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados y en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública;
- Se establece la obligación del Congreso de la Unión y de las legislaturas locales de expedir Leyes de responsabilidades¹¹²;
- Se precisan aspectos del juicio político: sus causas, sanciones y los sujetos comprendidos por este procedimiento¹¹³;
- Se sanciona y persigue en términos de la legislación penal los delitos cometidos por agentes del Estado¹¹⁴;
- Se estatuye la aplicación de sanciones por responsabilidad administrativa derivada de actos u omisiones transgresoras de los principios rectores del ejercicio funcional de los agentes del Estado: legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia¹¹⁵;

y de responsabilidad administrativa en los sin y con fuero". Juárez Mejía, Godolfino Humberto, *La constitucionalidad del sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos federales*, México, Porrúa, 2002, p. 93.

¹¹² En debido respeto a la autonomía y soberanía legislativas locales.

¹¹³ El Presidente de la República sólo podía ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común, dejándolo fuera de un posible juicio político no obstante poder incurrir en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho (observamos, aún en el texto constitucional, tratos privilegiados para este alto funcionario).

¹¹⁴ La exposición de motivos del texto constitucional del Artículo 111 sobre este aspecto expresa: *"En lo que hace a la naturaleza de las responsabilidades la iniciativa propone eliminar la confusión derivada de una terminología que tendía a otorgar un fuero de hecho al distinguir entre 'delitos y faltas oficiales' y 'delitos comunes'. Establecer con claridad que corresponde a la legislación penal determinar las sanciones y procedimientos para aplicarlas por cualquier delito cometido por servidores públicos, sea con motivo de su empleo, cargo o comisión o no. Con ello se propone acabar cualquier forma de tratamiento discriminatorio entre el régimen penal aplicable a los gobernantes y a los gobernados"*.

¹¹⁵ La responsabilidad administrativa de los servidores públicos no se consideró en los textos constitucionales de 1857 ni de 1917, tampoco en las Leyes de responsabilidades de 1940 ni de 1980, la trascendente innovación de esta reforma constitucional consistió precisamente en normar este tipo de responsabilidad más acorde con el ejercicio funcional de los servidores públicos (Art. 113).

- Los procedimientos para la aplicación de sanciones penales o administrativas se desarrollan autónomamente permitiendo incoar de manera simultánea e independiente diversos procedimientos (administrativo, civil, penal, laboral o político)¹¹⁶;
- Se prohíbe la doble imposición de sanciones por una sola conducta de la misma naturaleza¹¹⁷;
- Se eleva a rango constitucional la figura del enriquecimiento ilícito debiendo las leyes secundarias determinar los casos y circunstancias de sanción, así como el decomiso y la privación de la propiedad de los bienes respectivos¹¹⁸;
- Se norma el procedimiento de acciones de tipo penal en contra de servidores públicos de alto nivel jerárquico;
- Se establecen sanciones económicas:
- Se fija el plazo de prescripción en los casos de actos u omisiones de naturaleza administrativa grave el cual nunca sería inferior a tres años;
- La responsabilidad penal es exigible de conformidad con los plazos de prescripción consignados en la ley penal (el cual, igualmente, nunca sería inferior a tres años).

¹¹⁶ “Este sistema descansa en el principio de autonomía, conforme al cual para cada tipo de responsabilidad se instituyen órganos, procedimientos, supuestos y sanciones propios”. López Olvera, Miguel Alejandro, *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 37.

“Este diferente enfoque jurídico que permite señalar diversas sanciones para la conducta de un servidor público según que incurra en responsabilidad política, penal o administrativa, o en dos de estas especies, se justifica en razón de la diversa fundamentación que tiene cada una de estas especies de responsabilidad y, además, se consigue pulcritud legislativa al adicionarse la regla de que no podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza”. Reyes Tayabas, Jorge, *op. cit.*, p. 152.

¹¹⁷ “El nuevo régimen contempló la existencia de responsabilidades de índole civil, penal, político y administrativo, ramas autónomas e independientes una de la otra, con lo cual se pueden reprochar todas a una sola persona como consecuencia de una misma conducta, con la salvedad de que no se podrán imponer sanciones de la misma naturaleza por una misma conducta”. Béjar Rivera, Luis José y Orrico Gálvez, Alejandro, *Régimen de la función pública y régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, México, Universidad Panamericana, ESPRESS, 2014, p. 46.

¹¹⁸ Se elimina de esta manera la posible inconstitucionalidad de esta figura similar a la confiscación de bienes (en el ámbito federal, en fecha 5 de enero de 1983, se publicaron en el DOF las reformas al Código Penal Federal para incluir en el Artículo 224 la figura del enriquecimiento ilícito).

Siete aspectos son de relevante importancia en esta reforma constitucional:

- La noción de servidor público;
- El juicio político;
- La declaración de procedencia;
- El enriquecimiento ilícito;
- La responsabilidad administrativa;
- La autonomía de los procedimientos sancionatorios; y
- La desaparición del Jurado Popular.

Estos conceptos, entre otros, serán desarrollados por las leyes secundarias respectivas.

Dentro de los aspectos relevantes de la ley en estudio destaquemos los siguientes:

Las materias de reglamentación son:

- Los sujetos de responsabilidad en el servicio público;
- Las obligaciones, responsabilidades y sanciones administrativas, así como las autoridades competentes y los procedimientos para aplicarlas;
- El juicio político;
- Las autoridades competentes y los procedimientos para declarar la procedencia del procesamiento penal de los servidores públicos revestidos de fuero; y
- El registro patrimonial de servidores públicos.

A diferencia de las Leyes de responsabilidades anteriores, en esta son señaladas las autoridades facultadas para su aplicación, estableciendo un principio de legalidad y certeza jurídica en el actuar de los órganos de poder¹¹⁹:

- Cámaras de Senadores y Diputados al Congreso de la Unión;
- Secretaría de la Contraloría General de la República¹²⁰;

¹¹⁹ *“La pretendida renovación moral de finales de 1982 no tuvo el éxito deseado ya que las leyes que fueron expedidas o reformadas en este sentido solamente probaron una eficacia parcial y no por su propósito o contenido que en su momento fue legítimo, sino por la inoperancia y complicidad de los órganos administrativos, tanto de los que deben aplicarlas como a quienes deben ser aplicadas”*. Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *op. cit.*, p. XVII.

¹²⁰ De esta manera se publicó en el DOF: Secretaría de la Contraloría General de la República (posteriormente en el DOF del 10 de marzo de 1983 se corrigió esta denominación a través de una fe de erratas para quedar: Secretaría de la Contraloría General de la Federación).

- Dependencias del Ejecutivo Federal;
- Departamento del Distrito Federal;
- Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal;
- Tribunal Fiscal de la Federación;
- Tribunales de Trabajo; y
- Los demás órganos jurisdiccionales determinados por las leyes.

Considera esta Ley sujetos de responsabilidad administrativa a los servidores públicos mencionados en los párrafos primero y tercero del Artículo 108 de la CPEUM, así como a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales¹²¹ ampliando el espectro sancionador (sin distinciones o privilegios) de los agentes del Estado¹²².

Se introduce el principio constitucional de autonomía procedimental (Art. 109) permitiéndose la incoación simultánea de procedimientos de naturaleza diversa con lo cual es posible sancionar al servidor público atendiendo a la naturaleza de la responsabilidad generada por su indebida conducta (civil, penal, administrativa, laboral o política). Se precisa la no imposición de sanciones dos veces por una sola conducta de la misma naturaleza.

¹²¹ *“Es claro observar que la Ley en comento va más allá del texto constitucional al considerar como servidores públicos a otros diversos a los que la propia norma fundamental señala (esta porción normativa fue retomada por la Ley de responsabilidades de 2002), como es el caso de aquellos: ‘... que manejen o apliquen recursos públicos federales’”.* Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, Análisis dogmático*, México, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2007, p, 20.

Nota. La referencia al manejo indebido de recursos económicos federales en 1982, la Constitución la reservó para el ámbito local (párrafo tercero del Artículo 108) sin embargo, la redacción del Artículo 2o. de la Ley que se comenta pareciera sugerir que esta reserva se extiende, de manera indebida, a todos los servidores públicos federales (bajo esta redacción la observancia de esta Ley comprendería a los servidores públicos del Banco de México (al aplicar recursos económicos federales en su integración orgánica y funcionamiento) no obstante que este órgano constitucional autónomo, en el periodo de vigencia de esta Ley, no aparecía dentro de los órganos detallados por el Artículo 108 constitucional, párrafo primero (el Banco Central se crea en la reforma constitucional al Artículo 28 publicada en el DOF el 20 de agosto de 1993).

¹²² Específicos servidores públicos de organismos constitucionales autónomos se incluirán en la reforma constitucional de 1996 (Instituto Federal Electoral –actualmente Instituto Nacional Electoral–, DOF del 22 de agosto de 1996) en tanto los restantes hasta 2007 (DOF 13 de noviembre).

Se eliminan los conceptos delito oficial, falta oficial y delito común¹²³, estableciéndose una importante distinción normativa entre responsabilidades administrativas y responsabilidades penales (Art. 7o.).

Se destina gran parte del articulado de esta Ley (Arts. 5o. a 45) al juicio político (sujetos, procedimientos y sanciones), así como a la declaración de procedencia, retomándose en su gran mayoría aspectos previstos por las derogadas Leyes de responsabilidades de 1940 y 1980¹²⁴.

El juicio político se articula como un procedimiento equivalente al previsto por la Constitución de 1917 (en el caso de violación a los intereses públicos fundamentales o su buen despacho), descriminalizándose los delitos oficiales y subsistiendo el fuero constitucional para los delitos del orden común.

El Título Tercero (Arts. 46 a 78) norma los aspectos relativos a las responsabilidades administrativas de los servidores públicos¹²⁵.

El Artículo 47 hace una extensa relación de las obligaciones del agente del Estado cuyo incumplimiento origina un procedimiento y la aplicación de sanciones¹²⁶. La lectura de este numeral hace entender una falta de seguridad jurídica

¹²³ La exposición de motivos señala: *“La Ley de Responsabilidades que se propone desarrolla los principios que sobre la responsabilidad política define la iniciativa del Título Cuarto. En primer término, liquida la desafortunada confusión entre delitos y faltas oficiales y delitos comunes, que fue uno de los factores que contribuyó a la inaplicación de las leyes que en esta materia han estado en vigor en las últimas cuatro décadas: la responsabilidad penal, como ya se asentó, se regula por las leyes penales”*.

¹²⁴ En el año 1992 y 2003 se reformaron los Artículos 9o., 10 y 12 de esta Ley en relación con la sustanciación del procedimiento del juicio político. *“El estudio de los tres preceptos de referencia nos permite apreciar que su contenido y sus antecedentes fueron subsumidos y reconstruida su redacción por las reformas tal vez con el propósito de prevenir los múltiples problemas que se fueron ocasionando en el campo de la práctica parlamentaria de la Cámara de Diputados, al instruir procedimientos relacionados con numerosas denuncias de responsabilidades políticas y, particularmente, de responsabilidades de servidores públicos investidos de protección constitucional y acusados de la presunta comisión de ilícitos penales... En conclusión, los procedimientos por ahora consignados en este ordenamiento en materia de juicio político y también los procedimientos del retiro de inmunidad relativa en los casos de denuncias de ilícitos penales deben considerarse ineficaces y que apoyan de algún modo la impunidad de los servidores públicos”* Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público, op. cit.*, pp. 380 y 381.

¹²⁵ Este Título y el Cuarto se derogaron posteriormente por el Artículo Primero transitorio de la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos publicada en el DOF el 13 de marzo de 2002.

¹²⁶ El sistema de responsabilidades debe ser entendido no solamente como un catálogo de deberes burocráticos y de buenas intenciones, sino como la expresión deontológica del ejercicio

para el servidor público al no establecer el supuesto normativo sujeto a una sanción.

Es tarea del legislador señalar e identificar con precisión en la ley respectiva la acción u omisión materia de sanción a fin de cumplir con el derecho humano de seguridad jurídica y legalidad para el agente del Estado.

El Artículo en comento relaciona únicamente las obligaciones de los servidores públicos (a manera de un código de conducta¹²⁷), cuyo incumplimiento da lugar a un procedimiento y a una sanción, sin embargo, no establece las conductas prohibidas generadoras de un procedimiento disciplinario.

En debida observancia al principio de tipicidad, el hecho a sancionar debe encuadrar exactamente en el supuesto previsto, de esta manera los destinatarios de la norma conocerán con exactitud, de manera predeterminada, clara y precisa las condiciones actualizantes de la conducta punible¹²⁸.

del poder público y de la administración como su más importante manifestación interna. Hurtado Cisneros, Alfredo, *op. cit.*, p. 137.

¹²⁷ "Lo anterior, si fuera posible, podría corregirse haciendo una precisa descripción legal de la infracción. No se desconocen las dificultades inherentes a esta tarea, pues tendrían que precisarse infinidad de infracciones concretas; sin embargo, por no ser penal la materia que se norma, podrían definirse grandes tipos y dentro de ciertos límites, recurrirse a la analogía, tomándolos como referentes. Esta dificultad fue reconocida por el legislador que optó por definir las obligaciones antes que las infracciones, y sólo de manera indirecta derivar estas últimas. De aquí viene la imprecisión en la determinación del tipo y en la inconsistencia en las sanciones, pese a los grandes esfuerzos realizados por las autoridades para uniformar los criterios aplicables." Juárez Mejía, Godolfino Humberto, *op. cit.*, p. 164.

¹²⁸ Tesis P/J. 100/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1667: TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. El principio de tipicidad, que junto con el de reserva de ley integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. *En otras palabras, dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción*; supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones. En este orden de ideas, debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma. Ahora bien, toda vez que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y dada la unidad de ésta, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador *debe acudirse al aducido principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas*, de modo tal que

Bajo esta lógica el legislador no cumple en esta Ley con los principios constitucionales de legalidad ni tipicidad al situar al servidor público en un estado de inseguridad jurídica permitiendo a los órganos de poder encargados de su aplicación suplir de manera arbitraria las deficiencias legislativas y encuadrar de manera discrecional la conducta del agente del Estado para la imposición de sanciones.

Suprime el legislador, de manera indebida, la entrega de un emolumento (previsto por las Leyes de 1940 y 1980) al servidor público separado de su empleo, cargo o comisión sujeto a la instrumentación de un procedimiento administrativo sancionador.

Una novedad en esta Ley se dirige a establecer en las dependencias y entidades de la Administración Pública unidades específicas, donde el público tenga fácil acceso para presentar quejas y denuncias por incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos (Art. 49), con esto se acerca a la sociedad una facultad de contraloría y los medios para ejercerla entendiéndose el legislador la falta de eficiencia de una ley de responsabilidades cuando carece del apoyo ciudadano.

Innovación importante constituye el tema relativo a la obligación de las autoridades de respetar y hacer respetar el derecho a la formulación de quejas y denuncias (Art. 50), estableciendo responsabilidades para el servidor público inhibidor de la presentación de las mismas (uno de los factores inhibitorios de su presentación es precisamente la falta de garantías para denunciar).

De otro modo, una denuncia representa un alto valor en la toma de decisiones de política pública anti-delictivas. Este medio de conocimiento se ve limitado por diferentes elementos, desde el temor a represalias para la víctima, el denunciante o el testigo, hasta la falta de credibilidad en las autoridades en el desarrollo de sus funciones. Estos factores inhibitorios de la denuncia (aún las de carácter anónimo), genera la conocida *cifra negra*¹²⁹ de la actividad delictiva, caldo

si cierta disposición administrativa establece una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar esta por analogía o por mayoría de razón.

¹²⁹ Para contextualizar este tema: “la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2021 elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía ofrece información referente al nivel de victimización y delincuencia, denuncia del delito, características de las víctimas de delito, los delitos y los daños causados, percepción sobre la inseguridad, desempeño institucional y la caracterización de los delitos en los hogares, entre otras, señala: la cifra negra (delitos no denunciados o que no derivaron en una carpeta de investigación) fue de 93.3% <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSegPub/envipe2021.pdf>.”

de cultivo ideal para otro mal social: la impunidad, transgredir la norma sin riesgos punitivos es un estímulo para retroalimentar la conducta delictiva. Además, el desconocimiento de la criminalidad real dificulta la planeación de estrategias para combatir la delincuencia¹³⁰.

Se establece en la Ley la obligación para la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de crear órganos y sistemas para identificar, investigar y determinar las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley, así como para aplicar las sanciones establecidas. En igual sentido, se ordena a las Cámaras de Senadores y Diputados del Congreso de la Unión (Art. 51). De esta manera se da plena independencia a los poderes constituidos para investigar, determinar y sancionar las faltas administrativas en términos de sus leyes respectivas.

Se crea una contraloría interna (Art. 52) para sancionar a los servidores públicos de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación (SECOGEF).

Las sanciones por faltas administrativas consisten en: apercibimiento privado o público, amonestación privada o pública, suspensión, destitución del puesto, sanción económica (no prevista en la Ley anterior) e inhabilitación (Art. 53).

Con acierto esta Ley (Art. 54) establece los elementos a considerar al momento de imponer las sanciones otorgando al indiciado equidad, proporcionalidad y límites a la discrecionalidad y arbitrariedad de la autoridad al momento de su aplicación. En esta misma línea garantista se detallan las autoridades impositoras de la sanción (Art.56).

A efecto de desalentar prácticas de corrupción se prevé en el Artículo 55 la aplicación de sanciones económicas de hasta dos tantos del lucro indebido obtenido y de los daños y perjuicios causados.

Se otorga a las contralorías internas amplias facultades para recibir denuncias (Art. 57¹³¹), imponer de manera autónoma y sin reservas sanciones discipli-

¹³⁰ Jiménez Ornelas, René A., *La cifra negra de la delincuencia en México: sistema de encuestas sobre victimización*, 2003, p. 174, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/479/17.pdf>.

¹³¹ Atendiendo a la modificación de esta Ley del 24 de diciembre de 1996 (DOF) el servidor público tiene la obligación de denunciar a los servidores públicos sujetos a su dirección en el caso de hechos generadores de responsabilidad administrativa (Art. 57), anterior a esta reforma; la contraloría interna determinaba la existencia o inexistencia de responsabilidad y por acuerdo del superior jerárquico se aplicaban las sanciones condignas, con la reforma mencionada se elimina la toma de acuerdo.

narias (Art. 60¹³²), investigar (Art. 62) e incoar procedimientos disciplinarios (Art.65) así como dar vista al Ministerio Público de posibles conductas delictivas (Art. 61).

Se establece como novedad en esta Ley (Art. 63), la abstención de imponer sanción al servidor público, por una sola vez, por los hechos faltos de gravedad (desde luego la calificación de esta queda al libre arbitrio o juicio de la autoridad impositora), no constitutivos de delito y el daño causado no exceda de 100 salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal (SMDVDF). Se considera acertada esta medida la cual atiende al mínimo daño al bien jurídico tutelado con motivo del ejercicio funcional del servidor público preservando para este el ejercicio de su empleo, cargo o comisión y evitando entorpecer o ralentizar la prestación del servicio público o la marcha de la administración pública.

Se norma (a diferencia de leyes de responsabilidad anteriores) un procedimiento previo a la imposición de las sanciones disciplinarias con respeto a los derechos humanos de audiencia y debido proceso del servidor público (Art. 64)¹³³.

A fin de mantener un control sobre el ingreso de los futuros agentes del Estado destinados a ocupar empleos, cargos o comisiones en el sector público se faculta a la SECOGEF para expedir constancias de no inhabilitación, medida acertada tendente a evitar el ingreso de servidores públicos ineficientes, desleales o ineficaces (Art. 69).

Se concede al servidor público afectado por una resolución sancionatoria la opción de impugnar¹³⁴ directamente ante el entonces Tribunal Fiscal de la Federación o interponer el recurso de revocación ante la autoridad emisora del acto (Art. 71¹³⁵), cuya resolución es igualmente recurrible ante este Tribunal.

¹³² Anterior a la reforma de esta Ley (DOF del 24 de diciembre de 1996) las contralorías no podían imponer sanciones económicas cuyo monto excediera de cien veces el SMDVDF.

¹³³ No así al de presunción de inocencia, al facultarse a la autoridad para suspender temporalmente al servidor público del ejercicio de su empleo, cargo o comisión en una franca violación a este derecho humano (si bien en esos momentos no se encontraba recogido por la Constitución, sí existían instrumentos internacionales donde la preveían). Ver Herrera Pérez, Alberto, *El derecho a la presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2012.

¹³⁴ “El sistema de responsabilidades de los servidores públicos como todo sistema jurídico, no estaría completo sin la debida estructuración de los medios de impugnación de sanciones disciplinarias”. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *op. cit.*, p. 117.

¹³⁵ Artículo reformado mediante decreto publicado en el DOF el 21 de julio de 1992.

Se reviste a las sanciones económicas de la naturaleza de créditos fiscales con la finalidad de hacerlas efectivas a través del procedimiento económico-coactivo para alcanzar expeditéz y prontitud en su ejecución y cobro (Art. 75).

En el Artículo 76 se prevé una medida de política social consistente en la atenuación de la sanción a imponer (dos tercios,) cuando el servidor público confiese su responsabilidad en el incumplimiento de sus obligaciones. La imposición de la sanción condigna, en este supuesto, queda a juicio de la autoridad resolutora la cual puede establecer la suspensión, separación o inhabilitación del responsable. Advirtamos, la “separación” no es una medida sancionatoria prevista en la Ley (Art. 53), omitiéndose la mención de la destitución la cual no podía, en este caso, ser aplicada. Se dota a la SECOGEF de la facultad de imponer medidas de apremio para el eficaz y efectivo cumplimiento de sus determinaciones (Art. 77).

En fecha 10 de enero de 1994 se adiciona un Artículo 77 bis a esta Ley regulándose la reparación del daño a particulares provocado por actos u omisiones del servidor público¹³⁶, una vez reconocida la responsabilidad en sede administrativa debe ordenarse el pago correspondiente (haciendo más expedita la reparación del daño dejando a salvo los derechos del particular para ejercerlos en vía administrativa o judicial); igual supuesto se aplicaba en los casos de aceptación de una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos, en los cuales, la autoridad competente se limitaba a su determinación en cantidad líquida y a expedir la orden de pago respectiva¹³⁷.

El Artículo 78 señala la prescripción de las facultades de la autoridad para imponer sanciones fijando un año (DOF del 21 de julio de 1992) cuando el beneficio obtenido o el daño causado no excediera de 10 veces el SMDVDF y tres años para los demás casos¹³⁸.

¹³⁶ *“Estas provisiones legislativas tienen una especial significación en el ámbito de responsabilidades de los servidores públicos por lo que hace a la responsabilidad civil tradicionalmente regulada en el Código Civil Federal, pero de manera subsidiaria y que vino a convertirse en un tipo de responsabilidad civil directa”.* Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, op. cit., p. 398.

¹³⁷ Estableció asimismo este numeral de manera novedosa la acción de regreso o repetición de lo pagado por el Estado en contra del agente público infractor.

¹³⁸ *“Debe señalarse una inexplicable deficiencia legislativa en esta normatividad pues en la reforma que se hizo en 1992 al Artículo 78, en los dos últimos párrafos se establecieron reglas claras sobre la manera de contar el plazo para la prescripción consignándose que el plazo de prescripción sería computado a partir del día siguiente al que se hubiese incurrido en la responsabilidad, o a partir del momento en que hubiese cesado si fuera de carácter continuo. En*

Una extraordinaria herramienta de control del ejercicio funcional es indudablemente el Registro Patrimonial de Servidores Públicos; esta ley, en el Título Cuarto (derogado por la Ley de responsabilidades de 2002), norma aspectos relativos a este importante tema que abona a la transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción.

Se detallan los sujetos obligados de los tres poderes de la Unión a presentar anualmente su declaración de situación patrimonial¹³⁹ (las anteriores Leyes de responsabilidades de 1940 y 1980 obligaban a todo funcionario o empleado público, al tomar posesión de su cargo, durante y al dejarlo, debía presentar una manifestación sin especificar rangos jerárquicos¹⁴⁰), lo anterior representó un avance al considerarse únicamente aquellos servidores públicos por su nivel de mando, posición jerárquica o, inclusive, por el manejo de recursos públicos, los cuales resultaban más proclives a incurrir en actos ilegales o indebidos en el ejercicio de la función pública.

*todos los casos, la prescripción debía interrumpirse al iniciar el procedimiento administrativo previsto por el Artículo 64. Estas normas de gran utilidad y claridad para la interpretación concreta de la prescripción extrañamente fueron ignoradas por una ligereza legislativa, al reformarse el precepto en 1994” [DOF 10 de enero de 1994]. Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público, op. cit.*, p 399.*

¹³⁹ En el DOF del 27 de mayo de 2015 se publicó la reforma constitucional al Artículo 108 constitucional en la cual se elevaba a rango constitucional la obligación de los servidores públicos de presentar su declaración de situación patrimonial y de intereses.

¹⁴⁰ *“Estas disposiciones, aun cuando teóricamente pudieran haberse considerado correctas y que se pusieron en práctica a partir de la vigencia de la Ley aludida [1980] confrontaron una gran ineficiencia de control, pues no se tomó en cuenta, al consignar indiscriminadamente esta obligación de manifestar los bienes, la numerosa existencia de la burocracia federal en México, tanto del sector central de la Administración Pública Federal como del sector paraestatal de la misma, era computable en más de un millón de burócratas, lo que hacía totalmente inoperante el control y el manejo de estas manifestaciones de bienes, aunque se contara con el auxilio de la computación moderna, y más aun totalmente estéril en cuanto al universo indiscriminado de todos los servidores públicos obligados, los que en su gran mayoría ni tenían acceso al manejo de recursos públicos, ni tampoco podían tomar decisiones que pudieran implicar en numerosos casos concretos significativos índices de corrupción”.* Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público, op. cit.*, p. 401.

Aclaremos que la vigente Ley General de Responsabilidades Administrativas (DOF del 18 de julio de 2016), en su Artículo 32 establece la obligación de presentar las declaraciones de situación patrimonial y de intereses, bajo protesta de decir verdad y ante las Secretarías o su respectivo órgano interno de control *todos* los servidores públicos, en los términos previstos en esa Ley (el eterno retorno de acciones legislativas ineficaces e incongruentes respondientes a momentos de gloria o esplendor político).

En sus inicios esta declaración se presentaba ante la SECOGEF (Art. 80), sin embargo, por reformas posteriores a esta Ley (DOF's del 21 de julio de 1992 y 4 de diciembre de 1997) se confirieron facultades en materia de recepción al Poder Judicial Federal, Poder Legislativo Federal y autoridades del entonces Distrito Federal, respetando de esta manera la autonomía de estos poderes en su régimen de control interno.

Se establecen plazos para la presentación de la declaración de situación patrimonial (sesenta días naturales en los casos de toma de posesión y treinta para conclusión del encargo) encomendándose a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación expedir las normas y los formatos bajo los cuales se presentaría, así como los manuales e instructivos sobre los aspectos obligatorios a declarar (las anteriores Leyes de responsabilidades omitían normar este aspecto siendo prácticamente "libre" la manifestación a presentar).

Se fija el mes de mayo para presentar anualmente la declaración patrimonial (modificaciones al patrimonio), acompañada de una copia de la declaración anual relativa al Impuesto sobre la Renta (Art. 81)¹⁴¹. Dejar sin efecto el nombramiento se establece como sanción en los casos de omitir la presentación de cualesquiera de estas declaraciones en tiempo y forma sin causa justificada.

En materia de combate a la corrupción se confieren facultades a la SECOGEF para realizar visitas de inspección y auditorías (Art. 84) cuando los signos exteriores de riqueza fueran ostensibles y notoriamente superiores a los ingresos lícitos del servidor público¹⁴², se modifica la denominación del enriquecimiento inexplicable por enriquecimiento ilícito¹⁴³, manteniéndose sus elementos constitutivos, ordenando el Artículo 86 la punición para esta figura en términos del Código Penal Federal (Art. 224 de este ordenamiento).

¹⁴¹ En la Ley General de Responsabilidades Administrativas vigente se indica que, además de la declaración de situación patrimonial y de intereses, deben los servidores públicos presentar su declaración fiscal anual (Art. 32).

¹⁴² Aun cuando ya existía en esta época el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el Código Penal, atendiendo a la autonomía en la incoación de procedimientos, se reservan a la SECOGEF facultades administrativas de investigación (a través de visitas de inspección y auditoría).

¹⁴³ Herrera Pérez, Alberto, *Delitos cometidos por servidores públicos*, op. cit., p. 189. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define el enriquecimiento ilícito como el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él (Art. 20).

Para los efectos de la nueva Ley y del Código Penal se reitera la presunción *juris tantum*¹⁴⁴ de ser considerados como bienes ingresados al patrimonio del servidor público, los adquiridos y respecto de los cuales se condujeran como dueño, los recibidos o de los cuales disponga su cónyuge (la Ley anterior indicaba: “cualquiera que sea su régimen matrimonial”¹⁴⁵), así como sus dependientes económicos directos (se abre el espectro de sujetos, la Ley derogada señalaba: *así como los de los hijos menores*) salvo la acreditación de haberlos obtenido por sí mismos y por motivos ajenos al servidor público.

Una importante adición en esta Ley (Artículo 88) constituye la inclusión de la figura del conflicto de intereses¹⁴⁶. Ordena la ley castigar con las penas del delito de cohecho las conductas de los servidores públicos transgresoras de lo dispuesto en este Artículo¹⁴⁷ complementando de esta manera las figuras típicas previstas en el ordenamiento punitivo, extendiendo el radio de previsión normativa a fin de incluir y sancionar la mayor cantidad de actos u omisiones de los servidores públicos y combatir con más eficacia la corrupción e impunidad estatal.

En atención al principio de mínima lesión al bien jurídico tutelado, no se incurre en responsabilidad por la causa anterior cuando el valor acumulado durante el año respectivo del obsequio, donativo, o beneficio no sea superior a diez veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de su recepción (a esta figura se le denominó *soborno tolerado*¹⁴⁸).

Mediante reformas publicadas en el DOF el 4 de diciembre de 1997, se adicionó a esta Ley un Título Quinto (Artículos 91 a 93), relativo a las disposiciones aplicables a los servidores públicos del órgano ejecutivo del Distrito Federal (Contraloría General de la Administración Pública del Distrito Federal) estableciendo,

¹⁴⁴ Ya prevista en las Leyes de 1940 (Art. 103) y 1980 (Art. 85).

¹⁴⁵ Creemos más acertada la precisión de la Ley anterior, el término cónyuge implica la existencia de la celebración de un contrato matrimonial, en tanto la frase *cualquiera que sea su régimen matrimonial* es posible comprenda inclusive la figura de la concubina o concubinario.

¹⁴⁶ Recordemos: el conflicto de interés o intereses surge cuando un servidor público es influido inapropiadamente por intereses privados o personales, familiares o de negocios o inclusive institucionales que le impiden, al momento de ejercer sus funciones y responsabilidades oficiales, desarrollarlas en forma correcta o apegada a la ley.

¹⁴⁷ “En principio se advierte que el propósito de la Ley es prevenir y sancionar conflictos de intereses que afecten no sólo la imparcialidad del servidor público, sino también el prestigio y la ética que deben darse en todo cargo público.” Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, op. cit., p. 406.

¹⁴⁸ *Idem*.

las facultades y obligaciones otorgadas por esta Ley a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo y a su titular, se entenderían conferidas a ese órgano.

Abroga esta Ley la de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados, publicada en el DOF el 4 de enero de 1980.

V. LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS¹⁴⁹

Dentro de los cambios trascendentes introducidos por esta Ley destaca el específico y exclusivo tratamiento de la responsabilidad administrativa excluyendo de su ámbito de aplicación normativa la responsabilidad política¹⁵⁰.

El fundamento constitucional de la responsabilidad administrativa de los agentes del Estado encuentra asiento en la obligación prevista en su Artículo 128 al establecer: todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, protestará guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen, la anterior declaración genera una responsabilidad materializada al momento de transgredir el servidor público la norma rectora del correcto ejercicio funcional esto es, un ejercicio indebido o ilegal del empleo, cargo o comisión.

Sabemos de la existencia de diferentes tipos de responsabilidad para el servidor público atendiendo al origen y naturaleza del bien jurídico tutelado (civil, política, administrativa, penal o laboral¹⁵¹) teniendo un eje rector común: el ejercicio de la función pública, lo anterior, como hemos analizado, generó confusión y desorden al momento de sancionar la conducta del agente del Estado al no individualizar y reconocer el legislador la existencia autónoma de acciones u omisiones de diversa naturaleza: penal, administrativa o política refundiendo en un solo texto legal estas figuras.

La inexistencia de una norma sancionadora para cada tipo de responsabilidad generó confusión y arbitrariedad en su tratamiento (analizamos el caso de los delitos y faltas oficiales introducidos en la Ley de responsabilidades de 1940, de

¹⁴⁹ DOF 13 de marzo de 2002.

¹⁵⁰ *“La responsabilidad política y la responsabilidad administrativa son independientes entre sí, los procedimientos para la aplicación de sanciones se desarrollan autónomamente conforme el Artículo 109 constitucional por lo que no deben ser regulados por un mismo ordenamiento”*. De la Luz Félix Tapia, Ricardo, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵¹ Inclusive se habla de una responsabilidad resarcitoria para el agente del Estado.

efecto negativo en la persecución e investigación de estos eventos provocando vacíos legales, impunidad y corrupción de los servidores públicos). Posteriormente al redactarse las normas de responsabilidades de 1980 y 1982, atendiendo al principio de especialidad, se dejaron fuera los aspectos relativos a la responsabilidad penal¹⁵², sin embargo, se conservó en su texto el juicio político y la declaración de procedencia¹⁵³.

La nueva Ley de responsabilidades retoma gran parte del contenido de la norma inmediata anterior (1982) con algunas mejoras de redacción y adiciones de cierta relevancia¹⁵⁴. Analizaremos, a continuación, los aspectos sustanciales.

Se circunscribe el ámbito de aplicación normativa a las responsabilidades de los servidores públicos y las sanciones condignas (excluyendo la correspondiente al juicio político y la declaración de procedencia¹⁵⁵).

El objeto de esta Ley es reglamentar el Título Cuarto de la CPEUM en materia de:

- Sujetos de responsabilidad administrativa en el servicio público (los servidores públicos señalados en el párrafo primero del Artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos públicos federales);

¹⁵² En la reforma constitucional de 1982 se estableció que la comisión de delitos por cualquier servidor público sería perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal (Art. 109, fracción II).

¹⁵³ Las responsabilidades civiles se norman por sus propias leyes especiales (Código Civil y Código de Procedimientos Civiles) igualmente las laborales (Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, estatutos orgánicos, etc.).

¹⁵⁴ De los 51 Artículos de esta nueva Ley, 34 son prácticamente los mismos de la Ley derogada, algunos cuantos de ellos con pequeñas modificaciones y adaptaciones. "... Debe subrayarse que esta nueva Ley constituye casi una copia y repetición respecto de la anterior, que guarda la misma estructura y los títulos y capítulos son casi exactamente iguales, con excepción del capítulo II del Título Segundo que presenta una ligera variante, y del Título Cuarto que constituye una innovación". Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, *op. cit.*, p. 442.

¹⁵⁵ El Artículo Segundo transitorio de la Ley en estudio definió el ámbito adjetivo de validez de la norma derogada (Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos publicada en el DOF el 31 de diciembre de 1982), al dejar subsistente su Título Segundo (procedimientos ante el Congreso de la Unión en materia de juicio político y declaración de procedencia). Respecto del Título Quinto (referido a *Disposiciones aplicables a los servidores públicos del órgano ejecutivo del Distrito Federal* (Contraloría General de la Administración Pública del Distrito Federal) quedó igualmente subsistente.

- Obligaciones, responsabilidades y sanciones administrativas en el servicio público;
- Autoridades competentes para aplicar sanciones;
- El procedimiento sancionatorio; y
- El registro patrimonial de los servidores públicos.

Se adicionan nuevos órganos operadores de esta norma, dentro del ámbito de su competencia, algunos creados o modificados durante la vigencia de la Ley derogada, y resultar obligada su inclusión:

- Consejo de la Judicatura Federal;
- Tribunales agrarios;
- Instituto Federal Electoral;
- Auditoría Superior de la Federación;
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos;
- Comisión Federal de Competencia Económica;
- Instituto Federal de Telecomunicaciones; y
- Banco de México.

Finalmente, se incluyen en esta relación a los demás órganos jurisdiccionales e instituciones determinados por las leyes. Recordemos, por otra parte, que al inicio de vigencia de la Ley en comento existía la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM), la cual cambió de denominación por Secretaría de la Función Pública¹⁵⁶.

La Ley anterior (1982) señalaba como autoridades facultadas para su aplicación a las dependencias de la Administración Pública Federal (Art. 3o., fracción III¹⁵⁷); en la Ley en comento (2002), la investigación, tramitación, sustanciación y resolución de los procedimientos y recursos en sede administrativa corre a cargo de los contralores internos y titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades de los órganos internos de control (con dependencia jerárquica de la SECODAM), por tanto, es esta Secretaría la encargada de la aplicación de dicha

¹⁵⁶ En el DOF del 10 de abril de 2003 se publicó la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal, reformándose la LOAPF para cambiar la denominación de la SECODAM por Secretaría de la Función Pública.

¹⁵⁷ Referencia eliminada en la nueva Ley, así como la mención de las autoridades pertenecientes al entonces Departamento del Distrito Federal.

norma en el perímetro del Poder Ejecutivo Federal (Administración Pública centralizada y paraestatal).

Se otorga competencia a los contralores internos y titulares de las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades de los órganos de control interno de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de la Procuraduría General de la República para la investigación, tramitación, sustanciación y resolución de los procedimientos disciplinarios¹⁵⁸.

Se reitera el contenido del principio constitucional de autonomía de los procedimientos de responsabilidades, además no podrá imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza (Art. 6o.).

Se enlistan y detallan las obligaciones de los servidores públicos (retomadas en gran parte de la Ley anterior) a fin de salvaguardar los principios constitucionales de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, rectores de la función pública, adicionando las siguientes:

- Rendición de cuentas (fracción IV);
- Intereses en conflicto (fracción XII);
- Acciones de supervisión (fracción XVII);
- Obligación de denunciar actos posiblemente constitutivos de responsabilidad administrativa (fracción XVIII);
- Obligación de proporcionar información a la institución protectora de los derechos humanos, atender las recomendaciones de esta; así como los llamados de la Cámara de Senadores, cumplir con los mandatos del Insti-

¹⁵⁸ “Se establece en el Artículo 4o. de esta Ley competencia a los contralores internos y titulares de las áreas de auditoría, de quejas y responsabilidades de las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal, sin que en ningún momento se haga mención de los Poderes Legislativo y Judicial. Técnicamente se considera que hubiera sido más correcto hacer mención a las contralorías de estos dos últimos poderes con la finalidad de armonizar la competencia en la aplicación de la LFRASP y el órgano encargado de aplicarla (Artículo 3o. de la Ley que se comenta), puesto que en la forma como quedó redactado este numeral, hace pensar que se dejaron fuera a las contralorías de los Poderes Legislativo y Judicial respecto de la investigación, tramitación, sustanciación y resolución, en su caso, de los procedimientos y recursos establecidos en la presente Ley”. Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático*, op. cit., p. 22.

Las áreas de auditoría, quejas y responsabilidades de los órganos de control interno se crearon mediante reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1996 (Art. 37, fracción XII).

tuto Nacional Electoral y abstenerse de infringir normas en materia electoral (fracciones XIX, XIX-A, XIX-B, XIX-C y XIX-D);

- Abstención de celebrar o autorizar de manera indebida la celebración de pedidos o contratos (fracción XX);
- Abstención de inhibir por sí o por interpósita persona la formulación o presentación de denuncias (fracción XXI);
- Abstención de aprovechar la posición propia de su empleo, cargo o comisión para inducir a otro servidor público a efectuar, retrasar u omitir realizar algún acto de su competencia (fracción XXII);
- Abstención de adquirir para sí o para terceros, bienes inmuebles que pudieren incrementar su valor (fracción XXIII).

En esta nueva norma se mantiene la inseguridad jurídica para el servidor público al no describir con exactitud la conducta transgresora, es decir el supuesto fáctico (acción u omisión) cuya violación conlleva la aplicación de la pena, estableciéndose únicamente las obligaciones del agente estatal (para la Ley anterior ya comentamos este supuesto)¹⁵⁹.

Con el fin de evitar el aprovechamiento del poder de influencia o la información del conocimiento (presente o pasada) del servidor público, prevé el Artículo Noveno la obligación (hasta un año después de su separación) de no aprovechar su influencia¹⁶⁰ u obtener ventaja derivada de la función desempeñada; de igual manera, los servidores públicos ocupantes de cargos de Dirección en el Instituto Federal Electoral, sus Consejeros y los Magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación deben abstenerse de participar en cualquier encargo

¹⁵⁹ *“En otras palabras, la imposición de una sanción debe correr aparejada a la violación de una hipótesis en la que se describa la conducta que transgrede el orden jurídico, lo cual no se satisface con el señalamiento de las obligaciones que ‘todo servidor público tendrá...’ toda vez que esta lista o catálogo de obligaciones administrativas no establece hipótesis de incumplimiento sino sólo de cumplimiento por parte del servidor público, por lo que para respetar la garantía individual de legalidad, debió el legislador hacer un catálogo de conducta infractoras... para de esta manera otorgar seguridad jurídica (tener la certeza y el conocimiento de que la conducta realizada se encuentra prevista como violatoria de una norma) al sujeto que se verá sometido a un procedimiento y, a la postre, a una sanción”.* Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático, op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁰ Incorrectamente se omite señalar en este numeral la prohibición de realizar la influencia a través de interpósita persona, por lo cual, en ese caso, la conducta del sujeto, sin la calidad de servidor público, realizada a través de una persona interpuesta quedaría impune. *Ibidem*, p. 35.

público de la Administración encabezada por quien haya ganado la elección por ellos organizada o calificada¹⁶¹.

Se reitera la intervención de la participación ciudadana en la fiscalización del quehacer público a través de la presentación de quejas o denuncias por incumplimiento de las obligaciones institucionales, ordenando la Ley la creación de unidades especializadas en las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal (Art. 10), debiendo contener las quejas o denuncias, datos o indicios indicadores de la presunta responsabilidad del agente estatal (con la finalidad de observar el principio de seguridad jurídica para este último).

Introduce la Ley el concepto *infracciones graves*, sin definirlo (quedando a la potestad de la autoridad su significación e interpretación, que podría generar arbitrariedad por parte de esta).

Se establecen en el Artículo 13 las sanciones por faltas administrativas: (desaparece la figura del apercibimiento) amonestación, suspensión (se amplía el límite máximo del plazo suspensivo de tres meses a un año), destitución, sanción económica e inhabilitación. Se prevé la aplicación para casos graves no solo de la inhabilitación sino además la destitución.

Se establece para la inhabilitación un plazo privilegiado de sanción de seis meses a un año, en los casos de inexistencia de daño, perjuicio, beneficio o lucro indebidos¹⁶².

El servidor público inhabilitado por un plazo mayor a 10 años, al pretender regresar al servicio público, dice el Artículo 13, requerirá por parte del titular de la dependencia o entidad donde pretende reingresar, el aviso de esta circunstancia en forma razonada y justificada¹⁶³ a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

¹⁶¹ Para garantizar la imparcialidad de los procesos electorales y evitar conflictos de intereses estos servidores públicos no debían aceptar empleos en la Administración Pública ganadora de la elección que ellos organizaron o calificaron, si bien debe reflexionarse sobre la posible inconstitucionalidad de esta disposición por ser violatoria de su Artículo 5o. (libertad de trabajo).

¹⁶² Hipótesis no prevista en la Ley anterior.

¹⁶³ “Se estima que el contenido de los párrafos último y penúltimo del numeral que se comenta pueden pugnar contra el contenido del Artículo 5o. constitucional, puesto que la medida de solicitar autorización para que el servidor público que ha cumplido en su totalidad con la sanción impuesta pueda volver a trabajar en el servicio público veda el ejercicio de esta garantía constitucional.” Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático, op. cit.*, p. 42.

Se señalan en el numeral 14 los elementos a considerar para la imposición de una sanción con lo cual alcanza el sujeto sancionado una equidad y proporcionalidad en la medida sancionatoria. Se define, asimismo, el concepto de reincidencia, omitido en la Ley anterior, confirmando un principio de seguridad jurídica al agente del Estado en el momento de individualizar la sanción a imponer. Se elimina la antigüedad en el servicio como elemento a considerar para la imposición de la sanción.

Se retoma lo dispuesto por el Artículo 111, párrafo final de la CPEUM y se modifica el monto de la sanción económica hasta tres tantos (la Ley anterior establecía dos), la cual en ningún caso podía ser menor o igual al monto de los beneficios o lucro obtenidos o de los daños o perjuicios causados (párrafo segundo del Artículo 15)¹⁶⁴.

Aún con las críticas en contra (en cierto modo fundadas), se adecua la figura del aseguramiento preventivo (establecido en la Ley de 1980), dando paso al embargo precautorio¹⁶⁵ a fin de asegurar el interés patrimonial del Estado en los casos de actos u omisiones del servidor público provocantes de daño o perjuicio al erario federal; el efectivo cobro de las sanciones económicas impuestas e impedir la impunidad en su cumplimiento (Art. 16).

Para dar continuidad al ejercicio del servicio público (y evitar, en su caso, un perjuicio más grave) se insertan eximentes de responsabilidad administrativa (Art. 17 bis¹⁶⁶) fundamentalmente apoyadas en el mínimo o nulo daño o perjuicio del patrimonio estatal¹⁶⁷ o la no obtención de algún beneficio o lucro. Esta eximente

¹⁶⁴ *“Es de advertirse que la Ley secundaria (LFRASP) de manera por demás inconstitucional limita el monto mínimo a imponer respecto de la sanción económica, la Constitución alude sólo al monto máximo (‘hasta tres tantos’) mientras que la Ley secundaria se excede e impide de manera arbitraria que el monto mínimo sea exactamente igual al que fue producto del daño, perjuicio o lucro obtenido, al señalar que en ningún caso el monto de la sanción económica podrá ser menor o igual al monto de los beneficios o lucro obtenidos o de los daños o perjuicios causados. Es indudable que tal disposición atenta contra el principio de seguridad jurídica del gobernado (independientemente de la violación al Artículo 22 constitucional, por ser una multa excesiva) al sancionar a este con cantidades superiores al real daño o beneficio causado u obtenido.”* Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático, op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁵ Figura con marcados tintes inconstitucionales al asemejarse a una confiscación de bienes en sede administrativa.

¹⁶⁶ Artículo adicionado mediante reforma publicada en el DOF el 28 de mayo de 2009.

¹⁶⁷ Apuntamos: la Convención Interamericana contra la Corrupción (adoptada el 29 de marzo de 1996 por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos y ratificada por

preserva y respeta el criterio del agente del Estado cuando este es opinable o debatible, permitiendo adoptar las acciones necesarias para el adecuado u oportuno ejercicio de su función con la certeza de no ser sancionadas (al resarcirse los intereses estatales), tutelando la seguridad jurídica en el ejercicio de la función pública requerida para evitar la inhibición de la adecuada prestación de los servicios estatales¹⁶⁸.

En atención a la naturaleza de los hechos denunciados o a la gravedad de las *presuntas* infracciones¹⁶⁹ se norma la facultad de atracción de la SECODAM, al ser las contralorías internas o el área de responsabilidades, en un primer momento, las encargadas de sustanciar el procedimiento disciplinario (Art. 18).

Se inviste a la SECODAM (Art. 20), al contralor interno y a los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades, de facultades para llevar a cabo investigaciones o auditorías respecto de las conductas de los servidores públicos posiblemente constitutivas de responsabilidades administrativas, así como comprobar el cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos a través de operativos específicos de verificación, en los cuales podrán participar los particulares dándose creación a un mecanismo de participación ciudadana en la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos¹⁷⁰.

Se faculta a la SECODAM, al contralor interno y al titular del área de responsabilidades para imponer sanciones¹⁷¹. A fin de salvaguardar la garantía de audiencia

México el 27 de mayo de 1997), en su Artículo XII establece para la aplicación de este instrumento internacional: "... *no será necesario que los actos de corrupción descritos en la mismas produzcan perjuicio patrimonial al Estado*".

¹⁶⁸ En la Ley anterior existía una abstención en la imposición de sanción para el infractor, siempre que se tratara de hechos que no revistieran gravedad, no constituyeran delito y fuera mínimo el daño causado (Art. 63).

¹⁶⁹ "*Debe anotarse que para efectos de instrumentarse un procedimiento en contra de un servidor público las infracciones no deben ser 'presuntas', es la responsabilidad del servidor público al cual se le imputan infracciones que realmente existen... pero que no se tiene la certeza de si son o no imputables a éste... En este orden de ideas, lo que es 'presunto' es la responsabilidad de este y no la infracción. Pensar lo contrario significaría instaurar un procedimiento disciplinario a un servidor público por supuestas o hipotéticas infracciones, lo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica del mismo*". Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático, op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁰ Podemos advertir un antecedente del testigo social (específicamente diseñado para las contrataciones públicas) normado posteriormente, entre otras, en las Leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

¹⁷¹ Advertimos como en los procedimientos disciplinarios los órganos de control interno, inclu-

de los servidores públicos se puntualizan y adicionan algunos aspectos del procedimiento administrativo de responsabilidades (Art. 21), entre otros: una vez notificado el servidor público, su incomparecencia sin causa justificada ocasionaría tener por ciertos los actos u omisiones imputados¹⁷²; se concede un plazo de cinco días hábiles al presunto responsable para el ofrecimiento de pruebas (la anterior Ley no los concedía); se amplía el plazo para el dictado de la resolución por parte de la autoridad de tres a cuarenta y cinco días hábiles (prorrogables); se faculta a la autoridad substanciadora del procedimiento a practicar todas las diligencias tendientes a investigar la presunta responsabilidad del servidor público denunciado. En el supuesto de difusión por parte de la Secretaría, por cualquier medio masivo de comunicación, de la suspensión del servidor público, la resolución definitiva del procedimiento de no responsabilidad debe hacerse pública por la propia Secretaría (en justa reciprocidad en favor de la fama pública y buen nombre del servidor público).

Se confirma la suspensión temporal, ya prevista en Ley derogada, del servidor público en el ejercicio funcional (dejando sin efectos el acto origen de la ocupación del empleo, cargo o comisión¹⁷³) si *a juicio* de las autoridades sustanciadoras del procedimiento disciplinario conviene para la continuación de las investigaciones¹⁷⁴ (no estableciendo la Ley, medio de defensa alguno en contra de esta inequitativa e injusta determinación).

Para el caso de la suspensión de los servidores públicos nombrados por el Poder Ejecutivo Federal debía recabarse previamente la autorización de este o de la Cámara de Senadores (advertimos nuevamente el trato diferenciado entre los Altos Funcionarios y los empleados menores, presente en pasadas Leyes de responsabilidades, el cual supuestamente debió quedar erradicado en esta norma).

yendo la dependencia encargada del control y disciplina administrativa de los servidores públicos, se convertían en juez y parte, en razón a que ellos mismos investigaban, instauraban el procedimiento y, posteriormente, en su caso, sancionaban al agente del Estado.

¹⁷² En la anterior Ley no se establecía esta injusta medida procesal (una flagrante violación al derecho humano a la presunción de inocencia). Ver Herrera Pérez, Alberto, *El derecho a la presunción de inocencia*, op. cit., p. 53.

¹⁷³ El dejar sin efectos tenía como consecuencia el impago del salario al servidor público, así como no proporcionarle seguridad social, ni prestación alguna constitucional, legal o contractual.

¹⁷⁴ Atentatoria medida al derecho humano a la presunción de inocencia, además de arbitraria, al dejar a juicio de la autoridad la interrupción de la actividad pública del agente estatal sin establecerse en la Ley las causales, creando un absoluto estado de indefensión jurídica para el servidor público.

En el caso de ser revocada la resolución dictada, la dependencia o entidad donde el servidor público preste o haya prestado sus servicios lo restituiría en el goce de los derechos privados por la ejecución de las sanciones impugnadas¹⁷⁵.

Se adiciona respecto de esta restitución (reincorporación al servicio) una prohibición de hacerla efectiva respecto de agentes del Ministerio Público y miembros de las instituciones policiales de la Federación en atención a lo previsto por el apartado B, fracción XIII del Artículo 123 constitucional:

... Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio *fue injustificada*, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, *sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido*¹⁷⁶.

Se establece la improcedencia de la suspensión de las resoluciones administrativas impugnadas mediante la interposición del recurso administrativo o ante el otrora Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en el caso de infracciones graves o de reincidencia (Art. 28)¹⁷⁷, a efecto de tutelar el interés del Estado y de la propia sociedad para evitar la continuación en la prestación del servicio de un servidor público al cual se le han realizado imputaciones de alta gravedad en el ejercicio funcional.

Los servidores públicos responsables, en los términos de las resoluciones administrativas, pueden optar por interponer el recurso de revocación o impugnarlas directamente ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

¹⁷⁵ Necesaria esta especificación en la Ley pues, al restituirse al quejoso en el goce de sus derechos laborales existía una confusión respecto a la dependencia o entidad obligada (específicamente sobre el pago de salarios caídos e indemnizaciones), llegando inclusive a pensar en la SECODAM, de ahí esta precisión.

¹⁷⁶ Disposición abiertamente violatoria del principio de división de poderes al anular las determinaciones adoptadas por el Poder Judicial y conferir supremacía a actos del Poder Ejecutivo no obstante ser ilegales (causa injustificada de terminación de la relación laboral) al no permitirse la restitución del agraviado en el disfrute de sus derechos violados ordenada por la autoridad jurisdiccional. Medida totalmente inconveniente de acuerdo con lo previsto por los Artículos 1o., 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁷⁷ El motivo de la negativa a suspender los efectos de la resolución administrativa dictada impedía continuar la ejecución del acto sancionado y evitar riesgos a la buena marcha de las instituciones, perjuicio al interés público o social, o bien a la correcta prestación del servicio público.

La ejecución de las sanciones administrativas se lleva a cabo de forma inmediata (aún sin existir firmeza judicial en esta, siendo violatoria del principio de seguridad jurídica del servidor público, así como del debido proceso)¹⁷⁸.

Se reitera la atenuación de la sanción económica a imponer (hasta dos tercios) al confesar el presunto responsable su responsabilidad, dejando al arbitrio de la autoridad la imposición de la sanción (Art. 31): suspensión, destitución o inhabilitación (al no establecer la Ley parámetros para la aplicación de estas últimas, pensamos, desmotiva la confesión espontánea del servidor público al cual podía imponerse inclusive la máxima sanción administrativa: la inhabilitación).

El numeral 34 prevé las autoridades y tiempos prescriptorios para imponer las sanciones¹⁷⁹, advirtiéndose la preocupación del legislador para evitar la impunidad en la comisión de conductas delictivas de los agentes estatales al incrementar los tiempos del ejercicio punitivo, estableciendo como plazo de prescripción para las sanciones graves cinco años (las demás quedan igual, en tres años). Se precisa la figura de interrupción de la prescripción. Se fija el inicio del plazo para prescribir a partir del día siguiente en que se hubieren cometido las infracciones.

¹⁷⁸ La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1982, en su Artículo 75 establecía: *“La ejecución de las sanciones administrativas impuesta en resolución firme se llevará a cabo de inmediato...”*; actualmente la LFRASP señala: *“la ejecución de las sanciones administrativas se llevará...”*. La frase *impuesta en resolución firme*, permitía entender la ejecución de la resolución en tanto alcanzara el carácter de inatacable, es decir, en contra de la misma no pudiera interponer ningún medio de defensa o se hubiera consentido, sin embargo, en el Artículo correlativo de la nueva LFRASP el legislador decidió suprimir tal frase. Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático, op. cit.*, p. 63.

¹⁷⁹ *“Es indudable que el Artículo sitúa en un grave estado de indefensión e inseguridad jurídica al destinatario de la norma, puesto que existe un desconcierto respecto del momento en que se inicia la interrupción de la prescripción. En efecto, la prescripción se interrumpe, dice este Artículo ‘al iniciarse los procedimientos previstos por la ley’; ¿debe entenderse dicha interrupción hasta que se inicien todos los procedimientos señalados en el Capítulo II del Título Segundo? ¿O sólo uno de ellos? Es indudable que existe una grave confusión y falta de precisión por parte del legislador al momento de redactar este numeral que sitúa en estado de indefensión al justiciable. A mayor abundamiento, no debemos pensar que el plazo prescriptorio se interrumpe con el inicio del procedimiento que establece el Artículo 21, puesto que la Ley es clara y alude a ‘procedimientos’ en plural (adviértase que la Ley no dice cualquiera de los procedimientos). La redacción del Artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos era distinta, pues establecía con indudable propiedad que la prescripción se interrumpía: ‘... al iniciarse el procedimiento administrativo previsto por el Artículo 64’”*. Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático, op. cit.*, p. 67.

Se norma la prescripción del derecho de los particulares a solicitar la indemnización por daños o perjuicios (dos años).

Se deroga en esta Ley la facultad del particular (cuando se le causaran daños o perjuicios) de acudir ante la SECODAM o el contralor interno para, de existir responsabilidad del servidor público, ordenar su pago sin necesidad de acudir a la instancia judicial o a cualquier otra; igual supuesto en las recomendaciones de la institución protectora de los derechos humanos (lo anterior en razón de la expedición de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado¹⁸⁰).

Por cuanto hace al Registro Patrimonial de los Servidores Públicos y en debida observancia a la transparencia ingénita al desempeño de los cargos públicos se amplía el catálogo de agentes estatales obligados a la presentación de la declaración de situación patrimonial¹⁸¹ que ejerzan un empleo, cargo o comisión en los organismos constitucionales autónomos (Instituto Federal Electoral, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Banco de México), en la Auditoría Superior de la Federación, o en órganos jurisdiccionales e instituciones determinados por las leyes, incluyéndose de igual manera a los servidores públicos de la Secretaría de Seguridad Pública (desde jefe de departamento) y a los miembros de la Policía Federal Preventiva.

La incorporación de nuevos sujetos a la presentación de la declaración de situación patrimonial nos permite presenciar la universalidad y la no selección de servidores públicos obligados a manifestar el estado de su patrimonio.

Una inclusión muy importante respecto de los sujetos obligados a la presentación de esta declaración son los agentes del Estado operadores de recursos económicos, valores y fondos de la Federación; realicen actividades de inspección o vigilancia; lleven a cabo funciones de calificación o determinación para la expedición de licencias, permisos o concesiones, y quienes intervengan en la adjudicación de pedidos o contratos, puestos públicos de alto riesgo operativo respecto de los cuales la experiencia demuestra elevados índices de corrupción en su ejercicio.

¹⁸⁰ DOF del 31 de diciembre de 2004.

¹⁸¹ El Artículo III, apartado 4 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) señala, entre otros aspectos, la obligación de los Estados miembros de crear, mantener y fortalecer sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos establecidos en la Ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.

Se detallan los tiempos de presentación de la declaración de situación patrimonial aumentándose el de conclusión del encargo de treinta a sesenta días naturales.

La Ley anterior (Art. 81, fracción III) exigía la presentación de una copia de la declaración anual para los efectos del Impuesto sobre la Renta, acompañada de la declaración de modificación patrimonial en el mes de mayo de cada año, en la nueva norma (Art. 37, fracción III), la obligación de exhibir esta declaración, se hace potestativo para la Secretaría solicitarla al servidor público¹⁸².

En caso de no presentación de la declaración inicial en el plazo de sesenta días naturales, siguientes a la toma de posesión, se *suspende* al infractor de su empleo, cargo o comisión (la Ley derogada sancionaba con dejar sin efecto el nombramiento¹⁸³), de continuar la omisión por un plazo de treinta días a partir de la suspensión, el nombramiento quedaba sin efecto.

En el caso de omisión, sin causa justificada, en la presentación de la declaración de conclusión del encargo se inhabilita al infractor por un año.

Faltar a la verdad deliberadamente (con intención dolosa) en la declaración de situación patrimonial tiene como consecuencia la suspensión del empleo, cargo o comisión por un período no menor de tres días ni mayor de tres meses, y cuando por su importancia lo amerite, la destitución e inhabilitación de uno a cinco años, sin perjuicio de la presentación de la denuncia ante el Ministerio Público.

Un avance importante en materia de combate a la corrupción (Art. 38) lo constituye la permisibilidad del uso de tecnologías de la información y comunicación como herramienta de apoyo a los medios de transparencia relacionados con el patrimonio del agente del Estado; el servidor público podía presentar la declaración de situación patrimonial a través de formatos impresos, medios magnéticos o medios remotos de comunicación electrónica (esta última herramienta informática será posteriormente el medio exclusivo para la presentación de esta declaración¹⁸⁴).

¹⁸² En la vigente Ley General de Responsabilidades Administrativas se indica como obligación del servidor público, cuando corresponda, la presentación de su declaración fiscal anual al momento de presentar su declaración de situación patrimonial (Art. 32).

¹⁸³ Creemos adecuada esta atenuación del rigorismo sancionatorio previsto en la Ley anterior si consideramos que la infracción no alcanza una gravedad o trascendencia que amerite una elevada sanción.

¹⁸⁴ En fecha 19 de abril de 2002 se publicó en el DOF un acuerdo emitido por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo donde se establece la obligatoria presentación de las

El 28 de mayo de 2009 se publicó en el medio oficial respectivo (DOF) la reforma al Artículo 40 de esta Ley respecto del registro de servidores públicos en el cual se inscribirían los datos curriculares de los servidores públicos obligados a presentar declaración de situación patrimonial, sus funciones, ingresos y reconocimientos con motivo de sus empleos, cargos o comisiones; la información relativa a su situación patrimonial, en lo referente a sus ingresos del último año, bienes muebles e inmuebles, inversiones financieras y adeudos, así como en su caso, los procedimientos administrativos instaurados y las sanciones impuestas a aquellos. Se garantiza la transparencia del quehacer institucional (Art. 40) al hacer pública la situación patrimonial de los agentes estatales y dar un paso adelante en materia de transparencia (en observancia al principio de máxima publicidad), combate a la corrupción, fiscalización de cuentas, eliminando la discrecionalidad de las autoridades para dar a conocer la información de la cual disponen y convertir a la sociedad organizada en una auténtica contraloría ciudadana. La publicitación de la información relativa a la situación patrimonial se condicionaba a la previa y específica autorización del servidor público¹⁸⁵.

Se faculta a la SECODAM para expedir las normas para la operación de este registro y las constancias de sanciones, de inhabilitación y no existencia de estas.

Para efecto de los procedimientos penales derivados de la aplicación de esta norma son documentos públicos los emitidos por la SECODAM y válidos como medios de prueba¹⁸⁶.

Con la finalidad de unificar en toda la Administración Pública el legal y correcto ingreso de los trabajadores, así como tutelar el cumplimiento efectivo de las

declaraciones de situación patrimonial de los servidores públicos federales, a través de medios de comunicación electrónica.

¹⁸⁵ Si bien es un gran avance en este tema, advertimos una ineficaz reserva respecto de la publicitación de la situación patrimonial, al establecer la autorización previa y específica del agente del Estado, respecto de la información contenida en la misma, dejando con esta condicionante al arbitrio o potestad de este el conocimiento público de su patrimonio.

¹⁸⁶ *“Se considera que debió extenderse el valor de prueba documental pública (respecto de las declaraciones de situación patrimonial) a todos los procedimientos de carácter jurisdiccional que puedan derivar de la aplicación de la LFRASP (civil, administrativo, laboral, etc.) y no sólo restringirlo a los procedimientos penales, puesto que en la forma en que queda redactado este párrafo, hace entender que para los procedimientos que no sean penales, dichas declaraciones no tendrán el valor de documentales públicas, en evidente detrimento del alcance, valor y eficacia probatoria de la misma”.* Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático*, op. cit., pp. 74 y 75.

sanciones administrativas impuestas (Art. 40, párrafo quinto), las dependencias y entidades invariablemente debían obtener la constancia de no inhabilitación de quienes pretendían ingresar al servicio público previamente a su nombramiento o contratación.

Se fija plazo de hasta tres años posteriores a la conclusión del empleo, cargo o comisión para la disponibilidad de la información relativa a la situación patrimonial del servidor público¹⁸⁷.

Se especifican aspectos procedimentales (investigación o auditorías) en los casos de la existencia de elementos o datos suficientes sobre el patrimonio de un servidor público con ingresos notoriamente superiores a los derivados de su actividad funcional (Arts. 41 y 42).

Se prevé la facultad de la SECODAM y las contralorías internas o, en su caso, del área jurídica para presentar denuncias ante el Ministerio Público con el fin de exigir probables responsabilidades de tipo penal.

Las investigaciones o auditorías derivadas de la verificación de la evolución del patrimonio de los agentes estatales se podían instrumentar durante el tiempo del desempeño del empleo, cargo o comisión y hasta tres años después de haberlo concluido.

A fin de fortalecer la investigación de conductas indebidas del servidor público se impone la obligación a las dependencias, entidades e instituciones públicas de proporcionar a la Secretaría, la información fiscal, inmobiliaria o de cualquier otro tipo, relacionada con los servidores públicos, sus cónyuges, concubinas o concubinarios y dependientes económicos directos, para verificar por parte de esta autoridad la evolución del patrimonio de los agentes estatales.

Con objeto de lograr una verificación integral del patrimonio de los servidores públicos, posibilitando detectar e investigar actos ilegales e imponer las

¹⁸⁷ Un término muy breve si atendemos a la existencia de delitos de servidores públicos cuyo plazo de prescripción alcanza los doce años (el caso del peculado o el cohecho), en tanto la información almacenada en el registro de servidores públicos (importante para una investigación ministerial), al constituirse como prueba, estaba disponible únicamente por tres años.

“¿Debe entonces entenderse que, una vez transcurrido el plazo mencionado, la información sobre la situación patrimonial deja de tener efectos? ¿O se refiere a que la información, contando con la autorización del servidor público puede sólo ser consultada dentro de dicho plazo? Esta falta de claridad, por su importancia, requiere de una reforma específica para poder precisar los alcances de la normatividad.” Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, op. cit., p. 455.

sanciones legales procedentes, se incluye una excepción al secreto bancario al facultar a los secretarios o subsecretarios de la SECODAM para solicitar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores la información bancaria correspondiente (Art. 43).

Se consideran para efectos penales (fundamentalmente para el delito de enriquecimiento ilícito) los bienes adquiridos por los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los recibidos o de los que dispongan su cónyuge, concubina o concubinario (estos dos últimos se adicionan) y sus dependientes económicos directos, salvo acreditación de obtención por sí mismos y por motivos ajenos al servidor público.

Se regula en la nueva Ley el tratamiento de los bienes o donaciones recibidos por el servidor público con valor superior a diez veces el SMGVDF dejando sin regulación los inferiores a diez salarios mínimos (en la Ley anterior podían ser recibidos por el servidor público según advierte el Artículo 88, párrafo segundo).

En la Ley derogada (Art. 45), en el caso de las cuestiones no previstas para el procedimiento disciplinario, se observan las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales; en la nueva Ley, la norma supletoria es el Código Federal de Procedimientos Civiles (Art. 47). Posiblemente esta variación de materia del Código de suplencia (de penal a civil) se origina por la idea del legislador de establecer con toda claridad el ámbito de aplicación de la Ley, siendo este la materia administrativa (de ahí su denominación *Ley de Responsabilidades Administrativas*) y evitar referirse a los aspectos penales, los cuales se rigen por sus propios ordenamientos (Código Federal de Procedimientos Penales y Código Penal Federal).

Se da creación a un Título Cuarto relativo a las acciones preventivas por parte de las dependencias y entidades para garantizar el adecuado ejercicio del servicio público en el sentido de establecer, previo diagnóstico, acciones permanentes con la colaboración de los sectores social y privado, y los gobiernos estatal y municipal, para delimitar las conductas en situaciones específicas para los servidores públicos en el desempeño de su empleo, cargo o comisión¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Todas estas disposiciones del Título Cuarto deben considerarse afortunadas en el combate a la corrupción dentro del servicio público, pues se trata de medidas preventivas y no simplemente represivas. Lanz Cárdenas, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público, op. cit.*, p. 457.

La alta importancia de la ética pública la reconoce el legislador federal al obligar a los entes del Estado a emitir un código de ética¹⁸⁹ y establecer acciones permanentes para delimitar las conductas a observar por parte de los agentes del Estado, encaminándolos a una plena vocación de servicio público en beneficio de la colectividad¹⁹⁰.

Oscar Diego señala:

Una deliberación exhaustiva en relación tanto a la manera de frenar actitudes antiéticas en el ámbito público como a la recuperación de la confianza del ciudadano conduce a la idea de que no es a través de controles externos a los individuos que realizan la función pública como se impide que estos cometan actos indebidos, sino que es a través de la sensibilización, del desarrollo de la conciencia así como del establecimiento de principios internos en las personas como se podrá evitar la realización de actos contrarios a la ética. Pretender someter a los hombres por la fuerza del poder o de la ley con controles externos no es el mejor camino.

Todo gobierno, para mantener una eficiente administración, debe contar con individuos íntegros. Y es aquí donde la ética cobra importancia al seleccionar los perfiles, formar y reiterar a los servidores públicos la necesidad de hacer bien sus tareas y actuar con responsabilidad. Por el sólo hecho de llevar a cabo una acción con responsabilidad y hacerla bien ya se está cum-

¹⁸⁹ En el DOF del 20 de agosto de 2015 se publicó el Acuerdo relativo a la emisión del Código de Ética de los servidores públicos del Gobierno Federal, las Reglas de Integridad para el Ejercicio de la Función Pública y los Lineamientos Generales para propiciar la Integridad de los Servidores Públicos y para implementar acciones permanentes que favorezcan su comportamiento civil a través de los Comités de Ética y de Prevención de Conflictos de Interés.

¹⁹⁰ *“Reforzar una cultura de integridad en el sector público requiere definir valores comunes a ser adoptados por todos los servidores públicos y elaborar normas concretas de conducta a ser aplicadas en su trabajo diario. Los códigos de conducta son instrumentos de política esenciales, aunque no únicos, para establecer y comunicar valores de integridad en el sector público, tales como imparcialidad, legalidad, transparencia, honestidad y profesionalismo. Sin embargo, mantener los valores de integridad es una responsabilidad compartida entre todos los miembros de la sociedad, no sólo del gobierno, y es importante que el sector privado, la sociedad civil y los individuos reconozcan su papel clave en el respeto a la integridad pública en sus interacciones con el sector público. Como tal, los gobiernos deben trabajar para crear conciencia en la sociedad acerca de los beneficios de integridad pública y reducir la tolerancia a la violación de sus normas. También es considerada una buena práctica, en países de la OCDE, el involucrar al sector privado y a la sociedad civil mediante consultas, por ejemplo, acerca de los beneficios complementarios que pueden resultar al mantenerse la integridad en negocios y actividades sin fines de lucro”.* Herrera Montes, Eduardo Alberto et al., *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. Análisis crítico*. Edición privada, México, 2018, p. 41.

pliendo con los preceptos éticos. Sin embargo, esta premisa, por sencilla que parezca, es difícil de alcanzar por muchos de los que participan en el ámbito público. La ética es el mínimo exigible para asegurar una honestidad y una responsabilidad en el empleo público¹⁹¹.

Deroga esta Ley los Títulos Primero y Tercero (referidos a responsabilidades administrativas), Cuarto (Registro Patrimonial de los Servidores Públicos), permaneciendo vigente el Título Segundo de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos¹⁹² (siendo esta actualmente la norma a aplicar en los casos de juicio político y declaración de procedencia)¹⁹³.

VI. LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS¹⁹⁴

El eficaz combate a la corrupción institucional constituye una impostergable tarea del Estado mexicano. Los casos de agentes estatales enriquecidos por el ilegal ejercicio del servicio público, generó en la sociedad una justificada indignación y reclamo que debía ser escuchado por todos los órganos y órdenes de gobierno.

De conformidad con el Índice de Percepción de la Corrupción 2021, para ese año nuestro país ocupó la posición 124 de 180 países evaluados y un puntaje de 31/100¹⁹⁵ según la organización *Transparency International*.

¹⁹¹ Diego Bautista, Óscar, *Ética y política: valores para un buen gobierno* [en línea 10 de diciembre de 2021], <http://eprints.ucm.es/6972/1/art-%C3%A9ticaypolitica-TI.pdf>.

¹⁹² DOF del 31 de diciembre de 1982.

¹⁹³ Establece el Artículo Primero transitorio de esta Ley, en su párrafo segundo, la obligatoriedad de las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos las cuales seguirán aplicándose en dicha materia a los servidores públicos de los órganos ejecutivo, legislativo y judicial de carácter local del Distrito Federal: "... la materia relativa a las responsabilidades de los servidores públicos del poder judicial del Distrito Federal se encuentra reservada exclusivamente a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, no siendo posible para el Congreso de la Unión, por impedimento constitucional legislar en lo relativo a los servidores públicos del poder judicial del Distrito Federal. En este orden de ideas, es posible que exista una invasión de esferas competenciales por parte del Congreso de la Unión respecto de las facultades conferidas constitucionalmente a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal al pretender aplicarse a los servidores públicos del poder judicial del Distrito Federal el contenido de la LFRSP; en razón a que la materia de responsabilidades de los servidores públicos del poder judicial local (Distrito Federal) se encuentra reservada constitucionalmente a la citada Asamblea" [DOF del 22 de agosto de 1996]. Herrera Pérez, Alberto, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático*, op. cit., pp. 87 y 88.

¹⁹⁴ DOF del 18 de julio de 2016.

¹⁹⁵ El índice clasificatorio de 180 países y territorios según los niveles percibidos de corrupción en el sector público de acuerdo a expertos y empresarios, utiliza una escala de 0 a 100, donde 0 es altamente corrupto y 100 es muy limpio. Más de dos tercios de los países puntúan por debajo de 50 en el IPC de este año, con un puntaje promedio de solo 43. Revela este documento

En el mes de diciembre de 2021 el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) publicó las estadísticas a propósito del Día Internacional contra la Corrupción¹⁹⁶, donde destacan:

- En 2019, 15.7% de las personas adultas en contacto con servidores públicos fueron víctimas de corrupción;
- De acuerdo con esta estadística, el 54.6% de las personas de 15 años o más reconoció a la corrupción como uno de los tres problemas más importante enfrentados por el país en 2020;
- En el país, la prevalencia de corrupción mantiene una tendencia creciente de 2013 a 2019, al pasar de 12 a casi 16 víctimas de corrupción por cada 100 habitantes;
- Durante 2019, las administraciones públicas del orden federal y estatal recibieron 105 298 denuncias por incumplimiento de obligaciones lo cual representó 2.5 asuntos por cada 100 servidoras y servidores públicos.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), para 2021 México sigue siendo el país peor evaluado en términos de corrupción de los treinta y ocho miembros integrantes de esta organización internacional¹⁹⁷.

Nada nuevo es el tema de la corrupción y su tratamiento, en tiempos pasados nuestro país suscribió diversos instrumentos internacionales: Convención Interamericana contra la Corrupción (Organización de Estados Americanos, 1996); Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (1997); Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de

el continuo fracaso de la mayoría de los países para controlar significativamente la corrupción, lo cual contribuye a una crisis en la democracia en todo el mundo. Si bien hay excepciones, los datos muestran que, a pesar de algunos avances, la mayoría de los países no logran incursiones serias contra la corrupción. Transparency International, Índice de Percepción de la Corrupción 2020 [en línea 2 de julio de 2022], <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/mex>.

¹⁹⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Estadísticas a propósito del día internacional contra la corrupción*, México, 2020 [en línea 2 de junio de 2022, 22:24], https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_Corrupcion2021.pdf.

¹⁹⁷ “México, el peor evaluado” [en línea 28 de octubre de 2022], <https://www.forbes.com.mx/noticias-mexico-el-peor-evaluado-en-corrupcion-de-los-38-paises-que-integran-la-ocde/>.

En una vergonzosa recomendación la OCDE le pide al gobierno de México leer más la prensa para enterarse de la corrupción en nuestro país: [en línea 26 de octubre de 2022], <https://expansion.mx/nacional/2018/10/19/la-ocde-recomienda-a-mexico-leer-mas-la-prensa-para-enterarse-de-la-corrupcion>.

Palermo (2000); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004); Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina (2007), etc.¹⁹⁸.

Fue necesaria para aumentar y robustecer la credibilidad del Estado mexicano una profunda reforma al sistema de responsabilidades de los servidores públicos, no sólo en el ámbito penal, sino fundamentalmente en sede administrativa, al constituir el combate a la corrupción una acción fundamental para alcanzar altos estándares de integridad en el ejercicio del servicio público.

En el año 2015 la sociedad civil mexicana, encabezada por organizaciones no gubernamentales reacciona ante este tema de manera responsable, propositiva e inclusiva y promueve la conocida como Ley 3 de 3 contra la corrupción¹⁹⁹, presentando concomitantemente una iniciativa ciudadana²⁰⁰ de Ley General de Responsabilidades Administrativas la cual contribuyó en alto grado en la redacción de la finalmente aprobada por el Congreso de la Unión de homónimo nombre.

Bajo estos escenarios, en ese año, el poder revisor de la Constitución reformó (DOF del 27 de mayo de 2015), entre otros, el Artículo 113, el cual da origen al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) siendo sus ejes fundamentales: prevención, investigación, detección, vigilancia, sanción, control, transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana.

Uno de los productos normativos de las reformas a nuestro código fundamental fue la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA) la cual tiene por objeto establecer:

- La distribución de competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos;
- Sus principios y obligaciones;
- Las faltas administrativas;
- Las sanciones aplicables por los actos u omisiones de servidores públicos y las correspondientes a los particulares vinculados con faltas administrativas graves;

¹⁹⁸ Herrera Montes, Eduardo Alberto *et al.*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁹ Esta iniciativa pretendía obligar a los servidores públicos de cierto nivel jerárquico a presentar y hacer públicas sus declaraciones de situación patrimonial, de intereses y fiscal.

²⁰⁰ La iniciativa ciudadana es el mecanismo de participación por el cual se concede a los ciudadanos la facultad o derecho para presentar propuestas de ley ante los órganos legislativos. También es conocida como Iniciativa Popular y se le considera como un mecanismo de la democracia directa: <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=251>.

- Los procedimientos para su aplicación; y
- Las autoridades facultadas para tal efecto.

Dentro de esta Ley se encuentran, además, otros objetivos específicos relativos a la:

- Determinación de mecanismos para la prevención, corrección e investigación de responsabilidades administrativas; y
- Creación de las bases para establecer en todo ente público políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el servicio público.

Se estableció, asimismo, dentro de esta reforma constitucional la reserva de competencia legislativa en materia de responsabilidades administrativas para el Congreso de la Unión, en términos de lo dispuesto por el Artículo 73, fracción XXIX-V de la Constitución Federal, la cual confiere a este cuerpo colegiado una amplia facultad para distribuir competencias entre los distintos órdenes de gobierno en este tema.

Insertar los aspectos relativos a responsabilidades de los servidores públicos en una ley general, de jerarquía normativa superior a las leyes federales y locales²⁰¹, permite evitar la dispersión normativa generada por un orden jurídico

²⁰¹ Registro digital 2008026, Tesis IV.2o.A.2 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, noviembre de 2014, t. IV, p. 3035.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. NO SE TRANSGREDE ESE PRINCIPIO CUANDO SE ORIGINE UN CONFLICTO ENTRE LEYES FEDERALES Y LOCALES POR UNA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE ELLAS, TRATÁNDOSE DE FACULTADES CONCURRENTES.

De conformidad con lo sostenido por la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 3a./J. 10/91, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo VII, marzo de 1991, página 56, de rubro: "LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN.", el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece relación de jerarquía entre legislaciones federales y locales, y cuando se está ante una aparente contradicción entre ellas, *esta debe resolverse atendiendo a qué órgano es competente para expedir el ordenamiento*, de acuerdo con el sistema de competencia que nuestra Carta Magna dispone en su Artículo 124; y en concordancia con lo determinado por el Pleno del referido Máximo Tribunal en la jurisprudencia P/J. 142/2001, difundida en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, enero de 2002, p. 1042, de rubro: FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES, en el sentido de que en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, incluso el Distrito Federal, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, y que será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes mediante una ley general, se concluye que no se transgrede el principio de supremacía constitucional consagrado en el Artículo 133 de la Constitución Federal, cuando se origine un conflicto entre una ley federal y una ley local, tratándose de facultades que se ejercen simul-

complejo y falto de claridad, lo cual se traduce de manera inexorable en un caldo de cultivo para la corrupción e impunidad institucionales; en otras palabras, la existencia de procedimientos únicos fortalece al Sistema Nacional Anticorrupción al homologar las reglas procesales en todo el país, la corrupción se aprovecha de la fragmentación y dispersión de los órganos reguladores y de supervisión así como del enorme entramado de normatividad jurídico-legal permisivo de la existencia de lagunas jurídicas convirtiendo en ineficaz la disuasión e investigación de los hechos de corrupción.

táneamente por las entidades federativas y la Federación, respecto de una misma materia y que, en una ley general emitida por el Congreso de la Unión se determine la forma y términos de la participación de esos entes, toda vez que dicho principio se vulneraría en caso de que la ley federal o la local contradijeran las disposiciones de aquélla en cuanto a la competencia concurrente, *por el grado superior que tiene sobre las leyes secundarias referidas conforme al precepto constitucional aludido*, mas no porque estas pudieran contener normas que se contradigan entre sí, dado que el Artículo 133 constitucional no establece relación de supra o subordinación entre las legislaciones federales y locales y, consecuentemente, se encuentran en un plano de igualdad.

Tesis IV.2o.A.1 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV noviembre de 2014, p. 3037: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. NO SE TRANSGREDE ESE PRINCIPIO CUANDO SE ORIGINE UN CONFLICTO ENTRE LEYES FEDERALES Y LOCALES POR UNA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE ESTAS.

Conforme a lo sostenido por la otrora Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 3a./J. 10/91, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo VII, marzo de 1991, página 56, de rubro: "LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN.," el Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece relación de jerarquía entre legislaciones federales y locales, y cuando se está ante una aparente contradicción entre ellas, ésta debe resolverse atendiendo a qué órgano es competente para expedir el ordenamiento, de acuerdo con el sistema de competencia que nuestra Carta Magna dispone en su Artículo 124. En ese contexto, en razón de que el Artículo 133 constitucional no prevé relación de jerarquía entre legislaciones federales y locales, pues las leyes a las que hace referencia y que constituyen la "Ley Suprema" son la Constitución, los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, y las leyes generales del Congreso de la Unión, no se transgrede el principio de supremacía constitucional establecido por dicho precepto cuando se origine un conflicto entre las mencionadas normas por una aparente contradicción entre éstas, toda vez que las legislaciones locales emanan exclusivamente del ejercicio del poder soberano de los Estados de la Unión que, en cuanto a sus regímenes interiores, les es propio, de conformidad con los postulados de los Artículos 40 y 41 de la Norma Fundamental, relativos a la autonomía de las entidades federativas en cuanto a su régimen interno, así como el ejercicio soberano del poder local. Por lo cual, cuando se haga el planteamiento de una aparente contradicción entre leyes federales y locales, *debe resolverse atendiendo a qué órgano es competente para su expedición*, de conformidad con el sistema de competencia señalado por el Artículo 124 citado, el cual indica que las facultades que no están expresamente concedidas por dicha Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Bajo estas consideraciones pretendió esta Ley, atendiendo a su naturaleza *general* (incidir en todos los órdenes de gobierno²⁰²), unificar los procedimientos disciplinarios y sancionatorios en el territorio nacional extendiendo su aplicación a los órdenes de gobierno del Estado: federal, estatal y municipal.

Por lo anterior, en la Segunda Sesión Ordinaria del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción²⁰³, celebrada el 3 de julio de 2017, se dictó el acuerdo ACT.CC-SNA/03/07/2017.05 en el cual se acordó y aprobó la emisión de un pronunciamiento no vinculante sobre la aplicabilidad de la Ley General de Responsabilidades Administrativas para todo el país, conminando a las entidades federativas a retomar esta Ley en los términos establecidos, con respeto a su soberanía, *a no emitir leyes locales en materia de responsabilidades administrativas* a fin de evitar la generación de antinomias con esta norma general²⁰⁴.

No obstante, diversos Estados federados expidieron su Ley de responsabilidades administrativas: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chia-

²⁰² Tesis P.VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 5: LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el Artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el Artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, *de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales*.

²⁰³ Este Comité tiene como función principal ser la instancia responsable de establecer mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema Nacional Anticorrupción, teniendo bajo su encargo el diseño, promoción y evaluación de políticas públicas de combate a la corrupción (Artículo 8o. de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción).

²⁰⁴ "Las responsabilidades administrativas de todos los servidores públicos sólo serán las que se establecen en la LGRA, de tal manera que ni el legislador federal ni el legislador de las entidades federativas podrán establecer en alguna otra Ley, federal o local, alguna otra responsabilidad administrativa". Chávez Sánchez, José Gerardo, *Comentarios a la Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, Flores, 2017, p. 3.

pas, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán de Ocampo, Morelos, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Yucatán y la Ciudad de México.

Dentro de los aspectos relevantes de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, para efecto de nuestra investigación destacamos los siguientes.

Se instituye como objeto de esta Ley establecer los principios y obligaciones rectores de la actuación de los servidores públicos; los sujetos a quienes resulta aplicable; las faltas administrativas graves y no graves, las sanciones, procedimientos para su aplicación y las facultades de las autoridades competentes.

Se reconocen como sujetos de aplicación normativa los servidores públicos, los ex servidores públicos y los particulares vinculados con faltas administrativas graves, con lo cual se apertura el espectro de aplicación de la Ley a nuevos sujetos, el caso de los particulares, que no obstante incidir en las conductas indebidas del servidor público habían permanecido al margen de la ley.

Retoma el legislador el tema relativo a la ética pública en la actuación de los agentes del Estado a fin de orientar su ejercicio funcional hacia una conducta digna respondiente a las necesidades de la sociedad y orientadora de su desempeño²⁰⁵.

Se insta una importante obligación para los entes públicos de establecer y mantener condiciones estructurales (creación de unidades u órganos administrativos) y normativas (disposiciones generales, reglamentos, lineamientos, estatutos, circulares, etc.) para permitir el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto, y la actuación ética y responsable de cada servidor público (Art. 6o.).

Se fijan los principios (Art. 7o.) bajo los cuales debe normar su actuación el servidor público (disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia)²⁰⁶.

²⁰⁵ Observemos la constante preocupación del legislador en el tema de la ética pública presente ya en la Ley de responsabilidades de 2002 (Art. 49), ordenando en la norma vigente la observancia del Código de Ética por parte de los servidores públicos (Art. 16). En el DOF del 5 de febrero de 2019 se publicó el Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal.

²⁰⁶ La CPEUM, en su Artículo 109, fracción III ordena la aplicación de sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones afectantes de la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia observables en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, no obstante, la LGRA adiciona más principios de los establecidos por la propia Constitución, los cuales podrían considerarse inconstitucionales al momento de su aplicación, al ser estos la fuente de imposición de la sanción administrativa.

A efecto de observar lo previsto en la fracción XXIX-V del Artículo 73 de la Constitución se precisa el perímetro competencial correspondiente a las autoridades de los distintos órdenes de gobierno, estableciendo la concurrencia de la Federación y las entidades federativas respecto del cumplimiento del objeto y objetivos de esta Ley (Art. 8o.)²⁰⁷.

A partir de esta facultad y considerando lo previsto por las fracciones XXIV y XXIX- H del Artículo 73, así como los Artículos 79, 109, 116 y 122 constitucionales, se determina el régimen competencial de la norma, precisando las autoridades facultadas para aplicarla en el ámbito de su competencia: Secretaría de la Función Pública o sus homólogos en los Estados federados; OIC (Órgano Interno de Control²⁰⁸) o sus homólogos locales, Auditoría Superior de la Federación (ASF), así como las entidades de fiscalización locales, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) y sus homólogos locales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal, los poderes judiciales de los Estados, y sus respectivos consejos, así como las unidades de responsabilidades de las empresas productivas del Estado. Advirtamos como el espectro de aplicación de esta norma se extiende prácticamente a todos los entes del Estado y órdenes de gobierno.

Dentro de las novedades destacables, distingue la norma entre autoridad investigadora, sustanciadora y resolutoria (en el caso de las dos primeras con la finalidad de preservar una autonomía e independencia entre estas), dando fin a un procedimiento disciplinario inequitativo e injusto en el cual un solo órgano en sede administrativa investigaba, sustanciaba y resolvía convirtiéndose en juez y parte; al amparo de esta ley se modifica esta circunstancia al ser actualmente el Tribunal Federal de Justicia Administrativa²⁰⁹ (o su homólogo a nivel local) el órgano sancionador (por el momento únicamente para faltas administrativas graves).

²⁰⁷ Las facultades concurrentes implican para las entidades federativas, incluso la Ciudad de México, los Municipios y la Federación, poder actuar respecto de una misma materia, el Congreso de la Unión es el órgano constitucionalmente facultado para determinar la forma y términos de la participación de dichos entes mediante una ley general, siendo en el presente caso la LGRA.

²⁰⁸ Comprende a todos los órganos de esta naturaleza insertos en cualquiera de los Poderes de la Unión, inclusive los establecidos en los órganos constitucionales autónomos (Art. 3o., fracción XXI de la LGRA).

²⁰⁹ Órgano jurisdiccional legalmente facultado para imponer sanciones por la comisión de faltas administrativas graves y faltas de particulares.

Se advierte una ampliación del perímetro competencial de los órganos de control interno dotándolos de facultades para prevenir la comisión de actos u omisiones posiblemente constitutivas de responsabilidades administrativas (advierte el legislador la importancia de encaminar las acciones a una política de prevención y no necesariamente sancionatoria); se les dota de atribuciones para revisar el ingreso, manejo, custodia y aplicación de recursos públicos federales y participaciones federales así como de los recursos públicos locales ²¹⁰ facultándolos para presentar denuncias ante la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción²¹¹.

Se otorgan facultades a la ASF y órganos locales para investigar y sustanciar el procedimiento por faltas administrativas graves, en tanto las faltas no graves detectadas en el ejercicio de sus atribuciones son turnadas a los OIC correspondientes.

Reitera la ley la autonomía de los procedimientos según su naturaleza y vía procesal retomando lo previsto por el Artículo 109, fracción IV constitucional.

Se establece, con indudable acierto, para abatir la mayor cantidad de obstáculos posibles, así como alentar la participación ciudadana, la obligación de las autoridades investigadoras de establecer áreas de fácil acceso para la presentación de denuncias (inclusive de carácter anónimo) por presuntas faltas administrativas acercando a la sociedad la posibilidad de ejercer el control ciudadano sobre la actividad de los agentes del Estado.

Se crea un Título Segundo correspondiente a los mecanismos de prevención e instrumentos de rendición de cuentas, advirtiéndose la preocupación del legislador en la prevención de la comisión de faltas administrativas y hechos de corrupción al facultar a las secretarías y a los OIC para implementar acciones de orientación del criterio a seguir por los servidores públicos en situaciones específicas durante el desempeño de su empleo, cargo o comisión, en coordinación con el Sistema Nacional Anticorrupción (Art. 15). Lo anterior se considera un gran avance en la política de prevención y apoyo al ejercicio funcional del servidor público.

²¹⁰ La Constitución otorga facultades a la Auditoría Superior de la Federación respecto de la fiscalización de recursos públicos federales (Art. 79, fracción I), por tanto, la coordinación entre los OIC y este Órgano del Poder Legislativo debe ser eficaz para evitar la duplicidad o interferencia funcional.

²¹¹ Ver Herrera Pérez, Alberto, "Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción", *Revista Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 34, 2016, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 6.

Relevante la determinación de privilegiar el reclutamiento de los integrantes del OIC seleccionando los mejores candidatos para ocupar los puestos mediante procedimientos transparentes, objetivos y equitativos. Esta innovación de la Ley es sumamente acertada con la finalidad de enlistar para un área tan sensible el mejor material humano (Art. 20). Para nadie es ajeno el nombramiento recaído en múltiples ocasiones en servidores públicos inexpertos e indoctos de serios que ocasionan serios perjuicios a la fiscalización de la actividad pública. Profesionalizar los cuadros de servidores públicos es avanzar un paso adelante en el combate a la corrupción.

Dentro de esta línea de prevención dictada por la Ley y con la idea de generar contrapesos y la participación ciudadana, se faculta a la SFP para suscribir convenios de colaboración con las personas física o morales participantes de las contrataciones públicas, a fin de orientarlas en el establecimiento de mecanismos de autorregulación incluyendo la instrumentación de controles internos y un programa de integridad para asegurar el desarrollo de una cultura ética y la inhibición de conductas irregulares.

Se prevé en esta norma (Arts. 24 y 25) la sanción de las personas morales por actos realizados por personas físicas que actúen a su nombre o representación y pretendan obtener beneficios indebidos para estos entes jurídicos, en la determinación de las responsabilidades de estos últimos se tomará en consideración si cuentan con una política de integridad.

Se establece dentro de los instrumentos de rendición de cuentas el sistema de evolución patrimonial, de declaración de intereses y la constancia de presentación de declaración fiscal²¹², previendo su almacenamiento en la Plataforma Digital Nacional²¹³ la cual contendrá la información relacionada con las funciones del Sistema Nacional Anticorrupción generada por los entes públicos facultados

²¹² En este Sistema se inscribirán los datos públicos de los agentes estatales obligados a presentar declaraciones de situación patrimonial y de intereses, así como la constancia sobre la presentación de la declaración anual de impuestos.

²¹³ Recordemos: la Plataforma Digital Nacional es un sistema informático integrante y conectivo de los diversos sistemas poseedores de datos de información relativos a las declaraciones fiscales y patrimoniales de los servidores públicos, procedimientos de contratación pública, sanciones a servidores públicos y particulares, denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como los procesos de auditoría, fiscalización e información pública de contrataciones.

para la fiscalización y control de recursos públicos, así como la prevención, control, detección, sanción y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción.

Igualmente, en este Sistema se inscriben los datos públicos de los agentes del Estado obligados a presentar declaraciones de situación patrimonial y de intereses, así como la constancia sobre la presentación de la declaración anual de impuestos.

En el Sistema Nacional de Servidores Públicos y Particulares Sancionados se inscriben y se harán públicas las constancias de sanciones o inhabilitación dictadas en contra de los servidores públicos o particulares sancionados por actos vinculados con faltas graves, con lo cual la sociedad permanece informada de los transgresores de los principios constitucionales obligados a cumplir y de su falta de lealtad institucional. Resulta adecuado y oportuno el conocimiento generalizado del actuar corrupto de los empleados estatales, la sociedad está interesada en conocer los actos lesivos al ejercicio funcional incidentes en la vida y desarrollo del país y por ende en su comunidad o núcleo social.

Con el fin de fortalecer los mecanismos generales de prevención los entes públicos, previo al nombramiento, designación o contratación de quienes pretenden ingresar al servicio público, deben consultar este Sistema para verificar la existencia de inhabilitaciones, medida de gran alcance y seguridad institucional a fin de evitar la contratación de personal desleal o falta de probidad; pudiera considerarse esta medida muy severa y hasta lesiva de los derechos humanos, sin embargo, el Estado, al ser el legítimo representante de una población, está obligado a allegarse para la prestación de los servicios públicos del mejor material humano encargado de ejercer una función vital en un Estado de derecho.

En la Ley anterior se preveía la obligación de los entes públicos de obtener la constancia de no inhabilitación de quienes pretendían ingresar al servicio público (Art. 40); en la nueva se establece la obligada consulta para los entes públicos del Sistema Nacional de Servidores Públicos Sancionados a fin de verificar la existencia de sanciones previamente al nombramiento, designación o contratación²¹⁴ (Art. 27).

²¹⁴ Dentro de los sistemas integrantes de la Plataforma Digital Nacional existe el Sistema Nacional de Servidores Públicos y Particulares Sancionados (Art. 49 de la LGSNA).

La información contenida, dice la Ley, en las declaraciones patrimoniales y de intereses serán públicas salvo los rubros afectantes de la vida privada o los datos personales²¹⁵.

Para efecto de mantener una permanente vigilancia y control de las declaraciones patrimoniales se faculta a la SFP y a los OIC a realizar verificaciones aleatorias de las mismas (Art. 30). Desde su instauración en la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados (DOF del 21 de febrero de 1940), la entonces declaración de bienes se constituyó como un eficaz instrumento de rendición de cuentas y transparencia; al establecerse actualmente en la Ley vigente su comprobación se contribuye de una manera importante a alcanzar un eficaz y directo control sobre el patrimonio de los agentes del Estado.

Una innovación en esta Ley es la obligación de todos los servidores públicos de los poderes de los tres órdenes de gobierno (sin considerar rango jerárquico²¹⁶) de presentar su declaración de situación patrimonial y de intereses²¹⁷ (la Ley de responsabilidades de 2002 únicamente señalaba a determinados servidores públicos²¹⁸ atendiendo a su jerarquía o función, según leemos de su Artículo 36) y en algunos casos la presentación de la declaración fiscal anual.

Se reiteran los tiempos de presentación de la declaración de situación patrimonial, la no presentación de la declaración de inicio o modificación dentro del plazo de treinta días origina la cesación de los efectos del nombramiento o contrato (en la

²¹⁵ La gran diferencia con la regulación anterior de las declaraciones patrimoniales (antes de la creación del Sistema Nacional Anticorrupción) radica en la publicidad de estas, la cual dependía de la voluntad del servidor público, en el Artículo 29 de la LGRA vigente, la naturaleza de la información es pública, por tanto, su publicitación deja de depender de la voluntad del agente estatal. Así, toda la información patrimonial y de intereses no lesiva a la vida privada o a los datos personales debe ser publicada.

²¹⁶ En el DOF del 16 de noviembre de 2018 la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción publicó el Acuerdo del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción por el cual emite el formato de declaraciones: de situación patrimonial y de intereses y expide las normas e instructivo para su llenado y presentación.

²¹⁷ Creemos esto un error, la capacidad de las secretarías o de los OCI se verá rebasada ante este exceso de la Ley, debe ponerse especial énfasis en aquellos puestos identificados como de alto riesgo operativo para la Administración Pública y su adecuada marcha y no en aquellos intrascendentes para el ejercicio funcional de los entes públicos (desde el punto de vista lesivo).

²¹⁸ La CPEUM en su Artículo 108 establece la obligación de los servidores públicos de presentar, bajo protesta de decir verdad, su declaración patrimonial y de intereses ante las autoridades competentes en los términos determinados por la Ley.

Ley abrogada, la no presentación de la inicial dentro de sesenta días posteriores a la toma de posesión del cargo originaba una suspensión de quince días). En el caso de la declaración de conclusión, la sanción por no presentación se establece un parámetro de tres meses a un año (la Ley anterior fijaba únicamente un año).

La no presentación en los plazos respectivos de las declaraciones de inicio, modificación o conclusión iniciará de inmediato la investigación por presunta responsabilidad por la comisión de faltas administrativas (Art. 33).

Se reserva exclusivamente el medio electrónico para la presentación de la declaración de situación patrimonial (en la Ley anterior se establecía aún el formato impreso)²¹⁹. Se aclara el caso de los municipios carentes de tecnologías de la información y comunicación, quienes podrán emplear formatos impresos (Art. 34).

Se confiere a la SFP y a los OIC (atribución no prevista expresamente para estos en la Ley abrogada) la facultad de llevar a cabo investigaciones o auditorías para verificar las declaraciones y la evolución patrimonial de los agentes del Estado (Art. 36).

Cuando la declaración de situación patrimonial refleja un incremento en el patrimonio del servidor público no explicable o justificable de acuerdo a la remuneración correspondiente, la SFP y los OIC solicitarán al declarante una aclaración y, en caso de no justificarse, en su caso, formularán la denuncia respectiva ante el Ministerio Público.

Se obliga al servidor público (Art. 38) a proporcionar a la SFP y a los OIC la información requerida para verificar su evolución patrimonial, incluyendo la de sus cónyuges, concubinas o concubinarios y dependientes económicos directos (obligación no prevista en la Ley anterior²²⁰). La Ley abrogada asignaba esta obligación

²¹⁹ En el DOF del 22 de febrero de 2019 se publicó el Acuerdo respecto de los formatos a utilizar para la presentación de las declaraciones de situación patrimonial.

²²⁰ Un exceso de la Ley, permitir la invasión de esferas de privacidad al exigir al servidor público, sin solicitar el consentimiento, la entrega de información de carácter privado propiedad de terceros (se confiere al agente del Estado el simulado carácter de "dueño" de la información propiedad de su cónyuge, concubina, concubinario o de terceros y por lo tanto la falsa idea de tener el derecho de su libre disposición). La entrega de este tipo de información debe ser solicitada o requerida formal y legalmente por el órgano de control o la autoridad correspondiente y no por el servidor público. Recordemos el contenido del Artículo 16 constitucional: "*Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento*"; obligar al servidor público (sin el carácter de autoridad para estos

a las dependencias, entidades e instituciones públicas (Art. 43), debió permanecer esta última disposición pues diversos datos o informes si bien pertenecen o son del conocimiento del agente estatal es muy posible se encuentren en poder de oficinas públicas y no del servidor público (el caso de las actas del estado civil, movimientos bancarios o, inclusive, información fiscal, inmobiliaria o bursátil).

Establecía la anterior Ley (Art. 44) para efectos de responsabilidades y de la legislación penal el cómputo entre los bienes adquiridos por los servidores públicos o con respecto de los cuales se conduzcan como dueños, los recibidos o los disponibles por su cónyuge, concubina o concubinario y sus dependientes económicos directos, salvo su acreditación de haber sido obtenidos por sí mismos y *por motivos ajenos al servidor público*, esta última prevención desaparece en la nueva Ley (Art. 39); consideramos incorrecta y grave esta supresión que eventualmente dejaría sin punir diversos supuestos, piénsese en el caso de la esposa del servidor público adquirente de un bien mueble o inmueble con sus propios medios económicos, pero utilizando información privilegiada proporcionada por su esposo (servidor público) la cual le confiere ventajas indebidas para la adquisición.

En la Ley abrogada la recepción no solicitada de un bien o donación cuyo valor excediera de diez veces al SMGDVDF debía informarse y ponerse a disposición de la SECODAM. En la vigente (Art. 40), el servidor público receptor de un bien *por parte de un particular* (creemos un error señalar únicamente a los particulares al dejarse fuera como sujeto activo a otro servidor público oferente de algún bien, la Ley anterior decía *de una misma persona*) de manera gratuita o recibir la transmisión de la propiedad o el ofrecimiento para el uso de cualquier bien, *con motivo de*

efectos) a proporcionar información privada propiedad de terceros con los que sostenga una relación de algún tipo es un acto violatorio del contenido del derecho humano a la privacidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo en Revisión 2044/2008 sostuvo:

"... las personas tienen derecho a gozar de un ámbito de proyección de su existencia que quede reservado de la invasión y la mirada de los demás, que les concierna sólo a ellos y les provea de condiciones adecuadas para el despliegue de su individualidad –para el desarrollo de su autonomía y libertad–. A un nivel más concreto, la misma idea puede describirse apelando al derecho de las personas a mantener fuera del conocimiento de los demás (o, a veces, dentro del círculo de la familia y de los amigos más próximos) ciertas manifestaciones o dimensiones de su existencia (conducta, datos, información, objetos), al derecho a que los demás no se inmiscuyan en ellas sin su expreso consentimiento"

<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-02/ADR%202044-2008.pdf>.

*sus funciones*²²¹ (esto es, si se le ofrece al servidor público un bien pero no con motivos del ejercicio de sus funciones sí puede recibirlo), debe informarse de manera inmediata a la SFP y a los OIC²²². En el caso de recepción de bienes, la Ley en vigor establece la puesta a disposición de las autoridades competentes en materia de administración y enajenación de bienes públicos²²³.

Se dota de facultades a la SFP y a los OIC para presentar denuncias ante el Ministerio Público y constituirse como coadyuvantes (Arts. 41 y 42).

Dentro del ejercicio funcional de los servidores públicos, las áreas donde puede existir un alto riesgo operativo y por lo tanto ser más susceptibles de corrupción son significativamente las encargadas de las contrataciones públicas²²⁴, bajo esta lógica, el legislador incluyó en la Plataforma Digital Nacional un sistema relativo a la inscripción de los nombres y adscripciones de los agentes del Estado intervinientes en procedimientos de contrataciones públicas (tramitación, atención y resolución para la adjudicación de un contrato, otorgamiento de una concesión, licencia, permiso o autorización y sus prórrogas, así como la enajenación de bienes muebles y los dictaminadores en materia de avalúos)²²⁵, esta información debe estar disponible para todo público a través de un portal de Internet (Art. 43).

Se dota a los OIC y a la SFP con la facultad de supervisar la ejecución de los procedimientos de contratación pública para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales (Art. 45).

Se inserta un apartado especial (Sección Sexta del Capítulo Tercero del Título Segundo) relativo a la presentación de la declaración de intereses, a la cual se

²²¹ Pareciera una especie del delito de cohecho. Ver Herrera Pérez, Alberto, *Delitos cometidos por servidores públicos*, op. cit., p. 220.

²²² Consideramos que la redacción de la Ley abrogada (Art. 45) cubría todas las hipótesis de comisión y no dejaba margen a interpretaciones que permitieran eludir la aplicación o finalidad de esta restricción.

²²³ La autoridad competente es el Servicio de Administración y Enajenación de Bienes (Art. 1o. de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público).

²²⁴ Como elemento esencial en la prestación de servicios de alta calidad y dado que representa una parte importante de los presupuestos públicos y del producto interno bruto (PIB), la contratación pública de bienes y servicios es un área en la cual los gobiernos deben lograr el reto de hacer más con menos. La contratación es, además, la actividad gubernamental más vulnerable al desperdicio, el fraude y la corrupción. OCDE, *Estudio sobre la contratación pública del Instituto Mexicano del Seguro Social: Aumentar la eficiencia e integridad para una mejor asistencia médica*, OECD Publishing, 2014, p. 3.

²²⁵ Artículo 49, fracción II de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

encuentran obligados todos los servidores públicos, esta tiene por objeto informar y determinar el conjunto de intereses de aquellos a fin de detectar la posible existencia de un conflicto con el ejercicio de su función, recordemos: la existencia de un conflicto de interés supone la afectación del ejercicio funcional imparcial y objetivo en razón de intereses personales, familiares o de negocios.

La declaración de intereses debe presentarse en los mismos plazos previstos para la de situación patrimonial y le serán aplicables las mismas sanciones por incumplimiento. Esta declaración debe exhibirla el agente estatal independientemente de la presentada en los tiempos legales cuando en el ejercicio de su empleo, cargo o comisión advierta la posible actualización de un conflicto de interés (Art. 48).

El Título Tercero refiere las faltas administrativas de los servidores públicos y de los actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves. La regulación y desarrollo de estas faltas constituye el eje rector del esquema de responsabilidades de los servidores públicos en ejercicio de un empleo, cargo o comisión.

El concepto no grave calificador de la falta administrativa se refiere al menor radio de afectación, impacto o lesividad en la imagen institucional, la prestación del servicio público o la mínima o menor lesión en el patrimonio del ente público. La calificación de grave se reserva para la acción u omisión provocadora de un alto impacto en el ejercicio del servicio público o en el patrimonio o imagen institucionales.

Las conductas (acción u omisión) establecidas como faltas administrativas afectan la imagen de las instituciones y entorpecen la prestación del servicio público dañando por consecuencia a la sociedad en su conjunto, por tanto, la calificación de grave o no grave se corresponde al grado de daño afectante así, a mayor grado de lesividad, la falta ingresará a la clasificación de grave, en tanto menor se clasificará como no grave.

La calificación debe efectuarse en relación con la información recabada durante la etapa de investigación y sujetarse a los catálogos de faltas administrativas establecidos en la Ley²²⁶.

Una de las consecuencias de la calificación es la sede donde será seguido el procedimiento para el fincamiento de responsabilidades; así, cuando la falta se califique como no grave, el procedimiento se substanciará en sede administrativa

²²⁶ Herrera Montes, Eduardo Alberto y Herrera Pérez, Alberto, "Las faltas administrativas de los servidores públicos", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 45, enero-junio de 2018, Escuela Judicial, Consejo de la Judicatura Federal, p. 332.

y, en los casos de falta grave, se incoará ante los tribunales de justicia administrativa (la competencia de estas autoridades se encuentra legalmente establecida no existiendo discrecionalidad respecto de los asuntos a conocer). De acuerdo con lo anterior, existirá una mayor imparcialidad en la imposición de sanciones al existir absoluta independencia entre las autoridades investigadoras, sustanciadoras y resolutoras²²⁷.

Una novedad en esta Ley es la inclusión de actos de particulares vinculados con faltas administrativas graves (soborno, participación ilícita en procedimientos administrativos, tráfico de influencias, utilización de información falsa, obstrucción de facultades de investigación, colusión, uso indebido de recursos públicos y contratación indebida de ex-servidores públicos), pretendiéndose con lo anterior inhibir prácticas de particulares instigadoras del actuar ilegal de los servidores públicos.

La génesis de las faltas administrativas está determinada por los fines perseguidos por estas: salvaguardar los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, rectores del desempeño de la actividad pública, por tanto, el procedimiento disciplinario cuanto la sanción deban ser de naturaleza administrativa precisamente para preservar el correcto y adecuado ejercicio del servicio público y evitar su interrupción o deficiencia y, en su caso, prevenir un ejercicio indebido por parte del servidor público. En congruencia con lo anterior, la responsabilidad por la comisión de faltas administrativas debiera reservarse de manera exclusiva a los servidores públicos²²⁸.

En esta lógica, el particular no puede generar una responsabilidad administrativa (no es un agente del Estado obligado a observar los principios rectores de la disciplina administrativa) por tanto, la aplicación de la Ley General de Responsabilidades Administrativas no debiera en un primer momento ser aplicable a estos, posiblemente por esta razón el legislador ordinario *vinculó* los actos de particulares con las faltas administrativas graves cometidas por servidores públicos, para de esta manera *abrir* la competencia de esta Ley hacia aquellos y punir su conducta²²⁹.

²²⁷ Recordemos: en el caso de la sede administrativa existe una independencia ordenada por la Ley respecto de la autoridad investigadora y la autoridad sustanciadora.

²²⁸ Herrera Montes, Eduardo Alberto y Herrera Pérez, Alberto, "Las faltas administrativas de los servidores públicos", *op. cit.*, p. 325.

²²⁹ *Idem*.

Consideramos innecesaria (al generar confusión e inseguridad jurídicas) la inclusión de tipos administrativos de particulares en la LGRA debiendo el legislador, en una correcta y armónica arquitectura legislativa, insertar estas conductas y su sanción en otras leyes, tal y como lo hizo con la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas²³⁰, Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, o bien con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y no relacionar las infracciones de particulares con conductas indebidas cuya comisión es propia o reservada a los agentes del Estado²³¹.

El aumento en el tiempo prescriptorio en la Ley en comento (siguiendo el mandato constitucional) se encamina a evitar que, por el transcurso del tiempo, se liberen los servidores públicos deshonestos y desleales de la sanción condigna.

La prescripción de la responsabilidad administrativa se fija en tres años para las faltas administrativas no graves y de siete años para las graves (se incrementa el plazo de prescripción para estas faltas por dos años más) o faltas de particulares²³², adecuándose las figuras de interrupción de la prescripción y caducidad de la instancia al nuevo procedimiento administrativo sancionador (Art. 74).

El Título Cuarto del Libro Primero refiere las sanciones por faltas administrativas de los servidores públicos y de particulares vinculados con faltas graves, cuya métrica punitiva depende directamente de la gravedad del acto u omisión del servidor público, así, mientras mayor sea la afectación a la Hacienda o servicio públicos corresponderá una sanción más severa.

Se reserva para las faltas no graves la amonestación pública o privada, la suspensión o destitución del empleo, cargo o comisión, así como la inhabilitación temporal para el desempeño de un empleo, cargo o comisión²³³ y para participar

²³⁰ El legislador de manera indudable se percató de idénticos supuestos en esta Ley y en la LGRA en lo relativo a responsabilidades y sanciones de particulares, por lo cual procedió a su abrogación (Artículo Tercero transitorio, párrafo final de la LGRA).

²³¹ Herrera Montes, Eduardo Alberto y Herrera Pérez, Alberto, "Las faltas administrativas de los servidores públicos", *op. cit.*, p. 326.

²³² Observemos en este supuesto como inequitativamente se sanciona de igual manera al particular y al servidor público, en el caso de la prescripción para ambos es de siete años, además, para el primero no existen faltas no graves, todas sus conductas se revisten de graves para efectos de sanción siendo injusta e inequitativa esta Ley para el particular.

²³³ Para las faltas administrativas no graves debió eliminarse, como medida sancionatoria, la destitución o inhabilitación (idealmente debieran reservarse para las faltas administrativas graves impuestas por un tribunal) atendiendo a su severidad, naturaleza y efectos en la imagen o vida institucional del servidor público podrían desmotivarlo o inclusive intimidarlo e inhibirlo

(debe entenderse) en los procesos de adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas²³⁴. Este tipo de sanciones pueden imponerse una o más, siempre y cuando sean compatibles entre sí (por ejemplo, una amonestación y una suspensión o bien una destitución y una inhabilitación).

Para las faltas graves se establecen como medidas sancionatorias la suspensión del empleo, cargo o comisión, la destitución del empleo, cargo o comisión, la sanción económica (exclusiva para este tipo de faltas) y la inhabilitación temporal para el desempeño de un empleo, cargo o comisión y para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas (la diferencia entre las faltas graves y no graves respecto de la suspensión e inhabilitación es el plazo de duración y el monto de la afectación patrimonial).

Siguiendo el modelo de la Ley de responsabilidades de 1940 (posteriormente derogado), se establecen faltas administrativas graves de gran similitud con los delitos por hechos de corrupción previstos para el Título Décimo del Código Penal Federal (cohecho, peculado, desvío de recursos públicos, utilización indebida de información, contratación indebida, tráfico de influencia²³⁵) lo cual, como ya sostuvimos en su oportunidad, no se considera una medida acertada. Técnicamente debe respetarse la observancia del Código Penal Federal para punir las conductas delictivas previstas en este y reservar la aplicación de la Ley de responsabilidades para las acciones u omisiones de carácter administrativo.

Las sanciones para los particulares (personas físicas) comprenden la sanción económica, la inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas e indemnización por daños y perjuicios; en el caso de personas morales: sanción económica, inhabilitación temporal para participar en ad-

en el ejercicio de la función pública, lo anterior sin olvidar la preservación para las entidades y dependencias de las facultades de ejercer acciones correctivas con respecto a los servidores públicos adscritos a las mismas con el propósito de preservar la disciplina y los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, rectores de la prestación del servicio público; sin embargo, ante la mínima o leve lesión del bien jurídico (finalmente son faltas consideradas por el propio legislador como no graves) parecieran excesivas estas sanciones.

²³⁴ Esta última porción normativa pareciera innecesaria, el servidor público al ser inhabilitado deja de ejercer cualquier facultad o función propia de su investidura, pareciera más bien aplicable este supuesto a los actos de particulares (el Artículo en donde se detallan las sanciones a imponer –el 75– corresponde a faltas administrativas no graves cuya comisión es exclusiva de los agentes del Estado).

²³⁵ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal en materia de combate a la corrupción (DOF del 18 de julio de 2016).

quisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas, suspensión de actividades, disolución de la sociedad e indemnización por daños o perjuicios²³⁶.

Al parecer existe una incongruencia en la Ley en estudio: el Artículo 83 establece el fincamiento de responsabilidad administrativa por la comisión de faltas de particulares, la cual *se determinará de manera autónoma e independiente de la participación de un servidor público*; lo anterior es una incongruencia, la propia Constitución Federal, en su Título Cuarto hace referencia a las responsabilidades de los particulares vinculados con faltas administrativas graves, lo cual quiere significar la primaria existencia de una falta de este tipo (no puede vincularse algo con la nada inexistente) para poder realizarse la vinculación y, en el caso, este numeral elimina esta última indebidamente, al permitir la existencia propia de la conducta punible del particular sin la previa existencia de alguna falta administrativa grave por parte del agente del Estado.

El Libro Segundo, Título Primero, norma la investigación y calificación de las faltas graves y no graves.

La investigación de una presunta responsabilidad por faltas administrativas inicia de oficio, por denuncia (la cual puede ser anónima y presentarse por medios electrónicos) o derivada de la práctica de auditorías. La investigación permite a los OIC contar con los instrumentos legales necesarios para indagar la existencia de faltas administrativas, esto es, acreditar la existencia de los elementos constitutivos de violaciones a la disciplina administrativa por parte de los servidores públicos.

Se privilegia la participación ciudadana y con la finalidad de alentarla se obliga a los entes públicos a establecer áreas de fácil acceso para la presentación de denuncias.

Con la finalidad de realizar un eficaz combate a la corrupción se dota a la autoridad investigadora de amplias atribuciones para realizar auditorías o investigaciones respecto de conductas de servidores públicos y particulares posiblemente constitutivas de responsabilidades administrativas. Asimismo, tendrá acceso a la información necesaria para el esclarecimiento de los hechos, incluso la considerada por las disposiciones legales con carácter de reservada o confidencial, además,

²³⁶ Nuevamente advertimos aquí el trato injusto de la Ley para el particular, no existe para él una gradación o calificación de grave o no grave para su conducta, pudiendo aplicarse, inclusive, la disolución de una sociedad aún en los casos de una mínima lesión al patrimonio del Estado.

no le serán oponibles las disposiciones dirigidas a proteger la secrecía de la información en materia fiscal, bursátil, fiduciario o la relacionada con operaciones de depósito, administración, ahorro e inversión de recursos monetarios²³⁷.

Se faculta a la autoridad investigadora para instrumentar medidas de apremio (imposición de multas, solicitud de auxilio de la fuerza pública o arresto hasta por treinta y seis horas) con la finalidad de evitar el ocultamiento o destrucción de toda aquella información pertinente para la investigación y se impida el conocimiento de los hechos relacionados con la comisión de faltas administrativas.

Destaca de igual manera como potestad de la autoridad investigadora (como medida para garantizar la eficacia de las investigaciones y evitar el retraso, se impida o interfiera en el desarrollo de estas) solicitar el ejercicio de medidas cautelares²³⁸ (suspensión temporal del servidor público sujeto a investigación, exhibición de documentos, apercibimiento de multa, embargo precautorio de bienes o intervención precautoria de negociaciones).

Se establece acertadamente en la Ley como una medida protectora de los derechos humanos (dignidad y derecho a la propia imagen) respecto del servidor público sujeto a investigación, la obligación de la autoridad de impedir su presentación pública como responsable de la comisión de la falta imputada.

La calificación de los hechos (graves o no graves) debe efectuarse en relación con la información recabada durante la etapa de investigación y sujetarse a los catálogos de faltas administrativas establecidas en la Ley, una vez realizada esta, se integra el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa y se remite a la autoridad sustanciadora para iniciar, en su caso, el procedimiento de responsabilidad administrativa.

La Ley señala un aspecto importante en materia de esclarecimiento de hechos al establecer la posible reapertura del expediente declarado como concluido en el supuesto de presentarse nuevos indicios o pruebas y no existiera prescripción.

²³⁷ Esta atribución se retoma de la fracción IV del Artículo 109 de la CPEUM: *“En el cumplimiento de sus atribuciones, a los órganos responsables de la investigación y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción no les serán oponibles las disposiciones dirigidas a proteger la secrecía de la información en materia fiscal o la relacionada con operaciones de depósito, administración, ahorro e inversión de recursos monetarios. La ley establecerá los procedimientos para que les sea entregada dicha información”* (aclara la LGRA que será a través de convenios de colaboración, según advertimos de su Artículo 95, párrafo penúltimo).

²³⁸ La solicitud debe hacerse por vía incidental por parte de la autoridad investigadora a la autoridad substanciadora o resolutora, según disponen los Artículos 123 y 125 de la LGRA.

Concluidas las diligencias de investigación procede la calificación de los hechos (graves o no graves) y una vez realizada se envía a la autoridad sustanciadora para iniciar, en su caso, el procedimiento de responsabilidad administrativa (Art. 100).

Respecto de la calificación de no grave de la falta administrativa, esta es susceptible de impugnarse por el denunciante o por el presunto infractor mediante el recurso de inconformidad (Art. 102²³⁹), lo anterior garantiza una correcta investigación y evita la discrecionalidad o lenidad de la autoridad investigadora (inclusive la simulación o incorrecta determinación de la gravedad) al garantizar la seguridad jurídica y equidad procesal de las partes procedimentales²⁴⁰.

Norma el Título Segundo del Libro Segundo el procedimiento de responsabilidad administrativa (en el cual deben observarse los principios de legalidad, presunción de inocencia, imparcialidad, objetividad, congruencia, exhaustividad, verdad material y respeto a los derechos humanos²⁴¹), el cual inicia cuando la autoridad substanciadora admite el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa²⁴² elaborado por la autoridad investigadora (Art. 112).

Las partes dentro de este procedimiento son:

- La autoridad investigadora;

²³⁹ Supuesto normativo retomado del Artículo 109, fracción III constitucional.

²⁴⁰ Más aún, la propia Ley concede al denunciante la posibilidad de impugnar la abstención de iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa (Art. 101, *in fine*).

²⁴¹ *Legalidad*. Se refiere a la sujeción de todos los actos de los poderes públicos al imperio de la Ley. *Presunción de inocencia*. Consiste en ser tratado como inocente hasta en tanto no se pruebe la culpabilidad.

Imparcialidad. Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo que permite juzgar o proceder con rectitud.

Objetividad. Implica actuar de manera desinteresada o desapasionada, con independencia de la propia manera de pensar o sentir.

Congruencia. Las determinaciones de las autoridades no deben contener afirmaciones contradictorias entre sí, deben ser coherentes y lógicas consigo mismas y con la *litis*.

Exhaustividad. Encierra la obligación de las autoridades de examinar y pronunciarse sobre la totalidad de los puntos integrantes de la *litis* sin omitir ninguno de ellos.

Verdad material. La autoridad debe verificar plenamente los hechos fundantes de sus determinaciones.

Respeto a los derechos humanos. El Artículo 1o., párrafo tercero constitucional impone la obligación a todas las autoridades en el ámbito de su competencia de respetar y garantizar los derechos humanos.

²⁴² Este informe describe los hechos relacionados con alguna de las faltas señaladas en la LGRA, exponiendo de forma documentada, con las pruebas y fundamentos, los motivos y presunta responsabilidad del servidor público o de un particular en la comisión de faltas administrativas (Art. 3o., fracción XVIII de la LGRA).

- El presunto responsable servidor público;
- El presunto responsable particular; y
- Los terceros a quienes pueda afectar la resolución dictada en el procedimiento de responsabilidad administrativa.

Autoriza la Ley (Art. 101) a la autoridad substanciadora de abstenerse de iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa y la imposición de sanciones cuando no exista perjuicio a la Hacienda Pública y además la actuación del servidor público, en la atención, trámite o resolución de asuntos a su cargo, esté referida a una cuestión de criterio o arbitrio opinable o debatible, y la conducta o abstención no constituya una desviación a la legalidad, existiendo constancias de los elementos tomados en consideración por el servidor público en la decisión adoptada, que el acto u omisión fue corregido o subsanado de manera espontánea por el servidor público o implique error manifiesto y los efectos, en su caso, producidos desaparecieron²⁴³ (se faculta a la autoridad investigadora²⁴⁴ o al denunciante a impugnar esta abstención), lo anterior se considera una buena política en materia de sanción al considerar como atenuante o excluyente de la medida punitiva el entorno o contexto del ejercicio funcional. Atiende esta medida a la mínima lesión del bien jurídico tutelado (la buena marcha de la Administración Pública) y permite bajo este concepto la continuación del servidor público en el ejercicio de su empleo, cargo o comisión para evitar su entorpecimiento o ralentización.

Para hacer cumplir sus determinaciones se dota a las autoridades sustanciadoras o resolutoras de medidas de apremio (multa, arresto o auxilio de la fuerza pública) y del uso de medidas cautelares a fin de evitar el ocultamiento o destrucción de pruebas, la obstaculización del procedimiento administrativo o la continuación de efectos nocivos o dañinos²⁴⁵.

²⁴³ Se enriquece normativamente esta exigente de responsabilidad ya prevista en la Ley abrogada (Art. 17 bis), sin existir en la LGRA una figura similar en contenido y alcance para el particular refrendándose el carácter inequitativo de esta norma para este último, más aún, estos supuestos nos permiten advertir la naturaleza intrínseca de esta Ley: reglar la disciplina administrativa de los servidores públicos y no la de los particulares.

²⁴⁴ Advertimos la total independencia funcional de las autoridades instrumentadoras del procedimiento administrativo sancionador al grado de facultar a la autoridad investigadora a impugnar las determinaciones de la autoridad substanciadora o, inclusive, de la resolutora.

²⁴⁵ Posiblemente debió establecerse como facultad del Tribunal Federal de Justicia Administrativa autorizar el ejercicio de estas medidas por parte de las autoridades sustanciadoras o resolutoras (en sede administrativa), a fin de evitar la determinación de la propia autoridad instrumen-

El procedimiento de responsabilidad administrativa (Título Segundo) es un símil del proceso contencioso administrativo adecuándose a las modulaciones especiales requeridas en el ámbito sancionador del Derecho Administrativo, previéndose capítulos especiales para las pruebas (ofrecimiento y desahogo), incidentes, acumulación de procesos, notificaciones, improcedencia, sobreseimiento, audiencias, actuaciones y resoluciones.

Finalmente se establece la interposición de recursos:

- Revocación (en sede administrativa, ante la autoridad que emitió la resolución impugnada²⁴⁶);
- Reclamación (en sede administrativa ante la autoridad substanciadora o resolutora según corresponda²⁴⁷);
- Apelación (ante la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa); y,
- Revisión (ante los Tribunales Colegiados de Circuito²⁴⁸).

Se reservan dos capítulos finales (Arts. 222 a 229) para el cumplimiento y ejecución de sanciones.

Con la entrada en vigor de esta Ley se abrogó la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos publicada en el DOF el 13 de marzo de 2002, derogándose los Títulos Primero, Tercero y Cuarto de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos publicada en el DOF el 31 de diciembre de 1982.

tadora del procedimiento disciplinario respecto de la aplicación de estas, convirtiéndose en juez y parte (máxime que una de las medidas cautelares consiste en la suspensión temporal del servidor público en el ejercicio funcional de su empleo, cargo o comisión).

²⁴⁶ Artículo 210 de la LGRA.

²⁴⁷ Artículo 214 de la LGRA.

²⁴⁸ Bajo la sustanciación de este recurso, la resolución administrativa queda sujeta finalmente al control judicial conforme el principio de división de poderes consagrado en la Constitución. *“El sistema de responsabilidades de los servidores públicos como todo sistema jurídico, no estaría completo sin la debida estructuración de los medios de impugnación de sanciones disciplinarias”*. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2005, p. 117.

VII. CONCLUSIONES

La Ley, como expresión de orden y sujeción del poder público, constituye dentro de la arquitectura normativa un relevante instrumento de control al ejercicio de la actividad de los agentes estatales al prever y sancionar actos u omisiones que pudieran derivar en responsabilidades y, eventualmente, en una sanción por el desempeño indebido de un empleo, cargo o comisión.

El Constituyente de 1917 consideró el tema de las responsabilidades de los servidores públicos de una jerarquía superior para la vida institucional del Estado mexicano y así lo dejó plasmado en el texto constitucional originario, al ordenar expedir a la mayor brevedad una legislación relativa a las responsabilidades de todos los servidores públicos.

Lamentablemente el desconocimiento de aspectos técnicos y de facto relacionados con el indebido ejercicio funcional público y las responsabilidades de los agentes del Estado originó una enorme confusión al momento de redactarse la primera Ley haciéndola prácticamente inaplicable.

La indefinición o inconsistencia normativas en los textos legales ha provocado espacios de impunidad y corrupción permisivas del ejercicio de un poder público desbordado, desmedido y carente de límites.

La mutabilidad y dinamismo de las acciones institucionales del servidor público al momento de ejercer su empleo, cargo o comisión han obligado al legislador ordinario a realizar adecuaciones al orden jurídico en las Leyes de responsabilidades y así se avanzó en este aspecto con más compromiso político y entusiasmo, y menor técnica, existiendo en los textos legales, producto de la actividad legislativa, acciones violatorias de derechos humanos, reproducciones de porciones normativas ya derogadas o abrogadas, excesivo rigorismo legal, indefiniciones normativas y actos abusivos de la autoridad operadora de la Ley.

No ha existido un criterio uniforme en el tratamiento del tema de las responsabilidades de los servidores públicos, observándose en las correspondientes Leyes expedidas crasos errores, desafortunadamente retomados por legislaciones posteriores, provocando vacíos jurídicos y su consiguiente consecuencia: corrupción e impunidad.

La incomprensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado²⁴⁹, por tanto, en el trabajo parlamentario resulta fundamental un profundo e informado conocimiento de la materia sujeta a legislarse, los motivos que originan su creación, los momentos históricos, los hechos sociales, los antecedentes legislativos (las inconsistencias o faltas de simetría de los textos legales anteriores, así como las razones particulares o causas inmediatas informantes de su creación, derogación o abrogación); su desconocimiento hace incurrir en imprecisiones legales al generar confusión e inseguridad para los sujetos destinatarios de la norma y, finalmente, en grave perjuicio al Estado mexicano y a sus asociados.

Creemos con Justo Sierra: *"cuando el precepto legal no está en consonancia con las necesidades de la vida social entonces la arbitrariedad es el único régimen posible"*.

*Ciudad de México, Alcaldía Tláhuac,
invierno 2021 - invierno 2022 (era del COVID 19).
"... y entonces salimos a volver a ver las estrellas"*

Dante

VIII. CRONOLOGÍA DE PUBLICACIONES OFICIALES DE LAS LEYES DE RESPONSABILIDADES Y SUS RESPECTIVAS REFORMAS

Diario Oficial de la Federación	Ley o reforma
21/02/1940	<i>Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados.</i>
07/01/1953	Decreto que reforma y adiciona el Capítulo II, del Título Sexto, de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados.
23/12/1974	Decreto por el que se reforman diversas leyes para concordarlas con el Decreto que reformó el Artículo 43 y demás relativos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
04/01/1980	Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados.

²⁴⁹ Marc Bloch.

31/12/1982	Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
10/03/1983	Fe de erratas a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicada el 31 de diciembre de 1982.
11/01/1991	Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
14/01/1991	Fe de erratas al Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicado el 11 de enero de 1991.
21/07/1992	Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
22/07/1992	Fe de erratas al Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, publicado el 21 de julio de 1992.
10/01/1994	Decreto que reforma, adiciona y deroga diversos Artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
26/05/1995	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (separata).
12/12/1995	Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
24/12/1996	Decreto por el que se reforma la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

04/12/1997	Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; de la Ley de Expropiación y de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
13/03/2002	<i>Decreto por el que se expide la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y se reforman la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de Coordinación Fiscal.</i>
13/06/2003	Decreto por el que se reforman y adicionan diversos Artículos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
28/05/2009	Decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las Mismas, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y del Código Penal Federal.
09/04/2012	Decreto por el que se reforman diversas Leyes Federales, con el objeto de actualizar todos aquellos Artículos que hacen referencia a las Secretarías de Estado cuya denominación fue modificada y al Gobierno del Distrito Federal en lo conducente; así como eliminar la mención de los departamentos administrativos que ya no tienen vigencia.
24/12/2013	Decreto por el que se adiciona la fracción XXI bis al Artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
24/03/2016	Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
18/07/2016	<i>Decreto por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley General de Responsabilidades Administrativas, y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.</i>
20/05/2021	Decreto por el que se expide la Ley de la Fiscalía General de la República, se abroga la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de distintos ordenamientos legales.
22/11/2021	Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 constitucional y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

IX. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- BÉJAR RIVERA, Luis José y ORRICO GÁLVEZ, Alejandro, *Régimen de la función pública y régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos*, México, Universidad Panamericana, ESPRESS, 2014.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional mexicano*, 8ª. ed., México, Porrúa, 1991.
- _____, "La responsabilidad de los funcionarios públicos", *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1980.
- CÁRDENAS F., Raúl, *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, México, Porrúa, 1982.
- CUENCA, Humberto, "La acción popular", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 268, t. LXVII, mayo-agosto de 2017, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25477/22879>.
- CHÁVEZ SÁNCHEZ, José Gerardo, *Comentarios a la Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, Flores, 2017.
- DÁVILA MEZA, Vicente A., *Enjuiciamiento de los Altos Funcionarios de la Federación*, México, Imprenta Zavala, 1975.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos*, México, Porrúa, 2005.
- DIEGO BAUTISTA, Óscar, *Ética y política: valores para un buen gobierno*, <http://eprints.ucm.es/6972/1/art-%C3%A9ticaypolitica-TI.pdf>.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2001.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Los delitos de los Altos Funcionarios y el fuero constitucional*, México, Botas, 1946.
- HERRERA MONTES, Eduardo Alberto et al., *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Análisis crítico*, México, Edición privada, 2018,

HERRERA MONTES, Eduardo Alberto y HERRERA PÉREZ, Alberto, "Las faltas administrativas de los servidores públicos", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 45, enero-junio de 2018, Escuela Judicial, Consejo de la Judicatura Federal.

HERRERA PÉREZ, Alberto, *Delitos cometidos por servidores públicos*, México, Porrúa, 2011.

_____, "Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción", *Revista Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 34, 2016, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

_____, *El derecho a la presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2012.

_____, *Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, análisis dogmático*, México, Procuraduría General de la República, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2007.

HURTADO CISNEROS, Alfredo, *El sistema de responsabilidades de los servidores públicos en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Estadísticas a propósito del día internacional contra la corrupción*, México, 2020, https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_Corrupcion2021.pdf.

JIMÉNEZ ORNELAS, René A., *La cifra negra de la delincuencia en México: sistemas de encuestas sobre victimización*, 2003, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/479/17.pdf>.

LANZ CÁRDENAS, José Trinidad, *Las responsabilidades en el servicio público*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2006.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

MÁRQUEZ RÁBAGO, Sergio, R., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus reformas y adiciones*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2006.

- NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho Procesal Administrativo*, México, Porrúa, 1959.
- NIETO, Santiago y MEDINA PÉREZ, Yamilé (comps.) *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Estudio sobre la contratación pública del Instituto Mexicano del Seguro Social: Aumentar la eficiencia e integridad para una mejor asistencia médica*, OECD Publishing, 2014.
- ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit, *Responsabilidades legales de los servidores públicos*, México, Porrúa, 1999.
- OVALLE FAVELA, José, *La nueva Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2019.
- REYES TAYABAS, Jorge, *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México, Procuraduría General de la República, Fiscalía Especializada para la Atención de los Delitos Electorales, 2000.
- SECRETARÍA DE CULTURA, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, Índice de percepción de la corrupción 2020, <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/mex>.
- ZORRILLA MARTÍNEZ, Pedro, *Responsabilidad política y responsabilidad administrativa*, México, Partido Revolucionario Institucional, Impresiones S.A., 1973.

2. Legislativas

Código Civil Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Convención Interamericana contra la Corrupción (Organización de Estados Americanos).

Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE).

Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos.

Diario Oficial de la Federación.

Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados.

Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados.

Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal.

Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley sobre Delitos, Faltas y Omisiones de los Altos Funcionarios de la Federación.

Plan Nacional de Desarrollo (1983-1988).

Programa Anticorrupción de la OCDE para América Latina (2007).

3. Sitios de Internet

<https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/mex>.

https://imug.guanajuato.gob.mx/wp-content/uploads/2021/01/corrupcion2020_Nal-1.pdf.

<https://www.animalpolitico.com/2021/01/mexico-mejora-indice-corrupcion-peor-ocde/>.

<https://expansion.mx/nacional/2018/10/19/la-ocde-recomienda-a-mexico-leer-mas-la-prensa-para-enterarse-de-la-corrupcion>.

<http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=251>.

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/394624/1._Anexos_del_Acta_de_la_1a_SO_2018_del_CC_15_de_enero_de_2018.pdf.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3370/4.pdf>.

La regulación jurídica de los vehículos autónomos^{1DR©*}

Noé A. RIANDE JUÁREZ*

Sumario

I. *Introducción*. II. *Los vehículos autónomos terrestres*. III. *¿Cómo generar ese contexto “adecuado” en la realidad nacional?* IV. *Punto de partida*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes de información*.

Resumen

La próxima irrupción de los vehículos autónomos (principalmente los de la marca Tesla) en la cotidianeidad de la sociedad mexicana de la tercera década del siglo XXI, no obstante los desequilibrios sociales existentes, se espera con simpatía y requiere de cauces legales seguros, para

Abstract

The next irruption of autonomous vehicles (mainly those of the Tesla brand) in the daily life of the Mexican society of the third decade of the 21st century, despite existing social imbalances, is expected with sympathy and requires safe legal channels, for this In this presentation, a

* Copyright 2023-24 por Noé A. Riande Juárez. Todos los Derechos Reservados. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida para fines comerciales en ninguna forma o mecanismo, incluyendo el fotocopiado, grabación, o almacenamiento en algún sistema de información, sin la autorización por escrito del dueño del copyright. Copias de este documento pueden ser distribuidas, siempre que se realice sin alteraciones, con fines científicos o académicos, citando al autor (disponible en noeriane@gmail.com) y la fuente.

* Abogado, Maestro en Filosofía del Derecho, Especializado en Informática Jurídica y Derecho Informático; Exjefe de Investigaciones en Jurisprudencia del Centro de Informática Legislativa del Senado; Presidente fundador de la Asociación Nacional de Investigadores en Informática Jurídica, A.C.; miembro de la Federación Iberoamericana de Derecho e Informática; Excoordinador de Proyectos Especiales en los Tribunales Superiores del D.F. y de Zacatecas; Exdirector de Investigación del Centro de Estudios Superiores del TFJA; Exdirector de Facilitación al Sector Público en Protección de Datos Personales del INAI; y *Consultor Senior* en Riande & Assoc. Destaca en su producción profesional el Manual de Redacción de las Normas para el Sistema de detección automática de contradicciones, lagunas y redundancias; el desarrollo del Manual de Voces de Violación de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos; el proyecto de Ley de Protección de Datos Personales de la CNDH; el diseño del Sistema Integral del Centro de Justicia Alternativa del D.F.; la “Guía para el tratamiento de datos personales en edificios públicos y privados” del INAI; con más de 300 publicaciones presentadas en foros nacionales y extranjeros.

ello en esta ponencia se hace un recuento de aquellos elementos que hacen posible su funcionamiento, introduciendo apreciaciones sobre las limitaciones que estos elementos plantean para su regulación por parte del derecho y se procede a plantear una metodología que agilizaría una introducción regulada de estos desarrollos tecnológicos en la vida productiva de nuestra sociedad.

Palabras Clave

Vehículos Autónomos Terrestres. Vehículos auto-pilotados. Conducción autónoma. Coche autónomo. Coche inteligente. Inteligencia artificial. Sistemas de conducción automatizada. Evaluación de riesgos jurídicos.

count of these elements is made possible by introducing assessments on the limitations that these elements pose for their regulation by the law and a methodology is proposed that would expedite a regulated introduction of these technological developments in productive life of our society.

Key Words

Land autonomous vehicles. Autopilot. Self-Driving Capability. Autonomous car. Smart car. Artificial intelligence. Automated driving systems. Legal risk assessment.



FIG.1. VEHÍCULO CONECTADO¹

I. INTRODUCCIÓN

En la etapa actual del desarrollo de la sociedad, al igual que antes, las necesidades materiales básicas de la humanidad siguen siendo salud, alimento, techo, transporte y esparcimiento; y para solventarlas ya están listas las tecnologías de

¹ Imagen de Autocosmos, disponible el 08.11.2021 en: <http://especiales.espanol.autocosmos.com/tecnologia/noticias/2021/08/11/las-marcas-de-autos-con-mas-innovaciones-de-conectividad-y-conduccion-autonoma>.

la información, las telecomunicaciones, los sistemas inteligentes, los organismos artificiales y cibernéticos.

El ser humano ha trabajado para desarrollar todas estas herramientas que están listas para desempeñar un papel capital en la satisfacción de nuestras insuficiencias materiales y ahora toca el turno al derecho², para generar el contexto adecuado que permita que se aprovechen al máximo dichos recursos.

Premisa básica, para poder generar ese contexto “adecuado”, es el conocimiento del tipo de desarrollo tecnológico que nos interesa regular, los diferentes aspectos que lo componen y mínimamente entender por qué funciona cada una de sus partes como lo hace, pues, independientemente de que en algunas latitudes ya se haya avanzado en el desarrollo de alguna normativa para poder introducirlos a la vida productiva de la sociedad, para poder comprender plenamente dicha normativa evidentemente se debe conocer, con cierta profundidad, qué es lo que se está regulando, a fin de también reglar todos los aspectos de su interacción en el contexto de la sociedad en la que habrán de desenvolverse.

Sin ignorar que, la interacción de todas estas nuevas tecnologías con la vida productiva de la sociedad requiere de un estudio más amplio desde diversas ramas del conocimiento, inclusive, desde el análisis de la relación entre las mismas tecnologías; en esta sede nos ocuparemos sólo de la regulación de los vehículos autónomos terrestres, centrándonos específicamente en aquellos que, en México, conocemos como “automóviles” o “coches”, excluyendo todas las demás formas de vehículos terrestres como los autobuses de pasajeros, los micro y minibuses, los autocares, los camiones *motorhome* y demás variedades de camiones y camionetas. Esto es porque, ya existe una multitud de vehículos autónomos que no entran en la categoría que afrontaremos aun cuando algunos compartan componentes de los que aquí consideraremos.

Establecido lo anterior, a continuación, nos ocuparemos de adentrarnos en el conocimiento del tipo de desarrollo tecnológico y sus diferentes componentes, para posteriormente tocar el tema de la normativa que ya se ha desarrollado para introducirlos a la vida productiva; y con ello llegar a unas “conclusiones” que, más bien, son las premisas a partir de las cuales se puede construir todo el edificio conceptual que abarca esta materia de estudio.

² Dada la evidente incapacidad del ser humano para regular nuestras propias conductas, pero no así, para regular nuestros comportamientos como sociedad.

II. LOS VEHÍCULOS AUTÓNOMOS TERRESTRES

En principio, a estos vehículos se les considera vehículos robot porque “imitan” las capacidades humanas de manejo y control, luego que perciben el medio que les rodea y se transportan en consecuencia, y una vez que ya están operando, del ser humano sólo requieren que les “conduzcan”.

El chofer, el humano que interactúa con este desarrollo tecnológico a fin de guiar su desplazamiento –esté ubicado dentro o fuera del vehículo–, podría elegir (si previamente no se ha determinado) el rumbo o trayectoria que seguirá.

1. *Presentación del desarrollo tecnológico*

A. Sus funciones

Ahora, si a estos vehículos se les quisiera definir de manera más específica a partir de sus funciones, habría que considerar:

- Localización: un coche autónomo en todo momento debe saber dónde está (geoposicionamiento);
- Escena: debe ser capaz de controlar todo el entorno que rodea el coche; objetos, personas, los otros coches, etc. (visión computarizada con láser, radar, lidar y video);
- Movimiento: la función principal es que sea capaz de llevarnos de un punto A hacia un punto B (mecánica clásica de traslación y mecánica relativista –donde convergen variables como la velocidad de la luz, la dilatación del tiempo, la contracción de la longitud, la equivalencia entre masa y energía, entre otros–);
- Estado del “conductor”: en cualquier caso –dentro o fuera del vehículo–, debe ser capaz de identificar en qué “estado” se encuentra el humano que determina su trayectoria.

Estas funciones se han estudiado para determinar diferentes niveles de conducción autónoma en un estándar establecido por la Agencia Nacional de Seguridad Vial (NHTSA) de los Estados Unidos (estándar SAE International J3016)³.

³ Estándar SAE International J3016:

Nivel 0: no automatización.

Aquí entran todos los coches que no tienen ningún nivel de automatización. Un coche no es autónomo porque encienda las luces automáticas o los limpiaparabrisas se enciendan solos.

B. Su procesamiento de información

a. Los sistemas operativos

Dichas funciones son tareas realizables gracias al hardware integrado que se opera con desarrollos de software, que corren en plataformas basadas en los sistemas operativos que van desde los más populares y convencionales, como Microsoft Windows, GNU/Linux, macOS, hasta desarrollos *ad hoc*, o soluciones especializadas y de más bajo nivel, como UNIX o derivados, con los más diversos procesadores.

b. Los procesadores

Los hay desde:

Nivel 1: asistente de conducción.

En este nivel hay diferentes ayudas o asistentes que apoyan al conductor, como el asistente de frenada o el control por crucero. Este nivel se sustenta en sensores como ultrasonidos y cámaras.

Nivel 2: semiautomático.

En este se intenta combinar varias funciones del nivel 1. Por ejemplo, podemos decir al vehículo autónomo que vaya a 100 km/h, pero en caso de que encuentre otro vehículo o un obstáculo que frene o reduzca la velocidad.

Nivel 3: autonomía controlada (autopistas y autovías).

Este nivel implica que el coche autónomo se puede mantener dentro de un carril sin la asistencia del conductor. Además, puede mantener o reducir la velocidad y un apartado extra, que es el aparcamiento automático.

Hasta este nivel es fácil encontrar en el mercado diferentes modelos de coche autónomo de varias marcas.

Nivel 4: alto nivel de autonomía.

Este nivel es en el que se está trabajando actualmente. El ejemplo más claro es aquel en el que llegamos a cualquier sitio y el coche es capaz de buscar aparcamiento por sí solo. Aunque parezca algo que sucederá en el futuro, esta tecnología ya está desarrollada por diferentes fabricantes, entre ellos Waymo, Tesla y Cruise.

Prácticamente puede hacer de todo y entiende las señales, reconoce los demás vehículos que circulan y se comunica con otros sistemas para conocer mejor el entorno en el que se mueve.

Nivel 5: autonomía completa.

Los dos últimos niveles, el 4 y el 5, se pueden catalogar como autonomía completa. La diferencia entre ellos es que en este nivel el coche puede repostar de forma autónoma y puede circular bajo cualquier tipo de climatología.

Cfr. Estándar SAE International J3016, disponible el 30 de enero de 2022 en: https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/. Véase también Shuttleworth, Jennifer, "Actualización gráfica de conducción automatizada", *Noticias de estándares SAE: J3016*, disponible el 07.02.2019 en: <https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic>.

- Las tradicionales Unidades Centrales de Procesamiento (CPUs), que interpretan instrucciones y procesan datos de los programas de computadora;
- Los microprocesadores o circuitos integrados que contienen todos los elementos de una CPU;
- Las Unidades de Procesamiento Gráfico (*Graphics Processing Unit* o GPUs), que son coprocesadores dedicados al procesamiento de gráficos u operaciones de coma flotante;
- Las Unidades de Procesamiento Físico (*Physics Processing Unit*) que son microprocesadores diseñados para realizar cálculos físicos como de dinámica de cuerpos rígidos, detección de colisiones, dinámica de fluidos, etc.;
- Los Procesadores Digitales de Señales (*Digital Signal Processors* o DSP), que son sistemas digitales generalmente dedicados a interpretar señales analógicas a muy alta velocidad;
- Y los tradicionales "*Front End Processor*", que son pequeños ordenadores que sirven de interfaz entre un computador *host* y un número de dispositivos periféricos y/o redes.

Ahora, el hardware del automóvil como tal serían las ruedas, dirección, suspensión, motor, etc. Este hardware, desde finales de los años 90's, la electrónica ya dominaba buena parte de su gestión (que antes se gestionaba de forma mecánica-analógica).

Una centralita moderna es un ordenador relativamente simple⁴. Recibe una serie de señales eléctricas (analógicas o digitales) de diferentes sensores, las procesa, determina los parámetros adecuados y los manda a los inyectores, bujías, etc. Es un sistema operativo que administra el funcionamiento del motor y de diferentes partes del vehículo, por lo que, el segundo nivel se alcanzó cuando se requirió el uso de centralitas digitales especializadas.

Con el aumento de estas últimas, para evitar el crecimiento desmedido del cableado, se aprovechó el multiplexado para direccionar toda la información a través del cableado, procurando canalizar más información por el mismo lugar. Esto

⁴ Nació como un sistema de control de la cantidad de carburante que se quema en la combustión, tarea que solía recaer sobre el carburador o la bomba de inyección, con la ventaja adicional de permitir reducir el consumo y mantener a raya los niveles de emisión de gases de escape mientras se mejora el rendimiento.

redujo la fiabilidad de las centralitas, generando los famosos fallos eléctricos que presentan los coches “modernos”. En el 2014 ya se preveía⁵:

En los próximos años el volumen de información que van a mover las centralitas se va a disparar. No es lo mismo mover un puñado de datos sobre inyección y mezcla (Kilobytes) que imágenes de alta resolución que se combinan con ondas de radar para determinar si hay riesgo de colisión (Gigabytes). Más información implica más potencia de proceso.

...

Los ingenieros pueden elegir básicamente dos tipos de diseños:

- Pocas centralitas, más multiplexación y perder varios sistemas a la vez si hay fallos; o,
- Muchas centralitas especializadas, más fiabilidad, pero con mayor coste en componentes, más espacio ocupado y más peso.

...

Las modernas asistencias a la conducción cada vez manejan más información. De hecho, si nos fijamos en los prototipos de coches de conducción autónoma sorprende la cantidad de espacio que ocupan los equipos informáticos que mueven toda esa masa de datos y su consumo eléctrico no es despreciable.

Puede ser muy razonable gestionar los distintos elementos de un coche moderno de forma centralizada con un sistema operativo, siendo los distintos órganos los periféricos. Más filosofía de ordenador, con comunicación entre órganos mediante protocolos de comunicaciones como TCP/IP.

El problema de los diseños informáticos es que la tolerancia a fallos es mucho menor que en un ordenador convencional. A un PC le podemos pasar que se cuelgue o vaya lento. Eso, en una centralita de la que dependen vidas no es admisible y la fiabilidad es una cuestión de diseño de primera importancia.

Las reflexiones citadas hablan de la capacidad de procesamiento de información como el más grande reto que se anticipaba para el desarrollo de los coches autónomos. Aunque no olvidamos que, para otros, el tema de la eficiencia energética y, con ello, el de las fuentes de energía y sus consecuencias, como

⁵ Véase Costas, Javier. “Sistemas operativos en el coche”, disponible el 20.10.2019, en: <https://www.motorpasion.com/tecnologia/sistemas-operativos-en-el-coche-el-futuro-del-automovil>.

los efectos en la calidad del aire, resultan ser retos, igual o más relevantes. No obstante, también se aborda aquello que para el jurista sí sería el mayor reto: Los fallos o el mal funcionamiento generador de responsabilidades, mínimamente de carácter civil.

2. Los componentes del desarrollo tecnológico

Hablar de desarrollo tecnológico es hacer referencia a una actividad continuada y nunca terminada⁶, y en este particular tipo de tecnología: los vehículos autónomos terrestres son un fenómeno que comprende hardware, software y sociedad.

A. El hardware

Con el objeto de poder tomar decisiones acertadas, el coche autónomo debe recopilar toda la información disponible en su entorno, para ello, estos vehículos cuentan con una serie de sensores y cámaras que se lo permiten. Pero es incuestionable que el hardware integrado es más que sensores. De hecho, generalmente está compuesto por:

a. Ordenador central

Es el cerebro del coche autónomo. Aquí se procesan todas las señales que provienen de multitud de sensores y sistemas. Está dotado de varios núcleos debido a que una condición indispensable será que trabaje en tiempo real.

El software que incorpora este ordenador central es el encargado de procesar la información y tomar las decisiones importantes a la hora de guiar el vehículo autónomo.

b. Scanner Lidar

Se trata de un sistema de visión utilizando un haz láser. LIDAR es el acrónimo de *Laser Imaging Detection And Ranging*. Determina la distancia a la que se encuentra un objeto calculando el tiempo que tarda en viajar el haz láser desde el emisor hasta el objeto. Con base en este tiempo se puede calcular fácilmente la distan-

⁶ El Artículo 4o., fracción X de la Ley de Ciencia y Tecnología establece que un desarrollo tecnológico implica el uso sistemático del conocimiento y la investigación dirigidos hacia la producción de materiales, dispositivos, sistemas o métodos incluyendo el diseño, desarrollo, mejora de prototipos, procesos, productos, servicios o modelos organizativos (<http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/152366/761471/file/LEY%20DE%20CIENCIA%20Y%20TECNOLOG%C3%8DA.pdf>).

cia. Además, tiene la posibilidad de girar sobre sí mismo para poder mapear su entorno en 360°.

Una de las ventajas que tiene este tipo de sensores es que funcionan bajo cualquier situación meteorológica y en condiciones extremas de iluminación.

c. Cámaras de visión

Un vehículo autónomo necesita unos ojos para reconocer a otros vehículos, colores y luces, peatones, señales de tráfico, etc. Para esto, va dotado de varias cámaras a lo largo de su perímetro.

Por sí solas, no ofrecen grandes funcionalidades, pero si lo combinamos con algoritmos y técnicas de visión artificial⁷, se dota al coche autónomo del sentido de la visión.

d. Radares ultrasónicos

Esto no es un hardware nuevo que incorporan los vehículos autónomos. Muchos coches disponen de este tipo de sensores como ayuda para estacionarse. Permiten detectar la distancia de otros vehículos en su entorno.

e. GPS/IMU

Para poder estar geolocalizado, un coche autónomo incorpora dos sistemas. El típico GPS que todos utilizamos a través del móvil o del propio coche, y una IMU (Unidad de Medición Inercial, del inglés *Inertial Measurement Unit*).

La IMU se basa en un giroscopio y un acelerómetro y permite controlar la orientación en un espacio tridimensional y la velocidad y dirección de desplazamiento. Estos dos sistemas se complementan entre ellos.

De esta manera, cuando un coche atraviesa un túnel no pierde la señal y sigue estando geolocalizable porque este es el objetivo. La IMU aporta información de la dirección y velocidad a la que va el vehículo complementando así la información del GPS.

En los casos en los que el GPS no tenga cobertura, la IMU tiene toda la información necesaria para saber la velocidad y la situación en cada momento.

⁷ Para una rápida comprensión, véase “Curso Visión Artificial con OpenCV y Python”, Programarfacil.com, disponible el 20.02.2020 en: <https://campus.programarfacil.com/aprende-vision-artificial-con-opencv-y-python-a-traves-de-ejemplos-practicos/>.

f. Micrófonos y sensores de sonido

Otro de los sentidos que debe tener un coche autónomo es el auditivo. Cuando una persona conduce, también está atento a lo que sucede a su alrededor a nivel acústico. Un coche no será menos, así que debe incorporar micrófonos y sensores de sonido.

Esto aportará más información a los algoritmos que permitirán tomar mejores decisiones según esos parámetros.

g. Sensores y cámaras interiores

Para monitorizar y conocer el “estado” del conductor (y de los pasajeros) en todo momento, se adicionan sensores que faciliten esa información, a efecto de no quedar nunca a la deriva, así como la inclusión de mecanismos para ralentamiento y apagado, para cuando se detecte haber quedado separado del ser humano que dirige.

Este recurso, así como los Scanner Lidar, las cámaras de visión y radares ultrasónicos, entre otros componentes, requieren conexión con altos rangos de velocidad y procesamiento a Internet y a otras redes dedicadas, por lo que los instrumentos de telecomunicaciones, si bien están obviados en todo el desarrollo, son la base fundamental de la sinergia entre hombre y máquina en auténticos procesos cibernéticos⁸.

B. El software

Si pensamos en el software como el soporte lógico, a través del cual se distribuye con un cierto orden la energía que impulsa los recursos de hardware disponibles, estaremos pensando en los clásicos “programas de cómputo” o algoritmos que representan la necesaria secuencia de pasos orientada a la realización de un fin, pero nunca en el tipo de software requerido para la realización de acciones (fines) que no están previamente contempladas.

El sistema Lidar –por ejemplo–, que permite obtener una nube de puntos del terreno, tomándose mediante un escáner láser funciona gracias a la programación que le permite hacer las mediciones de sus propias emisiones de luz en los contextos previstos por un programador, pero nunca funcionará si se pretende medir dichas emisiones en contextos que no han sido previamente previstos.

⁸ Procesos de gestión y control de las comunicaciones entre los componentes y su entorno.

Esto es, cada hardware de un vehículo autónomo está desarrollado para realizar con base en un sistema de reglas, acciones previstas desde su elaboración, y dichas acciones se instrumentan a través de secuencias lógicas soportadas en los recursos del software que lo acompañan. No se puede pretender que suceda nada que no se haya previsto.

Por lo anterior, el problema desde el punto de vista jurídico, aparece cuando consideramos que estos robots tienen integrado software que, si bien está hecho para resolver problemas, no sabemos a ciencia cierta si los resolverá bien o no. Y es que esto es lo propio de la inteligencia artificial. Este software va más allá de sólo imitar las capacidades humanas de manejo y control, aquí se habla de un software que, si bien ha sido creado después de haberse estudiado y determinado cuáles son los procesos que realiza la inteligencia del ser humano para resolver problemas, los resultados pueden ser aquellos que han sido previstos como otros imprevistos. Hablamos del desarrollo de redes neuronales, de modelos de aprendizaje automático y de visión artificial.

a. El desarrollo de redes neuronales en vehículos autónomos

Básicamente consiste en ir adquiriendo conocimiento con base en un set de parámetros de entrada que van reajustando el propio sistema. En la actualidad, aun cuando se están desarrollando nuevos modelos para que el desarrollo no abarque sólo las “neuronas” adyacentes o para que se alcancen conexiones realizadas en distintos tiempos, se estima que los algoritmos y sistemas de redes neuronales actuales son 10,000 veces menos potentes que un cerebro humano. Esto significa que estos programas aún están lejos de ofrecernos la solución más adecuada al 100%.

No obstante, es a partir de esos modelos que se ha avanzado en el desarrollo de los sistemas propios de la llamada “inteligencia artificial” que, en nuestro caso, consideramos los de aprendizaje automático, los sistemas de visión artificial o por computadora, así como los de reconocimiento de voz.

b. Los modelos de aprendizaje automático

Una de las partes más complejas dentro del proceso de creación de un coche autónomo es que sea capaz de aprender por sí solo. A diferencia de los seres humanos, que vamos aprendiendo con el tiempo a consecuencia de la experi-

mentación, un coche no puede salir del concesionario sin tener unos mínimos conocimientos del entorno.

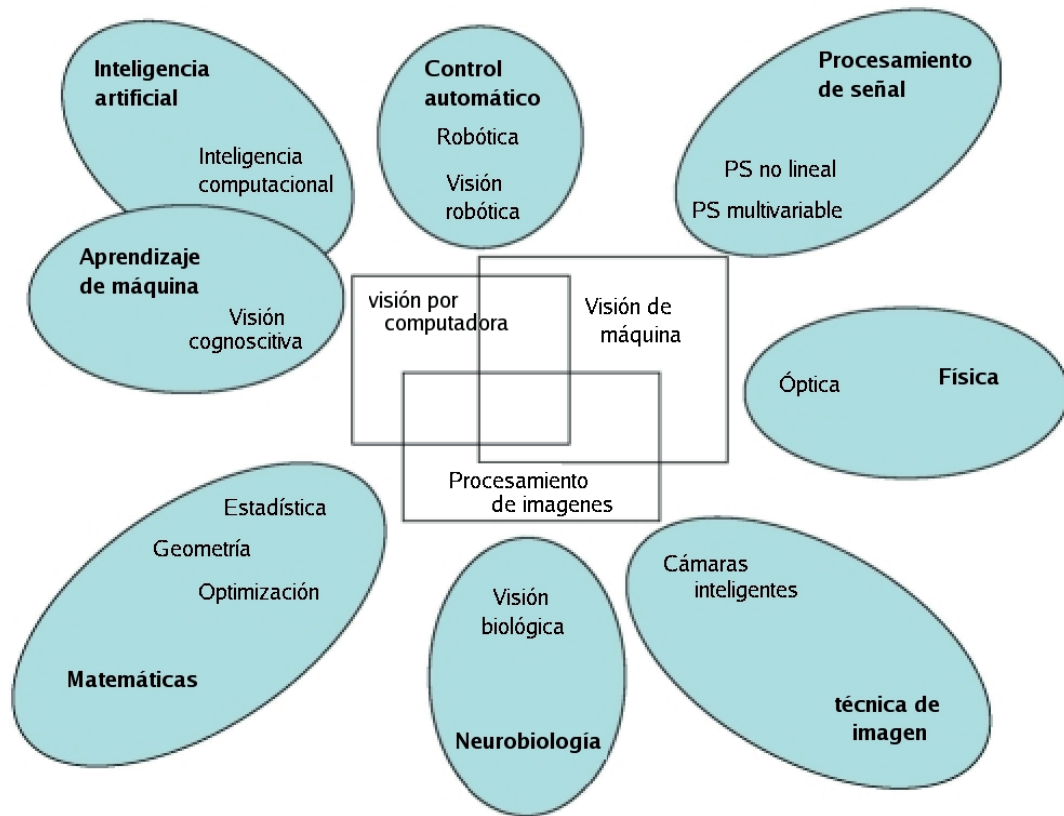
Todo esto se adquiere con base en enseñar, mediante diferentes situaciones y objetos, las posibles circunstancias que se podrá encontrar el coche autónomo; y es este el gran caballo de batalla: proveer a su soporte de conocimientos, el mayor número de casos antes de que el coche circule por las calles; siempre que el algoritmo de su máquina inferencial esté previamente preparado para aprovecharlos y generar nuevos patrones de los datos que se le ofrecen. Los análisis estadísticos y predictivos son cálculos sobre variables predeterminadas.

c. Los sistemas de visión artificial

Este es el otro campo o área que más interesa. Poder analizar el entorno a través de cámaras no requiere de un alto gasto en hardware, pero sí de una alta experimentación. En la actualidad, el estado del arte en este sector avanza poco a poco. Las empresas invierten grandes sumas en el desarrollo de este software, pero el problema es que, si no comparten sus experiencias no se conseguirá avanzar a la velocidad que el mercado requiere.

Las cámaras inteligentes y los sistemas de visión integrados (o los llamados sistemas de visión avanzados) son la tecnología más moderna en cuanto a “sensores de visión” se refiere, y destacan por su capacidad de procesamiento, potencia de cálculo, la disponibilidad para conectar con otros sistemas automatizados, la resolución de imagen y –en ocasiones–, son de fácil instalación, aunque en la mayoría de estos, dada la complejidad del equipo, se requiere que este sistema sea implementado durante la fabricación de la maquinaria.

El entrenamiento de los algoritmos es el sustento para mejorar y perfeccionar los sistemas basados en visión artificial, pues cada vez son más las relaciones entre visión por ordenador y otras áreas afines:

FIG.2. ÁREAS AFINES A LA VISIÓN ARTIFICIAL⁹

Tanto en los sistemas de visión integrados como en los de visión avanzados los procesamientos de imagen van acompañados de técnicas de aprendizaje automático, que por sí sólo es un recurso congruente con el objetivo de diferenciar automáticamente patrones, usando algoritmos matemáticos.

El problema es que hay dos tipos de técnicas de aprendizaje: las supervisadas, donde se entrena al ordenador proporcionando patrones previamente etiquetados, de forma que el algoritmo usado encuentre las fronteras que separan los posibles diferentes tipos de patrones; y las no supervisadas, donde se entrena al ordenador con patrones que no han sido previamente clasificados y es el propio ordenador el que debe agrupar los distintos patrones en diferentes clases.

Suponiendo que, en ambos casos, estas técnicas están bien adaptadas cuando los patrones se tienen que generar sobre la marcha en la medida que se va estableciendo el "contacto visual" con el entorno del vehículo, y si bien,

⁹ Imagen publicada por Wikimedia, disponible el 05.12.2019 en: <https://es.m.wikipedia.org/wiki/Archivo:CVoverview2-ES.jpg>.

el geoposicionamiento y la mecánica relativista (variables como velocidad de la luz, dilatación del tiempo, contracción de la longitud, equivalencia entre masa y energía, etc.) pueden auxiliar en el reconocimiento de nuevos patrones, nuevamente el razonamiento y la decisión está dependiendo del software y no de los humanos que lo desarrollaron, ni siquiera en quienes conduzcan el vehículo (físicamente –en el mejor de los casos–).

C. La sociedad

Líneas arriba se señaló que el desarrollo tecnológico es “una actividad continuada y nunca terminada” y, si bien es cierto que el hardware y el software están en continua evolución, los juristas que trabajamos a partir de concebir nuestro objeto de estudio, el Derecho, como un concepto en constante evolución, no podemos excluir el análisis de este fenómeno a la sociedad donde habrán de operar los vehículos autónomos.

Claramente se evidencian tres segmentos que necesariamente tendrán que interactuar como protagonistas de la normativa que se genere, y estos son los productores y comercializadores, la clientela y la sociedad civil, esto es, ciudadanía y autoridades públicas.

a. Productores y comercializadores

Para los productores y comercializadores de estas tecnologías es importante el desarrollo de una normatividad reguladora de este desarrollo tecnológico, pues ellos arriesgan desde la pérdida de las inversiones realizadas para crear un nuevo mercado, hasta el desprestigio comercial ante otros miembros del sector y ante el público consumidor, pasando obviamente por el enfrentamiento con las instituciones públicas, en más de un nivel: juicios, suspensión de permisos y/o licencias, empantanamiento de procesos administrativos, bloqueo de cuentas, amén de la persecución mediática que sobrevendrá como algo inevitable.

b. Consumidores

Para los futuros consumidores, el tema de los “riesgos legales” podrían llegarse a considerar como riesgos secundarios, pues lo más relevante podría ser el financiero, la pérdida de dinero o la depreciación de su inversión. Sin embargo, la certeza de que no se están adquiriendo riesgos legales a futuro sí puede influir en la decisión de compra.

c. La sociedad civil

Para la ciudadanía y las autoridades responsables del tránsito civil (incluidos los legisladores), en todos sus niveles, parecería que su interés por la generación de una normativa ya se encuentra identificado en los códigos y ordenamientos de tránsito de todo el mundo en general; véase, como muestra, un resumen del listado de multas por infracciones al tránsito civil del Estado de Arizona, donde se observa el interés por otorgar seguridad a la vida de la sociedad civil¹⁰:

- 1. Infracciones por no respetar señales de tráfico (y por manejar en propiedad privada);**
 - 2. Infracciones por alta velocidad (K/p/h sobre el límite y por no controlar velocidad del vehículo para evitar un choque);**
 - 3. Otras infracciones de circulación, (Velocidad Restringida, Generar Tráfico, Circular en Zonas de seguridad, Violación a los derechos de Peatones, No respetar aparcamientos especiales, Infracción por conducir en reversa, etc.);**
 - 4. Infracción por ocupar de carril HOV (Carriles de alta velocidad para mover más gente que vehículos de manera ágil, prohibidos para autos con un solo ocupante.)¹¹;**
 - 5. Infracciones de cruce escolar;**
 - 6. Infracciones por no respetar el autobús escolar;**
 - 7. Infracciones por motocicletas;**
 - 8. Infracciones por licencia de conducir;**
 - 9. Violación a restricciones para licencias de conducir para adolescentes;**
 - 10. Infracciones de peatones;**
 - 11. Asiento de seguridad para niños;**
 - 12. Infracciones sobre cinturón de seguridad o equipo;**
 - 13. Restricción de carga, sobrepeso y remolque;**
 - 14. Infracciones por título de vehículo;**
 - 15. No tener registro vigente;**
 - 16. Infracciones de seguro automovilístico;**
 - 17. Infracción tras suspensión por el Departamento de Vehículos Automotores (MVD).**
- Asistir a una clase de Escuela de Supervivencia en Tráfico (TSS) ofrecida por el MVD.**

Sin embargo, dado que la legislación existente tendría que adecuarse a la realidad jurídica de cada lugar, la comprensión del tema y su regulación por parte de todos los segmentos sociales involucrados es condición "*sine qua non*" para

¹⁰ Ciudad de Mesa Arizona, "Listado de multas por infracciones de tráfico civil", disponible el 10.11.2019 en: <http://www.mesaparks.com/home/showdocument?id=13591>.

que se impulsen los trabajos que permitan desarrollar la legislación que se necesita, así, en la metodología de trabajo que se enuncia a continuación se contempla el empleo de recursos, técnicas y principios propios de la educación digital.

III. ¿CÓMO GENERAR ESE CONTEXTO “ADECUADO” EN LA REALIDAD NACIONAL?

Para generar dicho contexto, antes de sucumbir al desarrollo de la industria automatriz, se propone el aprovechamiento de algunas de las soluciones que aportan tres procesos de adquisición y formación del conocimiento y de la realidad, presentes en el entorno de la investigación jurídica. Se trata de aprovechar los recursos que se aportan:

- a) Fundamentalmente, desde el punto de vista del “Cumplimiento Normativo” (*Legal Compliance*);
- b) Pero también, desde el punto de vista del “*Drafting* Legislativo”; y
- c) Aprovechando los recursos de la llamada “Educación Digital”.

1. *Aportaciones del cumplimiento normativo*

Derivado de los criterios prevalecientes en los procesos del “Cumplimiento Normativo” (modelos GRC –*Governance, Risk Management & Compliance*–)¹¹ el análisis tiene por objetivo, mínimamente, la gestión de:

- La gobernanza existente –y la que pueda desarrollarse– de los procesos (de instrumentación y de aplicación) de estas tecnologías;
- El riesgo (en nuestro caso, de los nuevos riesgos que dichos desarrollos tecnológicos generan); y
- El cumplimiento que, en nuestro estudio, sería la determinación de nuevas hipótesis jurídicas a partir de los elementos constitutivos de los riesgos que generan.

Los principios de gobernanza darán lugar a procesos y políticas que cuidan de las relaciones entre todos aquellos que participan en la instrumentación y

¹¹ Este punto puede abordarse con mayor profundidad, por ejemplo, a partir de lo publicado por Cibernos Grupo en: <https://www.grupocibernos.com/blog/importancia-del-grc-en-las-empresas>; o por ISOTools Excellence en: <https://www.compliance-antisoborno.com/5-consejos-para-implementar-una-estrategia-grc-estructura-de-gobierno-gestion-de-riesgos-y-cumplimiento-normativo/> (trabajos disponibles en los links respectivos, el 04.01.2023).

aplicación, incluidos los grupos de interés o *stakeholders* que conforman tanto los futuros usuarios de estos desarrollos tecnológicos, como la ciudadanía de la sociedad que los recibe.

La gestión del riesgo consiste primero en identificar y analizar los supuestos de riesgo que afectan a quienes participan, para determinar así el modo de gestionarlos dentro de parámetros aceptables. Riesgos y parámetros de los que nos ocuparemos más adelante, a partir del análisis de los que previamente hemos identificado como problemas (aunque no sólo estos). Y la función de cumplimiento, la cual supone desarrollar nuevas hipótesis jurídicas (a partir los elementos constitutivos de los riesgos que las generan), velando por la observancia de tres tipos de exigencias:

- Las necesarias para el correcto funcionamiento de dichos desarrollos tecnológicos;
- Las requeridas por el o los distintos “marcos jurídicos” de la sociedad que recibirá las tecnologías; y
- Las propuestas de regulación llegadas desde diferentes ramas de las ciencias sociales.

Esta función presupone una revisión exhaustiva y sistemática de la base legislativa y los desarrollos teóricos que juristas y científicos han dedicado en diferentes contextos a las formas de regulación que pueden utilizarse.

2. Aportaciones del Drafting Legislativo

Derivado de los criterios prevalecientes en los procesos del “*Drafting* Legislativo”, el análisis tiene por objetivo mínimamente:

- La coherencia normativa, que priva de contradicciones, lagunas y redundancias;
- La sencillez del lenguaje, redactado de modo claro y comprensible, evitando vaguedad y ambigüedad, tanto semántica como sintáctica;
- La identificación de los precedentes y las correlaciones normativas existentes, para evitar los problemas dinámicos derivados de la creación y derogación de normas; y,
- La separación tajante entre la función política de la sanción legislativa y la elaboración técnica de los proyectos legislativos.

En sentido estricto, el concepto de coherencia normativa sólo refiere a la ausencia de contradicciones entre las normas, y los conceptos de “completitud” e “independencia” son los que refieren a la ausencia de “lagunas” –en el primer caso–, y de redundancias, en el segundo; no obstante, aquí vamos a usarlo para referir los trabajos dirigidos a alcanzar el mayor grado de sistematización en la normatividad que se produzca.

Asimismo, no se ignora que los procesos de trabajo de “*Drafting* Legislativo” no suelen ocuparse de la reconstrucción “racional” de los sistemas normativos¹², dedicándose primordialmente a las técnicas de redacción de los textos normativos, sin embargo, se incluye en este apartado para dotar de precisión tanto a las relaciones que se dan entre las normas que forman parte de un mismo ordenamiento, como a la estructura general de los ordenamientos jurídicos que deriven de estas¹³.

Por otra parte, se emplea el concepto de “*Drafting* Legislativo” y no el de “Técnica Legislativa” porque, si bien hace alusión a la estructuración del trabajo a partir del cual se concreta algún proceso legislativo en específico, generalmente suele considerar como el punto menos importante la redacción de los textos normativos, desestimando la trascendencia de su sistematización, su precisión semántica y sintáctica, así como de su correcta ubicación dentro del marco jurídico en el que se desarrolla, para que la aplicabilidad de sus contenidos pueda prescindir de la coercibilidad otorgada por el contexto político.

¹² Véase Martino, Antonio A. “Software per il legislatore”, contribución del Istituto per la Documentazione Giuridica a la *Revista Informatica ed Enti Locali*, Maggioli Editore, Rimini, 1986. Alchourron, Carlos, “Logica senza verità”, ponencia presentada por el Istituto per la Documentazione Giuridica en el *IV Congresso Internazionale della Corte Suprema di Cassazione*, Roma, 1988. Lachmeyer, F., y Reisinger, L., *Logistiksche analyse der struktur von Gesetzen*, Viena, Maussche Verlag und Universitaestbuchandlung, 1979.

¹³ Riande Juárez, Noé A. “La Legística, o la automatización de la redacción legislativa”, 2001, disponible el 10.11.2019 en: http://www.legislarbien.com.ar/artsAdj/Tecnica_legislativa_la_legistica_mexico_noe_riande_juarez.doc.

3. Aportaciones de la Educación Digital

Por último, entendido que la “Educación Digital”¹⁴⁻¹⁵ tiene como objetivo la adquisición de competencias y habilidades por quienes intervienen desde cualquier posición en los procesos de enseñanza-aprendizaje –en este caso: la ciudadanía y los grupos de interés–, a partir del reconocimiento que nadie sabe todo y qué, por lo mismo, se aspira a que todos aprendan (“aprender a aprender”) aquello que aún no saben de manera aislada o conjunta, pero eso sí, de manera continua y permanente.

Derivado de los criterios prevalecientes en los procesos de Educación Digital, el trabajo a desarrollar tiene por objetivo fomentar entre quienes participen, mínimamente:

- Centrarse en la generación de conocimiento mediante los diferentes recursos que ofrecen las TIC;
- Impulsar la participación de diferentes niveles de saberes y disciplinas en la generación de conocimiento;
- Aprender a generar conocimiento entre todos los participantes;
- Desarrollar e integrar conocimiento crítico y descriptivo; y,
- Mantener los procesos de producción del conocimiento activos de manera permanente.

¹⁴ Núñez Álvarez, Andrés, “La educación digital”, publicado en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1UQyr-utQaMJ:gte2.uib.es/edutec/sites/default/files/congresos/edutec01/edutec/comunic/tse16.html+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx&lr=lang_es%7Clang_it (Doctor en Educación de *Florida State University*, Master en Educación Abierta y a Distancia de la *Open University* (UK), Master en Diseño Instruccional y Tecnología Educativa de *Florida State University* y Master en Dirección Universitaria de la Universidad de Los Andes en Colombia. Actualmente es presidente de Aulas Digitales, profesor invitado de *Florida State University* e investigador del Tecnológico Inespro), consultado el 22.08.2016.

¹⁵ Véanse también el Blog Ude@ Educación Virtual de la Universidad de Antioquía, Colombia, disponible el 20.05.2021 en: <https://udearoba.udea.edu.co/blog/>; Aduviri Velasco, Ramiro, “Educación digital”, disponible el 25.05.2021, en: es.slideshare.net/rausirius/la-educacion-digital; Martínez, Walter; «Conceptos de educación digital que debes saber», disponible el 13.08.2017 en: <https://listinusa.net/2017/08/13/conceptos-de-educacion-digital-que-debes-saber/>; y el artículo escrito por Osorio Roque, Leticia, quien también define y caracteriza el concepto de Educación Digital refiriendo a Núñez Álvarez, Andrés, Disponible el 14.10.2016 en: http://www.soft-tzalan.org/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=73:educacion-digital&catid=7:general&Itemid=11.

Implicando la concreción de aquello que en este ámbito se conoce como “transmedialidad” e “hipermediaciones”¹⁶ para hacer referencia a los procesos de intercambio, producción y consumo simbólico (de información), que se desarrollan en un entorno caracterizado por una gran cantidad de sujetos, medios y lenguajes interconectados tecnológicamente de manera reticular entre sí. Describiendo, asimismo, a los sujetos que participan como “*prosumer*”, esto es, productores-consumidores de información que se genere¹⁷.

La implementación de los principios de la “Educación Digital” configuran, a su vez, acciones de “gobernanza” propias de los procesos de *Legal Compliance* que tienen por objeto –como se señaló más arriba–, el cuidado de las relaciones entre quienes participan en la instrumentación y aplicación de estos desarrollos tecnológicos.

IV. PUNTO DE PARTIDA

Por todo lo anterior, a efecto de regular y, con ello, deslizar por caminos seguros las relaciones jurídicas surgidas a consecuencia de la presencia de estas tecnologías en el seno de la sociedad mexicana, el siguiente paso consiste en identificar y analizar los supuestos jurídicos que ya han sido objeto de estudio en otras latitudes, como parte del riesgo que afectan a quienes participan para, posteriormente, señalar aquellos otros riesgos que el autor identifica.

1. Descripción del estado de la legislación vigente

A. En Estados Unidos

En el vecino del norte, la regulación legislativa referente al desarrollo de la conducción autónoma ha ido avanzando paulatinamente. Los vehículos autónomos se han estado probando por las carreteras estadounidenses desde 2010, cuando Google empezó a ensayar sus primeros prototipos. Desde entonces, en ausencia de una intervención del Congreso, los Estados habían regulado de manera independiente el empleo del vehículo autónomo, creando un mosaico de al menos 21 leyes y pautas estatales distintas, con diferentes propósitos y prioridades,

¹⁶ Término propuesto en 2003 por Jenkins, Henry, académico del *Massachusetts Institute of Technology* en su artículo “Transmedia Storytelling”, 2003, escrito para *Technology Review*, disponible el 10.11.2019 en: <http://www.technologyreview.com/news/401760/transmedia-storytelling/>.

¹⁷ Véase Jenkins, Henry, “La economía moral de la Web 2.0 (parte dos)” en el blog de dicho autor. Disponible el 10.11.2019 en http://henryjenkins.org/blog/2008/03/the_moral_economy_of_web_20_pa.html.

mismas que, de conformidad con nuestra propuesta, tendrían que analizarse detenidamente.

California había sido la entidad más permisiva y adelantada en cuanto a la regulación de la conducción autónoma, debido a la presencia de Silicon Valley. Las normas han variado mucho de un lugar a otro, aunque compartían prácticamente las mismas directrices y principios básicos: “... se requiere que haya una persona capacitada ocupando el asiento del conductor. Así mismo, esta persona debe ser capaz de tomar el control absoluto del vehículo en cualquier momento.”

A estos principios algunos Estados añadían la prohibición de la: “... conducción de coches autónomos en vías públicas por ningún otro propósito que no fuera el de testeo o pruebas experimentales.”

En este contexto, el 28 de septiembre de 2017 en los Estados Unidos, se “aprobó” (se presentó para su desarrollo) la primera ley nacional sobre conducción autónoma que permitirá fabricar y comercializar vehículos autónomos en todo el país. La ley AV START (*The American Vision for Safer Transportation through Advancement of Revolutionary Technologies Act*)¹⁸ ha recibido el visto bueno del Senado estadounidense y, a partir de entonces, la Agencia Nacional de Seguridad Vial (NHTSA) tenía un plazo de 24 meses para elaborar los lineamientos y así los fabricantes de automóviles elaboren informes de seguridad que, a su vez, deberán ser aprobados por la Agencia.

Asimismo, este organismo tenía un año para determinar los estándares de rendimiento: qué configuración de sensores, láseres y cámaras es la segura, cómo será la ciberseguridad que tendrán, qué información personal de los conductores se podrá almacenar, o la forma en la que se garantizará que haya por lo menos un pasajero en el automóvil antes de comenzar la marcha.

La ley no contempla por ahora la desaparición del conductor, que seguirá siendo necesario dentro del vehículo.

Sin embargo, algunos de los incidentes que se han producido con vehículos autónomos de Tesla, Uber y Google ponen en duda la madurez de esta tecnología,

¹⁸ La Ley de Visión Estadounidense para un Transporte más Seguro a través del Avance de las Tecnologías Revolucionarias (AV START) (S 1885) establece regulaciones para el desarrollo de tecnologías de vehículos altamente automatizados (HAV). El proyecto de ley define un VHA como un vehículo de motor “con un peso bruto del vehículo de 10,000 libras o menos” que está equipado con un sistema de conducción automatizado (ADS) de Nivel 3, 4 o 5, según el estándar SAE International J3016 (véase nota al pie 3).

y han retardado la emisión definitiva de dicha ley. De hecho, es esa la causa por la que en el Senado no se ha vuelto a colocar en la agenda el tema de los autos autónomos, continuando, por ende, la vigencia de las leyes estatales.

En cualquier caso, el proceso legislativo todavía se prevé largo. El Senado debe aprobar su propio proyecto de ley y luego ambas cámaras deberán trabajar juntas para elaborar la ley que ha de firmar el presidente. Y posteriormente vendrá el trabajo más arduo de todos, consistente en ver como la NHSTA materializa todas estas propuestas y, sobre todo, cómo soporta las presiones de tantos sectores implicados.

B. *En la Unión Europea*

En la Unión Europea, el tráfico rodado es una de las áreas más reguladas. En este contexto, la automatización de los vehículos cambia los riesgos de conducción en muchos aspectos, lo que requiere una reevaluación de todo el sistema de tráfico y la regulación relacionada con el vehículo. Teniendo en cuenta que las jurisdicciones nacionales pueden obstaculizar el desarrollo de tecnologías para los sistemas o vehículos, la Unión Europea, a través de la UNECE, ha intervenido con el fin de armonizar estas nuevas tecnologías, dado que los enfoques fragmentados de los distintos países dificultan la aplicación de dichas tecnologías y pondría en peligro la competitividad europea.

Dentro de este organismo, el Grupo de Trabajo sobre la Seguridad Vial es un órgano intergubernamental permanente, encargado de administrar los convenios internacionales relacionados con el tráfico. Es importante tener en cuenta lo que dice textualmente el Artículo 8o. de la Convención de Viena de 1968:

- (1) Todo vehículo en movimiento o combinación de vehículos deberá tener un conductor...
- (5) Todo conductor deberá poder controlar en todo momento su vehículo...

Sin embargo, en marzo de 2014, el Grupo de Trabajo sobre la Seguridad Vial aprobó una enmienda en dicha Convención en la que se especificaba que: "... los sistemas que influyen en la conducción de los vehículos, así como otros sistemas que puedan ser anulados o apagados por el conductor, se consideran conformes con el Artículo 8o."

Por tanto, la normativa de la Convención modificada todavía exige que cada vehículo debe tener un conductor. No obstante, en el futuro, se plantea exigir únicamente la posibilidad de retomar en cualquier momento el control total del vehículo. Por lo tanto, será necesario un nuevo proceso de enmienda para permitir que los vehículos circulen sin ninguna intervención del conductor.

De acuerdo con la normativa, en la actualidad, los sistemas con automatización alta o completa son en su mayoría aún incompatibles con la Convención, incluso con los cambios realizados en 2014. Hay que tener en cuenta, además, que la Unión Europea ha sido la única que ha facilitado la clasificación de una serie de niveles de automatismo (estandarizados para todos los países constituyentes) que permiten clarificar el estado de desarrollo tecnológico en el que se encuentran los vehículos.

En abril de 2016 se firmó el primer texto de la Unión Europea sobre el tema: la Declaración de Ámsterdam sobre cooperación en el campo de la conducción automatizada y conectada. Este documento planteaba el objetivo de promover un marco normativo para el despliegue de la conducción automatizada y conectada, y señalaba que debería estar disponible en 2019 sin que esto haya sucedido aún. También se señalaba que en la agenda de reformas que debería incluir la legislación al respecto debería estar, además, un marco legal específico para esta tecnología, cuestiones relevantes como la privacidad y la protección de datos o la ciberseguridad.

Se han abordado otros temas como la inclusión de las “Cajas Negras” (*Event Data Recorder*) o la modificación a la reglamentación de los seguros automotrices, pero aún sigue vigente aquello que la Fiscalía especializada en Seguridad Vial española manifestó en ocasión:

... siendo preciso en todo caso promover un riguroso marco legislativo que normativice los procedimientos desde el diseño y fabricación hasta la puesta en el mercado.

... el bien jurídico protegido y prioritario debe ser la seguridad vial en su concepción sistémica y el acceso de todos, especialmente en tiempos de crisis económica, a la circulación segura y eficiente con estos nuevos vehículos.

C. En Japón

Aquí también se esperaba que, para 2019, ya estuviera disponible la normatividad que regularía la circulación de los coches autónomos, después de que se abrió un plazo entre septiembre de 2017 y marzo de 2019 para que fuera posible realizar las pruebas de circulación necesarias con este tipo de vehículos, en varias autopistas del centro de Tokio y también en las que conectan la capital con la región central del país.

2. Riesgos sobre los que debe centrarse la atención

En septiembre de 2017, la Secretaría de Transporte de los Estados Unidos anunció la última política federal para sistemas de conducción automatizada (ADS) o Vehículo Autónomo Terrestre, que consta de una orientación voluntaria para vehículos con niveles de automatización SAE 3, 4 y 5, con doce aspectos de seguridad, en los que se reconoce que pueden no tener conductores humanos¹⁹.

A. La seguridad del sistema

Las consideraciones de seguridad deben incluir arquitectura de diseño, sensores, actuadores, fallas de comunicación, posibles errores de software, confiabilidad, control inadecuado potencial, acciones de control indeseables, posibles colisiones con objetos ambientales y otros usuarios de la carretera, posibles colisiones que podrían ser causadas por acciones de un ADS, salir de la carretera, pérdida de tracción o estabilidad, y violación de las leyes de tránsito y desviaciones de las prácticas de conducción normales (o esperadas).

B. Diseño del ámbito de operación (“ODD”)

El ODD define dónde (como los tipos de carreteras, las áreas geográficas y el terreno) y cuándo (bajo qué condiciones, como la velocidad, la luz del día y los límites climáticos) un vehículo está diseñado para funcionar.

¹⁹ Cfr. el Capítulo 4 (*Legal Issues*) del “Libro Blanco” de Jones Day Abogados, disponible el 28.11.2019 en: <https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/2017/11/legal-issues-related-to-the-development-of-automat/files/legal-issues-related-to-autonomous-cars.pdf> y disponible el 08.11.2020, en: <https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/2017/11/legal-issues-related-to-the-development-of-automat/files/legal-issues-related-to-autonomous-carspdf/fileattachment/legal-issues-related-to-autonomous-cars.pdf?rev=88a82d290e5740c99b9cb-06532ff977f>.

El vehículo también debe ser capaz de pasar a una condición con un riesgo mínimo, como detener o devolver el control al conductor, cuando se encuentre en condiciones distintas a las contenidas en el ODD.

C. *Detección y respuesta de objetos y eventos (“OEDR”)*

OEDR es la detección y respuesta inmediata por parte del conductor o del Sistema del Vehículo Autónomo Terrestre de cualquier circunstancia relevante para la tarea de conducción. Basado en su ODD, un ADS debería ser capaz de lidiar con la pérdida de control; accidentes de cruce de caminos; cambio de carril/fusión; viaje de frente y en dirección opuesta; y maniobras de estacionamiento en la parte trasera, salida de la carretera y estacionamiento.

D. *Fallback (Condición de riesgo mínima)*

Un Vehículo Autónomo Terrestre debe detectar que ha funcionado mal o está funcionando fuera del ODD y luego notificar al conductor que recupere el control del vehículo o que regrese el vehículo a una condición de riesgo mínimo de forma independiente.

E. *Métodos de validación*

Las pruebas pueden incluir simulación, seguimiento de pruebas y pruebas en carretera. Debe demostrar el rendimiento en operaciones normales, evitar accidentes y estrategias de recuperación.

F. *Interfaz hombre-máquina*

El vehículo debe transmitir con precisión información al conductor u operador sobre las intenciones y rendimiento del vehículo. Por ejemplo, en un vehículo de Nivel 3, el conductor siempre debe estar listo para una solicitud de volver a conducir.

G. *Seguridad cibernética del vehículo*

Los fabricantes y proveedores deben minimizar los riesgos de seguridad derivados de la piratería y deben seguir las mejores prácticas de la industria, incluidos los planes de respuesta y la notificación de incidentes.

H. *Capacidad de choque*

La protección de los ocupantes debe continuar cumpliendo con los estándares de rendimiento, incluidos los nuevos diseños de asientos e interiores.

I. *Comportamiento del Vehículo Autónomo Terrestre posterior al bloqueo*

Un Vehículo Autónomo Terrestre debe devolver el vehículo a un estado y ubicación seguros después de un choque.

J. *Grabación de datos*

Para promover el aprendizaje continuo, las entidades que participan en la prueba o implementación de vehículos autónomos, deben recopilar datos de fallas.

Se recomienda que los registradores de datos de eventos de choque recopilen y almacenen información de accidentes, incluido el estado del Vehículo Autónomo Terrestre y la función del conductor.

K. *Educación y formación del consumidor*

La educación y la capacitación de los representantes de los fabricantes, distribuidores, distribuidores y consumidores es imprescindible para la seguridad.

Los programas de educación y capacitación deben abordar las diferencias anticipadas en el uso y operación de los Vehículos Autónomos Terrestres de los vehículos convencionales y la necesidad de que los conductores estén preparados para recuperar el control en un instante.

L. *Leyes federales, estatales y locales*

Se alienta a las empresas que desarrollan estos sistemas inteligentes, pero no se les exige, que publiquen auto-evaluaciones voluntarias de seguridad. Además de cumplir con las leyes de tránsito, un Vehículo Autónomo Terrestre también debe ser capaz de violar temporalmente una ley de tránsito cuando lo exija la seguridad, como cruzar una línea doble para evitar un vehículo o una bicicleta averiados. Los sistemas de un Vehículo Autónomo Terrestre también deben actualizarse a medida que cambian las leyes de tránsito.

V. CONCLUSIONES

Con los lineamientos previstos en el último punto, la autoridad estadounidense precisa cuáles aspectos del desarrollo y funcionamiento de los Vehículos Autónomos Terrestres deben regularse, sea para adecuar el marco jurídico existente o viceversa, no obstante, dichas determinaciones están formuladas sin entrar en consideraciones sobre las razones por las que podrían presentarse fallas en los sistemas inteligentes que integran dichos vehículos.

Es hasta obvio que la falibilidad de los sistemas inteligentes sí se toma en cuenta, luego que se determinan las funciones que requieren atención, sin embargo, las consideraciones sobre el funcionamiento específico de cada uno de estos sistemas se dejan para los especialistas en los aspectos técnicos, y para que los diferentes segmentos de la población involucrados puedan generar la “masa crítica” que lleve al desarrollo de una conciencia social y, por ende, a una legislación en la materia, se necesita involucrarlos, instrumentando la metodología propuesta en este trabajo.

Se requiere que la academia comience a “correr el lápiz”, formulando proyectos de normativa para cada uno de los problemas que deben regularse, pues de otra forma no se ha dado ni un paso en ese sentido. Y para ello es necesario instrumentar la estrategia metodológica que se propone en el segundo capítulo de este trabajo.

El acierto, la sensatez y la congruencia del método propuesto deriva de la experiencia, tan es verdad que cualquiera que se haya desempeñado en alguna de las tres ramas del conocimiento que en él convergen, puede corroborar la oportunidad de su empleo para alcanzar el objetivo planteado: regular jurídicamente los sistemas inteligentes en los vehículos autónomos.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ADUVIRI VELASCO, Ramiro, "Educación Digital", disponible el 25.05.2021, en es.slideshare.net/rausirius/la-educacióndigital.
- ALCHOURRON, Carlos, "Logica senza verità", ponencia presentada por el Istituto per la Documentazione Giuridica en el *IV Congresso Internazionale della Corte Suprema di Cassazione*, Roma, 1988.
- BLOG CIBERNOS GRUPO, "Importancia del GCR en las empresas", disponible el 04.01.2023 en: <https://www.grupocibernos.com/blog/importancia-del-grc-en-las-empresas>.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, Ley de Ciencia y Tecnología, disponible el 15 junio de 2022 en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/152366/761471/file/LEY%20DE%20CIENCIA%20Y%20TECNOLOG%20C3%8DA.pdf>.
- CIUDAD DE MESA ARIZONA, "Listado de multas por infracciones de tráfico civil", disponible el 10.11.2019 en: <http://www.mesaparks.com/home/showdocument?id=13591>.
- COSTAS, Javier, "Sistemas operativos en el coche", disponible el 20.10.2019 en: <https://www.motorpasion.com/tecnologia/sistemas-operativos-en-el-coche-el-futuro-del-automovil>.
- ISOTOOLS EXCELLENCE, "5 consejos para implementar una estrategia GCR", disponible el 04.01.2023 en: <https://www.compliance-antisoborno.com/5-consejos-para-implementar-una-estrategia-grc-estructura-de-gobierno-gestion-de-riesgos-y-cumplimiento-normativo/>.
- JENKINS, Henry, "La economía moral de la Web 2.0 (parte dos)", disponible el 10.11.2019 en: http://henryjenkins.org/blog/2008/03/the_moral_economy_of_web_20_pa.html.
- _____, "Transmedia Storytelling", *Technology Review*, Massachusetts Institute of Technology, 2003, disponible el 10.11.2019 en: <http://www.technologyreview.com/news/401760/transmedia-storytelling/>.
- JONES DAY ABOGADOS, "Libro Blanco" (White Paper), Capítulo 4. Asuntos Legales (Legal Issues), disponible el 08.11.2020 en: <https://www.jonesday.com/-/media/files/publications/2017/11/legal-issues-related-to-the-develo>

ment-of-automat/files/legal-issues-related-to-autonomous-carspdf/fileattachment/legal-issues-related-to-autonomous-cars.pdf?rev=88a82d290e-5740c99b9cb06532ff977f.

LACHMEYER, F., y REISINGER, L., *Logistiksche analyse der struktur von Gesetzen*, Viena, Maussche Verlag und Universitaestbuchandlung, 1979.

MARTÍNEZ, Walter, "Conceptos de educación digital que debes saber", disponible el 13.08.2017 en: <https://listinusa.net/2017/08/13/conceptos-de-educacion-digital-que-debes-saber/>.

MARTINO, Antonio A., "Software per il legislatore", *Revista Informatica ed Enti Locali*, Istituto per la Documentazione Giuridica, Maggioli Editore, Rimini, 1986.

NÚÑEZ ÁLVAREZ, Andrés, "La educación digital", consultado el 22.08.2016 en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1UQyr-utQaMJ:-gte2.uib.es/edutec/sites/default/files/congresos/edutec01/edutec/comunic/tse16.html+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=mx&lr=lang_es%7Clang_it.

OSORIO ROQUE, Leticia, "La educación digital", disponible el 14.10.2016 en: http://www.soft-tzalan.org/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=73:educacion-digital&catid=7:general&Itemid=11.

PROGRAMARFACIL, "Curso de Visión Artificial con OpenCV y Python", disponible el 20.02.2020 en: <https://campus.programarfacil.com/aprende-vision-artificial-con-opencv-y-python-a-traves-de-ejemplos-practicos/>.

RIANDE JUÁREZ, Noé A., "La Legística o la automatización de la redacción legislativa", 2001, disponible el 10.11.2019 en: http://www.legislarbien.com.ar/artsAdj/Tecnica_legislativa_la_legistica_mexico_noe_riande_juarez.doc.

SAE INTERNATIONAL, *Estándar SAE International J3016*, disponible el 30 de enero de 2022 en: https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104/.

SHUTTLEWORTH, Jennifer, "Actualización gráfica de conducción automatizada", *Noticias de estándares SAE: J3016*, disponible el 07.02.2019 en: <https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic>.

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUÍA COLOMBIA, Blog Ude@ Educación Virtual de la Universidad de Antioquía, Colombia, disponible el 20.05.2021 en: <https://udearroba.udea.edu.co/blog/>.

El agente aduanal y la cancelación de su patente por la omisión del aviso automático de exportación: ¿una vulneración al principio de legalidad?

Mario RODRÍGUEZ JUNCO¹

Sumario

I. *Introducción.* II. *La cancelación de la patente de agente aduanal, por la omisión de la presentación del aviso automático de exportación.* III. *La vulneración conforme a la Constitución y los criterios jurisprudenciales.* IV. *La vulneración conforme al Código Fiscal y la Ley Aduanera.* V. *Conclusión.* VI. *Fuentes de información.*

Resumen

La cancelación de la patente de agente aduanal que contempla el Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, nos refiere como supuesto a los permisos previos de importación; sin embargo, se considera que no se debe de incluir el aviso automático de exportación, aplicando el método de interpretación gramatical de la Ley, pues de lo contrario se violaría el principio de legalidad.

Palabras Clave

Agente Aduanal. Agente de Aduanas. Despacho aduanero de mercancías. Aviso automático de exportación. Permiso previo de importación. Importación. Exportación. Principio de legalidad. Interpretación gramatical.

Abstract

The cancellation of the customs agent patent contemplated in article 165, section II, subparagraph b) of the Customs Law, refers to previous import permits as an assumption; however, it is considered that the automatic export notice should not be included, applying the method of grammatical interpretation of the law, otherwise the principle of legality would be violated.

Key Words

Customs. Customs Broker. Customs Agent. Customs Clearance. Import. Export. Customs documents. Legality principle. Law literal interpretation.

¹ Magistrado por Ministerio de Ley de la Ponencia II de la Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior y Sala Auxiliar del TFJA, profesor en diversas universidades del país y alumno de Doctorado en Derecho en la UDEM.

I. INTRODUCCIÓN

Antes que nada, es necesario indicar que cuando la autoridad cancela la patente del agente aduanal, y por obvias razones, este ya no puede ejercerla, se está en presencia de un acto sometido al principio de legalidad, que en nuestro sistema jurídico se refiere a los actos de autoridad que ocasionen alguna molestia al individuo en su persona, familia y bienes enumerados en el Artículo 16 constitucional, llegando a interpretarse en el sentido de que abarca prácticamente todos los actos de autoridad que afecten al particular de alguna forma, los cuales deben ser emitidos por autoridad competente y deben de estar fundados y motivados².

Además, el acto debe ser de forma escrita, lo que se justifica como seguridad en la prueba del mismo, para que el particular lo acate o lo impugne por su incorrección jurídica³, siendo que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme una disposición anteriormente dictada⁴. Como es sabido, es uno de los principios generales del Derecho, reconocido en nuestro sistema jurídico mexicano. El cual, por un lado, concede la más amplia libertad a los particulares y, por el otro, restringe el ámbito de acción de las autoridades, a lo que expresamente les faculta la ley. Como señala Jaime Cárdenas –al referirse a dicho principio–, “los particulares pueden hacer todo lo que no está prohibido en la ley, y las autoridades lo que la ley les faculta”⁵.

Para que exista el principio de legalidad debe existir, primeramente, un cuerpo normativo emitido por una autoridad jurídicamente reconocida, dotando a la misma de facultades coercitivas, además, tales normas deben estar integradas por leyes estables, prospectivas, generales, claras y debidamente publicadas en el Diario Oficial de la Federación; y la aplicación de normas y su cumplimiento a los casos concretos debe ser ejecutada por una autoridad imparcial, previamente establecida, mediante procedimientos normativos accesibles para

² Lomelí Cerezo, Margarita, *El poder sancionador de la Administración Pública en materia fiscal*, México, Compañía Editorial Continental, S.A, 1961, p. 109.

³ Garza, Servando J., *Las garantías constitucionales en el Derecho Tributario Mexicano*, México, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, 2002, p. 154.

⁴ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2002, p. 99.

⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, “Remover los dogmas”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 6, enero-junio de 2002, UNAM.

todos, que garanticen que toda penalidad se encuentra debidamente fundada y motivada⁶.

En este sentido, un particular puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, cualquier conducta que no esté tipificada en el ordenamiento como prohibitiva para él. Lo que se reduce en esencia, a que las autoridades deben tener competencia legal para actuar, y deben fundar y motivar sus decisiones a partir del ordenamiento legal, tal como lo consagra el Artículo 16 de la Constitución mexicana, que a la letra señala:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

Artículo que se analizará más adelante. Ahora bien, considerando lo anterior, y de acuerdo al tema central de nuestro trabajo, tenemos que el agente aduanal es la persona física que, a través de una patente otorgada por la autoridad hacendaria, interviene ante la aduana para despachar mercancías en cualesquiera de los regímenes aduaneros, en virtud de los servicios profesionales que presta y que la ley le confiere⁷.

Siendo, por tanto, la persona que interviene ante la aduana en los trámites destinados a obtener el despacho de mercancías sujetas a inspección aduanal⁸. Y quien puede ser sancionado por diversas hipótesis, conforme lo dispuesto por la Ley Aduanera y el Código Fiscal de la Federación, partiendo desde una multa que es una sanción pecuniaria, la suspensión temporal o hasta la cancelación de la patente de agente aduanal, y es loable que, en todos estos casos, la autoridad aduanera debe aplicar el principio de legalidad.

⁶ Reyes Horta, Miguel Ángel, *El principio de legalidad como medio legitimador del poder y los derechos humanos*, Tesis Profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho, México, UNAM, 2016, pp. 37-38.

⁷ Carvajal Contreras, Máximo, *Derecho Aduanero*, México, Porrúa, 1997, p. 366.

⁸ Olivo Amorós, Humberto, *El agente aduanal en México*, Tesis Profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho, México, UNAM, 1966, p. 13.

Abundando más en el concepto de agente aduanal, y para reforzar lo antes descrito, el tratadista Jorge Witker⁹, nos indica que el agente de aduanas, es la persona física cuyos conocimientos en la legislación aduanera y de comercio exterior lo habilitan en las condiciones y con los requisitos establecidos en la Ley de Aduanas y sus reglamentos, para prestar servicios a terceros, como gestor habitual, en toda clase de trámites, operaciones y regímenes aduaneros, y en todas las fases, actos y consecuencias del despacho.

En México este profesionista es a quien el Servicio de Administración Tributaria autoriza mediante una patente, para promover por cuenta ajena, dicho despacho de las mercancías en los diferentes regímenes aduaneros previstos en la normativa aduanera¹⁰.

Es por ello que, en la presente reflexión, se considera crucial ocuparnos de la figura del agente aduanal, al ser uno de los sujetos clave que participan en la aduana, además de los importadores y exportadores de las mercancías, así como terceras personas cuya función es realizar labores auxiliares, dentro del despacho aduanero¹¹.

Los conocimientos y especialidad que tiene el agente, en cuanto a lo estipulado por la legislación aduanera, lo habilitan para prestar dichos servicios a terceros, como gestor habitual, en toda clase de trámites, operaciones y regímenes aduaneros, y en todas las fases y actos del despacho aduanero¹². En la actualidad, como ya se ha comentado, la patente es autorizada por el Servicio de Administración Tributaria¹³.

A su vez, los interesados en el comercio de mercancías, que son los importadores y exportadores, suelen en su mayoría, concurrir como clientes, y dotar a aquel de los documentos necesarios para que conozca la naturaleza de las mercancías y lo que se va a despachar¹⁴; de tal manera que con ello puede conocer la naturaleza y cantidad, de lo que se manifestará en el documento denominado pedimento aduanero que se presentará ante la aduana, para efectuar el despacho

⁹ Witker, Jorge, *Derecho Tributario Aduanero*, México, UNAM, 1999, p. 308.

¹⁰ Cisneros García, Juan Rabindrana, *Derecho Aduanero Mexicano*, México, Porrúa, 2019, p. 198.

¹¹ Rhode Ponce, Andrés, *Derecho Aduanero Mexicano*, México, Ediciones Fiscales Isef, 2020, t. 1, p. 112.

¹² Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 308.

¹³ Cisneros García, Juan Rabindrana, *op. cit.*, p. 198.

¹⁴ Rhode Ponce, Andrés, *op. cit.*, p. 112.

de las mercancías¹⁵, contenido en una forma oficial debidamente autorizada por la SHCP, que se encuentra visible en el Anexo 22 de las Reglas de Carácter General en Materia de Comercio Exterior, o bien, en últimas fechas, de manera electrónica.

Es importante indicar que, conjuntamente con el pedimento aduanero, el agente aduanal, precisamente, tiene la obligación de descargar los permisos previos de importación y los avisos automáticos, y cuya omisión actualiza la sanción de la cancelación de agente aduanal. Por lo que conviene detenerse un poco sobre el análisis de la figura del pedimento aduanero.

Así, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM¹⁶ lo ha definido como un documento eminentemente aduanero, por medio del cual el importador o exportador manifiestan a la autoridad aduanera, en forma escrita, la mercancía a introducir o a enviar, fuera de territorio nacional, así como la clasificación arancelaria, el valor normal o comercial, las contribuciones a pagar y el régimen aduanero al que se destinarán las mercancías, siendo que los importadores y exportadores están obligados a presentar la declaración aduanera que se concreta en el pedimento, que tendrá los datos referentes al régimen aduanero al que se pretenden destinar y los necesarios para la determinación y pago de las contribuciones al comercio exterior.

En efecto, conviene precisar que el pedimento aduanero equivale a “una declaración” que presenta el agente, en la cual deberá imprimir su código de barras asignado por la SHCP, y contener todos aquellos datos referentes al régimen aduanero de las mercancías, la determinación de los impuestos al comercio exterior que se hayan causado, la clasificación arancelaria de la mercancía, así como su origen, el valor que le corresponde (conforme a los distintos métodos para determinar el valor en aduana de las mercancías), tratándose de importación y el valor comercial de las mismas tratándose de exportación, dicha información contenida en el referido documento, manifestada por el interesado bajo protesta de decir verdad¹⁷.

¹⁵ El Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, define el despacho aduanero como el cumplimiento de las formalidades aduaneras, necesarias para poner las mercancías importadas a la libre disposición o para colocarlas bajo otro régimen aduanero o también para exportar mercancías.

¹⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IJ-UNAM-Porrúa, 1989, p. 2370.

¹⁷ López Villa, Juan Raúl, *Comercio Exterior y Derecho Aduanero*, México, Sicco, 1997, pp. 40 y 41.

En términos similares, Máximo Carvajal Contreras lo define, al indicar que es una declaración, y no un documento aislado que tiene más connotaciones, ya que señala que la declaración es una manifestación por escrito, en las formas oficiales que la autoridad impone, hecha por el interesado o su legítimo representante, en donde se indica el régimen aduanero que como destino se le dará a las mercancías y los datos o documentos necesarios requeridos por la ley para lograr su destino, mejor conocido como pedimento en México¹⁸.

Es uno de los documentos principales en el despacho aduanero, aunque no es el único, como se desprende de las formas oficiales de la SHCP. La Ley actual refleja el concepto de petición conforme lo disponía el Código Aduanero de 1952, por lo que su nombre proviene de pedir o solicitar el despacho aduanero y cumple con el principio de autodeclaración por parte de los contribuyentes¹⁹.

Ahora bien, ya precisada la importancia del pedimento aduanero, y de los actos del agente aduanal, debemos abordar los Artículos 90, 96 y 102 de la Ley Aduanera, que en esencia contemplan que las mercancías que se introduzcan al territorio nacional o se extraigan del mismo, podrán ser destinadas a alguno de los regímenes aduaneros definitivos de importación y de exportación. Entendiéndose por el primero, la entrada de mercancías de procedencia extranjera para permanecer en el territorio nacional por tiempo ilimitado; y por exportación definitiva, la salida de mercancías del territorio nacional para permanecer en el extranjero por tiempo ilimitado.

De la misma manera, resulta relevante el Artículo 36-A de la Ley Aduanera, pues regula que el agente aduanal está obligado a transmitir a las autoridades, a través del sistema electrónico aduanero, los anexos correspondientes y necesarios.

Tratándose de la importación, son todos aquellos relativos al valor y demás datos relacionados con la comercialización de las mercancías, contenidos en el comprobante fiscal digital o documento equivalente, cuando el valor en aduana de las mismas se determine conforme al valor de transacción; la contenida en el conocimiento de embarque, lista de empaque, guía o demás documentos de transporte; la que compruebe el cumplimiento de las regulaciones y restricciones

¹⁸ Carvajal Contreras, Máximo, *op. cit.*, p. 335.

¹⁹ Rhode Ponce, Andrés, *op. cit.*, t. 2, p. 370.

no arancelarias a la importación, que se hubieran expedido de acuerdo con la Ley de Comercio Exterior.

Siempre que se publiquen en el Diario Oficial de la Federación y se identifiquen en términos de la fracción arancelaria y de la nomenclatura que les corresponda conforme a la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación; la que determine la procedencia y el origen de las mercancías para efectos de la aplicación de preferencias arancelarias, cuotas compensatorias, cupos, marcado de país de origen y otras medidas que al efecto se establezcan, de acuerdo con las disposiciones aplicables; la del documento digital en el que conste la garantía efectuada en la cuenta aduanera de garantía, cuando el valor declarado sea inferior al precio estimado que establezca la Secretaría.

Además del dictamen emitido por las personas morales autorizadas, que avale el peso, volumen u otras características inherentes a las mercancías o, en su caso, el certificado vigente que avale que los mecanismos de medición con los que cuente el importador, están debidamente calibrados; y respecto de mercancías susceptibles de ser identificadas individualmente, la información relativa a los números de serie, parte, marca, modelo o, en su defecto, las especificaciones técnicas o comerciales necesarias para identificar las mercancías y distinguirlas de otras similares, cuando dichos datos existan.

En el caso de operaciones de exportación, el mismo Artículo 36-A de la Ley Aduanera, regula que se debe anexar la información relativa al valor y demás datos relacionados con la comercialización de las mercancías, contenidos en el comprobante fiscal digital o documento equivalente; la que compruebe el cumplimiento de las regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación, que se hubieran expedido de acuerdo con la Ley de Comercio Exterior, y se identifiquen en términos de la fracción arancelaria y de la nomenclatura que les corresponda conforme a la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación.

Resulta de interés exponer que el profesionista realizará la valoración de las mercancías y elaborará el pedimento, posteriormente, procederá al pago de las contribuciones y, en su caso, de las cuotas compensatorias determinadas por el agente aduanal.

Por conducto de sus mandatarios (puede autorizar cinco) presentará las mercancías ante la autoridad aduanera, que es la encargada de la vigilancia de la entrada de mercancías y la salida de las mismas del territorio nacional²⁰, y se activará el mecanismo de selección aleatoria²¹ que determinará si debe practicarse el reconocimiento aduanero o no, lo que se conoce en la práctica como desaduana- miento libre.

Ello integra la primera parte del despacho aduanero²². En caso afirmativo, la autoridad aduanera efectuará el reconocimiento ante quien presente las mercancías en el recinto fiscal, que es el acto mediante el cual la autoridad realiza el examen físico de estas, así como de sus muestras, con la finalidad de allegarse de elementos que ayuden a precisar la veracidad de lo declarado en el pedimento aduanal y sus anexos²³. Finalmente, si no se detectan irregularidades, se entregarán las mercancías de inmediato, conforme el Artículo 43 de la Ley Aduanera.

Cuando la autoridad advierta en el despacho aduanero o derivado de sus facultades de comprobación, que el agente aduanal, en una operación, presentó las mercancías sin el permiso de la autoridad como documento anexo al pedimento aduanero, con fundamento en el Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, puede cancelar la patente de agente aduanal, con base en tal precepto. Es aquí en donde centraremos nuestro estudio.

II. LA CANCELACIÓN DE LA PATENTE DE AGENTE ADUANAL, POR LA OMISIÓN DE LA PRESENTACIÓN DEL AVISO AUTOMÁTICO DE EXPORTACIÓN

Pues bien, sobre el tema en particular, es menester señalar que tenemos conoci- miento de diversas actuaciones o resoluciones de la autoridad aduanera, llevadas a juicio contencioso administrativo federal, por el agente aduanal, en el que hace

²⁰ Rhode Ponce, Andrés, *op. cit.*, t. 1, p. 178.

²¹ Sarabia Díaz, Carlos C., *El agente aduanal*, México, Xtrategas, 2016, p. 57. Define que el meca- nismo de selección aleatoria es un aparato tecnológico instalado en el interior del recinto fiscal o fiscalizado de la aduana, conocido coloquialmente como semáforo fiscal, que forma parte de un sistema de cómputo programado para ordenar, al azar, la revisión de las mercancías dentro del despacho aduanero; lo anterior lo realizará el agente aduanal que es el autorizado para llevar a cabo los trámites de los terceros, que son los importadores y/o exportadores de las mercan- cías ante la aduana.

²² Rhode Ponce, Andrés, *op. cit.*, t. 1, p. 392.

²³ Acosta Roca, Felipe, *Nacimiento, constitución y administración de las agencias aduanales*, Mé- xico, Ediciones Fiscales Isef, 2005, p. 181.

valer sus derechos, entre los que encontramos el principio de legalidad, al aducir que es ilegal el acto de la autoridad aduanera, por cancelarle la patente, al incurrir en la infracción sancionada antes mencionada, la del Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera.

Cuando en la especie el numeral contempla el permiso de las autoridades competentes, haciendo extensivo el texto del Artículo, fracción e inciso a los denominados avisos automáticos de exportación. Dicho numeral dispone:

Artículo 165. Será cancelada la patente de agente aduanal, independientemente de las sanciones que procedan por las infracciones cometidas, por las siguientes causas:

...

II. Declarar con inexactitud algún dato en el pedimento, sus anexos, o en el aviso consolidado, tratándose de operaciones con pedimento consolidado, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos:

...

b) Efectuar los trámites del despacho aduanero sin el permiso de las autoridades competentes o sin contar con la asignación del cupo de las mismas, cuando se requiera, o sin realizar el descargo total o parcial sobre el permiso o cupo antes de activar el mecanismo de selección automatizado.

...

Del cual se desprende que será cancelada la patente de agente aduanal, independientemente de las sanciones que procedan por las infracciones cometidas, al declarar con inexactitud algún dato en el pedimento, sus anexos, o en el aviso consolidado, tratándose de operaciones con pedimento consolidado, siempre que se efectúen los trámites del despacho aduanero sin el permiso de las autoridades competentes o sin contar con la asignación del cupo de las mismas, cuando se requiera, o sin realizar el descargo total o parcial sobre el permiso o cupo antes de activar el mecanismo de selección automatizado.

Como se observa de dicho Artículo, no están contemplados los documentos denominados "avisos automáticos de exportación", sino sólo cabrían en el supuesto jurídico los permisos previos de importación.

Desprendemos dicha figura del aviso automático de exportación de la práctica en la materia y del análisis que se realiza al Acuerdo por el que la Secretaría de Economía emite Reglas y Criterios de Carácter General en Materia de Comercio

Exterior, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 2012, cuya última reforma fue publicada en dicho medio de comunicación oficial del día 12 de julio de 2018, concretamente en su capítulo 2.2. "Permisos previos y avisos automáticos"; anexo 2.2.1., en que se diferencian los permisos previos de importación de mercancías y los avisos automáticos de exportación. Recordemos que las reglas generales tienen su justificación de existencia en el Artículo 5o., fracción XII de la Ley de Comercio Exterior.

Y es precisamente aquí donde se puede advertir la vulneración al principio de legalidad, ya que lo que está interpretando la autoridad aduanera, para emitir una resolución de cancelación de patente de agente aduanal, es un argumento dogmático (o de autoridad); entendiéndose por este, el que suele ser empleado por los operadores jurídicos que permiten analizar lógicamente los conceptos jurídicos, coadyuvan a la conformación de un sistema de categorías y conceptos dogmáticos, y porque auxilian en la fundamentación de las decisiones jurídicas²⁴.

Con ello la autoridad, pretende realizar la función de estabilización, al fijar su punto de vista por un largo periodo de tiempo, lo que no permite volver a discutir todo nuevamente, favoreciendo la uniformidad en la interpretación²⁵.

Es decir, pretender que su criterio se siga debido a que le asiste la razón y, por ende, que se procede a sancionar a los agentes aduanales que se ubiquen en tales supuestos normativos, sólo por su argumento interpretativo de la ley. Y en la práctica advertimos que los criterios que sigue la autoridad aduanera generalmente se manifiestan en la repetición constante de resoluciones, como si fuese una moda temporal, y esto sucede para todas las materias fiscales, aduanera y administrativas.

Algunos de los pros que se pueden encontrar en el argumento dogmático y o de autoridad, es que los funcionarios de la aduana conformen un sistema de categorías y conceptos, y que con ellos se auxilien en la fundamentación y motivación de decisiones jurídicas, que sirve para fijar su punto de vista que regirá por un largo periodo de tiempo, y con ello el conocer cómo se debe de actuar ante una situación que se les presente, y sin que dicho criterio de interpretación sea discutido nuevamente, favoreciendo la uniformidad en la interpretación del Derecho dentro del campo de la autoridad.

²⁴ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 243.

²⁵ *Ibidem*, pp. 255-260.

Sin embargo, no obstante, dichos pros en cuanto al argumento dogmático y o de autoridad, cuando estamos ante la cancelación de la patente de agente aduanal, debe prevalecer el principio de legalidad, dado que, como señala Jaime Cárdenas²⁶, en materia penal o fiscal cuando se interpretan delitos penas o contribuciones, la interpretación debe ser restringida, en cuanto a la imposición de sanciones para proteger y garantizar los derechos de las personas de las actuaciones de las autoridades.

Siendo que dicho principio de legalidad se ha consagrado en el panorama internacional como un auténtico derecho humano y subjetivo, habiendo sido reconocido como tal por el Artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷.

Además de que si se quiere tener información imparcial respecto de un criterio fidedigno a seguir (con relación al argumento dogmático o de autoridad), el gobernado no se debe de fiar sólo de políticos o de grupos de presión que toman partido en temas de interés público²⁸, siendo el caso que las autoridades aduaneras en nuestro país siguen esta línea, de alguna u otra manera, al formar parte del poder ejecutivo federal, y ser el presidente quién nombra a los altos funcionarios.

Entonces, aplicando el principio de legalidad, referente a que la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le faculta, es evidente que este se violenta, en perjuicio de un agente aduanal, al sancionarle la cancelación de su patente, cuando omite adjuntar al pedimento aduanero, el aviso automático de exportación de una mercancía, dado que lo que regula el citado Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, es la omisión del permiso previo; siendo que, cuando se trata de sanciones y la ley presenta dificultades entre textos claros y oscuros, si fuera clara no procede interpretación alguna²⁹.

En el presente supuesto, entonces, para salvaguardar el principio de legalidad, que establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el Derecho en vigor, esto es, demanda la sujeción de

²⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, *Curso básico de Argumentación Jurídica*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2020, p. 72.

²⁷ Anaya González, Alejandro, "El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, número 8, 2018, p. 2.

²⁸ Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, México, Ariel Letras, 2019, p. 52.

²⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p.p. 5-7.

todos los órganos estatales al Derecho, deben tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma³⁰.

Partimos de la interpretación literal de la ley, en la que no existe discurso argumentativo, pues constituye una suerte de traducción del ordenamiento³¹, en el caso particular, llegamos a la conjetura de que la autoridad al momento de sancionar al agente aduanal, está realizando una interpretación amplia del precepto, no literal del mismo, por ello se debe aplicar el principio de legalidad, que también comprende la debida fundamentación y motivación del acto.

Por consiguiente, si la autoridad aduanera aplica el criterio de sancionar al agente aduanal por la falta de un aviso automático de exportación, equiparándolo con el permiso previo para importar mercancías, no está cumpliendo con el referido principio de legalidad, debiendo en todo momento ajustarse al método de interpretación declarativa que se suele llamar literal o gramatical, que le atribuye a la norma su significado literal, es decir, el más inmediato – el significado *prima facie* – que es sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas³².

Siendo que el método bajo análisis es aquel que consiste, según su nombre, en tomar en cuenta el significado de las palabras empleadas por el legislador en la redacción de la norma jurídica escrita, aplicable cuando el precepto es suficientemente claro que no deje lugar a dudas respecto a su interpretación³³.

Sostiene el tratadista Juan Rabindrana Cisneros en su obra³⁴ que, las restricciones y regulaciones no arancelarias, de una manera muy general, son todas aquellas que no son un arancel y que afectan a una mercancía de comercio exterior.

Así debemos entender que en materia aduanera los permisos y los avisos son restricciones y regulaciones no arancelarias a la exportación, importación, circulación o tránsito de mercancías, en términos del Artículo 17 de la Ley de Comercio Exterior, y que tienen su existencia y lineamientos en el Acuerdo por el que la Secretaría de Economía emite Reglas y Criterios de Carácter General en Materia de Comercio Exterior, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de

³⁰ Reyes Horta, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 38.

³¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 7.

³² *Ibidem*, p. 70.

³³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 2010, p. 395.

³⁴ Cisneros García, Juan Rabindrana, *op. cit.*, pp. 142-143.

2012, cuya última reforma fue publicada en dicho medio de comunicación oficial del día 12 de julio de 2018, concretamente en su capítulo 2.2. “Permisos previos y avisos automáticos”; anexo 2.2.1., siendo que la Secretaría de Economía puede emitir reglas generales que resultan obligatorias para los gobernados, conforme el Artículo 5o., fracción XII de la Ley invocada.

Ahora bien, dentro del Acuerdo por el que la Secretaría de Economía emite Reglas y Criterios de Carácter General en Materia de Comercio Exterior, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 2012, se regulan las mercancías que se sujetarán a un permiso o a un aviso, siendo diferentes bienes y diversas operaciones de comercio exterior.

Para ello Guastini, citado e interpretado por Manuel Atienza en su obra³⁵, señala que una de las técnicas interpretativas es la interpretación literal, entendiéndose por tal, la que atribuye a una disposición el significado más inmediato, esto es, el sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas, por otra parte, está la interpretación correctora, que sería toda interpretación que no atribuya a un texto normativo el significado literal más inmediato, sino un significado distinto.

Entonces, podemos afirmar que la autoridad aduanera viola el principio de legalidad, dado que al interpretar el Artículo 165 de la Ley Aduanera, no utilizó en beneficio del gobernado, la aludida interpretación literal o gramatical de la ley, pues en la especie resuelve que un permiso es igual a un aviso. Cuando está realizando una interpretación correctora del precepto al atribuir a la disposición normativa un significado no estrictamente literal, sino diferente³⁶.

En otro aspecto, si la autoridad está sancionando al agente aduanal, con base en la omisión del aviso automático de exportación, y no como lo cita el Artículo 165 de la Ley Aduanera, que regula el permiso previo, está cometiendo una falacia que, como es sabido, es la forma de argumentación que parece ser correcta, pero que no lo es, al analizarla de forma más minuciosa³⁷.

³⁵ Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 218.

³⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 70.

³⁷ Moreso i Mateos, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*, Madrid, UOC, 2012, p. 87.

La falacia, al ser cualquier argumento empleado o tema propuesto con el propósito de inducir al engaño o con la probabilidad de que produzca ese efecto o de hacer que se adopte una posición errónea, siendo el caso que es diferente un permiso que un aviso, ello conforme las reglas generales, como lo es el Acuerdo por el que la Secretaría de Economía emite Reglas y Criterios de Carácter General en Materia de Comercio Exterior, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 2012, cuya última reforma fue publicada en dicho medio de comunicación oficial del día 12 de julio de 2018, concretamente en su capítulo 2.2. "Permisos previos y avisos automáticos", en su anexo 2.2.1., interpretados de manera conjunta con el numeral 21 de la Ley de Comercio Exterior, y en el Artículo 32, fracciones VII, inciso a) y XIII del Reglamento Interior de la Secretaría de Economía, los cuales regulan que la Dirección General de Facilitación Comercial y de Comercio Exterior de la Secretaría de Economía, tiene la atribución de emitir resoluciones sobre:

La aplicación de las medidas de regulación y restricción no arancelarias, incluyendo avisos automáticos, permisos previos y control de exportación, cupos, certificados de cupo, certificados de origen, así como sobre el origen de un producto de conformidad con los tratados comerciales y demás acuerdos internacionales de los que México sea parte.

Y, además: "Verificar y dar seguimiento a los términos, condiciones y utilización de los avisos automáticos y permisos previos por la Secretaría, conforme a los procedimientos, criterios y disposiciones aplicables y, en su caso, emitir las resoluciones necesarias para su cumplimiento"

De la misma manera, la autoridad, siguiendo su argumento dogmático, sanciona por igual la omisión del permiso de importación y de un aviso automático de exportación, ya que los dos son expedidos por la Secretaría de Economía, y se adjuntan al pedimento.

Sin embargo, dicho argumento de la autoridad para sancionar, debe de considerarse como una falacia de la falsa analogía, que es cuando entraña atribuir una propiedad a un objeto solo por el hecho de que se asemeja a otro que posee dicha propiedad³⁸. Máxime si, en el caso que nos ocupa, el agente aduanal omite presentar el aviso automático de exportación, en el que se comunica a la autoridad que se exportarán diversas mercancías.

³⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 130.

En efecto, el permiso se necesita cuando se introducen al país diversas mercancías, como aceites crudos de petróleo, gasolinas, gasoil, fueloil, turbosina, propano, butano, equipos anticontaminantes y sus partes, etc.

Y el aviso de exportación se requiere presentar cuando sean mercancías consistentes en tomates "cherry", los demás tomates (como el tomate bola), excepto tomate de cáscara o tomatillo (comúnmente conocido como tomate verde), señalando que es para efectos de monitoreo estadístico comercial de las mercancías, es decir, sólo es para dichos efectos, como más adelante se precisará.

Como referencia de lo anterior, se debe de considerar que, gramaticalmente, no es lo mismo pedir permiso que avisar, que son definidos por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³⁹, es decir, no es lo mismo pedir permiso para introducir al país ciertas mercancías, que avisar que se van a exportar tomates, pues el Diccionario en cita los define como:

Permiso

Del lat. *permissum*.

1. m. Licencia o consentimiento para hacer o decir algo.
2. m. Período durante el cual alguien está autorizado para dejar su trabajo u otras obligaciones.
3. m. En las monedas, diferencia consentida entre su ley o peso efectivo y el que exactamente se les supone.

Aviso

1. m. Acción y efecto de avisar.
2. m. Indicio, señal.
3. m. Precaución, atención, cuidado.
4. m. Prudencia, discreción.
5. m. Embarcación de guerra, pequeña y muy ligera, utilizada antiguamente para llevar pliegos y órdenes y, después, para otros usos auxiliares.
6. m. *Taurom*. Advertencia que hace la presidencia de la corrida de toros al espada cuando prolonga el tercio de matar más tiempo del prescrito por el reglamento.
7. m. *Am*. anuncio (soporte en que se transmite un mensaje publicitario).

³⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en <https://dle.rae.es/>.

En efecto, de las definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se desprende que la palabra permiso proviene del latín *permissum*, que significa la licencia o consentimiento para hacer o decir algo, o el período durante el cual alguien está autorizado para dejar su trabajo u otras obligaciones; mientras que aviso significa la acción o efecto de avisar, indicio, señal, anuncio, lo que si trasladamos a la actuación del agente aduanal, se desprende que cuando pide permiso para importar o exportar un mercancía a la autoridad, se necesita un consentimiento de esta para hacerlo, y cuando da aviso a la propia autoridad para exportar algún bien, significa que es la acción de avisarle que va a realizar la operación de mérito.

En la práctica es evidente que es totalmente diferente un permiso previo de importación que un aviso de exportación, primero en cita que generalmente se utiliza para la introducción de bienes al país, siendo, incluso, que el Artículo 32, fracciones VII, inciso a), y XIII del Reglamento Interior de la Secretaría de Economía, los diferencia, al remitirnos a las atribuciones de la Dirección General de Facilitación Comercial y de Comercio Exterior de la Secretaría de Economía.

Ello al señalar dicho Reglamento que puede emitir resoluciones medidas de regulación y restricción no arancelarias, incluyendo avisos automáticos, permisos previos y control de exportación, etc., y que puede verificar y dar seguimiento a los términos, condiciones y utilización de los avisos automáticos y permisos previos, conforme a los procedimientos, criterios y disposiciones aplicables y, en su caso, emitir las resoluciones necesarias para su cumplimiento.

Es decir, del texto del Reglamento se desprende la diferencia entre un aviso y un permiso, por lo que debe de considerarse que es una falacia de la falsa analogía, la aplicación del criterio de la autoridad, dado que no se pueden equiparar los dos, siendo que la autoridad puede emitir tanto los avisos automáticos como los permisos previos. Y en otro aspecto, también se debía aplicar, en favor del profesionista, la interpretación literal de la ley, esto es, argumento del lenguaje común (que apela al significado ordinario de las palabras y a las reglas gramaticales comúnmente aceptadas), pero no colmar lo no establecido en la norma jurídica⁴⁰.

⁴⁰ Atienza, Manuel, *op. cit.*, p. 218.

III. LA VULNERACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El principio de legalidad contemplado en el Artículo 16 constitucional, es el que mayor protección imparte al gobernado, toda vez que, dentro del orden jurídico protege todo el sistema de derecho objetivo de México, desde la Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso⁴¹.

Por lo que el principio de legalidad contemplado en el Artículo 16 constitucional, refiere que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les faculta, y que los actos de autoridad deben contener una debida fundamentación y motivación, entendiéndose por lo primero que, ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas, del referido numeral 16 de la Carta Magna.

Como excepciones al principio de legalidad, se establecen: a) el otorgamiento de facultades discrecionales, en razón de las cuales la autoridad administrativa puede apreciar libremente las condiciones para emitir su acto; y b) la facultad que se otorga al presidente de la República para legislar, en términos del Artículo 29, 73, fracción XIV, y 131, párrafo segundo de la Constitución⁴².

Es decir, hay un poder discrecional para la autoridad, cuando la ley o reglamento previene cierta competencia para que esta pueda decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe de obrar, y qué contenido va a dar en su actuación⁴³, además se dota al ejecutivo federal para que actúe cuando se trate de casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualquiera que ponga en peligro a la sociedad; para levantar y sostener a las instituciones armadas de la Unión, ejército, marina de guerra y fuerza aérea nacionales, y para reglamentar su organización y servicio.

⁴¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 1995, p. 601.

⁴² Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *Elementos de Derecho Administrativo, Primer Curso*, México, Limusa, 2007, p. 62.

⁴³ Fraga, Gabino, *op. cit.*, p. 100.

Finalmente, en materia aduanera, se dota al presidente de la República, para que pueda aumentar, disminuir o suprimir las cuotas o tarifas de exportación e importación, debido a razones de política económica, esto es, para defender la economía nacional de fluctuaciones de precios en el comercio exterior⁴⁴.

Sin embargo, en el caso estamos ante una facultad reglada, que refiere a que la autoridad debe cumplir con la ley, que aquí lo es el Artículo 16 constitucional y, por ende, debe fundar y motivar de manera correcta sus actos, entendiéndose por lo primero a la exigencia de que se cite el precepto legal que sirve de apoyo y por lo segundo, cuando se ha comprobado la existencia objetiva de los antecedentes previstos por la ley, y ellos son suficientes para provocar el acto realizado⁴⁵.

Por lo anterior sostenemos que, el cancelar la patente de agente aduanal, por no presentar adjunto al pedimento aduanero, un aviso automático de exportación, fundado el acto en el Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, vulnera directamente el invocado Artículo 16 de la Carta Magna, que en su primer párrafo, contempla la obligación por parte de las autoridades fiscales o administrativas, de emitir sus actos con la debida cita de los preceptos que le otorguen competencia para actuar, debiendo de estar debidamente fundados y motivados.

Si la cancelación de la patente por omitir presentar en el despacho aduanero de la mercancía, un aviso automático de exportación, que no se contempla textualmente en la Ley Aduanera, y se equipara al permiso previo de importación de mercancías, por interpretación dogmática de la autoridad, vulnera el principio de legalidad en perjuicio del agente aduanal, dado que la autoridad funda su acto de sanción en el Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera.

El referido principio debe prevalecer y salvaguardarse por los órganos jurisdiccionales, dado que los actos arbitrarios en el sentido jurídico del concepto, o sea, actos que no se apoyen en una norma legal o reglamentaria, la violación a la garantía de legalidad es evidente⁴⁶.

Para esclarecer la interpretación del Artículo 16 constitucional, tenemos dos tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las que se define el principio de legalidad.

⁴⁴ De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa, 2001, p. 269.

⁴⁵ Garza, Servando J., *op. cit.*, pp. 154-155.

⁴⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, pp. 610-611.

La primera de dichas tesis jurisprudenciales señala que, las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite⁴⁷, siendo un criterio que se ha seguido por los tribunales jurisdiccionales de manera reiterativa, y la segunda abunda en que es un principio general de Derecho Constitucional, universalmente admitido, el hecho de que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite⁴⁸.

También se regula el principio de legalidad, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante jurisprudencia, en la que ha definido el principio de legalidad, interpretando el Artículo 16 constitucional, en el sentido de que todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado.

Señalando el máximo Tribunal del país que, de acuerdo con el Artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas⁴⁹.

Como se ha indicado, todo acto de autoridad debe estar debidamente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso, situación que, al cancelar la patente a un agente aduanal, por no adjuntar al pedimento aduanero un aviso automático de exportación, viola el Artículo 16 constitucional, ya que el numeral 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, no es aplicable como fundamento legal.

Por lo tanto, la motivación de la aludida cancelación de la patente de agente es indebida, ya que no se apreciaron correctamente las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que haya tenido en consideración la autoridad aduanera para la emisión del acto, pues no existe adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

⁴⁷ Registro 46, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Apéndice 1975, octava parte, Pleno y Salas, p. 89: "AUTORIDADES".

⁴⁸ Registro digital 810781, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XV, p. 250: "AUTORIDADES".

⁴⁹ Registro digital 238212, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 97-102, Tercera Parte, p. 143: "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN".

De manera ilustrativa, y desde el punto de vista jurisdiccional y práctico, tenemos que uno de los asuntos llevados a juicio contencioso administrativo federal, por un agente aduanal referente a la cancelación de su patente, por no adjuntar en un despacho aduanero de mercancías, un aviso automático de exportación, fue resuelto en sentencia definitiva de fecha 4 de abril de 2016, por la Segunda Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, con sede en San Pedro Garza García, Nuevo León⁵⁰.

Que es el órgano jurisdiccional competente para conocer de supuestos de cancelación de patente de agentes aduanales, conforme lo dispone el Artículo 3o., fracciones V y XIX de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en relación con el Artículo 203 de la Ley Aduanera.

En dicho juicio se aplicó el principio de legalidad en favor del agente aduanal, debido a que la hipótesis no se surtía en la especie, declarando la nulidad lisa y llana del acto de autoridad en el que se canceló la patente. No hay delito sin un hecho u omisión que no está tipificado por alguna ley⁵¹. El cual también es un principio general del Derecho.

Combatiendo el acto de autoridad, en el que se canceló la patente por los motivos antes señalados, esto es, equiparando gramaticalmente un permiso y un aviso, ello conforme el numeral 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, de ahí que se haya sostenido que violó flagrantemente el principio de legalidad, ya que no se consideró que son distintos documentos y sin que la autoridad aduanera aplicara, como se ha dicho, un argumento de falsa analogía pues no está contemplado por la ley, como sancionable, y por ende se violaba el Artículo 16 constitucional.

Este fallo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa tiene la calidad de sentencia interpretativa desestimatoria, que es cuando un tribunal evita declarar la inconstitucionalidad de una disposición, pero la interpreta conforme a la Constitución⁵², pues en todo momento se protegieron los derechos del accionante, conforme el principio de legalidad contemplado en el Artículo 16 constitucional, situación que en la especie aconteció.

⁵⁰ Juicio Contencioso Administrativo Federal, Expediente 92/16-EC2-01-2.

⁵¹ De la Garza, Sergio Francisco, *op. cit.*, p. 912.

⁵² Cárdenas Gracia, Jaime, *Op. Cit.*, p. 83.

Además de que dio lugar a una tesis jurisprudencial publicada en la Revista de dicho tribunal, con la cual se orienta a los gobernados y se fija el criterio de la Sala al respecto, ya que se trata de un precedente, entendiéndose por este a los criterios interpretativos que han emitido los órganos jurisdiccionales en la resolución de casos iguales o semejantes⁵³.

De tal sentencia emanó una tesis en la que fui partícipe en cuanto al estudio del fondo de asunto, visible en la Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, misma que fue enviada a la publicación de dicho órgano jurisdiccional, y que fue difundida como criterio jurisdiccional, que a la letra señala:

VII-CASE-EC2-1

CANCELACIÓN DE PATENTE DE AGENTE ADUANAL. NO PROCEDE CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 165, FRACCIÓN II, INCISO B), DE LA LEY ADUANERA, CUANDO LO QUE OMITA DICHO AGENTE SEA UN AVISO AUTOMÁTICO DE EXPORTACIÓN, YA QUE SU NATURALEZA ES DIFERENTE A LA DE UN PERMISO PREVIO, AMBOS EXPEDIDOS POR LA SECRETARÍA DE ECONOMÍA.- De conformidad con el Acuerdo por el que la Secretaría de Economía emite reglas y criterios de carácter general en materia de Comercio Exterior, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 31 de diciembre de 2012, Capítulo 2.2., punto 2.2.1. y su Anexo 2.2.1., puntos 7 y 8, debe de diferenciarse para las operaciones de exportación, cuando las mercancías se sujetan a la presentación de un "aviso automático" de exportación ante la Secretaría de Economía, para efectos de monitoreo estadístico comercial, de los tomates "cherry" y los demás tomates (como lo es el bola), exceptuando dicho numeral el tomate de cáscara o tomatillo comúnmente conocido como tomate verde; y cuando debe de presentarse un "permiso previo" de exportación, a las mercancías comprendidas en las fracciones arancelarias de la Tarifa, descritas en tal anexo, como lo son las gasolinas, aceites, butanos, ceras, etc. Por lo que de la interpretación armónica del acuerdo y anexo en cita que es de observancia obligatoria, sí se contemplan diferencias entre un "aviso automático" y un "permiso previo" para la exportación de mercancías, de ahí que no proceda la cancelación de una patente de Agente Aduanal, cuando la autoridad se base en lo establecido por el Artículo 165, fracción II, inciso b), de la Ley Aduanera, al haber omitido presentar el "permiso automático", y se trate en

⁵³ Moral Soriano, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 122.

realidad de exportación de tomates, que están sujetos a un “aviso automático” para efectos de monitoreo estadístico comercial.

Juicio Contencioso Administrativo. Núm. 92/16-EC2-01-2.- Resuelto por la Segunda Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el 4 de abril de 2016, por unanimidad de votos. - Magistrado Instructor: Rubén Rocha Rivera. - Secretario: Lic. Mario Rodríguez Junco.

R.T.F.J.A. Octava Época, Año V, No. 46, septiembre de 2020, p. 403.

Ahí en tal fallo se resolvió que, de conformidad con el Acuerdo por el que la Secretaría de Economía emite reglas y criterios de carácter general en materia de Comercio Exterior, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 31 de diciembre de 2012, Capítulo 2.2., punto 2.2.1. y su Anexo 2.2.1., puntos 7 y 8, debe de diferenciarse para las operaciones de exportación, cuando las mercancías se sujetan a la presentación de un “aviso automático” de exportación ante la Secretaría de Economía, para efectos de monitoreo estadístico comercial, de los tomates “cherry” y los demás tomates (como lo es el bola), exceptuando dicho numeral el tomate de cáscara o tomatillo comúnmente conocido como tomate verde, y cuando debe de presentarse un “permiso previo” de exportación, a las mercancías comprendidas en las fracciones arancelarias de la Tarifa, descritas en tal anexo, como lo son las gasolinas, aceites, butanos, ceras, etc.

Haciéndose una interpretación armónica del Acuerdo y anexo en cita que es de observancia obligatoria, sí se contemplan diferencias entre un “aviso automático” y un “permiso previo” para la exportación de mercancías, de ahí que no proceda la cancelación de una patente de agente aduanal, cuando la autoridad se base en lo establecido por el Artículo 165, fracción II, inciso b), de la Ley Aduanera, al haber omitido presentar el “permiso automático”, y se trate en realidad de exportación de tomates, que están sujetos a un “aviso automático” para efectos de monitoreo estadístico comercial.

En la sentencia de la cual emana el anterior criterio, la entonces Administración Central de Normatividad Aduanera de la Administración General de Aduanas del Servicio de Administración Tributaria, canceló la patente de agente aduanal, dentro del procedimiento administrativo, sin aplicar correctamente el Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, en relación con el Acuerdo por el que la

Secretaría de Economía emite Reglas y Criterios de Carácter General en Materia de Comercio Exterior, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 2012, vigente cuando sucedieron los hechos, Capítulo 2.2., punto 2.2.1. y su Anexo 2.2.1. dado que en el título “Permisos previos y avisos automáticos”, regulan que se sujetarán al requisito de permiso previo de importación y de exportación y aviso automático por parte de la Secretaría de Economía, las mercancías comprendidas en las fracciones arancelarias de la Tarifa de conformidad con lo establecido en el Anexo en cita.

Tenemos que, en esencia, el permiso previo por parte de la Secretaría de Economía, es para mercancías del régimen aduanero de importación definitiva, importación temporal, depósito fiscal, elaboración, transformación o reparación en recinto fiscalizado y recinto fiscalizado estratégico.

Esto es, cuando la mercancía se introduce al país y los bienes sean: aceites crudos de petróleo, gasolina para aviones, gasoil, fueloil, turbosina, propano, butano, equipos anticontaminantes y sus partes, neumáticos o llantas de los tipos utilizados en vehículos para el transporte en carretera de pasajeros o mercancía, incluyendo tractores, artículos de prendería, cuando las empresas se ajusten a los lineamientos establecidos por las Secretarías de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y de Economía.

Asimismo, se incluye la maquinaria, equipo, instrumentos, materiales, animales, plantas y demás artículos para investigación o desarrollos tecnológicos, cuando los centros públicos de investigación, universidades públicas y privadas, instituciones de investigación científica y tecnológica, personas físicas y morales, inscritos en el Registro Nacional de Instituciones y Empresas Científicas y Tecnológicas, se sujeten a los lineamientos establecidos por la Secretaría de Economía y el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, diamantes en bruto o simplemente aserrados, exfoliados o desbastados.

E igualmente se contempla para Mercancías en el Programa de Promoción Sectorial de la industria eléctrica, electrónica, del mueble, del juguete, del calzado, minera y metalúrgica, de bienes de capital, fotográfica, de maquinaria agrícola, química, manufacturas del caucho, siderúrgica, farmoquímicos, medicamentos y equipo médico, del transporte, del papel y del cartón, de la madera, cuero y pieles, automotriz y autopartes, textil y de confección, Promoción Sec-

torial de la industria de chocolates, dulces y similares, del café, hilados, industria alimentaria.

También se necesita la tramitación del permiso previo de importación por parte de la Secretaría de Economía para las mercancías, cuando se destinen al régimen aduanero de importación definitiva y sean originarias y procedentes de Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, Perú, Panamá o Paraguay, importadas al amparo de un Acuerdo de Alcance Parcial negociado conforme al Tratado de Montevideo 1980, y que sean las siguientes: leche en polvo o en pastillas, leche evaporada, frijol blanco, frijol negro, fresas, trigo, maíz amarillo, blanco, grasas aceites, animales, carnauba, chicles y demás gomas de mascar, incluso recubiertos de azúcar, tabacos, cigarros, cigarrillos, etc.

Por otra parte, tratándose de operaciones de exportación, definitiva o temporal, retorno al país en el mismo estado, y para elaboración, transformación o reparación, se necesita permiso previo por parte de la Secretaría de Economía, de las mercancías consistentes en: gasolinas, gasoil, fueloil, aceite parafínico, turbosina, propano, butano, parafina y ceras, los diamantes, minerales de hierro y sus concentrados, incluidas las piritas de hierro tostadas (cenizas de piritas).

Siendo que el numeral "8" del Anexo 2.2.1., se sujetan a la presentación de un aviso automático de exportación ante la Secretaría de Economía, la exportación definitiva de las mercancías consistentes en: tomates "cherry", los demás tomates (como el tomate bola) excepto tomate de cáscara o tomatillo (comúnmente conocido como tomate verde), señalando que es para efectos de monitoreo estadístico comercial de las mercancías, es decir, solo es para esto.

En esa sentencia, la Segunda Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior y Sala Auxiliar, concluyó lo mencionado, ya que el Acuerdo emitido por la Secretaría de Economía, en el cual emite reglas y criterios de carácter general en materia de Comercio Exterior, concretamente para las operaciones de exportación, como lo fue el caso de las realizadas por agente aduanal de "tomate bola", clasificado en la fracción arancelaria 0702.00.99, punto "8", se sujeta a la presentación de un aviso de exportación de la Secretaría de Economía, sólo para efectos de monitoreo estadístico comercial, a los tomates "cherry" y los demás tomates, como lo es el tomate bola.

Añadió la Sala que si se advierte el numeral "7" del invocado anexo, se sujetan al requisito de "permiso previo" de exportación por parte de la Secretaría de

Economía, a las mercancías comprendidas en las fracciones arancelarias de la Tarifa descritas en tal numeral, como los son las gasolinas, aceites, butanos, ceras, etc., debe decirse que tal Acuerdo, que es de observancia obligatoria, sí contempla diferencias entre un “permiso” y un “aviso” automático, que en el caso de los tomates es para efectos de monitoreo estadístico comercial en las exportaciones de los mismos.

Por lo tanto, ahora podemos advertir que la Sala aplicó, en beneficio del agente aduanal que exportó tomates en el caso de mérito, el principio de legalidad, que a su vez la autoridad aduanera no había respetado, y que está contemplado en el Artículo 16 constitucional, en cuanto a la determinación o argumentación falaz de la autoridad.

En otro aspecto, también referente al tema, advertimos la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que define que el principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, es aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, añadiendo que el aludido principio, junto con el de reserva de ley, integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, y que se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

Dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción, supone en todo caso la presencia de una *lex certa*, que quiere decir ley clara, que determine de manera concisa y precisa las características de los hechos objetos de sanción y sus correspondientes consecuencias punitivas⁵⁴.

Que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones, que debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que se pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma.

Toda vez que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y dada la unidad de esta, en la

⁵⁴ De Toledo y Ubieta, E. Octavio, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, pp. 321-324.

interpretación constitucional de los principios del Derecho Administrativo Sancionador debe acudirse al aducido principio de tipicidad.

Principio normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas, de modo tal que, si cierta disposición administrativa establece una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar esta por analogía o por mayoría de razón.

La jurisprudencia que regula el principio de legalidad en comento señala medularmente que el principio de tipicidad, junto con el de reserva de ley, integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

En otras palabras, dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción; supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones.

En este orden de ideas, debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma.

Que toda vez que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y dada la unidad de esta, en la interpretación constitucional de los principios del Derecho Administrativo Sancionador debe acudirse al aducido principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas, de modo tal que si cierta disposición administrativa establece una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar esta por analogía o por mayoría de razón⁵⁵.

⁵⁵ Registro digital 174326, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1667.

Referente al principio de reserva de ley en materia de sanciones administrativas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido que el Derecho Administrativo Sancionador participa de la naturaleza del Derecho Punitivo, por lo que cobra aplicación el principio de legalidad contenido en el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que exige que las infracciones y las sanciones deben estar plasmadas en una ley, tanto en sentido formal como material, lo que implica que sólo esa fuente democrática es apta para la producción jurídica de ese tipo de normas.

Tesis del máximo Tribunal del país que abunda, al indicar que el legislador deba definir los elementos normativos de forma clara y precisa para permitir una actualización de las hipótesis previsible y controlable por las partes. Ahora bien, para determinar el alcance de su aplicación, hay que considerar que el fin del principio es doble, ya que, en primer lugar, debe garantizarse la seguridad jurídica de las personas en dos dimensiones: i) para permitir la previsibilidad de las consecuencias de los actos propios y, por tanto, la planeación de la vida cotidiana; y, ii) para proscribir la arbitrariedad de la autoridad para sancionar a las personas; y, en segundo lugar, preservar al proceso legislativo como sede de creación de los marcos regulatorios generales y, por ende, de la política punitiva administrativa.

Continúa señalando que, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó un entendimiento evolutivo, concluyendo que ninguna de las dos finalidades cancela la posibilidad de que la autoridad administrativa desarrolle ciertas facultades de apreciación al ejercer sus potestades de creación normativa en este ámbito, cuyo alcance se determina de acuerdo con las necesidades de la función regulatoria del Estado en cada época.

Así, lo relevante desde la perspectiva de la seguridad jurídica, es adoptar un parámetro de control material y cualitativo que busque constatar que la conducta infractora, como está regulada, ofrece una predeterminación inteligible; desde el principio democrático de reserva de ley, se reconoce la posibilidad del legislador de prever formas de participación de órganos administrativos o del ejecutivo para desarrollar una regulación especializada y técnica sobre temas constitucionalmente relevantes, siempre que el proceso democrático haga explícita esa voluntad de delegación y preserve su control mediante la generación de lineamientos de política legislativa que la autoridad administrativa debe cumplir, tanto en la emisión de

normas, como en los actos de aplicación, lo que permite el reconocimiento de un ámbito de proyección de espacios regulatorios adaptables a cada época⁵⁶.

En este caso, debe de advertirse el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo⁵⁷, observando el principio de legalidad contemplado en el Artículo 16 de la Carta Magna, y que se comience a actuar por parte de las autoridades en contra del llamado positivismo jurídico, lo que hace más justo el interpretar el principio *pro persona* de la ley.

En efecto, sobre tal principio *pro persona*, la Doctora Gabriela Ríos Granados, en su obra, sostiene que mediante él se aplica la norma más favorable al contribuyente y menos restrictiva del ejercicio de un derecho, no importa su jerarquía normativa, es así que en nuestro sistema tributario se encuentra un nuevo paradigma, el cual obligará a los operadores jurídicos a aplicar en beneficio del contribuyente la norma que otorgue mayor protección, no importando si se trata de la norma constitucional o convencional⁵⁸.

Se debe advertir el cambio de paradigmas a raíz de la reforma a la Constitución, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, y del caso Radilla⁵⁹, al garantizar la aplicación de la ley en concordancia con los derechos fundamentales y, según se trate, la inaplicación de la norma, si se actualiza en la especie el control difuso.

Dicho control difuso, en nuestro ámbito de estudio, lo podemos esquematizar, cuando un agente aduanal comparece a promover juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en contra de un acto de cancelación de su patente, pudiéndose considerar que existe colisión entre la norma secundaria que sería el Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, y el principio de legalidad protegido por el Artículo 16 de la Constitución.

Por lo que el gobernado sometido a la cancelación de la patente de agente aduanal, puede solicitar en un juicio que se desaplique el primer numeral en cita

⁵⁶ Registro digital 2007407, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 10, septiembre de 2014, t. I, p. 573.

⁵⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

⁵⁸ Ríos Granados, Gabriela, *Derechos humanos de los contribuyentes a la luz del Artículo 31, fracción IV constitucional y de las convenciones internacionales sobre derechos humanos*, México, 2014, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 4.

⁵⁹ Expediente varios 912/2010, resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso Rosendo Radilla.

en su persona, y sin que el Tribunal expulse la citada norma del orden jurídico por considerarse contraria al principio en cita, pues ello solamente puede realizarlo los órganos de control constitucional, a través del control concentrado de la constitucionalidad.

En consecuencia, concluimos que si la autoridad cancela la patente de agente aduanal, por omitir presentar en el despacho aduanero de la mercancía un aviso automático de exportación, que no se contempla textualmente el Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, y se equipara al permiso previo de importación de mercancías, debe concluirse que se violenta en perjuicio del profesionista, el Artículo 16 constitucional, por indebida fundamentación y motivación del acto, toda vez que dicha conducta no es sancionable.

IV. LA VULNERACIÓN CONFORME AL CÓDIGO FISCAL Y LA LEY ADUANERA

El principio de legalidad dentro del Código Fiscal de la Federación, cuya última reforma, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de abril de 2021, lo encontramos en lo establecido por el numeral 38, que regula que los actos administrativos que se deban notificar deberán tener, por lo menos ciertos requisitos⁶⁰.

Como se desprende de lo anterior, tenemos que el Artículo 38, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación, obliga a la autoridad a que el acto de autoridad contenga el requisito de estar fundado, motivado y expresar la resolución, objeto o propósito de que se trate, que como se ha sostenido, la fundamentación de un acto, es el precepto o preceptos aplicables y la motivación, son las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que haya tenido en consideración la autoridad para la emisión del acto.

En caso de que se trate de una operación de la exportación definitiva de mercancías consistentes en tomates “cherry”, y los demás tomates, como el tomate bola, excepto tomate de cáscara o tomatillo (comúnmente conocido como

⁶⁰ Constar por escrito en documento impreso o digital; señalar la autoridad que lo emite; señalar lugar y fecha de emisión; estar fundado, motivado y expresar la resolución, objeto o propósito de que se trate; ostentar la firma del funcionario competente. En el caso de resoluciones administrativas que consten en documentos digitales, deberán contener la firma electrónica avanzada del funcionario competente, la que tendrá el mismo valor que la firma autógrafa, y señalar el nombre o nombres de las personas a las que vaya dirigido.

tomate verde), consideramos que existe vulneración al Artículo 38, fracción IV del Código Fiscal de la Federación, dado que la autoridad al cancelarle la patente al agente aduanal por no adjuntar al pedimento aduanero un aviso automático de exportación, viola el contenido de tal numeral.

Ya que el diverso precepto 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, no es aplicable como fundamento legal, y, por lo tanto, la cancelación de la patente de agente aduanal contiene un indebida motivación, ya que no se apreciaron correctamente las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que haya tenido en consideración la autoridad aduanera para la emisión del acto, pues no existe adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, dado que no es aplicable el Artículo 165, fracción II, inciso b) invocado, que contempla el permiso de la autoridad.

Siendo que, para la exportación definitiva de los tomates, que fue lo que realizó el agente aduanal, sólo se debía de cumplir con un aviso, que es únicamente para efectos de monitoreo estadístico y comercial de las mercancías que se extraen del país, pero no con un permiso como si se tratara de los otros bienes descritos en líneas que anteceden.

De la misma manera existe vulneración al numeral 5o. del Código Fiscal de la Federación y, por ende, al principio de legalidad que debe contener el acto de autoridad, ya que el texto en cuestión señala que las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta.

Que se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa. Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. Y que a falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del Derecho Fiscal.

En ese sentido, la vulneración al invocado numeral, radica en que la autoridad debió de seguir el Artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, y percatarse de que las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta, y la aplicación se está realizado de manera amplia.

Esto es, al cancelarle la patente al agente aduanal por no adjuntar al pedimento aduanero un aviso automático de exportación, cuando la Ley Aduanera, en su Artículo 165, fracción II, inciso b), sólo contempla como hipótesis de la cancelación la omisión del permiso previo de importación, no está aplicando de manera estricta la Ley, y por ende vulnera el principio de legalidad.

También el Tribunal Federal de Justicia Administrativa definió dicho principio en la tesis interpretativa del Artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, en cuanto a que conforme a lo establecido en el citado precepto, para desentrañar el alcance de lo dispuesto en las normas que establecen el sujeto, objeto, base, tasa o tarifa de una contribución y las excepciones a esta, así como las que fijan las infracciones y sanciones, las respectivas hipótesis jurídicas deben aplicarse en forma estricta, pues por su peculiar repercusión a la esfera jurídica de los gobernados, constituyen auténticas normas de excepción que conforman regímenes jurídicos especiales, donde sólo los sujetos que realizan el hecho imponible deben contribuir al gasto público, y las infracciones y sanciones deben estar expresamente previstas en ley, sin que sea válido realizar una aplicación extensiva o restrictiva de las respectivas leyes⁶¹.

También la tesis citada con antelación, nos señala que en caso de que no se acate la aplicación estricta de la ley, se declarará la nulidad lisa y llana de la resolución combatida en términos del Artículo 238, fracción IV del Código Fiscal de la Federación, numeral que dejó de tener vigencia con la publicación de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el 1 de diciembre de 2005, que ahora es el Artículo 51, fracción IV, y que medularmente es el mismo texto, que regula que es causal de nulidad por ilegalidad del acto de autoridad, si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

Dicho precepto 5o. del Código Fiscal de la Federación, salvaguarda el principio de legalidad a los particulares, imponiendo la obligación a las autoridades de respetar la aplicación estricta de las normas que determinen sanciones o infracciones a los mismos.

⁶¹ Tesis V-TASR-XXX-2150, *Revista del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, Quinta Época, Año VI, No. 69, septiembre de 2006, p. 142.

Al momento de aplicar el Código Fiscal de la Federación, lo realizamos por remisión expresa del Artículo 1o. de la Ley Aduanera, siendo que este se aplicará supletoriamente a lo dispuesto a la Ley, por lo cual deben de seguirse el principio de legalidad que contempla tanto el Artículo 5o., como el 38 del Código Fiscal de la Federación, cuando se aplique la Ley Aduanera, que en concreto es el Artículo 165, fracción II, inciso b), materia del presente trabajo.

Con dicha interpretación de leyes de manera concatenada, podemos decir que estamos ante el método de interpretación sistemática que atribuye a las normas contextualizándolas con otras normas jurídicas, ya sea con relación a una porción del ordenamiento jurídico, en relación con la totalidad del mismo o en vínculo con el sistema jurídico⁶².

Giovanni Tarello⁶³ ha definido dicho argumento como aquel por el que a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos debe atribuirse el significado establecido por el sistema jurídico, o bien, no debe atribuirse el significado prohibido por el sistema. De ahí la importancia de interpretar, de manera conjunta, la Constitución, la Ley Aduanera y el Código Fiscal de la Federación, con referencia al principio de legalidad.

V. CONCLUSIÓN

Como conclusión del presente texto, cuando la autoridad aduanera sanciona al agente aduanal por la falta de presentación de un aviso automático de exportación, equiparándolo con el permiso previo para importar mercancías, no está cumpliendo con el principio de legalidad, puesto que tiene la obligación de ajustarse al método de interpretación declarativa que se suele llamar literal o gramatical, que le atribuye a la norma su significado literal, es decir, el más inmediato –el significado *prima facie*– que es sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas.

Situación que no se realiza, toda vez que la autoridad aduanera viola el principio de legalidad, dado que al interpretar el Artículo 165 de la Ley Aduanera, no utilizó en beneficio del gobernado, la aludida interpretación literal o gramatical de la Ley, pues en la especie resuelve que un permiso es igual a un aviso.

⁶² Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 78.

⁶³ Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 376.

Por lo que sostenemos que, el cancelar la patente de agente aduanal, por no presentar adjunto al pedimento aduanero, un aviso automático de exportación, fundando su acto en el Artículo 165, fracción II, inciso b) de la Ley Aduanera, vulnera directamente el invocado Artículo 16 de la Constitución, y el 38, fracción IV del Código Fiscal de la Federación, dado que es obligación de las autoridades fiscales o administrativas, emitir sus actos con la debida fundamentación y motivación.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ACOSTA ROCA, Felipe, *Nacimiento, constitución y administración de las agencias aduanales*, México, Ediciones Fiscales Isef, 2005.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ANAYA GONZÁLEZ, Alejandro, "El principio de legalidad penal desde la óptica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"; *Revista Internacional de Derechos Humanos*, número 8, 2018.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 2010.
- _____, *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 1995.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Curso básico de Argumentación Jurídica*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2020.
- _____, "Remover los dogmas"; *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 6, enero-junio de 2002, UNAM.
- CARVAJAL CONTRERAS, Máximo, *Derecho Aduanero*, México, Porrúa, 1997.
- CISNEROS GARCÍA, Juan Rabindrana, *Derecho Aduanero Mexicano*, México, Porrúa, 2019.
- DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa, 2001.
- DE TOLEDO Y UBIETO, E. Octavio, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *Elementos de Derecho Administrativo, Primer Curso*, México, Limusa, 2007.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2002.
- GARZA, Servando J., *Las garantías constitucionales en el Derecho Tributario Mexicano*, México, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, 2002.

- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IIJ-UNAM-Porrúa, 1989.
- LOMELÍ CERREZO, Margarita, *El poder sancionador de la Administración Pública en materia fiscal*, México, Compañía Editorial Continental, S.A, 1961.
- LÓPEZVILLA, Juan Raúl, *Comercio Exterior y Derecho Aduanero*, México, Sicco, 1997.
- MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- MORESO i MATEOS, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*, Madrid, UOC, 2012.
- OLIVO AMORÓS, Humberto, *El agente aduanal en México*, Tesis Profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho, México, UNAM, 1966.
- REYES HORTA, Miguel Ángel, *El principio de legalidad como medio legitimador del poder y los derechos humanos*, Tesis Profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho, México, UNAM, 2016.
- RHODE PONCE, Andrés, *Derecho Aduanero Mexicano*, México, Ediciones Fiscales Isef, 2020, t. 1 y 2.
- RÍOS GRANADOS, Gabriela, *Derechos humanos de los contribuyentes a la luz del Artículo 31, fracción IV constitucional y de las convenciones internacionales sobre derechos humanos*, México, 2014, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- SARABIA DÍAZ, Carlos C., *El agente aduanal*, México, Xtrategas, 2016.
- TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Madrid, Ariel Letras, 2019.
- WITKER, Jorge, *Derecho Tributario Aduanero*, México, UNAM, 1999.

2. Sitios de Internet

<https://www.rae.es/>

<https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>.

<https://www.tfja.gob.mx/aps-tfja/sctj/>.

Análisis del Amparo Directo en Revisión 2666/2020 como precedente judicial sobre el derecho de las víctimas a la reparación de daño y su aplicación en materia fiscal

Pedro Alejandro FERRAL CID¹

Sumario

I. *Introducción*. II. *Reparación del daño, Amparo Directo en Revisión 2666/2020*. III. *Reparación del daño, aplicación en materia fiscal*. IV. *La SHCP como víctima del delito*. V. *Reparación del daño*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes de información*.

Resumen

El precedente judicial 2666/2020² sobre el derecho de las víctimas a la reparación del daño, de acuerdo con la Ley de Amparo, debe sentar las bases, criterios o guías interpretativas necesarias, para que otros jueces puedan resolver asuntos futuros, con base en el principio anglosajón *stare decisis*, de esta forma, las interpretaciones presentes servirán para casos posteriores y, además, permitirán responder a las nuevas circunstancias del mundo cambiante, sobreponiéndose sobre cuestiones constitucionales tanto nacionales como internacionales.

Surge así el cuestionamiento si, ¿dicho precedente será aplicable también a la materia fiscal?

Abstract

Judicial precedent 2666/2020 on the right of victims to reparation for damage, in accordance with the Amparo Law, must establish the necessary bases, criteria or interpretative guides, so that other judges can resolve future issues based on the principle Anglo-Saxon *stare decisis*, in this way the present interpretations will serve for later cases and will also allow responding to the new circumstances of the changing world, overlapping both national and international constitutional issues. Does this raise the question of whether said precedent will also be applicable to tax matters?

¹ Abogado fiscal corporativo con 25 años de experiencia. Socio Fundador del Despacho MFB Asesores Corporativos, S.C. Con estudios de: Licenciatura en Derecho por la UNAM; Maestría en Derecho Fiscal y Administrativo por la Barra Nacional de Abogados; Especialista en Derecho Constitucional por la UNAM; y Doctorante por el Centro Carbonell.

² *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 4, agosto de 2021, t. IV, p. 3483, Registro digital 44105.

Palabras Clave

Derechos humanos. Víctima. Delito. Reparación del daño. Autoridades fiscales. Condena. Taxatividad.

Key Words

Human rights. Victim. Crime. Damage Repair. Fiscal authorities. Sentence. Taxativity.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque el *precedente judicial* ha sido incorporado en nuestra reforma constitucional de 11 de marzo de 2021, la sentencia emitida por la Primera Sala, por el Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, es considerada como el primer precedente judicial con número de registro 44105, de la Undécima Época, que se enfoca en resolver tres puntos torales:

1. El análisis del Artículo 30, párrafo primero del Código Penal del Estado de México (CP Edo Mex), en cuanto a si limita el derecho de las víctimas a recibir una reparación del daño;
2. Se analiza el Artículo 204 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), si viola los principios de seguridad y certeza jurídica al establecer como oposición para la procedencia del procedimiento abreviado, que no se está de acuerdo con el monto de la reparación de daño;
3. Se analiza si viola la característica de oralidad y principios de inmediación, publicidad y contradicción del proceso penal acusatorio, el Artículo 476 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) cuando establece los supuestos para llevar a cabo la audiencia de alegatos aclaratorios sobre los agravios.

En el presente trabajo analizaremos el precedente judicial sobre el primer punto de la sentencia, conformado por el derecho de la víctima a recibir la reparación del daño y comparativamente su aplicación a la materia fiscal teniendo a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) como víctima u ofendido.

Como método de estudio, primero veremos los puntos esenciales de la sentencia del Amparo Directo en Revisión 2666/2020, sobre el derecho de las víctimas a la reparación del daño; posteriormente analizaremos, desde el Código Fiscal de la Federación (CFF), la equiparación como víctima u ofendido intentada por el legislador para con la SHCP y su deficiente reparación del daño, a efecto de determinar si el precedente también es aplicable a los delitos en materia fiscal contemplados en diverso Código.

II. REPARACIÓN DEL DAÑO, AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2666/2020

En cuanto al primer punto, la Primera Sala analizó el tema de la reparación del daño en materia penal, que es constitutiva de una pena o sanción pública impuesta al imputado mediante sentencia, cuya determinación y cuantificación se rige por los principios de integridad, efectividad y proporcionalidad aplicables.

De esta forma, su base es el Artículo 20³, apartado C, fracción IV, de la Constitución Federal, el cual establece que necesariamente debe darse lugar a una reparación del daño en el proceso penal, cumpliendo dos funciones: una social en carácter de pena; y una función privativa de resarcir la afectación ocasionada a la víctima del delito. Que se genera cuando se emite la sentencia condenatoria y constituye una pena que estima la responsabilidad del sujeto activo (responsabilidad subjetiva) y la responsabilidad civil (responsabilidad objetiva) y ausente el elemento subjetivo.

En diverso criterio, el Amparo Directo en Revisión 2384/2013, la Primera Sala resolvió que, la reparación del daño es una consecuencia jurídica para el sujeto responsable penalmente de la comisión de un delito, teniendo el Ministerio Público el solicitar se imponga la sanción y el órgano judicial está obligado a imponer con sustento en los hechos y circunstancias probadas en el juicio penal y que se sustenten en la propia sentencia.

El resarcimiento efectivo de la reparación del daño a favor del ofendido se sustenta en la Ley General de Víctimas, que contempla dentro de los puntos más importantes: como víctima a las personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico como consecuencia de la comisión de un delito. Teniendo como víctimas indirectas a los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella; la calidad de víctima se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos por la misma Ley, con independencia del resultado judicial; por daño, toda una serie de descripciones específicas con alcance desde la vida hasta la pérdida de bienes económicos presentes y futuros derivados precisamente de la comisión del delito; y por hecho victimizante, los actos u omisiones que dañan,

³ Artículo 20. "... La reparación del daño es una sanción aplicable por la comisión de delitos, cuya responsabilidad es atribuible a la persona declarada responsable de la comisión del hecho delictivo del que derive"

menoscaban o ponen en peligro los bienes jurídicos o derechos de una persona convirtiéndola en víctima.

En ese mismo sentido, la Ley General de Víctimas establece que las víctimas tienen derecho a un recurso judicial adecuado y efectivo, que se realice una debida investigación del delito, que el autor sea enjuiciado y a obtener una reparación del daño que debe ser de forma expedita, proporcional y justa en el proceso penal, pero la reparación tiene como características que debe ser oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño sufrido como consecuencia del delito.

Así, la reparación del daño, como pena pecuniaria, constituye la plena restitución, siempre que sea posible, consistente en el restablecimiento de la situación anterior a la comisión del delito y, de no ser posible, mediante la toma de medidas necesarias para reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, como es el pago de una indemnización como compensación.

Por lo tanto, la reparación del daño es distinto de la multa, y la primera no se fija de acuerdo con límites de montos mínimos y máximos de punibilidad, sino que depende de los hechos que se prueben durante las actuaciones judiciales y la imposición de la sanción de acuerdo a la conducta ilícita cometida, como serían la reparación material, moral, física o psicológica.

De este modo, la Primera Sala establece que se infieren las siguientes notas sustanciales de la reparación del daño: *a)* como sanción constituye una punición pública consistente en la devolución de la cosa con motivo de la comisión del delito o el pago de su precio, la indemnización del daño material y moral causado, y resarcimiento de los perjuicios derivados; *b)* la reparación será fijada por los jueces según el daño a reparar y de acuerdo con las pruebas del proceso; *c)* en delitos que afectan la vida y la integridad personal, el monto no podrá ser menor al que resulte de la aplicación de las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo; *d)* en caso de fallecimiento de la víctima, la reparación será para las personas que dependan económicamente de él o sus derechohabientes.

De esta forma, cuando analiza el Artículo 30, párrafo primero del CP Edo Mex, en el caso de lesiones y no existan pruebas que acrediten el daño causado, el juez para fijar el monto de la reparación, lo hará tomando como base el doble de la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo y el salario mínimo general más alto del Estado.

De igual forma, la Primera Sala, en el Amparo Directo en Revisión 4646/2014, analizó lo que se refiere al daño patrimonial o material y daño moral, entendiendo por el primero, en forma general, todas las pérdidas económicas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño, intereses patrimoniales. Por daño moral, como la lesión a un derecho, a un simple bien o interés de carácter no pecuniario, intereses extrapatrimoniales, pero en ambos casos pueden ser presentes o futuros.

Así, es necesario demostrar cuál es el grado de intensidad de la afectación o la entidad del daño, que cobra relevancia al momento de determinar la cuantía de la indemnización. Para poder llevar a cabo esta situación, es necesario considerar las reglas que fija el Artículo 26 del CP Edo Mex, cuando establece que la reparación del daño debe ser plena, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación del desarrollo integral de la víctima u ofendido, y según la naturaleza del delito de que se trate. Debe contemplar el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de cometerse el delito, así como la restitución del bien obtenido por el delito, el deterioro y menoscabo, o de los derechos afectados.

En el caso de las lesiones, deben tomarse en cuenta los gastos de los tratamientos que haya tenido la víctima como producto de la consecución del delito, así como la afectación laboral o escolar sufrida, todo de conformidad con los medios de prueba obtenidos durante el proceso.

Cuando se trate de supletoriedad conforme a la Ley Federal del Trabajo, la Primera Sala en el Amparo en Revisión 3166/2015, estableció que la misma se configura con los siguientes elementos: *a)* la norma penal que contiene la descripción de la conducta considerada como delito; *b)* la norma penal que establece las penas aplicables; y *c)* las restantes normas que comprenden consecuencias jurídicas de la actualización de los presupuestos jurídicos previamente enumerados, entre los que se encuentra la determinación de la pena por reparación del daño derivado de la comisión del delito.

En esos términos, la supletoriedad del Artículo 30, párrafo primero del CP Edo Mex, es conforme a la Ley Federal del Trabajo, y se presenta cuando no se encuentra acreditado en autos el monto del daño material. Fijado atendiendo a los salarios que deja de percibir la víctima, ya sea permanente o durante un tiempo determinado. De esta forma, el precepto citado debe leerse en conjunto con el

Artículo 26 del CP Edo Mex, con la finalidad de acatar lo establecido por la Constitución en su numeral 20 sobre la reparación del daño.

III. REPARACIÓN DE DAÑO, APLICACIÓN EN MATERIA FISCAL

El 17 de junio de 2016 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el Decreto por el que se reforman diversas disposiciones en materia penal, conocido como "Miscelánea Penal", dentro de las cuales se contempló al Artículo 92 del Código Fiscal de la Federación (CFF), que en la parte que nos interesa sobre nuestro estudio de la víctima (primer párrafo) y la reparación del daño (octavo párrafo) establece lo siguiente:

Texto anterior a la Reforma	Texto Vigente
<p>Artículo 92. Para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este Capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:</p>	<p>Artículo 92. La <i>Secretaría de Hacienda y Crédito Público</i> tendrá el carácter de víctima u ofendida en los procedimientos penales y juicios relacionados con delitos previstos en este Código. Los abogados hacendarios podrán actuar como asesores jurídicos dentro de dichos procedimientos.</p> <p><i>(Párrafo adicionado)</i></p> <p>Para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este Capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:</p>
<p>–Sin referencia–</p>	<p>Para efectos de la <i>condena a la reparación del daño</i>, la <i>autoridad competente</i> deberá considerar la <i>cuantificación</i> referida en este Artículo, incluyendo la <i>actualización</i> y los <i>recargos que hubiere determinado la autoridad fiscal</i> a la fecha en la que se dicte dicha condena.</p> <p><i>(Párrafo adicionado)</i></p>

Como observamos, en el primer párrafo, tenemos que la SHCP en los delitos fiscales y juicios relacionados al CFF, será considerada como *víctima u ofendida* y cuando se habla de la *reparación del daño*, la autoridad o juez deberá considerar el impuesto con su actualización y recargos, pero sobre la base determinada por la SHCP.

A partir de estos dos supuestos, es que ahora desarrollaremos la segunda parte del estudio, para determinar si la SHCP puede ser considerada como “*víctima*,” y posteriormente en la reparación del daño.

IV. LA SHCP COMO VÍCTIMA DEL DELITO

Que el legislador haya considerado a la SHCP como víctima u ofendida, estimo que desde el inicio crearon un conflicto entre leyes, como sería el propio CFF y la Ley General de Víctimas (LGV), que se adecúa al principio de taxatividad que, de acuerdo con la SCJN, impone al legislador la obligación de elaborar las normas penales con un grado de precisión razonable, pero no absoluta, de tal forma que no se incurra en arbitrariedad⁴.

De esta forma, señala Ponce, citando a Ferrajoli, que: “el principio de estricta legalidad, no basta con que los delitos y las penas estén previstos en una ley formal y material, sino que esta debe ser además suficientemente clara, precisa y taxativa, de tal suerte que sus destinatarios puedan conocer, con un grado de previsibilidad razonable, qué conductas están efectivamente prohibidas y cuáles no”⁵.

Partamos que, al darle a la SHCP la calidad de víctima se hace posible, por una parte, que pueda acudir al juicio de amparo cuando se trate de delitos fiscales, algo que estaba limitado por la jurisprudencia emitida por la Primera Sala⁶, que

⁴ Amparo Directo en Revisión 4503/2018, donde determinó que el elemento normativo “*persona detenida*” contenida en un tipo penal no genera inseguridad jurídica en sus destinatarios.

⁵ Ponce Núñez, Carlos G., y Kohn Espinosa, Guillermo, *Las garantías penales en el Derecho Constitucional Mexicano*, México, Centro de Estudios Constitucionales-SCJN-Tirant lo Blanch, 2023, p. 66.

⁶ Ver tesis 1a./J. 109/2005: “IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA CUANDO LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, EN SU CARÁCTER DE AUTORIDAD, RECLAMA DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN LA DETERMINACIÓN DE NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL,” registro 176988; y tesis 1a./J. 28/2014: “SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. NO TIENE EL CARÁCTER DE TERCERO PERJUDICADO EN EL JUICIO DE AMPARO CUANDO EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN EL AUTO DE TÉRMINO CONSTITUCIONAL DICTADO POR ALGUNO DE LOS DELITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 92, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN,” registro 2006530.

establecía la improcedencia de la autoridad hacendaria para acudir al juicio de amparo, aún cuando lo hiciera mediante la comparecencia ante el Ministerio Público, porque no lo hacía en carácter de particular sino de autoridad fiscal y al amparo de sus facultades establecidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Así, podríamos considerar que pudiera ser una cuestión primigenia dotar a la SHCP del carácter de víctima para que goce de una amplitud jurídica de protección más amplia a su actuación y, en consecuencia, tenga plena facultad de darle seguimiento a los delitos fiscales en el nuevo sistema acusatorio, al reconocerle su condición de sujeto procesal, pero, además, para que la SHCP sea sujeto de la reparación del daño como víctima a la emisión de la sentencia.

Sin embargo, se debe advertir que el legislador contempló a la institución como víctima u ofendida, pero jurídicamente deben de considerarse ambos términos distintos, ya que, en primer lugar, no puede ser víctima y tampoco podrá ser considerada como ofendida al no ser el titular de los bienes jurídicos tutelados en dichos delitos.

La víctima en el sistema acusatorio es uno de los elementos del delito –se trata de una persona física o moral– que sufre de la acción o de las consecuencias de la infracción. Pero de acuerdo con el desarrollo de la ciencia de la victimología, la víctima está enfocado a la persona jurídica –física o moral– que sufre el perjuicio, el daño o perjuicios derivados de la acción delictiva, con una connotación económica⁷.

Así cuando se analiza la LGV, en ella claramente se establece en su Artículo 4o., que se considera “*víctima directa*” a la *persona física*, que ha sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos. Considerando como “*víctima indirecta*” a los familiares o aquellas personas que tengan una relación inmediata con ella.

Cuando se habla de las personas jurídicas, *morales* o *colectivas*, considera el propio Artículo 4o. como tales solo a los *grupos, comunidades u organizacio-*

⁷ Márquez Cárdenas, Álvaro E., “La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIV, núm. 27, enero-junio de 2011, pp. 27-42. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, pp. 29-40. Revisado el 20 de enero 2023, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87619038003>.

nes sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

Como podemos observar, la LGV en ningún momento asimila o contempla como persona jurídica moral al Estado o a una institución federal como la SHCP como víctima. Esto tienen una razón importante de ser, ya que la víctima es considerada por la doctrina internacional como una persona –individual o colectiva– que se encuentra en desventaja y ha sufrido un daño físico, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal⁸.

Robustece el criterio anterior cuando Shelton⁹ cuestiona: ¿quién tiene derecho a reclamar una reparación? Y, ¿quién es considerado víctima? Sobre ese aspecto, en su capítulo séptimo señala que, víctima es toda persona cuyo derecho ha sido violado en los mismos términos que la Declaración de la ONU. Pero apunta que la identificación y/o reconocimiento de quiénes son víctimas no siempre resulta obvia, cuando se trate de conflictos armados, masacres o violaciones masivas. Considero que siempre hace alusión a las personas físicas ya sea en lo individual o colectivas, pero no así cuando se trate de un colectivo en referencia al Estado.

Esto tiene incluso una razón de ser, porque si analizamos el Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es precisamente el propio Estado, a cargo de sus autoridades y dentro del ámbito de sus competencias, quienes tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Así, es el Estado a quien le corresponde prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley y los tratados internacionales. Por tanto, cabe cuestionar, ¿cómo podemos estimar al Estado, como ente colectivo, al que se le han violado sus derechos fundamentales con la omisión de pago de impuestos por el sujeto pasivo,

⁸ Ver la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la ONU. Revisado el 25 de enero de 2023, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>.

⁹ Shelton, Dinah, *Remedies in international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2015: Part III, Procedural Issues, Chapter 7, Who may claim redress.

para que pueda ser considerado como víctima? Y entonces también surge otra disyuntiva, no tendría el Estado, mediante la SHCP, de cuidar y velar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos en atención al primero constitucional.

Cuestiones que no podríamos considerar a la SHCP como representante del Estado, en carácter de víctima, porque tiene los elementos económicos necesarios para actuar dentro del marco de sus atribuciones otorgadas por la Ley Orgánica, lo que le quita ese carácter.

Para confirmar lo anterior, en la propia LGV, en su Artículo 6o., fracción IX, se establece como *hecho victimizante* a los actos u omisiones que dañan, menoscaban o ponen en peligro los bienes jurídicos o derechos de una “persona” convirtiéndola en víctima. Donde nuevamente vuelve a hablar de la persona física –en lo individual– o colectiva en los términos establecidos en el Artículo 4o.

Por otra parte, tampoco puede ser considerada como ofendida, porque no es titular de las contribuciones omitidas, es decir, que las contribuciones no forman parte del patrimonio de la SHCP, sino que dicha institución es garante del sistema tributario, donde los bienes y otros derechos forman parte del patrimonio de la Nación¹⁰.

De esta manera, podemos llegar a una primera conclusión, la SHCP de ninguna manera puede ser considerada como víctima u ofendida con base en las consideraciones teóricas y legales analizadas con anterioridad y, en consecuencia, que el legislador la haya considerado en el Artículo 92 del CFF con dicho carácter, desde mi punto de vista, está violando el principio de Taxatividad, porque no define claramente su alcance y actuación dentro del proceso.

V. REPARACIÓN DEL DAÑO

Sobre la reparación del daño prevista en el Artículo 92 del CFF, entramos en una segunda disyuntiva legal, cuando se sostiene que, en la *condena a la reparación del daño*, la *autoridad competente* deberá considerar *la cuantificación* referida en este Artículo, incluyendo *la actualización y los recargos que hubiere determinado la autoridad fiscal* a la fecha en la que se dicte dicha condena.

¹⁰ Buitrón Pineda, Miguel, “La intervención de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los delitos fiscales. Desafíos y desequilibrio procesal”, en Ruiz Jiménez, César A. (coord.), *Derecho Tributario y derechos humanos. Diálogo en México y el mundo*, México, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 989-1017.

Primero, debemos observar que establece una figura de reparación del daño hacia una persona jurídica que no está claramente definida, o es víctima o es ofendido, pero en ambos casos, como ya quedó analizado, la SHCP no adquiere el carácter que se le ha asignado. Por lo tanto, si no adquiere el carácter de víctima, porque no se encuentra en estado de vulnerabilidad frente a su agresor y porque no se ve afectada en sus derechos fundamentales, entonces no tendría derecho a solicitar la reparación del daño.

Bajo la lógica de un sistema y proceso penal de corte acusatorio, la evolución progresiva de los derechos de las víctimas las coloca en un plano de igualdad procesal, y la interrogante en cuestión es, si la SHCP adquiere esa igualdad nada más por pura designación del legislador. Pero vemos que en el propio Artículo 92 reformado, la SHCP es quien apoyará con la averiguación mediante la integración de la documentación de hechos probablemente constitutivos de delitos fiscales, lo que se observa, es que en ningún momento adquiere un plano de igualdad o desigualdad procesal, sino más bien, tiene un carácter de superioridad al contar con la fuerza económica del Estado.

En segundo punto, ya vimos que, de acuerdo con la Primera Sala en el Amparo Directo en Revisión 4666/2020, se estableció como nota sustancial para la existencia de la reparación del daño que: a) constituye una sanción pública consistente en la devolución de la cosa con motivo de la comisión del delito o el pago de su precio, y b) debe de ser fijado por el juez, según el daño a reparar y las pruebas del proceso en la sentencia. Tenemos que la reparación del daño, de conformidad con el numeral 92 del CFF está determinada no por una interpretación del juez, sino por la determinación efectuada por la víctima, ya que es esta quien determina el impuesto a pagar con su actualización y recargos, de conformidad a lo establecido en el CFF y con sus pruebas aportadas, como se indica en la parte final del enunciado.

Luego, cuando se habla de la autoridad competente en el precepto 92, no se refiere enteramente al juez, quien deberá de imponer la sanción o la determinación de la cuantificación de la reparación del daño hasta la sentencia, sino hace referencia la SHCP quien determina el impuesto más su actualización y recargos, lo que hace violatorio el procedimiento de la determinación o cuantificación de la reparación del daño ya que no queda en manos del juez.

Debemos tomar en consideración que, de conformidad con el CFF, el contribuyente está obligado al pago del impuesto en los tiempos y condiciones que establece la disposición fiscal, pero no efectuar el pago –presentación de la declaración y el entero o pago– en los tiempos establecidos, la reparación para la hacienda pública es que las cantidades determinadas del impuesto se actualicen y causen recargos, lo que es equiparable a dicha reparación del daño, consistente en la integración o devolución de la cosa motivo de la comisión del delito. Además, están las sanciones impuestas, en multas, por infracción a las disposiciones legales aplicables.

Así, si el precepto 92 del CFF establece una reparación del daño cuando se emita la sentencia, considerando la figura como la sanción por la comisión del delito, estamos hablando que la norma no distingue si la reparación es: *a)* al impuesto inicial más su actualización y recargos, o *b)* si corresponde a una cantidad similar a la cantidad determinada en el inciso *a)*; y, en consecuencia, tanto el juez y/o la víctima –SCHP–, estaría imponiendo una doble sanción al infractor y con ello violando el principio de *non bis in idem*; recordando que el Artículo 26 del CP, establece que la reparación del daño debe ser plena, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación del desarrollo integral de la víctima u ofendido, y según la naturaleza del delito de que se trate.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Está de más explicar o redundar en lo analizado por la sentencia 4666/2020, que de forma clara y precisa atiende cada uno de los puntos desarrollados, indicando los supuestos jurídicos y principios resguardados sobre el derecho de la víctima a la reparación del daño, pero solo en lo concerniente a los delitos tipificados en el CP, no siendo aplicable para delitos fiscales.

SEGUNDA. Desde mi particular punto de vista, como abogado fiscal, no encuentro cómo el juzgador puede intentar igualar a la SCHP como víctima para hacerla acreedora a la reparación del daño, cuando hemos analizado que no tiene dicho carácter, tanto por cuestiones teóricas, como legislativas y prácticas, desde el momento en que nunca se encuentra en un plano de inferioridad frente al agresor.

TERCERA. Si bien es cierto que, debe existir una reparación con sustento en la penalidad impuesta al inculpado, esa cuantificación no queda sujeta al cri-

terio del juez ni mucho menos cuando se emita la sentencia, sino queda sujeta a la determinación del impuesto más actualización y recargos establecida por la víctima o SHCP.

CUARTA. La reparación del daño en materia de delitos fiscales, su cuantificación e imposición en los términos del Artículo 92 del CFF en relación con el CNPP y CP, debe ser hasta la imposición de la penalidad y no antes, por lo cual existe una confusión del término por parte del legislador, ya que pretende equiparar una sanción penal para el infractor que constituye una figura de derecho humano de la víctima, con una recuperación del impuesto que ya ha sido o está siendo ejercida por la SChP.

QUINTA. Finalmente, el Artículo 92 del CFF no resulta claro, pues no precisa si la reparación del daño es al impuesto omitido, o si corresponde a otra cantidad igual al impuesto omitido, más su actualización y recargos.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

BUITRÓN PINEDA, Miguel, "La intervención de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en los delitos fiscales. Desafíos y desequilibrio procesal", en RUIZ JIMÉNEZ, César A. (coord.), *Derecho Tributario y derechos humanos. Diálogo en México y el mundo*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., "La victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal", *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIV, núm. 27, enero-junio de 2011, pp. 27-42, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, pp. 29-40. Revisado el 20 de enero 2023, disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87619038003>.

PONCE NUÑEZ, Carlos G., y KOHN ESPINOSA, Guillermo, *Las garantías penales en el Derecho Constitucional Mexicano*, México, Centro de Estudios Constitucionales-SCJN-Tirant lo Blanch, 2023.

2. Otras

IUS SCJN, <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Revisado el 25 de enero de 2023, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse>.

¿Son las resoluciones expedidas por la autoridad fiscal en materia de reparto de utilidades competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa?

Abel Eliú ESCAMILLA LUGO¹

Sumario

I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Igualdad.* IV. *Acceso a la justicia.* V. *Medio de defensa ¿Laboral o administrativo?* VI. *Atribuciones del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.* VII. *Conclusión.* VIII. *Fuentes de información.*

Resumen

Desde que la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas (PTU) se instituyó en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se dispuso que aquellos podían formular sus objeciones ante la autoridad fiscal.

Tratándose de los trabajadores, la resolución del Servicio de Administración Tributaria (SAT) no es recurrible, como lo establece el Artículo 121, fracción III de la Ley Federal del Trabajo.

No obstante, a pesar de tal disposición, existen derechos humanos y constitucionales que deben respetarse en garantía de todos los gobernados. Por lo tanto, es imperativo conocer si efectivamente la re-

Abstract

Since the Participation of Workers in Company Profits (PTU) was instituted in the Political Constitution of the United Mexican States, it was provided that workers could formulate their objections before the tax authority.

In the case of workers, the resolution of the Tax Administration Service (SAT) is not appealable, as established in article 121, section III of the Federal Labor Law.

However, despite such provision, there are human and constitutional rights that must be respected as a guarantee of all the governed. Therefore, it is imperative to know whether or not the resolution issued, which does not benefit the workers,

¹ Contador Público por la Escuela Bancaria y Comercial, certificado por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Licenciado en Derecho por la Universidad Humanitas. Dos veces Premio Nacional de Contaduría Pública del Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Dos veces Segundo Lugar en el Premio de Investigación Fiscal del Colegio de Contadores Públicos de México. Docente en la Escuela Bancaria y Comercial. Asesor y litigante independiente.

solución dictada, que no beneficia a los trabajadores es o no recurrible; de ser el caso, qué medio de defensa puede interponerse.

Palabras Clave

Reparto adicional de utilidades. Recurso de revocación. Juicio contencioso administrativo federal. Resoluciones conexas. Igualdad. Acceso a la justicia. Participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas. Materia fiscal.

is appealable; if so, what means of defense can be interposed.

Key Words

Additional profit sharing. Revocation resource. Federal administrative contentious trial. Related resolutions. Equality. Access to justice. Participation of the Workers in the Profits of the Companies. Tax matters.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el Servicio de Administración Tributaria (SAT) ejerce sus atribuciones en materia de Impuesto sobre la Renta (ISR), de encontrar diferencias a cargo del contribuyente, emite una resolución en materia de ISR y otra en materia de Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas (PTU), esta última ordenando un reparto adicional de utilidades para los trabajadores con copia para la autoridad laboral a fin de que verifique su cumplimiento. Por otra parte, cuando los trabajadores formulan sus objeciones a la declaración anual del ISR, el SAT resuelve su procedencia ordenando un reparto adicional de PTU o bien indicando que no ha lugar a ello.

En el primer caso, el patrón puede interponer: 1º) *recurso de revocación*, conforme a los Artículos 116, 117² y 125 del Código Fiscal de la Federación (CFF), en relación con los Artículos 121, fracción IV y 985 de la Ley Federal del Trabajo (LFT); o 2º) *juicio contencioso administrativo federal* según los numerales 3o. y 14, segundo párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (LOTFJA), por tratarse de una resolución conexas³.

² Sobre el tema, me refiero a la tesis aislada dictada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIII, marzo de 1994, p. 440, de rubro: "RECURSO DE REVOCACIÓN EN CONTRA DE RESOLUCIONES CONEXAS. CUÁNDO PROCEDE (ARTÍCULOS 117 Y 125 DEL CÓDIGO FISCAL)". Del texto de esta tesis destaco: "... si bien la resolución que modifica la base gravable para los efectos del reparto adicional de utilidades no constituye un crédito fiscal, ello no obstruye la procedencia del recurso de revocación..."

³ Tal es el caso de la jurisprudencia resultante del análisis realizado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la*

Por otra parte, tratándose de trabajadores, la resolución del SAT no es recurrible como lo establece el Artículo 121, fracción III de la LFT. Incluso, de una lectura al precepto 3o. de la LOTFJA, a primera vista tampoco se concluye que la resolución en materia de PTU sea competencia de este Tribunal. ¿Realmente no puede promoverse juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa?

II. ANTECEDENTES

Desde que la PTU se instituyó, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se dispuso que los trabajadores podían formular sus objeciones ante la autoridad fiscal. En el Artículo 123, apartado A, fracción IX, inciso e), en la parte que interesa se lee: *“Los trabajadores podrán formular ante la oficina correspondiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público las objeciones que juzguen convenientes, ajustándose al procedimiento que determine la ley...”*

Los Artículos 121 y 122 de la LFT y su Reglamento regulan este procedimiento. El patrón entrega a los trabajadores copia de la declaración del ejercicio para su revisión y estos, de tener objeciones, las plantean ante la autoridad fiscal. En respuesta, el SAT ejerce sus facultades de comprobación con base en el CFF, las leyes del ISR, del SAT y otras disposiciones aplicables. Concluido el proceso, el SAT resuelve sobre la procedencia o no de las observaciones. Es sobre esta última resolución que, el Artículo 121, fracción III de la LFT dispone: *“La resolución definitiva dictada por la misma Secretaría no podrá ser recurrida por los trabajadores”*.

Cuando se implementó la PTU en el año 1963, la exposición de motivos justificó la medida: 1º) para evitar la prolongación de conflictos; y 2º) porque la autoridad fiscal era la mejor capacitada para revisar las cifras manifestadas por el patrón en su declaración. De allí que consideró innecesario que los trabajadores tuvieran oportunidad de recurrir la resolución que les negara sus pretensiones.

Federación, Décima Época, libro 74, enero de 2020, t. I, p. 1049, del siguiente rubro: “REPARTO ADICIONAL DE UTILIDADES. EN LOS JUICIOS DE NULIDAD EN LOS QUE SE IMPUGNA LA VALIDEZ DE LA RESOLUCIÓN QUE LO ORDENA, EL SEÑALAMIENTO DEL ACTOR ES INSUFICIENTE PARA TENER A UNA PERSONA COMO REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES TERCEROS INTERESADOS”. En la parte que destaco, el texto señala: *“.. en los juicios de nulidad en los que se analiza la validez de la resolución de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que ordena un reparto adicional de utilidades a los trabajadores de una empresa...”*; para concluir que los patronos acuden al juicio de nulidad en contra de la resolución que ordena un reparto adicional de utilidades.

No obstante, a pesar de tal disposición que impide a los trabajadores recurrir una resolución desfavorable a sus intereses, existen derechos humanos y constitucionales que deben respetarse en garantía de todos los gobernados. Por lo tanto, es imperativo conocer si efectivamente la resolución dictada por el SAT, que no beneficia a los trabajadores es o no recurrible; de ser el caso, qué medio de defensa puede interponerse. Esta definición igualmente conlleva a delimitar qué tribunal debe resolver, puesto que la resolución del SAT trae una mezcla de materias, entre la fiscal y la laboral.

Por una parte, la PTU es una prestación laboral, pero, por otra parte, la renta gravable se determina con base en la utilidad fiscal a que alude la Ley del ISR. Por lo tanto, debe definirse no sólo el medio de defensa sino ante qué tribunal: uno laboral o en materia fiscal.

En estricto apego al Artículo 121, fracción III de la LFT, la resolución emitida por el SAT que no cumpla con las expectativas de los trabajadores (desfavorable) no puede ser recurrida. La disposición es clara.

Sin embargo, es imprescindible dilucidar si esta determinación –de que la resolución desfavorable a los trabajadores no pueda ser recurrida por los trabajadores– puede tener una interpretación distinta a la luz de los derechos humanos contenidos en la CPEUM y en los tratados internacionales.

Siendo así, procede a analizar qué derechos humanos pudieran violentarse si a los trabajadores se les niega el acceso a defender sus derechos.

III. IGUALDAD

Conforme al Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas y todos somos iguales ante la autoridad, de allí que no debe permitirse trato distinto para una u otra persona. El primer y quinto párrafos indican:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

...

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones

de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Según lo transcrito, toda persona goza de los derechos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales y sólo pueden restringirse en los casos que la misma Constitución establezca. Se prohíbe toda discriminación de cualquier clase, que atente contra la dignidad humana y anule o menoscabe los derechos de las personas.

Existe, por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento constitucional objetivo y razonable que permita o exija darles un trato desigual y, por otro lado, un mandato de tratamiento desigual, que obliga a prever diferencias entre supuestos de hecho distintos, cuando la propia Constitución las imponga. Es decir, no toda diferencia entre personas o grupo de personas es discriminatoria, dado que existe distinción jurídica entre diferencia de trato y discriminación, siendo la primera razonable y objetiva, mientras que la segunda es arbitraria. La Constitución prohíbe la utilización injustificada de categorías sospechosas.

Sobre el tema, cobra importancia la jurisprudencia emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁴ de rubro y texto siguientes:

PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. El principio de igualdad tiene un carácter complejo al subyacer a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los Artículos 1o., primer y último párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los artículos referidos son normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, estos poderes, en particular el legislativo, están vinculados al principio general de igualdad establecido, entre otros, en el Artículo 16 constitucional, en tanto que este prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad en-

⁴ Tesis 2a./J. 64/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 31, junio de 2016, t. II, p. 791.

tre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a prever diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En el mismo sentido, pero actuando el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fijó la siguiente jurisprudencia⁵:

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL. El principio de igualdad y no discriminación permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, per se, incompatible con ésta. Es contraria toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio, o que, inversamente, por considerarlo inferior, sea tratado con hostilidad o de cualquier forma se le discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Sin embargo, es importante recordar que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redundaría en detrimento de los derechos humanos. En igual sentido, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma

⁵ Tesis P/J. 9/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 34, septiembre de 2016, t. I, p. 112.

injustificada. No se debe perder de vista, además, que la discriminación tiene como nota característica que el trato diferente afecte el ejercicio de un derecho humano. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.

Bajo estos parámetros es imprescindible comparar los medios de defensa que el patrón tiene en contra de un reparto adicional de utilidades, para delimitar si ambos –patrón y trabajadores– se encuentran en igualdad de trato o si la distinción es objetiva y obedece a disposiciones constitucionales.

Según el artículo 121, fracción IV de la LFT:

Dentro de los treinta días siguientes a la *resolución dictada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, el patrón dará cumplimiento a la misma *independientemente de que la impugne*. Si como resultado de la impugnación variara a su favor el sentido de la resolución, los pagos hechos podrán deducirse de las utilidades correspondientes a los trabajadores en el siguiente ejercicio.

Lo anterior, a excepción de que el patrón hubiese obtenido del Tribunal, la suspensión del reparto adicional de utilidades.

(El resaltado es agregado)

En adición, el precepto 985 de la Ley Federal del Trabajo contempla la posibilidad de que el patrón pueda solicitar la suspensión del reparto adicional de utilidades conforme a las siguientes bases:

Artículo 985. Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sin haber mediado objeción de los trabajadores, modifique el ingreso global gravable declarado por *el causante, y este haya impugnado dicha resolución*, podrá solicitar al Tribunal, dentro de los 3 días siguientes a aquel en que haya presentado la impugnación correspondiente, la suspensión del reparto adicional de utilidades a los trabajadores, para lo cual adjuntará...

(El resaltado es agregado)

Conforme a las disposiciones anteriores, se advierte que el patrón puede impugnar la resolución que ordena un reparto adicional de utilidades. Es evidente que el patrón puede defenderse, puesto que el Artículo 121, fracción IV de la ley laboral dispone que el reparto adicional de utilidades ordenado en una resolución

que derive del escrito de objeciones interpuesto por los trabajadores debe cumplirse en un plazo de treinta días, *independientemente de que el patrón impugne dicha resolución*, lo que se comprueba si, de igual manera, el Artículo 985 del mismo ordenamiento indica el procedimiento que el patrón debe seguir si pretende suspender el reparto adicional de utilidades a los trabajadores mientras se dirime el conflicto, si es que impugnó la resolución del SAT.

Ahora bien, como lo expuse al inicio, el patrón puede impugnar mediante: 1º) *recurso de revocación* ante autoridad administrativa, pues así lo contemplan los Artículos 116, 117 y 125 del CFF, en relación con los mencionados Artículos 121, fracción IV y 985 de la LFT; o bien mediante 2º) *juicio de nulidad* en la vía contenciosa, según los Artículos 3o. y 14, segundo párrafo de la LOTFJA, por tratarse de una resolución conexas a la determinación de un crédito fiscal en materia de ISR.

Inclusive, en la resolución de litigios instaurados por los patrones en contra de un reparto adicional de utilidades los tribunales han establecido obligatorio que se mande llamar a los trabajadores como terceros interesados⁶. Así las cosas, si los trabajadores tienen un interés jurídico contrario, deben ser llamados a juicio. Entonces, ¿por qué los trabajadores no podrían interponer semejante medio de defensa y ser llamados los patrones como terceros interesados?

En contraste, el Artículo 121, fracción III de la LFT impide que los trabajadores recurran la resolución desfavorable a sus intereses, lo cual permite visualizar

⁶ "REPARTO ADICIONAL DE UTILIDADES. LOS TRABAJADORES, COMO TERCEROS, DEBEN SER LLAMADOS A JUICIO POR CONDUCTO DE QUIEN LOS REPRESENTA, CUANDO SE DEMANDA LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE LO ORDENA". Jurisprudencia dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 1466. "REPARTO DE UTILIDADES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO EN EL QUE SE IMPUGNE LA LEY RESPECTIVA, SI NO SE EMPLAZÓ A LOS TRABAJADORES TERCEROS PERJUDICADOS". Tesis aislada emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, octubre de 1997, p. 439. "TERCEROS INTERESADOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL QUE SE IMPUGNA UNA RESOLUCIÓN QUE ORDENA A UNA EMPRESA EL REPARTO DE UTILIDADES. TIENEN ESE CARÁCTER LOS TRABAJADORES DEL ACTOR, POR LO QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO QUE CONOZCA DEL AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA CORRESPONDIENTE DEBE REVISAR OFICIOSAMENTE SI SE LES EMPLAZÓ Y, DE NO SER ASÍ, CONCEDER LA PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL PARA QUE SE SUBSANE ESA OMISIÓN PROCESAL". Jurisprudencia emanada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XII, septiembre de 2012, t. 3, p. 1469.

un trato diferente para los patrones en relación con los trabajadores, que no tiene fundamento constitucional. En efecto, a pesar de encontrarse en similitud de circunstancias, mientras el patrón sí puede impugnar la resolución que ordena un reparto adicional de utilidades; los trabajadores no pueden recurrir la resolución negativa a sus intereses. No hay fundamento constitucional que justifique ni que exija tal distinción⁷.

Bajo el derecho humano a la igualdad, si a los patrones se les permite impugnar la resolución que ordena un reparto adicional de utilidades y en dicho procedimiento los trabajadores deben ser llamados a juicio como terceros interesados por tener un interés jurídico opuesto al patrón, entonces los trabajadores, en similitud, debieran tener acceso al mismo medio de impugnación y llamar al patrón como tercero interesado. De otra manera, sería discriminatorio no permitirles que se defiendan en contra de una resolución desfavorable, mientras que los patrones sí cuentan con esa posibilidad.

IV. ACCESO A LA JUSTICIA

Otro derecho humano que se garantiza en nuestra Ley Fundamental y en los tratados internacionales es el acceso a la justicia, como una posibilidad real para acceder a un recurso judicial, en especial si hubo o no una violación al procedimiento o una aplicación errónea a las disposiciones jurídicas.

Los Artículos 14, 16 y 17 constitucionales garantizan el trámite que la autoridad debe seguir tratándose de actos de privación o actos de molestia, asegurándose al gobernado una garantía de audiencia –aunque en temas fiscales esa garantía se ejerce posteriormente–, para que exponga sus argumentos y razonamientos legales sobre las violaciones cometidas en su actuación.

Nadie puede ser privado de sus derechos, propiedades, posesiones o libertades sino mediante juicio previo seguido ante un tribunal que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y resuelva conforme a las leyes vigentes (Artículo 14, segundo párrafo, constitucional). En términos semejantes ocurre con el acto de molestia (Artículo 16, primer párrafo, constitucional). De igual manera, el

⁷ Antes bien, no debe pasarse por alto que las normas laborales tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social (Artículo 2o. de la LFT), de allí que, en caso de duda, en la interpretación de las normas prevalece la más favorable para los trabajadores (Artículo 18 de la LFT).

Artículo 17 constitucional salvaguarda el acceso a la justicia a través de tribunales como un medio para resolver los conflictos.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (denominada Pacto de San José), de la cual México es parte, establece en el artículo 25:

Artículo 25. Protección Judicial

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

2. Los Estados Parte se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Bajo estos principios, es evidente que toda persona debe tener acceso a los tribunales para exigir justicia en los asuntos que le afecten, no sólo en los tratos entre particulares, sino también en contra del ejercicio de facultades por la autoridad, cuando se violen derechos fundamentales. Tiene derecho a ser escuchada por un tribunal que le resuelva su inconformidad.

Bajo tal premisa, la resolución desfavorable a los intereses de los trabajadores en materia de PTU, sea porque les negó un reparto adicional de utilidades o porque el monto ordenado no cumple con las disposiciones fiscales, debe poder impugnarse. No obstante que, los intereses de la autoridad fiscalizadora, parece que coinciden con los de la clase trabajadora al pretender incrementar las utilidades fiscales base del ISR, pues no siempre tales intereses son coincidentes. Es aquí donde los trabajadores deben contar con un medio de impugnación que les permita tener una respuesta apoyada en las leyes aplicables. No se trata de satisfacer el capricho de la clase trabajadora, sino de asegurar la legalidad en la determinación de la renta gravable, base de la PTU.

Además, no obsta que el Artículo 121, fracción III de la LFT impida a los trabajadores recurrir la resolución definitiva dictada por la autoridad, dado que el recurso no es el único medio de defensa con que cuentan los gobernados, sino que también pueden disponer del juicio de nulidad. Es decir, apegados a la literalidad de la fracción III invocada, la resolución dictada por el SAT en materia de utilidades no puede ser recurrida (recurso de revocación) por los trabajadores, sin que la disposición abarque al juicio de nulidad (contencioso administrativo federal).

Sobre el tema, me refiero al jurista Cipriano Gómez Lara en su libro “Derecho Procesal Civil”⁸:

RECURSOS Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. La distinción entre lo que llamamos recursos y medios de impugnación radica en que válidamente se puede sostener que el medio de impugnación, o más bien, que los medios de impugnación abarcan a los recursos. En otras palabras, la expresión medio de impugnación es mucho más amplia que el término recurso. Lo que nos llevaría a este juego de palabras y de conceptos: todo recurso es un medio de impugnación; mas no todo recurso es un medio de impugnación. Básicamente, los medios de impugnación contienen a los recursos que son aquellos reglamentados en un sistema procesal, que tienen dentro del mismo. Así, por ejemplo, como se verá más adelante, los recursos reglamentados por el *código* distrital de procedimientos civiles son la apelación, la revocación o reposición, y la queja. Son recursos porque son medios de impugnación que están reglamentados por un sistema procesal, es decir, medios de impugnación intraprocesales. Por el contrario, puede haber medios de impugnación que no estén reglamentados, ni pertenezcan a ese sistema procesal, sino que estén fuera y que forman lo que podríamos llamar medios de impugnación autónomos, los cuales tienen su propio régimen procesal o derivan de otro régimen procesal. El caso característico, sobre todo en nuestro sistema, es el del juicio de amparo que constituye típicamente un medio de impugnación. No es un recurso porque no tiene vida dentro del sistema procesal, sino que está fuera del mismo y tiene su régimen procesal propio. Tanto es así que, dentro del propio juicio de amparo, que es un medio de impugnación, existen recursos internos, como es la llamada revisión. La revisión en el amparo es un recurso interno.

⁸ Gómez Lara, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 6ª. ed., México, Oxford University Press, 1997, p. 195.

De esta transcripción se obtiene que el recurso es un medio de impugnación; pero no todo medio de impugnación es un recurso. Puede haber medios de impugnación que no pertenecen a un mismo sistema procesal, denominados medios de impugnación autónomos.

Es estas circunstancias, el legislador previó para los trabajadores la improcedencia de un medio de impugnación denominado *recurso*, pero no del medio de impugnación llamado *juicio de nulidad*, el cual dentro del sistema jurídico tiene autonomía, dado que en el propio Artículo 121, fracción IV de la LFT, se estableció que la parte patronal puede impugnar la resolución, término amplio que comprende tanto el recurso como cualquier otro medio de defensa previsto en la ley.

Si la voluntad del legislador hubiera sido que la resolución recaída a las objeciones de los trabajadores en materia de PTU fuera inimpugnable, así lo hubiera establecido, lo que no ocurrió, pues sólo limitó la improcedencia del recurso en contra, pero no de otros medios de defensa, incluso autónomos.

V. MEDIO DE DEFENSA ¿LABORAL O ADMINISTRATIVO?

Establecida la garantía de acceso a la justicia para los trabajadores, en situaciones similares al acceso que la parte patronal tiene para impugnar la resolución que ordena un reparto adicional de utilidades, es imprescindible visualizar en dónde debe tramitarse ese medio de defensa. Al tratarse de una prestación laboral, en principio, pudiera pensarse que los trabajadores deben acudir a los tribunales laborales. Sin embargo, tal determinación no necesariamente es una respuesta lógica.

Desde que la PTU se estableció en la Constitución Política en 1963, el Congreso Constituyente determinó que las utilidades a repartir se tomarían de la renta gravable, calculada con base en las disposiciones de la Ley del ISR. Esto es, que la utilidad base de la PTU se calcula tomando en consideración, no una ley laboral, sino una ley fiscal.

Específicamente, el Artículo 123, apartado A, fracción IX, inciso e) constitucional prevé: *“Para determinar el monto de las utilidades de cada empresa se tomará como base la renta gravable de conformidad con las disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta...”*

En concordancia, el precepto 120, segundo párrafo de la Ley Federal del Trabajo fija: *“Para los efectos de esta Ley, se considera utilidad en cada empresa*

la renta gravable, de conformidad con las normas de la Ley del Impuesto sobre la Renta”

De igual manera, la Resolución del Consejo de Representantes de la Sexta Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de septiembre de 2020, en el primer resolutivo estableció: “.. por unanimidad se determina que el porcentaje de participación para los trabajadores en las utilidades de las empresas, deberá mantenerse en el 10% aplicable sobre la renta gravable”

El Artículo 9o. de la Ley del ISR establece una fórmula para determinar el resultado fiscal, que sirve de base para determinar dicho impuesto, resultado que no coincide necesariamente con la renta gravable, pero contiene varios de sus elementos. La fórmula es:

$$\begin{array}{r}
 \text{Ingresos acumulables} \\
 \text{Menos: Deducciones autorizadas} \\
 \text{Igual a: Utilidad fiscal} \\
 \text{Menos: PTU pagada en el ejercicio} \\
 \text{Pérdidas fiscales de ejercicios anteriores} \\
 \text{Igual a: Resultado fiscal (base del ISR)}
 \end{array}$$

Para determinar la renta gravable, con base en la fórmula anterior, no se disminuyen la PTU pagada en el ejercicio ni las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores (Artículo 9o., penúltimo párrafo de la Ley del ISR). Es decir, básicamente a los ingresos acumulables se le restan las deducciones autorizadas⁹.

Disposiciones similares se contienen para las personas físicas: a) con actividad empresarial y profesional al determinar la renta gravable (véanse los Artículos 109, antepenúltimo y penúltimo párrafos de la Ley del ISR); y b) régimen simplificado de confianza (Artículo 113-G, último párrafo de la Ley del ISR); o bien, el régimen simplificado de confianza para personas morales (Artículo 212, tercer párrafo de la Ley del ISR). En todos los casos, la renta gravable se determina disminuyendo de los ingresos acumulables las deducciones autorizadas.

⁹ Hago la aclaración que, en adición a estos dos renglones que diferencian el cálculo de la renta, también el último párrafo del Artículo 9o. de la Ley del ISR indica que a los ingresos acumulables se le restan los ingresos exentos para el trabajador no deducibles en ISR para la empresa (Artículo 28, fracción XXX de la Ley del ISR).

Todas estas normas demuestran que la base de la PTU es la renta gravable y que se calcula utilizando las disposiciones contenidas en la Ley del ISR, una ley de naturaleza eminentemente fiscal. Es decir, la PTU es una prestación de naturaleza laboral, cuyo cálculo tiene su origen en normas de naturaleza fiscal. Siendo así, la pregunta permanece: ¿la resolución dictada por el SAT desfavorable para los trabajadores es impugnabile ante tribunales laborales o administrativos?

Además, de la mecánica para determinar la PTU, que hunde sus raíces en la Ley del ISR, es interesante observar el procedimiento que la autoridad fiscal sigue para responder a los trabajadores cuando objetan los renglones de la declaración del ISR. El Artículo 121, fracción II de la LFT advierte:

II. Dentro de los treinta días siguientes, el sindicato titular del contrato colectivo o la mayoría de los trabajadores de la empresa, podrá formular ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público las observaciones que juzgue convenientes, la que tendrá la obligación de responder por escrito, una vez que concluyan los procedimientos de fiscalización de acuerdo a los plazos que establece el Código Fiscal de la Federación, respecto de cada una de ellas; (El resaltado es agregado)

A su vez, el Reglamento de los Artículos 121 y 122 de la LFT prevé:

Artículo 2o. Para resolver las objeciones presentadas por los trabajadores en contra de la declaración anual del impuesto sobre la renta que presentan los patrones, el Servicio de Administración Tributaria realizará los estudios e investigaciones correspondientes, en ejercicio de las atribuciones que como autoridad fiscal le confieren la Ley del Servicio de Administración Tributaria, el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Impuesto sobre la Renta y demás disposiciones legales aplicables, y de conformidad con el procedimiento previsto en los ordenamientos citados.

(El resaltado es agregado)

No quiero dejar pasar el contenido del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, pues en él se menciona con precisión la autoridad fiscal autorizada para atender las objeciones formuladas por los trabajadores al recibir copia de la declaración del ejercicio. Los Artículos 22, fracción XXXVI, 28, fracción XXVIII, indican que compete a la Administración General de Auditoría Fiscal Federal y a la Administración General de Grandes Contribuyentes *resolver las objeciones que se formulen respecto a la PTU y dictar las resoluciones que procedan en*

esta materia, así como cuando se desprendan del ejercicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales.

De la referencia a todos estos numerales se concluye que, el procedimiento para dar respuesta a los trabajadores se fundamenta en disposiciones de carácter fiscal, a través del Código Fiscal de la Federación, de la Ley del ISR y del Reglamento Interior del SAT, entre otras normas.

Por lo tanto, si la base de la tiene antecedentes fiscales, pues la renta gravable se determina, por disposición constitucional y legal, con fundamento en la Ley del ISR; a su vez, las objeciones que los trabajadores formulen en contra de los renglones de la declaración del ejercicio se atienden con base en disposiciones que regulan las atribuciones de la autoridad, entre ellas, el Código Fiscal de la Federación, la Ley del ISR y el Reglamento Interior del SAT; entonces, ¿con base en qué podríamos concluir que los trabajadores deben acudir a los tribunales laborales para impugnar la resolución desfavorable a sus intereses en materia de PTU?

Si la renta gravable se determina con base en la Ley del ISR, una disposición de naturaleza netamente fiscal, y el procedimiento que sigue el SAT para estudiar y resolver las objeciones formuladas por los trabajadores en contra de las cifras manifestadas por el patrón en su declaración del ejercicio se fundamentan en disposiciones también de naturaleza fiscal, es evidente que los trabajadores deben impugnar esa resolución por la vía administrativa, en este caso ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA).

VI. ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Sin embargo, hay un inconveniente. Parece que el Artículo 3o. de la LOTFJA no incluye a las resoluciones que niegan un reparto adicional de utilidades. Ninguna de las fracciones de ese precepto lista estas resoluciones. ¿Entonces?

En principio, dichos tribunales no serían competentes. Mire lo que dictan las primeras cuatro fracciones de este numeral:

Artículo 3o. El Tribunal conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación:

I. Los decretos y acuerdos de carácter general, diversos a los reglamentos,

cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta con motivo de su primer acto de aplicación;

II. Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación;

III. Las que nieguen la devolución de un ingreso de los regulados por el Código Fiscal de la Federación, indebidamente percibido por el Estado o cuya devolución proceda de conformidad con las leyes fiscales;

IV. Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales;

V. Las que causen un agravio en materia fiscal distinto al que se refieren las fracciones anteriores;

Las primeras cinco fracciones de este Artículo se refieren a actos dictados por autoridades fiscales o relacionados con dicha materia; ninguna se refiere en concreto a la PTU. No la describe con sus letras.

No obstante, entonces ¿cómo es posible que a los patrones sí se les permita controvertir a través de este Tribunal las resoluciones que imponen un reparto adicional de utilidades, si tales resoluciones no se encuentran listadas en ninguna de las fracciones del Artículo 3o. mencionado? Nótese, por citar algunos, el siguiente criterio:

RESOLUCIONES CONEXAS. PROCEDE APLICAR POR ANALOGÍA LA TESIS DE JURISPRUDENCIA 7 DE ESTE TRIBUNAL. *La Sala Superior del Tribunal Fiscal al fallar la contradicción 104/73 en sesión de 25 de octubre de 1978 sentó su tesis de jurisprudencia No. 7 en la cual se resuelve el problema combatido en otra instancia o medio de defensa; en la citada tesis se concilian los distintos y opuestos criterios que presentan los particulares y las autoridades en este tipo de negocios y se atiende a los más elementales principios de economía procesal. Por otra parte, si bien es cierto que dicha tesis se encuentra específicamente referida al caso de multas, también lo es que procede aplicarla por analogía cuando se presenten juicios u otros medios de defensa en los que se impugnen resoluciones conexas, respecto de las cuales estén en juego los criterios que se sustentan en la jurisprudencia antes mencionada. Lo anterior sucede cuando en un juicio o recurso se combate una resolución que incrementa la base gravable de*

un causante, para el efecto del reparto de utilidades a sus trabajadores y en otro se demanda la nulidad de una resolución en la que se establece que habiéndose dado ese incremento procede determinar diferencias en el pago del impuesto sobre la renta correspondiente. En este caso si la acumulación ya no es posible porque las resoluciones se encuentren combatidas en diversas instancias o medios de defensa, procede aplicar la tesis en comento y suspender el procedimiento, en aplicación supletoria del Artículo 366 del Código Federal de Procedimientos Civiles, puesto que *las cuestiones planteadas en ambas vías son lógicamente las mismas* y de resolverse separadamente se daría lugar a resoluciones contradictorias, propiciándose situaciones que dificultaran el acatamiento de las mismas¹⁰. (El resaltado es agregado)

Más recientemente dicho Tribunal fijó jurisprudencia en el sentido obligatorio de llamar a los trabajadores cuando los patrones demanden la nulidad de la resolución que ordena un reparto adicional de utilidades como resultado de una modificación a la utilidad fiscal de la empresa:

REPARTO ADICIONAL DE UTILIDADES. LOS TRABAJADORES, COMO TERCEROS, DEBEN SER LLAMADOS A JUICIO POR CONDUCTO DE QUIEN LOS REPRESENTA, CUANDO SE DEMANDA LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE LO ORDENA. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3o., fracción III de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, tiene el carácter de tercero en el juicio, quien tenga un derecho incompatible con la pretensión del demandante, por lo tanto cuando en la *resolución impugnada se ordena un reparto adicional de utilidades como resultado de la modificación del ingreso global gravable*, ello conlleva a presumir la existencia de personal subordinado a la actora, cuyos derechos pueden ser afectados, por lo que debe citarse a juicio como tercero interesado al sindicato o al representante de los trabajadores de la empresa que demandó la nulidad de una resolución que ordena un reparto adicional de utilidades y ante la negativa de la parte actora respecto de la existencia de los trabajadores, en virtud de la presunción de validez de la resolución impugnada, deberá requerírsele, a efecto de que en el término de ley proceda a señalar el nombre y domicilio correcto del tercero interesado en el

¹⁰ *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, Segunda Época, año II, número 10, enero-febrero de 1980, p. 156.

juicio o en su caso manifieste y acredite cuál es el régimen laboral mediante el cual realiza su objeto social¹¹.

(El resaltado es agregado)

Nótese, en especial, lo que resolvió la Séptima Sala Regional Metropolitana del tribunal en cuestión para indicar que la vía idónea para impugnar una resolución que ordena un reparto adicional de utilidades es el juicio de nulidad, pues se está en presencia de un agravio en materia fiscal, al verse modificada la base gravable del reparto de utilidades a los trabajadores:

AGRAVIO EN MATERIA FISCAL. LO CONSTITUYE LA DETERMINACIÓN DE UN REPARTO ADICIONAL DE UTILIDADES. La vía idónea para impugnar la determinación de un reparto adicional de utilidades es el juicio de nulidad, en tanto que se actualiza la hipótesis prevista en el Artículo 11, fracción IV de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, pues se está *en presencia de un agravio en materia fiscal en virtud de que al verse modificada la base gravable para la determinación del reparto adicional de utilidades, deja de ser un asunto de naturaleza laboral, para transformarse en materia fiscal*¹².

(El resaltado es agregado)

Dados estos antecedentes, de los cuales aún hay muchos otros, en los que se resolvió que el TFJA es la vía idónea para impugnar la resolución que ordena un reparto adicional de utilidades, dado que la base gravable de la utilidad fiscal del ISR se incrementó, lógicamente la misma vía debe ser para impugnar la resolución que no ordenó un reparto adicional de utilidades y que perjudica los intereses de los trabajadores.

La resolución que aumenta la base gravable tiene los mismos fundamentos fiscales para su determinación, de allí que los agravios sigan siendo "materia fiscal" aun cuando se trate de una prestación laboral, en virtud de que la base de la PTU es la renta gravable calculada conforme a las normas fiscales establecidas en la Ley del ISR.

¹¹ *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Séptima Época, año III, número 25, agosto de 2013, p. 37.

¹² Publicada en la entonces *Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Quinta Época, año IV, número 45, septiembre de 2004, p. 277.

Se concluye que, si la resolución del SAT que ordena un reparto adicional de utilidades es de naturaleza fiscal y puede demandarse su nulidad ante el TFJA, pues su determinación causa un agravio de naturaleza fiscal, la misma resolución desfavorable a los trabajadores también es de naturaleza fiscal. Tal determinación se ajusta a lo previsto en el Artículo 3o., fracción V de la LOTEJA:

Artículo 3o. El Tribunal conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican a continuación:

...

V. Las que causen un agravio en materia fiscal distinto al que se refieren las fracciones anteriores;

(El resaltado es agregado)

Ya desde hace mucho, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹³ sustentó el criterio de lo que debe entenderse por “materia fiscal” en el sentido de incluir todo lo relacionado con la determinación de los impuestos, entre otros conceptos:

MATERIA FISCAL. SIGNIFICACIÓN. Por materia fiscal debe entenderse lo relativo a la determinación, la liquidación, el pago, la devolución, la exención, la prescripción o el control de los créditos fiscales, o lo referente a las sanciones que se impongan con motivo de haberse infringido las leyes tributarias.

Con anterioridad la misma Sala dispuso un criterio similar¹⁴:

MATERIA FISCAL, QUÉ DEBE ENTENDERSE POR. Por materia fiscal debe entenderse todo lo relativo a impuestos o sanciones aplicadas con motivo de la infracción a las leyes que determinan dichos impuestos.

En resumen, siendo la resolución del SAT que ordena un reparto adicional de utilidades, conexas a la determinación de un crédito fiscal en materia de ISR al aumentarse la utilidad o resultado fiscal y la determinación de ambas fases se fundamenta en la Ley del ISR, ambas resoluciones se impugnan ante el TFJA.

¹³ Registro digital 238493, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 69, tercera parte, p. 51.

¹⁴ Registro digital 332862, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LIII, p. 3055.

Lógicamente, la resolución desfavorable para los trabajadores en materia de PTU, que no ordena un reparto adicional de utilidades, también se fundamenta en disposiciones de naturaleza netamente fiscal y su cálculo toma como referencia las disposiciones de la Ley del ISR, entonces también debe impugnarse ante el mismo Tribunal, dado que la base de la PTU toma como antecedente la utilidad fiscal determinada conforme a la Ley del ISR, además que las facultades para ejercer la revisión al patrón de las objeciones planteadas por los trabajadores se fundamentan en disposiciones de carácter fiscal.

El cálculo de la PTU y las facultades de revisión con que cuenta la autoridad fiscalizadora tienen características fiscales. Es hasta que dicha utilidad se encuentra debidamente definida que se convierte en prestación laboral, pero todo el proceso previo tiene tintes fiscales. La renta gravable toma como base la utilidad manifestada en la declaración del ejercicio para efectos del ISR y la revisión ejercida por el SAT se fundamenta en disposiciones de naturaleza fiscal.

VII. CONCLUSIÓN

En efecto, aun cuando la naturaleza de la PTU es laboral, la base gravable se calcula en apego a las normas de la Ley del ISR y la mecánica para que la autoridad fiscalizadora revise los renglones objetados por los trabajadores a la declaración del ejercicio en materia de ISR se fundamenta en disposiciones de naturaleza fiscal.

Si a ello se adiciona que el patrón puede impugnar ante el TFJA la resolución que ordena un reparto adicional de utilidades, en respeto a los derechos humanos de igualdad y de acceso a la justicia, los trabajadores deben contar con la misma vía para impugnar la resolución contraria a sus intereses, dado que su determinación y ejercicio de revisión sigue siendo de naturaleza fiscal.

VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

ALVÍREZ FRISCIONE, Alfonso, *Participación de Utilidades. Doctrina, Historia, Legislación, Jurisprudencia y Práctica*, 3ª. ed., México, Porrúa, 1998.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41ª. ed., México, Porrúa, 2009.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, 6ª. ed., México, Oxford University Press, 1997.

GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio *et al.*, *Manual de Derecho Tributario*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2005.

MARGÁIN MANAUTOU, Emilio, *De lo Contencioso Administrativo. De anulación o de ilegitimidad*, 13ª. ed., México, Porrúa, 2006.

ORTEGA MALDONADO, Juan Manuel, *Primer Curso de Derecho Tributario Mexicano*, México, Porrúa, 2004.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *Derecho Fiscal Mexicano*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2008.

VENEGAS, Sonia, *Derecho Fiscal. Parte general e impuestos federales*, México, Oxford University Press, 2016.

2. Legislación

Código Fiscal de la Federación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley del Impuesto sobre la Renta.

Ley del Servicio de Administración Tributaria.

Ley Federal del Trabajo.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Reglamento de los Artículos 121 y 122 de la Ley Federal del Trabajo.

Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria.

Resolución del Consejo de Representantes de la Sexta Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 18 de septiembre de 2020.

Acciones para combatir la erosión y la base impositiva, como lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios fiscales¹

Blanca Estela MONTES DE OCA ROMERO²

Sumario

I. *Introducción.* II. *Antecedentes del Plan BEPS.* III. *Reflexión, ¿qué es la OCDE?* IV. *Objetivo de OCDE.* V. *Plan BEPS.* VI. *Acciones implementadas en México para atender el Plan BEPS.* VII. *Decisión o consecuencia fruto de estudio y examen de una serie de datos, a tomar en cuenta.* VIII. *Tesis y jurisprudencias a considerar, entre otras.* IX. *Reflexión/conclusión.* X. *Fuentes de información.*

Resumen

La crisis económica mundial en los últimos años ha debilitado las finanzas públicas de gobiernos obligándolos a efectuar recortes en gastos y servicios, elevar sus impuestos para aumentar ingresos, enfrentando evasión y elusión en los sistemas tributarios, los contribuyentes con mayor carga impositiva y las empresas

Abstract

The global economic crisis in recent years has weakened the public finances of governments, forcing them to make cuts in expenses and services, raise their taxes to increase income, facing evasion and avoidance in the tax systems, taxpayers with the highest tax burden and international companies, they manage to pay a low or

¹ Obra inscrita en el Registro Público del Derecho de Autor, con número de registro 03-2022-110811313100-01, de fecha 08 de noviembre de 2022, al amparo del certificado expedido por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

² Dr. en Derecho, Mtra. C. P. y C., por FDBNA. Lic. en Derecho por U. Pedregal La Salle, C. P. por E.S.C.A., I.P.N., CERT. de carrera por IMCP, Dr. Honoris Causa por Claustro Nal. Doctores. H. C., Colegiada y Miembro del CCPM, de BNA y del Claustro Nal. Doctores. H, C., de la A. Nal. de Dr. en Der. Miembro Honorífico de la AMID. Especialidad en Auditoría, en Fiscal, Auditoría Forense, Prevención de L. de Dinero, de Corrupción. Reg. para Dictaminar en Materia Fiscal ante SHCP, SAT. S. de Finanzas de la C. DE M., IMSS, INFONAVIT, Perito Contable, en Auditoría y en Criminalística ante el Poder Judicial Federal y de la C. de M.; S. de Economía, INE, TFJA, TCA, Aux. Esp. IFECOM, Autor y coautor de obras con registro en INCAUTAR, Litigante, Catedrático por más de 18 años en posgrado y licenciaturas.

internacionales consiguen tributar a un tipo impositivo bajo o nulo, colocando a estos en desventaja competitiva ante firmas internacionales, limitando posibilidades de expansión y crecimiento por una desleal competencia.

Palabras Clave

Impuestos. BEPS. Erosión de la base. Traslado de beneficios fiscales. Tratados para evitar la doble imposición. Evasión fiscal. Empresas internacionales.

zero tax rate, placing them at a competitive disadvantage vis-à-vis international firms, limiting possibilities of expansion and growth due to unfair competition.

Key Words

Taxes. BEPS. Base erosion. Profit shifting. Treaties to avoid double taxation. Tax evasion. International companies.

I. INTRODUCCIÓN

Atendiendo a las crisis económicas mundiales a lo largo de los últimos años que han debilitado las finanzas públicas de diferentes gobiernos obligándolos a efectuar recortes en sus gastos y servicios o bien a elevar sus impuestos para aumentar sus ingresos.

En torno de esta situación o panorama económico, los problemas de evasión y elusión han sido un golpe negativo de los sistemas tributarios en una gran cantidad de países, los contribuyentes han tenido que soportar una mayor carga impositiva y las empresas internacionales consiguen tributar a un tipo impositivo bajo o nulo, colocando a estos en una desventaja competitiva ante las firmas internacionales, limitando así sus posibilidades de expansión y crecimiento por una desleal competencia.

BEPS³ COMO LUCHA CONTRA LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y EL TRASLADO DE BENEFICIOS FISCALES, se lleva a cabo la PRIMERA, CONSULTA REGIONAL PARA LATINOAMÉRICA Y EL CARIBE.

Los días 27 y 28 de febrero del corriente año, con el auspicio de la Dirección de Aduanas e Impuestos de Colombia (DIAN), el CIAT y la OCDE, se llevó a cabo en Bogotá la primera consulta regional para América Latina y Caribe sobre BEPS, cuyo principal propósito fue informar a los países en desarrollo sobre los aspectos generales de BEPS y particulares de los dife-

³ <https://www.ciat.org> > primera-consulta-regional-para-l.

rentes puntos que integran el Plan de Acción; e involucrar a los países de la región en los respectivos trabajos.

Durante las jornadas de la reunión se trataron aspectos relevantes del contexto de los países de América Latina y el Caribe, desde una perspectiva de política y administración tributaria; se presentaron las bases del Proyecto BEPS y los puntos que integran el Plan de Acción, se mantuvieron discusiones con representantes de ONGs y la sociedad civil, en particular se trataron los aspectos de sustancia, transparencia y coherencia en el ámbito de BEPS; como así también, las acciones horizontales previstas por el Proyecto. Asimismo, el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información presentó y discutió con los presentes el reciente estándar sobre intercambio automático de información financiera.

La actividad ha reunido a 78 participantes de 15 países de la Región de América Latina y el Caribe, así como representantes de 10 organizaciones regionales e internacionales, incluyendo a la OCDE, el Centro de la OCDE de Corea, el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información Tributaria de la OCDE, el FMI, el CIAT, el G20, USAID, ITC, el BID, COSEFIN, GIZ y la Commonwealth of Nations. También estuvieron presentes organizaciones representativas del mundo empresarial (BIAC, a través de aliados regionales y colombianos como Repsol, Unilever y la Asociación Nacional de Industriales-ANDI) y de la sociedad civil (entre ellas: TUAC, TJN, BEPS Monitoring Group, Global Alliance for Tax Justice y Latindadd).

La reunión fue co-presidida por la DIAN de Colombia y el CIAT, en coordinación con el Centro de Política y Administración Tributaria de la OCDE; quienes conjuntamente han elaborado un documento que resume los aspectos más relevantes de los debates, que podrá consultar en el siguiente enlace: <http://www.oecd.org/tax/BEPS-regional-consultations-asia-latin-america.htm>.

Derivado de acciones encaminadas a disminuir la base imponible en *las empresas multinacionales (EM)*, la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)* se planteó la necesidad de prevenir la elusión fiscal internacional con reglamentación que contribuyera a la correcta recaudación en la fuente donde se originó la riqueza, nombrándole *Plan contra la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios (BEPS)*.

México, al igual que otros países, ha atendido estas acciones y ha emprendido reformas en su sistema tributario con el fin de implementarlas y elevar su recaudación fiscal.

II. ANTECEDENTES DEL PLAN BEPS

En torno a la creciente movilidad del capital y de activos tales como la propiedad intelectual, BEPS se ha convertido en un serio problema para la mayoría de las naciones. Los países en desarrollo que tienen una mayor dependencia del *impuesto sobre la renta* de las empresas sufren de BEPS de manera desproporcionada⁴.

Se conoce que, desde mayo de 1996, los representantes de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) solicitaron a la Organización desarrollar medidas para contrarrestar los efectos distorsionantes en inversión y decisiones financieras, derivados de la competencia fiscal dañina, por lo cual, en 1998, la OCDE emitió el reporte denominado "*Harmful Tax Competition an Emerging Global Issue*".

Cuyo objetivo fue estudiar cómo las prácticas fiscales dañinas derivadas de la competencia fiscal internacional afectan la distribución geográfica de los ingresos, erosionan las bases gravables de los países que distorsionan el comercio y los patrones de inversión, asimismo en general menoscaban la justicia, neutralidad y aceptación social de los regímenes fiscales.

En ese tenor, las acciones tomadas por la OCDE a finales de la década de los noventa y a principios del 2000 en la materia, fueron pasando progresivamente de un enfoque técnico y agresivo, de este se desprende que la perspectiva inicial sobre la "culpabilidad" en materia de erosión de las bases gravables, recaía en los países cuya legislación permitía la existencia de prácticas dañinas fiscales.

Y finalmente, en el año 2013, los gobiernos de la OCDE y del G20 se embarcaron en la revisión de las normas de fiscalidad internacional, más significativa de los últimos 50 años⁵.

Las regulaciones jurídicas internacionales aspiran a resolver la erosión de las bases gravables en la fuente de la riqueza, desde la década de 1920, con el esfuer-

⁴ Las prácticas de BEPS cuestan a los países entre 100 y 240 mil millones de dólares en ingresos perdidos anualmente (OCDE, 2021).

⁵ Plan de Acción contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (OCDE, 2013), en: www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf.

zo de la Sociedad de las Naciones, cuyo objetivo era hacer posible una seguridad colectiva que garantizara la integridad de todos los Estados (Altamira, 2014).

En el Palacio de Constantino, en San Petersburgo, Rusia, los días 5 y 6 de julio de 2013, se llevó a cabo una nueva edición de la cumbre del G20, donde los participantes avalaron un ambicioso y amplio proyecto de acciones, denominado Plan BEPS. De acuerdo con el informe final de esta cumbre, se decretó un paquete de quince acciones internacionales con medidas puntuales para coadyuvar con los países y afrontar el fenómeno de la erosión fiscal, como resultado de una colaboración tripartita de los principales integrantes de OCDE, y participantes del G20 y aquellos en camino al progreso (OCDE, 2014 a).

En 1998, la OCDE consideró los puntos anteriores y, dada la relevancia del tema, publicó un informe sobre las prácticas tributarias perjudiciales, donde se planteó un conjunto de reglas para perseverar la soberanía (OCDE, 2015).

Catorce años después, en junio 2012, en la ciudad de Los Cabos, Baja California, México, se celebró la reunión cumbre del Grupo de los 20 (G20), en la cual sus dirigentes hicieron referencia explícita a la imperante necesidad de mitigar, e inclusive erradicar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios⁶.

En 1961, cinco años después del nacimiento de la OCDE (2018), se plasmó el proyecto de convención que informaba los puntos para resolver los problemas de doble tributación en materia de patrimonios y herencias (Bettinger & Bettinger, 2015).

En el contexto latinoamericano se crea el Grupo de Expertos de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), el 18 de febrero de 1960, conformado por once países, cuyo objetivo consistía en la constitución de una zona libre de comercio que eximiera gradualmente todos los gravámenes y restricciones que impidieran el intercambio comercial entre las partes contratantes. En 1976 dicho Órgano crea proyectos para evitar la doble tributación (ALALC, 2018).

Los países incorporados a los distintos organismos realizaron su trabajo conforme a lo dispuesto y estaban comprometidos para la exclusión de la doble carga tributaria y minimizar los perjuicios al comercio, así como también las dificultades al crecimiento económico, sin dejar de lado su derecho soberano a establecer sus propias normas impositivas.

⁶ *Ibidem*, p. 148.

Al transcurrir los años, las naciones reconocen que existen roces entre los distintos sistemas impositivos y vacíos que no se tuvieron en consideración al diseñar las normas en los distintos planes, lo que da como resultado una insuficiencia en los tratados bilaterales.

III. REFLEXIÓN, ¿QUÉ ES LA OCDE?

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización internacional que trabaja para construir mejores políticas para una vida mejor.

Por lo que se describe como una fuerza para el bien en el mundo, con la responsabilidad colectiva de utilizarlo en todo su potencial. El propósito central, bajo la Convención, es preservar la libertad individual y aumentar el bienestar económico y social de nuestro pueblo, es un foro para intercambiar información.

La OCDE ha resistido la prueba del tiempo y ha proporcionado análisis basado en evidencia, como una plataforma para el aprendizaje entre pares durante casi 60 años.

Ha contribuido significativamente al fortalecimiento del sistema multilateral de libre comercio y al crecimiento económico sostenible y el establecimiento de estándares de calidad, siendo fundamental para ayudar a entender nuestra realidad económica.

Desde el Plan Marshall, el Comité Asesor Sindical (TUAC) ha sido un interlocutor cercano de la OCDE para asegurarse que la voz de los trabajadores esté representada.

Por lo que la OCDE ayuda a diseñar políticas efectivas, desde reducir la desigualdad y crear empleos de calidad, hasta abordar el cambio climático y la digitalización de una manera justa y sostenible.

A lo largo de los años, ha brindado perspectivas comerciales y liderazgo intelectual a través de la participación de las principales organizaciones empresariales y de empleadores, y los representantes corporativos que designan para el trabajo. No hay mejor foro que la OCDE para demostrar poderosamente que las empresas son un socio de soluciones dinámicas para la colaboración internacional.

IV. OBJETIVO DE LA OCDE

Es diseñar políticas que fomenten la prosperidad, la igualdad, las oportunidades y el bienestar para todos.

Y como misión esencial del pasado, promover un crecimiento económico más fuerte, más limpio y justo, elevar el empleo y el nivel de vida, sigue siendo la misión de importancia crítica para el futuro.

Se basa en 60 años de experiencia y conocimientos para preparar mejor el mundo del mañana. Junto con gobiernos, legisladores y ciudadanos, trabajamos para establecer estándares internacionales basados en evidencia y encontrar soluciones a una variedad de desafíos sociales, económicos y ambientales.

Desde la mejora del desempeño económico y la creación de empleos hasta el fomento de una educación sólida y la lucha contra la evasión fiscal internacional, ofrece un foro único y un centro de conocimiento para datos y análisis, intercambio de experiencias, de mejores prácticas y asesoramiento sobre políticas públicas y establecimiento de estándares internacionales:

- Para hacer frente a los desafíos actuales, los países deben mejorar la coordinación de sus acciones;
- Seguir desempeñando un papel de liderazgo en el multilateralismo;
- Los estándares no vinculantes muestran el camino alentador, en lugar de imponer, y serán clave en el mundo del mañana;
- Ante una pandemia internacional que ha puesto de manifiesto nuestras interdependencias y ha tenido consecuencias económicas y sociales, hemos visto que todas las respuestas deben ser coordinadas y cooperativas;
- Por lo que ha contribuido significativamente al fortalecimiento del sistema multilateral de libre comercio y al crecimiento económico sostenible a través del análisis basado en evidencia y el establecimiento de estándares de calidad;
- En esta coyuntura crítica, el papel de la OCDE para recopilar sabiduría de todo el mundo y coordinar políticas nunca ha sido más importante.

De todo lo anterior, estudios y datos de carácter público, relativos a la existencia y magnitud de estos fenómenos, presentan un panorama general de los

acontecimientos internacionales con repercusión en la tributación de las empresas, y se incluye un panorama general de los principios fundamentales de la imposición de las actividades transfronterizas, así como de las posibilidades de erosionar la base imponible y trasladar los beneficios a que tales principios pudieran dar lugar, donde la erosión de bases imponibles constituye un grave riesgo para los ingresos tributarios, la soberanía fiscal y la equidad tributaria de muchos países.

V. PLAN BEPS

Derivado de la aprobación del Plan BEPS, en septiembre de 2013, los líderes del G20 y miembros de la OCDE desarrollaron y aprobaron un paquete integral de medidas que se implementaron a nivel doméstico al considerar los convenios fiscales de una forma coordinada (OCDE, 2016).

Ya que, si bien existen numerosas formas de erosionar las bases imponibles dentro de cada jurisdicción, una fuente significativa de la erosión es el traslado de beneficios al exterior.

- Tradicionalmente, los organismos económicos internacionales como la OCDE, se habían ocupado de corregir los problemas de doble imposición internacional derivados de la internacionalización de la economía, pero la crisis fiscal emanada de la crisis económica iniciada en 2008 y la creciente erosión de las bases imponibles, correspondientes a los beneficios empresariales, han llevado a trasladar la cuestión a evitar la doble imposición internacional o la reducción intencional e ilegal de la imposición sobre las rentas o patrimonios internacionales, mediante el aprovechamiento del tratamiento fiscal dispar entre las distintas jurisdicciones fiscales y la utilización de esquemas de planificación fiscal, que en muchos casos puede ser calificada como agresiva o abusiva;
- Por tanto, es de suma importancia conocer qué es el BEPS⁷ (del inglés «Base Erosion and Profit Shifting», en español, «Erosión de la base imponible y traslado de beneficios»); es el término que designa, en fiscalidad internacional, las estrategias de planificación fiscal utilizadas por las empresas multinacionales para aprovecharse de las discrepancias, lagunas e inconsistencias de los sistemas fiscales nacionales y trasladar

⁷ <https://es.wikipedia.org/wiki/BEPS>.

- sus beneficios a países de escasa o nula tributación, donde las entidades apenas ejercen alguna actividad económica y eludir de esta forma el pago del impuesto sobre sociedades;
- Asimismo, se conoce como proyecto BEPS la iniciativa puesta en marcha por la OCDE, a partir de 2013, que trata de combatir estas prácticas de elusión fiscal a nivel internacional;
 - Concluyendo, se sostiene que las reglas vigentes permiten manipular los beneficios a base de estructuras jurídicas artificiosas y de derechos y obligaciones intangibles, y trasvasar legalmente los riesgos intragrupo, con la consecuencia de reducir la parte de los beneficios relacionados con las actividades productivas.
 - Se recomienda la elaboración de un plan de acción a escala mundial para resolver el problema de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios⁸.

Por lo anterior es que, se hace referencia entre otras:

Noticias en Expansión, Excélsior, El Economista: “EL G20 DA UN PASO AL FRENTE EN EL COMBATE DE LA EVASIÓN FISCAL”⁹. México y la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios (BEPS). México, como miembro del G20, apoyó la Declaración sobre la Erosión de la Base y Traslado de Beneficios en el marco de la Reunión del Consejo Ministerial de la OCDE (mayo de 2013) y aprobó el Plan de Acción:

El G20 ha reconocido que la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios está menoscabando también la confianza de los ciudadanos en la equidad de los sistemas fiscales de todo el mundo, que ha sido la razón por la que se nos solicitó preparar las modificaciones de la normativa fiscal internacional más importantes de casi un siglo, subrayó Ángel Gurría, secretario general de la OCDE.

Las nuevas normas buscan alinear la fiscalidad con el lugar donde se produce la actividad económica real de una empresa, y evitar así que las grandes

⁸ “Lucha contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios”; <https://www.oecd.org/abordando>.

⁹ “El G20 da un paso al frente en el combate de la evasión fiscal”; <https://www.expansion.com/agencia/efe/2015/10/09/21227587.html>.

compañías escojan su sede con el objetivo de reducir el pago de impuesto de sociedades.

En los últimos años, los gobiernos y ciudadanos habían expresado su preocupación por el hecho de que multinacionales como Apple, McDonald's o Microsoft, entre otras, apenas realizan contribuciones fiscales en los países en los que se habían asentado. Gurría reconoció, no obstante, que la efectividad del sistema BEPS dependerá de una tríada de elementos: "implementación, implementación, implementación".

Esta propuesta, respaldada por los ministros del grupo, será enviada a los jefes de Estado de las 20 primeras economías mundiales para su ratificación en la cumbre de noviembre en Turquía.

En la insólita conferencia de prensa en la que estuvieron presentes casi todos los integrantes del grupo, el secretario de Hacienda de México, Luis Videgaray, alabó el acuerdo como "el mayor progreso realizado en este sentido en años".

George Osborne, ministro británico de Economía, destacó que: "un gran compromiso internacional ha llevado a alcanzar un acuerdo internacional", que desde ahora es "una realidad".

Mediante este pacto, basado en unas reglas de intercambio automático de información financiera, se registrarán a partir de 2016 los datos de todas las nuevas cuentas bancarias y comenzarán a compartirse de forma rutinaria desde septiembre de 2017.

Entre los datos que se compartirán están incluidos los saldos, los intereses aplicados, los dividendos, los beneficios procedentes de productos financieros y los números de identificación fiscal.

El secretario del Tesoro estadounidense, Jack Lew, se mostró "orgullosa" de haber liderado el esfuerzo conjunto y subrayó la importancia de asegurar que estos "regímenes fiscales justos y eficientes (...) no desalienten la inversión extranjera directa y el crecimiento global".

En 2014, México presentó a la Subcomisión sobre Erosión de la Base y Traslado de Beneficios de la Organización de las Naciones Unidas las respuestas a un cuestionario sobre sus experiencias en el ámbito de la BEPS¹⁰.

¹⁰ Reunión del Grupo Parlamentario de la OCDE sobre Asuntos, <https://centrogilbertobosques.senado.gob>.

1. Consideraciones¹¹

- BEPS ha afectado significativamente los ingresos fiscales en México. El sistema fiscal internacional global actual ha abierto oportunidades para que las Empresas Multinacionales minimicen en gran medida su carga fiscal. Esto lesiona la integridad del sistema fiscal y requiere de un mayor costo para garantizar el cumplimiento;
- Las prácticas más comunes usadas para la BEPS fueron las siguientes:
 - a) Ventas de las empresas en México, *por ejemplo*, al enajenar sociedades de cartera ubicadas en jurisdicciones con poco o ningún acceso al intercambio de información y aquellas ventas que no son gravadas o que tienen bajas tasas de impuestos;
 - b) La migración de intangibles desarrollados en México a jurisdicciones con tasas fiscales baja o nulas;
 - c) Las estructuras que no reconocen la existencia de establecimientos permanentes en México debido a que se considera que las actividades y los riesgos se encuentran en el extranjero;
 - d) Las grandes deudas sin ninguna razón comercial;
- La respuesta a estas prácticas han sido las auditorías y las modificaciones a la legislación nacional;
- La administración tributaria mexicana es la encargada de evaluar si las empresas multinacionales reportan una cantidad apropiada de beneficios en México, por medio de un procedimiento de evaluación de riesgos sobre los precios de transferencia, incluyendo el análisis de los beneficios de los contribuyentes y los impuestos reportados (tasa efectiva de impuesto) durante determinados períodos de años; de la industria y los promedios por sector; y el análisis de la rentabilidad de los contribuyentes mexicanos en comparación con los rendimientos mundiales consolidados (cuando dicha información se encuentra disponible, por ejemplo, en empresas públicas);

¹¹ Las reformas estructurales están transformando nuestra economía: FMI. Nota informativa. Informe Semanal del Vocero, 9 de octubre de 2015, SHCP, http://www.hacienda.gob.mx/SALAPRENSA/doc_informe_vocero/2015/vocero_41_2015.pdf.

- Los principales obstáculos que México ha enfrentado para evaluar si se reporta la cantidad apropiada de beneficios en su jurisdicción y para garantizar que se pague el impuesto por dicha ganancia son:
 - a) La falta de información sobre el negocio a nivel mundial del grupo de empresas multinacionales, incluyendo información sobre las partes extranjeras con las que mantiene relaciones en los lugares donde opera la compañía;
 - b) La falta de información pública sobre las empresas locales que se pretenden comparar;
 - c) El volumen y la complejidad del comercio internacional intragrupo;
 - d) Otras áreas de oportunidad para la implementación de un programa eficiente de evaluación de riesgos de precios de transferencia con el fin de identificar y evaluar si se reporta y se paga la cantidad apropiada por los beneficios; y la consiguiente selección de casos para auditoría, cuando sea necesario;
- Se reitera la importancia de cada uno de los puntos del Plan de Acción de la OCDE, aunque resalta que sus prioridades inmediatas son la Acción 6, y los precios de transferencia (Acciones 8, 9 y 13), y que, dependiendo de la aplicación efectiva de las medidas, la Acción 12 podría convertirse en la siguiente prioridad;
- Se considera que para los países en desarrollo son de especial importancia la Acción 2 (neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos) y la Acción 7 (impedir la elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente);
- Por último, se reafirma el compromiso de nuestro país con el enfoque y las cuestiones consideradas en el Plan de Acción contra la BEPS de la OCDE¹².

En el marco de las Reuniones Anuales de las Juntas de Gobernadores del Banco Mundial (BM) y del Fondo Monetario Internacional (FMI) que se realizaron en Lima, Perú (9-11 de octubre de 2015), el secretario de Hacienda y Crédito Público

¹² Questionnaire, "Mexico's experiences regarding base erosion and profit shifting issues", Organización de las Naciones Unidas, agosto de 2014, http://www.un.org/esa/ffd/tax/BEPS/CommentsMexico_BEPS.pdf.

(SHCP), Luis Videgaray, también se reunió con los Gobernadores de los Bancos Centrales y los Ministros de Finanzas del G20¹³.

En dicho encuentro se analizó el actual entorno económico y el ajuste a las estrategias de crecimiento. Asimismo, destacó el apoyo a la implementación del Proyecto OCDE/G20 de lucha contra la BEPS de la OCDE. La SHCP señaló que, con este proyecto, se busca frenar la evasión fiscal por parte de empresas multinacionales.

El secretario Videgaray participó también en una conferencia de prensa para la presentación del Plan de Acción de BEPS, al lado de sus homólogos de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Alemania, China y Turquía, entre otros ministros de finanzas del G20, además del Secretario General de la OCDE, Mtro. José Ángel Gurría.

Los ministros coincidieron que una conferencia de prensa conjunta de este nivel ha tenido pocos precedentes, y refleja tanto el compromiso del G20 con la implementación del Plan de Acción, como la relevancia del G20 para coordinar acciones globales de alto impacto en pro de un crecimiento mundial incluyente.

Al término de la conferencia, el titular de la SHCP confirmó que el G20, y México en lo particular, respaldó el Proyecto BEPS de la OCDE, pues al aplicar sus recomendaciones desde hace un año, ha permitido a nuestro país identificar a más de 20 transnacionales que son grandes contribuyentes, con las que el Sistema de Administración Tributaria (SAT) ya se encuentra conversando, mientras que con un par ya se llegó a un acuerdo para que paguen impuestos por las utilidades que generan. Respecto al Acuerdo Comercial Transpacífico (TPP), dijo que no tiene propiamente un capítulo de BEPS, pero se busca que se tenga¹⁴.

Los medios de comunicación mencionaron que el funcionario aclaró que la "legislación mexicana impide dar a conocer casos específicos, pero reconoció que hoy, estos contribuyentes (multinacionales) tienen un planteamiento muy diferente con respecto al pago de impuestos en México"¹⁵.

¹³ "Las reformas estructurales están transformando nuestra economía: FMI", Nota informativa, *Informe Semanal del Vocero*, 5-9 de octubre de 2015, SHCP, http://www.hacienda.gob.mx/SALAPRENSA/doc_informe_vocero/2015/vocero_41_2015.pdf.

¹⁴ "Evaden al SAT firmas extranjeras; el G20 avala acuerdo fiscal", *Excelsior*, 10 de octubre de 2015, <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2015/10/10/1050300#view-1>.

¹⁵ "Multinacionales pagarán impuestos en México, SHCP", *El Economista*, 11 de octubre de 2015, <http://eleconomista.com.mx/finanzas-publicas/2015/10/11/que-las-multinacionales-paguen-impuestos-mexico-videgaray>.

Reconoció que es muy difícil estimar a cuánto asciende esta erosión en el país, pues depende mucho de la creatividad que se utiliza en las distintas jurisdicciones, “que son muy complejas y jurídicamente válidas y que, sin embargo, resultan en inequidad”. Se trata de un monto relevante porque se habla de grandes contribuyentes.

Bajo este escenario, surgió la necesidad de regular los sistemas tributarios de diversos países para evitar la desaparición de los beneficios fiscales dando pie al término: la erosión de la base y la transferencia de ganancias (BEPS, por sus siglas en inglés), haciendo referencia a las estrategias de planificación fiscal utilizadas por las empresas multinacionales que aprovechan las brechas y los desajustes en las normas tributarias para evitar el pago de impuestos.

Por lo que, el fin de las BEPS es hacer “desaparecer” los beneficios a efectos fiscales, o bien de trasladar beneficios hacia ubicaciones donde existe escasa o nula actividad real, si bien goza de una débil imposición, derivando en escasa o nula renta sobre sociedades.

En el contexto del Proyecto BEPS y, por primera vez en la historia, todos los países de la OCDE y del G20, han trabajado en pie de igualdad para revisar los fundamentos de las normas de fiscalidad internacional. Lo que parecía una apuesta arriesgada para muchos, ha demostrado ser una historia de éxito.

Siendo así, después de la publicación de siete informes provisionales en septiembre de 2014, todos ellos avalados por los líderes y los ministros de finanzas del G20, se han compilado los resultados finales en un completo paquete BEPS.

Este paquete recoge los informes para cada una de las 15 acciones identificadas en el Plan de Acción BEPS, reemplazando a los informes de septiembre de 2014¹⁶.

2. Acciones, a implementar por la OCDE en el Plan BEPS

- Acción 1 Abordar los retos fiscales de una economía digital.
- Acción 2 Neutralizar los efectos de vehículos híbridos.
- Acción 3 Fortalecer las reglas CFC (Controlled Foreign Company).

¹⁶ “Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”, *Informes finales 2015*, OCDE 2015, <https://www.oecd.org/ctp/BEPS-resumen-informativo.pdf>.

- Acción 4 Limitar la erosión de la base a través de la deducción de intereses y otros instrumentos financieros.
- Acción 5 Combatir prácticas fiscales indebidas considerando la transparencia y la sustancia económica.
- Acción 6 Prevenir el abuso de tratados.
- Acción 7 Prevenir la evasión artificial del concepto de establecimiento permanente.
- Acción 8, 9 y 10 Asegurar que los precios de transferencia están alineados con la creación de valor.
- Acción 11 Evaluación y monitoreo de BEPS.
- Acción 12 Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planeación fiscal agresiva.
- Acción 13 Reexaminar la documentación de precios de transferencia.
- Acción 14 Hacer más efectivos los mecanismos de solución de controversias.
- Acción 15 Desarrollar un instrumento multilateral.

La implementación es monitoreada activamente por el Marco Inclusivo OCDE/G20 sobre todas las Acciones BEPS e informa anualmente al G20 sobre este progreso.

Ahora bien, la implementación de los Estándares Mínimos BEPS es de particular importancia y cada uno de ellos es objeto de un proceso de revisión por pares que evalúa la instrumentación por parte de cada miembro y brinda recomendaciones claras para mejorar¹⁷.

Se conoce que en el caso de México como miembro de la OCDE y del G20 se han adoptado acciones a lo largo de los últimos años.

A. Acción 1 "Abordar los retos de la economía digital para la imposición"

La economía digital es el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y la comunicación, cuya revolución ha abaratado y potenciado las tecnologías, al tiempo que las ha estandarizado am-

¹⁷ Perales Flores, D., "Mensaje de la presidencia", *Contaduría Pública*, año 49, 2001, <http://contaduriapublica.org.mx/wp-content/uploads/2021/01/CP-ene-esp-21-1p.pdf>.

pliamente, mejorando así los procesos comerciales e impulsando la innovación en todos los sectores de la economía.

La economía digital y sus modelos de negocio presentan algunas características clave que resultan potencialmente relevantes desde una perspectiva fiscal, entre las que se incluyen la movilidad, la importancia de los datos, los efectos de la red, la proliferación de modelos de negocio multilaterales, una tendencia hacia el monopolio u oligopolio y la volatilidad; los tipos de actividad analizados incluyen diversas categorías: comercio electrónico, tiendas de aplicaciones, publicidad en línea, computación en la nube, plataformas participativas en red, negociación de alta frecuencia y servicios de pago en línea, acelerando y alterando la propagación de cadenas de valor mundiales en las que las empresas multinacionales (EMN) integran sus operaciones en todo el globo.

Según la OCDE, la economía digital o sus modelos de negocio no generan problemas BEPS exclusivos y aislados, algunas de sus características principales exacerban los riesgos de prácticas elusivas en este ámbito. Como consecuencia, se acordaron los siguientes cambios:

Modificación de la lista de excepciones a la definición de establecimiento permanente (EP) a fin de garantizar que toda excepción contemplada en dicha lista esté subordinada a la condición general de que las actividades objeto de excepción tengan un carácter auxiliar o preparatorio; e introducción de un nuevo criterio antifragmentación con fines anti-elusivos, que impida acogerse a las excepciones al estatus de EP mediante la fragmentación de las operaciones entre las distintas entidades de un mismo grupo. *Ejemplo*, a este nuevo criterio, el hecho de que un vendedor en línea de productos tangibles (siendo los componentes esenciales de su modelo de negocio la proximidad de los clientes y la necesidad de realizar las pertinentes entregas con rapidez) posea un almacén local de grandes dimensiones en el que trabaje un número considerable de empleados y utilice dichas instalaciones con fines de almacenamiento y entrega de bienes o mercancías vendidos en línea a dichos clientes, se considerará constitutivo de EP.

Modificación de la definición de EP para abordar aquellos casos en los que la utilización de mecanismos o estructuras artificiosos para la venta de bienes o servicios de una empresa de un grupo multinacional se traduce, en la práctica, en la celebración de contratos, de modo que habrá que considerar que esas ventas

han sido efectuadas por dicha empresa. En esta circunstancia, por *ejemplo*, un vendedor en línea de productos tangibles o un proveedor en línea de servicios de publicidad, que hagan uso del equipo de ventas de una filial local para negociar y concluir ventas efectivas de dichos productos o servicios con grandes clientes potenciales y se celebren dichos contratos habitualmente, sin efectuar la matriz modificación material alguna, es una circunstancia que determinaría que esta actividad sea constitutiva de EP de la matriz.

Tras su revisión, las Directrices sobre Precios de Transferencia establecen claramente que la titularidad jurídica de los intangibles no genera necesariamente, por sí sola, el derecho a percibir la totalidad (ni tan siquiera una parte) de los beneficios emanados de la explotación de los mismos, sino que las entidades del grupo que desarrollen las funciones esenciales, aporten la mayor parte de los activos y tengan la capacidad para controlar los riesgos más importantes desde un punto de vista económico, lo que se determinará en función de la delimitación exacta de la transacción efectivamente realizada, tendrán derecho al reparto de los beneficios correspondientes.

Por lo que las directrices específicas en este ámbito garantizarán que, el análisis de los precios de transferencia no se vea afectado por asimetrías de información entre la administración tributaria y el contribuyente, en lo que respecta a intangibles de difícil valoración, o bien por la remisión a acuerdos contractuales especiales, tales como los acuerdos de reparto de costes (ARC).

Las recomendaciones relativas al diseño eficaz de normas de compañías foráneas controladas (CFC) de transparencia fiscal internacional aplicables incluyen definiciones de las rentas de las CFC que harán que las típicamente obtenidas en el ámbito de la economía digital queden sometidas a gravamen en la jurisdicción en que se halle ubicada efectivamente la matriz. Entre otros, se puede apreciar en la Ley del Impuesto sobre la Renta, Sección III, *De los ingresos por la enajenación de bienes o la prestación de servicios a través de Internet, mediante plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas y similares* (Sección adicionada DOF 09-12-2019):

Artículo 113-A. *Están obligados al pago del impuesto establecido en esta Sección, los contribuyentes personas físicas con actividades empresariales que enajenen bienes o presten servicios a través de Internet, mediante*

plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas y similares que presten los servicios a que se refiere la fracción II del Artículo 18-B de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, por los ingresos que generen a través de los citados medios por la realización de las actividades mencionadas, incluidos aquellos pagos que reciban por cualquier concepto adicional a través de los mismos.

El impuesto a que se refiere el párrafo anterior se pagará mediante retención que efectuarán las personas morales residentes en México o residentes en el extranjero con o sin establecimiento permanente en el país, así como las entidades o figuras jurídicas extranjeras que proporcionen, de manera directa o indirecta, el uso de las citadas plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas y similares.

La retención se deberá efectuar sobre el total de los ingresos que efectivamente perciban las personas físicas por conducto de los citados medios a que se refiere el primer párrafo de este Artículo, sin incluir el impuesto al valor agregado. Esta retención tendrá el carácter de pago provisional.

...

B. Acción 2 "Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos"

Los mecanismos híbridos se nutren de las asimetrías o divergencias existentes en cuanto al tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo a los ordenamientos de dos o más jurisdicciones, lo que puede acabar generando una doble no imposición, o bien, el diferimiento a largo plazo de los tributos.

Este tipo de mecanismos y/o acuerdos, cuyo uso está ampliamente extendido, se traduce en una erosión significativa de las bases imponibles de los países afectados, provocando un impacto global negativo desde el punto de vista de la competencia, eficiencia, transparencia y justicia.

C. Acción 3 "Refuerzo de la normativa sobre (Compañías Foráneas Controladas) CFC"

Las normas CFC de transparencia fiscal internacional relativas son la respuesta normativa al riesgo de que cualquier contribuyente, con una participación mayoritaria en una filial extranjera, erosione la base imponible en su país de residencia

y, en algunos casos, también en otros países, deslocalizando y/o trasladando sus rentas a una CFC.

Sin una regulación tal, las CFC representan auténticas oportunidades para el traslado de beneficios y el diferimiento a largo plazo de los tributos. Que se pueden apreciar, entre otros, en el *Título V, De los residentes en el extranjero con ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional*, también de la Ley del Impuesto sobre la Renta:

Artículo 174. El representante a que se refiere este Título, deberá ser residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en México, conservar a disposición de las autoridades fiscales, la documentación comprobatoria relacionada con el pago del impuesto por cuenta del contribuyente, durante cinco años contados a partir del día siguiente a aquél en que se hubiere presentado la declaración, asumir voluntariamente la responsabilidad solidaria, la cual no excederá de las contribuciones que deba pagar el residente en el extranjero y contar con bienes suficientes para responder como obligado solidario, conforme a las reglas de carácter general que al efecto expida el Servicio de Administración Tributaria (Párrafo reformado DOF 12-11-2021).

Cuando el adquirente o el prestatario de la obra asuman la responsabilidad solidaria, el representante dejará de ser solidario; en este caso el responsable solidario tendrá la disponibilidad de los documentos a que se refiere este Artículo, cuando las autoridades fiscales ejerciten sus facultades de comprobación.

Las personas físicas contribuyentes del impuesto a que se refiere este Título que durante el año de calendario adquieran la residencia en el país, considerarán el impuesto pagado durante el mismo como definitivo y calcularán en los términos del Título IV, de esta Ley, el impuesto por los ingresos que sean percibidos o sean exigibles a partir de la fecha en que adquirieron la residencia.

Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en el Artículo 168 de esta Ley, cuando por sus actividades constituyan establecimiento permanente en el país, *presentarán declaración dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que constituyan establecimiento permanente en el país calculando el impuesto en los términos de los Títulos II o IV de la misma, según sea el caso y efectuarán pagos provisionales a partir del*

siguiente ejercicio a aquél en que constituyan establecimiento permanente.

- I. Si cuando no constituían establecimiento permanente el impuesto se pagó mediante retención del 25% sobre el ingreso obtenido, aplicarán dicha tasa a los ingresos acumulables correspondientes a cada pago provisional.
- II. Si cuando no constituían establecimiento permanente se optó por aplicar la tasa establecida en el primer párrafo del Artículo 9o. de esta Ley, a la cantidad resultante de disminuir del ingreso obtenido las deducciones autorizadas por el Título II de la misma, determinarán sus pagos provisionales conforme a lo señalado en los Artículos 14 o 106 de esta Ley según sea el caso.

Tratándose de personas morales iniciarán su ejercicio fiscal en la fecha en que por sus actividades constituyan establecimiento permanente en el país.

D. Acción 4 “Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros”

Nos hallamos ante un dato fáctico al afirmar que el dinero es un bien móvil y fungible, lo que allana el camino para que los grupos multinacionales puedan obtener resultados favorables desde una perspectiva fiscal ajustando el nivel de endeudamiento de una entidad del grupo.

Estudios y trabajos académicos han puesto de manifiesto la incidencia de las normas tributarias en la ubicación de la deuda en las distintas entidades del grupo, pues es bien sabido que los grupos pueden aumentar exponencialmente el nivel de endeudamiento soportado por cada entidad del grupo a través de préstamos intragrupo.

Los grupos multinacionales pueden utilizar instrumentos financieros para efectuar pagos económicamente equivalentes a los intereses, aunque con una distinta forma jurídica, sustrayéndose así a las limitaciones en materia de deducción de intereses.

Los riesgos de erosión de la base imponible y de traslado de beneficios por parte de grupos multinacionales en esta área surgen en tres escenarios básicos:

- El grupo concentra un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación;
- El grupo utiliza préstamos intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros;
- El grupo utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen.

Por lo que al formular recomendaciones con relación a las mejores prácticas en el diseño de normas para impedir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios mediante la excesiva deducción de intereses, el enfoque recomendado se fundamenta en una norma de ratio fijo, que limita las deducciones netas de una entidad, en concepto de intereses y otros pagos económicamente equivalentes a intereses, a un porcentaje determinado de sus beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones; esto es Utilidad antes de Intereses, Impuestos, Depreciaciones y Amortizaciones (*Earnings Before Interest Taxes Depreciation Amortization*, por sus siglas en inglés EBITDA).

Este criterio debería aplicarse, como mínimo, a las entidades que formen parte de grupos multinacionales. A fin de garantizar que los países aplican un ratio fijo que sea lo suficientemente bajo para prevenir BEPS, reconociendo al mismo tiempo que, partiendo de que no todos los países se encuentran en la misma situación, el enfoque recomendado incluye una horquilla de posibles ratios de entre el 10% y el 30%, al tiempo que se apunta a una serie de factores que los países han de tener en cuenta a la hora de establecer el ratio fijo aplicable con referencia a dicha horquilla.

Este enfoque puede complementarse con una norma de ratio global del grupo que permite a una entidad exceder dicho límite en determinadas circunstancias:

Ley del Impuesto sobre la Renta (Párrafo reformado DOF 12-11-2021)

Artículo 11. *Tratándose de intereses que se deriven de créditos otorgados a personas morales o a establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, por personas residentes en México o en el extranjero, que sean partes relacionadas de la persona que paga el crédito, los contribuyentes considerarán, para efectos de esta Ley, que los intereses deriva-*

dos de dichos créditos tendrán el tratamiento fiscal de dividendos cuando se actualice alguno de los siguientes supuestos:

...

I. a IV.

...

V.

...

...

...

...

...

Último párrafo...

También tendrán el tratamiento de créditos respaldados aquellas operaciones de financiamiento distintas a las previamente referidas en este Artículo de las que *deriven intereses a cargo de personas morales o establecimientos permanentes* en el país de residentes en el extranjero, cuando dichas operaciones carezcan de una razón de negocios.

De igual forma, para la acción número 4 del proyecto BEPS se incorporó la fracción XXXII al Artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, con el objetivo de establecer, a partir del ejercicio fiscal de 2020, una limitante a la deducción de intereses netos que excedan del monto que resulte de multiplicar la utilidad neta ajustada del contribuyente por 30%, como se aprecia:

Artículo 28. Para los efectos de este Título, no serán deducibles:

I a XXVIII...

XXIX. *Los pagos que efectúe el contribuyente que también sean deducibles para un miembro del mismo grupo, o para el mismo contribuyente en un país o jurisdicción en donde también sea considerado residente fiscal. Si el contribuyente es un residente en el extranjero con establecimiento permanente en territorio nacional, esta fracción también será aplicable cuando el pago sea deducible para el residente en el extranjero en su país o jurisdicción de residencia fiscal.*

...

XXX y XXXI...

XXXII. *Los intereses netos del ejercicio que excedan del monto que resulte de multiplicar la utilidad fiscal ajustada por el 30%.*

Esta fracción solo será aplicable a los contribuyentes cuyos intereses devengados durante el ejercicio que deriven de sus deudas excedan de \$20,000,000.00. Esta cantidad aplicará conjuntamente a todas las personas morales sujetas a este Título y establecimientos permanentes de residentes en el extranjero que pertenezcan a un mismo grupo o que sean partes relacionadas. Se considerará como grupo lo establecido por el último párrafo del Artículo 24 de esta Ley. Esta cantidad se repartirá entre las personas miembros del grupo o partes relacionadas, en la proporción de los ingresos acumulables generados durante el ejercicio anterior por los contribuyentes a los que les aplica esta fracción.

...

De lo anterior, se aprecia que el camino aún es largo por recorrer en la implementación de las acciones BEPS en México, sin embargo, estas han logrado de manera gradual permear en la legislación tributaria por lo que, estar actualizado y saber las acciones es de vital importancia para conocer el rumbo que tomará la tributación internacional.

E. Acción 5 "Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia"

Los países alcanzaron un acuerdo en torno a la necesidad de reforzar el criterio de actividad sustancial utilizado para evaluar regímenes preferenciales a fin de realinear la tributación de las rentas obtenidas con las actividades sustanciales que las generan.

Los países consideraron numerosos enfoques, obteniendo consenso el mecanismo nexo. Dicho enfoque, desarrollado en el contexto de regímenes de Propiedad Intelectual (PI) permite al contribuyente acogerse a un régimen únicamente cuando aquel haya incurrido en ciertos gastos asociados a actividades de investigación y desarrollo (I+D) que generen rentas procedentes de la explotación de la PI.

El enfoque basado en la existencia de nexo utiliza el gasto como un indicador de la actividad desarrollada y se sustenta en un principio conforme al cual, al estar concebidos los regímenes de PI como instrumento para fomentar el desarrollo de actividades de I+D e impulsar el crecimiento y el empleo, el criterio de ac-

tividad sustancial debe garantizar que los contribuyentes que se acogen a dichos regímenes han desarrollado efectivamente dichas actividades y han incurrido en un gasto real en I+D.

Este mismo principio puede aplicarse igualmente a otros regímenes preferenciales, para cuya instauración se exigiría que existan actividades sustanciales cuando dichos regímenes conceden beneficios a un contribuyente en la medida en que lleve a cabo las actividades principales generadoras de los ingresos susceptibles de acogerse al régimen preferencial.

En lo concerniente a la transparencia, se ha acordado un marco de referencia bajo el que se incluyan todas aquellas decisiones administrativas con relación a contribuyentes específicos que puedan dar lugar prácticas elusivas BEPS ante la falta de un intercambio espontáneo de información relevante con carácter obligatorio. Dicho marco contempla seis categorías de acuerdos o decisiones administrativas:

- Relativos a la aplicación de regímenes fiscales preferenciales;
- Previos sobre valoración de precios de transferencia (acuerdos anticipados APA) de carácter unilateral y transfronterizo u otros acuerdos fiscales unilaterales en el mismo ámbito;
- Concediendo un ajuste a la baja de los beneficios;
- Relativos a establecimientos permanentes (EP);
- En materia de sociedades canalizadoras de rentas;
- Cualquier otro tipo de acuerdos que se considere en el futuro podrían conllevar un riesgo de prácticas elusivas BEPS ante la ausencia de intercambio de información.

Ello no significa que dichos acuerdos o decisiones administrativas sean de por sí preferenciales o conlleven la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, si bien se reconoce que la falta de transparencia en la aplicación de un régimen o procedimiento administrativo concreto puede originar un distinto tratamiento fiscal y situaciones de doble no imposición.

F. Acción 6 “Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales”

Identifica al uso abusivo de los convenios fiscales y, en particular, a la búsqueda del convenio más favorable (*treaty shopping*), como una de las principales causas por las que BEPS se traduce en un problema.

Los contribuyentes que incurrir en prácticas constitutivas de *treaty shopping* u otras estrategias encaminadas al uso abusivo de los convenios fiscales minan la soberanía tributaria de los Estados afectados, al reclamar indebidamente las ventajas derivadas de lo conocido como *treaty shopping*; son aquellas sociedades multinacionales que establecen sus estructuras para buscar establecerse en países que no cuentan con una gran imposición y no poseen tratados impositivos con los países en donde realizan su actividad o la aplicación de un convenio en circunstancias en las que estas no resultan procedentes, lo que enfrenta a los países en cuestión a la consiguiente pérdida de ingresos fiscales o de recaudación tributaria.

Precisamente por esta razón, los países afectados han decidido incluir cláusulas antiabuso en sus respectivos convenios fiscales, así como un estándar básico contra el *treaty shopping*, al tiempo que se muestran de acuerdo acerca de la necesidad de que exista un cierto grado de flexibilidad en la aplicación de dicho estándar en cuanto estas disposiciones han de adaptarse necesariamente a las especificidades de cada país y a las circunstancias que rodean la negociación y posterior celebración de convenios bilaterales. Debiendo tomar en cuenta, entre otros, lo relativo en la Ley del Impuesto sobre la Renta:

Artículo 24. *Las autoridades fiscales autorizarán la enajenación de acciones a costo fiscal en los casos de reestructuración de sociedades residentes en México pertenecientes a un mismo grupo, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: (Párrafo reformado DOF 12-11-2021)*

I a IX...

...

En caso de que la autoridad fiscal, en el ejercicio de sus facultades de comprobación, detecte que la reestructuración carece de razón de negocios, o bien, que no cumple con cualesquiera de los requisitos a que se refiere este Artículo, quedará sin efectos la autorización y se deberá pagar el impuesto correspondiente a la enajenación de acciones, considerando el valor en que dichas acciones se hubieran enajenado entre partes independientes en operaciones comparables, o bien, considerando el valor que se determine mediante avalúo practicado por persona autorizada por las autoridades fiscales. El impuesto que así se determine lo pagará el enajenante, actualiza-

do desde la fecha en la que se efectuó la enajenación y hasta la fecha en la que se pague.

Artículo 27. *Las deducciones autorizadas en este Título deberán reunir los siguientes requisitos:*

I a XXVI...

XXVII.

...

...

...

...

Los contribuyentes podrán optar por considerar como capital contable del ejercicio, para los efectos de determinar el monto en exceso de sus deudas, la cantidad que resulte de sumar los saldos iniciales y finales del ejercicio en cuestión de sus cuentas de capital de aportación, utilidad fiscal neta y utilidad fiscal neta reinvertida, disminuyendo la suma de los saldos iniciales y finales de las pérdidas fiscales pendientes de disminuir que no hayan sido consideradas en la determinación del resultado fiscal, y dividir el resultado de esa operación entre dos. No podrá ejercerse la opción a que se refiere este párrafo cuando el resultado de la operación antes mencionada sea superior al 20% del capital contable del ejercicio de que se trate, excepto que, durante el ejercicio de facultades de comprobación, el contribuyente acredite ante las autoridades fiscales que las situaciones *que provocan la diferencia entre dichas cantidades tienen una razón de negocios y demuestre que la integración de sus cuentas de capital de aportación, utilidad fiscal neta, utilidad fiscal neta reinvertida y pérdidas fiscales pendientes de disminuir, tienen el soporte correspondiente* (Párrafo reformado DOF 12-11-2021).

Artículo 161. *Tratándose de la enajenación de acciones o de títulos valor que representen la propiedad de bienes, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional, cuando sea residente en México la persona que los haya emitido o cuando el valor contable de dichas acciones o títulos valor provenga directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el país.*

...

...

...
...
...
...

Las autorizaciones a que se refiere este Artículo solamente se otorgarán con anterioridad a la reestructuración, y siempre que la contraprestación que derive de la enajenación únicamente consista en el canje de acciones emitidas por la sociedad adquirente de las acciones que trasmite, así como que el enajenante o el adquirente no estén sujetos a un régimen fiscal preferente o residan en un país con el que México no tenga en vigor un acuerdo amplio de intercambio de información tributaria. Si el enajenante o el adquirente residen en un país con el que México no tiene en vigor un acuerdo amplio de intercambio de información tributaria, se podrá obtener la autorización a que se refiere este párrafo, siempre que el contribuyente presente un escrito donde conste que ha autorizado a las autoridades fiscales extranjeras a proporcionar a las autoridades mexicanas información sobre la operación para efectos fiscales. La autorización que se emita de conformidad con lo dispuesto en este párrafo quedará sin efectos cuando no se intercambie efectivamente la información mencionada que, en su caso, se solicite al país de que se trate, o bien, cuando la autoridad fiscal en el ejercicio de sus facultades de comprobación detecte que la reestructuración o, en su caso, las operaciones relevantes relacionadas con dicha reestructuración, celebradas dentro de los cinco años inmediatos anteriores en conjunto con las celebradas dentro de los cinco años inmediatos posteriores a que se otorgue la autorización de *que se trate, carecieron de una razón de negocios, o que el canje de acciones generó un ingreso sujeto a un régimen fiscal preferente*. Las autorizaciones a que se refiere este párrafo podrán estar condicionadas al cumplimiento de los requisitos que para tal efecto se establezcan en el Reglamento de esta Ley y en las resoluciones emitidas por las autoridades fiscales.

Código Fiscal de la Federación

Artículo 14-B.

... I.
... II.

... a)

...

...

...

En caso de que la autoridad fiscal, en el ejercicio de sus facultades de comprobación, detecte que, *tratándose de fusión o escisión de sociedades, éstas carecen de razón de negocios*, o bien, no cumplen con cualquiera de los requisitos a que se refiere este Artículo, determinará el impuesto correspondiente a la enajenación, considerando como ingreso acumulable, en su caso, la ganancia derivada de la fusión o de la escisión. Para estos efectos, a fin de verificar si la fusión o escisión de sociedades tiene razón de negocios, la autoridad fiscal podrá tomar en consideración las operaciones relevantes relacionadas con la operación de fusión o escisión, llevadas a cabo dentro de los cinco años inmediatos anteriores y posteriores.

G. *Acción 7 "Impedir la elusión artificiosa del estatuto de establecimiento permanente (EP)"*

Por lo general, los convenios fiscales establecen que los beneficios empresariales de empresas extranjeras son susceptibles de someterse a gravamen en un determinado Estado, únicamente cuando dicha empresa cuente con un EP, ubicado en ese mismo territorio, al que resulten imputables dichos beneficios.

En consecuencia, la definición del concepto de «*establecimiento permanente*» en los convenios es de vital importancia de cara a determinar si las rentas obtenidas por una empresa no residente han de tributar en otro Estado.

El Plan de Acción BEPS subrayaba la necesidad de actualizar dicha definición de cara a evitar el uso de ciertas estrategias comunes con fines elusivos, en la actualidad, para eludir el alcance previsto de la definición de EP en vigor, representadas, por ejemplo, mediante mecanismos en virtud de los cuales los contribuyentes sustituyen a las filiales que venían actuando como distribuidoras por comisionistas y conducentes al traslado de los beneficios fuera del país en el que se efectuaban las ventas sin que tuviera lugar una modificación sustancial de las funciones desempeñadas en ese país.

Adicionalmente, es necesario modificar la *definición de Establecimiento Permanente* para impedir que determinadas actividades puedan acogerse a las excepciones específicas incluidas en la definición de EP que actualmente prevé el apartado 4 del Artículo 5o. del Modelo de Convenio de la OCDE; un tema de particular importancia en el ámbito de la economía digital: *Lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.*

Por otra parte, *los actos jurídicos, la razón de negocios y el establecimiento permanente*, se conectan como lo establecen los dispositivos fiscales: Ley del Impuesto sobre la Renta y Código Fiscal de la Federación, entre otros:

Código Fiscal de la Federación, Artículos 5o. y 5o.-A (DOF 12-11-2021; Cantidades actualizadas y compiladas por Resolución Miscelánea Fiscal DOF 05-01-2022).

Artículo 5o.- *Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa.*

Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.

De ahí que, el Artículo 5o. del CFF establece las reglas de interpretación que operan sobre los presupuestos de hecho o hipótesis normativas, de tal suerte que si las mismas imponen una carga, deben aplicarse de manera estricta.

En este orden de ideas, la iniciativa en comento introduce un principio que operará sobre los hechos o situaciones jurídicas, dotando a las autoridades fiscales (bajo ciertas reglas) de una facultad para *apreciar los hechos sin atender a las formas que revisten ese hecho, como pueden ser los contratos, las actas, la contabilidad, los comprobantes fiscales; y en general, cualquier instrumento que formaliza una situación jurídica y que constituye el medio para acreditar (probar) la realización de esa situación.*

Por ejemplo, una compraventa constituye una situación jurídica que se puede formalizar y acreditar mediante los contratos, las facturas y los registros contables.

La preeminencia del fondo nos conduce a ciertas reglas que pretenden disociar la situación o hecho de las formas y la voluntad de las partes que intervienen en la operación, de tal manera que si las formas y la voluntad (contratos, comprobantes, etcétera) nos dirigen a la conclusión de que existe una compraventa (hecho), la preeminencia nos puede terminar conduciendo a que la situación apropiada para esa operación debió ser un préstamo, en lugar de una compraventa.

Artículo 5o.-A. *Los actos jurídicos que carezcan de una razón de negocios y que generen un beneficio fiscal directo o indirecto, tendrán los efectos fiscales que correspondan a los que se habrían realizado para la obtención del beneficio económico razonablemente esperado por el contribuyente.*

...

La autoridad fiscal podrá presumir, salvo prueba en contrario, que no existe una razón de negocios, cuando el beneficio económico cuantificable razonablemente esperado, sea menor al beneficio fiscal. Adicionalmente, la autoridad fiscal podrá presumir, salvo prueba en contrario, que una serie de actos jurídicos carece de razón de negocios, cuando el beneficio económico razonablemente esperado pudiera alcanzarse a través de la realización de un menor número de actos jurídicos y el efecto fiscal de estos hubiera sido más gravoso.

Se consideran beneficios fiscales cualquier reducción, eliminación o diferimiento temporal de una contribución. Esto incluye los alcanzados a través de deducciones, exenciones, no sujeciones, no reconocimiento de una ganancia o ingreso acumulable, ajustes o ausencia de ajustes de la base imponible de la contribución, el acreditamiento de contribuciones, la recaracterización de un pago o actividad, un cambio de régimen fiscal, entre otros.

Se considera que existe un beneficio económico razonablemente esperado, cuando las operaciones del contribuyente busquen generar ingresos, reducir costos, aumentar el valor de los bienes que sean de su propiedad, mejorar su posicionamiento en el mercado, entre otros casos.

...

Para efectos de este Artículo, el beneficio fiscal no se considerará como parte del beneficio económico razonablemente esperado.

La expresión razón de negocios será aplicable con independencia de las

leyes que regulen el beneficio económico razonablemente esperado por el contribuyente”.

H. *Acción 8-10 “Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor”*

Las normas de determinación de precios de transferencia, utilizadas a efectos tributarios, tienen por objeto establecer las condiciones, incluido el precio, aplicables a las transacciones efectuadas en el seno de una empresa multinacional y que determinan el reparto y asignación de beneficios a las empresas del grupo ubicadas en distintos países.

El Plan de Acción BEPS, los estándares internacionales vigentes en materia de precios de transferencia pueden ser objeto de una aplicación errónea a fin de obtener unos resultados en los que la atribución de beneficios no esté alineada con la actividad económica que los genera.

En el marco de las Acciones 8 a 10 garantizan que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, incluyendo el desarrollo de normas que giran en torno a tres áreas clave:

- Operaciones con activos intangibles, a fin de impedir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios mediante la circulación o cesión de intangibles entre miembros de un grupo;
- Riesgos y capital, para evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a través de la asignación de riesgos económicos o la consiguiente atribución de ingresos excesivos entre/a los miembros del grupo, respectivamente;
- Otras transacciones de alto riesgo, con el objeto de impedir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios mediante la realización de operaciones que no (o muy rara vez) se celebrarían entre terceras partes.

I. *Acción 11 “Evaluación y seguimiento de BEPS”*

Establece metodologías para la recopilación y el análisis de datos sobre la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios y las correspondientes medidas anti-elusivas, formulando recomendaciones acerca de los indicadores de la magnitud e impacto económico de la erosión de las bases imponibles y del traslado de beneficios y velando porque se disponga de herramientas para cuantificar y

controlar la eficacia e impacto económico de las medidas anti-elusivas adoptadas de forma continuada.

En la actualidad, pese al enorme desafío que representa el hecho de cuantificar la magnitud e impacto económico de BEPS, dada la complejidad del fenómeno y las considerables limitaciones de los datos disponibles, sabemos a ciencia cierta que los efectos fiscales de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios son cuantiosos y gravosos.

Los hallazgos de los trabajos que han venido realizándose desde 2013 confirman la magnitud del problema, registrándose pérdidas globales de recaudación en el ámbito del impuesto sobre sociedades (IS) de entre el 4% y el 10%, es decir, de 100 a 240 mil millones de dólares al año.

Dado que los países en desarrollo dependen en mayor medida de la recaudación por IS en términos porcentuales del PIB que los países desarrollados, las estimaciones del impacto en los primeros presentan valores superiores a los de estos últimos.

J. Acción 12 "Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva"

Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva mediante la formulación de recomendaciones relativas al diseño de normas de declaración obligatoria para transacciones o estructuras agresivas o abusivas, teniendo en cuenta los costes administrativos para las administraciones tributarias y las empresas, aprovechando las experiencias del creciente número de países que ya cuentan con tales normas.

Para aquellos países que no cuenten con dichas normas, esta acción ofrece un módulo de diseño de un sistema de normas de declaración obligatoria que cumplan con las expectativas de recaudar la información pertinente de manera anticipada para la determinación de planificaciones fiscales elusivas.

En relación a la Acción 12 BEPS, México brinda seguimiento como parte de las reformas fiscales 2020, al incorporar en el Código Fiscal de la Federación, en su Artículo 198, la "*Revelación de esquemas reportables*", que consiste en la información que las autoridades fiscales han identificado como áreas de riesgo durante el ejercicio de sus facultades y que, si las conoce de forma previa a su implementación, podrá evaluar su viabilidad y hará conocer a los contribuyentes y asesores

fiscales, como lo establece el Código Fiscal de la Federación 2020, Título Sexto, capítulo único, De la revelación de esquemas reportables:

Artículo 197. Los asesores fiscales se encuentran obligados a revelar los esquemas reportables generalizados y personalizados a que se refiere este Capítulo al Servicio de Administración Tributaria.

Se entiende por asesor fiscal cualquier persona física o moral que, en el curso ordinario de su actividad realice actividades de asesoría fiscal, y sea responsable o esté involucrada en el diseño, comercialización, organización, implementación o administración de la totalidad de un esquema reportable o quien pone a disposición la totalidad de un esquema reportable para su implementación por parte de un tercero.

Los asesores fiscales obligados conforme a este Capítulo son aquéllos que se consideren residentes en México o residentes en el extranjero que tengan un establecimiento permanente en territorio nacional de conformidad con la Ley del Impuesto sobre la Renta, siempre que las actividades atribuibles a dicho establecimiento permanente sean aquéllas realizadas por un asesor fiscal. Cuando un asesor fiscal residente en el extranjero tenga en México un establecimiento permanente o una parte relacionada, se presume, salvo prueba en contrario, que la asesoría fiscal fue prestada por estos últimos. Esta presunción también será aplicable cuando un tercero que sea un residente en México o un establecimiento permanente de un residente en el extranjero en los términos de la Ley del Impuesto sobre la Renta, realice actividades de asesoría fiscal bajo la misma marca o nombre comercial que el asesor fiscal residente en el extranjero. Para controvertir dicha presunción, no será suficiente presentar un contrato que señale que el servicio de asesoría fiscal fue prestado directamente por dicho residente en el extranjero. En este supuesto, el establecimiento permanente, la parte relacionada o el tercero tendrán la obligación de revelar el esquema reportable.

Existe la obligación de revelar un esquema reportable de conformidad con este Artículo, sin importar la residencia fiscal del contribuyente, siempre que éste obtenga un beneficio fiscal en México.

Si varios asesores fiscales se encuentran obligados a revelar un mismo esquema reportable, se considerará que los mismos han cumplido con la obligación señalada en este Artículo, si uno de ellos revela dicho esquema a

nombre y por cuenta de todos ellos. Cuando un asesor fiscal, que sea una persona física, preste servicios de asesoría fiscal a través de una persona moral, no estará obligado a revelar conforme a lo dispuesto en este Capítulo, siempre que dicha persona moral revele el esquema reportable por ser considerada un asesor fiscal.

En los casos previstos en el párrafo anterior, el asesor fiscal que revele dicho esquema deberá cumplir con lo dispuesto en el Artículo 200 de este Código. Adicionalmente, dicho asesor deberá emitir una constancia, en los términos de las disposiciones generales que para tal efecto expida el Servicio de Administración Tributaria, a los demás asesores fiscales que sean liberados de la obligación contenida en este Artículo, que indique que ha revelado el esquema reportable, a la que se deberá anexar una copia de la declaración informativa a través de la cual se reveló el esquema reportable, así como una copia del acuse de recibo de dicha declaración y el certificado donde se asigne el número de identificación del esquema. Si alguno de los asesores fiscales no recibe la referida constancia o no se encuentra de acuerdo con el contenido de la declaración informativa presentada, seguirá obligado a revelar el esquema reportable en los términos previstos en el tercer párrafo del Artículo 201 de este Código. En caso que no se encuentre de acuerdo con el contenido de la declaración informativa presentada o desee proporcionar mayor información, podrá presentar una declaración informativa complementaria que sólo tendrá efectos para el asesor fiscal que la haya presentado, misma que se deberá presentar dentro de los 20 días siguientes a partir de la fecha en que se haya recibido dicha constancia.

En caso que un esquema genere beneficios fiscales en México pero no sea reportable de conformidad con el Artículo 199 de este Código o exista un impedimento legal para su revelación por parte del asesor fiscal, éste deberá expedir una constancia, en los términos de las disposiciones generales que para tal efecto expida el Servicio de Administración Tributaria, al contribuyente en la que justifique y motive las razones por las cuales lo considere no reportable o exista un impedimento para revelar, misma que se deberá entregar dentro de los cinco días siguientes al día en que se ponga a disposición del contribuyente el esquema reportable o se realice el primer hecho o acto jurídico que forme parte del esquema, lo que

suceda primero. La revelación de esquemas reportables de conformidad con este Capítulo no constituirá una violación a la obligación de guardar un secreto conocido al amparo de alguna profesión.

Los asesores fiscales deberán presentar una declaración informativa, en los términos de las disposiciones generales que para tal efecto expida el Servicio de Administración Tributaria, en el mes de febrero de cada año, que contenga una lista con los nombres, denominaciones o razones sociales de los contribuyentes, así como su clave en el registro federal de contribuyentes, a los cuales brindó asesoría fiscal respecto a los esquemas reportables. En caso de que el contribuyente sea un residente en el extranjero sin establecimiento permanente en el país o que, teniéndolo, el esquema no esté relacionado con dicho establecimiento, se deberá incluir adicionalmente el país o jurisdicción de residencia de dicho contribuyente, así como su número de identificación fiscal, domicilio fiscal o cualquier dato para su localización. El Servicio de Administración Tributaria emitirá las reglas de carácter general para la aplicación del presente Artículo.

Artículo 198. Los contribuyentes se encuentran obligados a revelar los esquemas reportables en los siguientes supuestos:

- I. Cuando el asesor fiscal no le proporcione el número de identificación del esquema reportable emitido por el Servicio de Administración Tributaria, ni le otorgue una constancia que señale que el esquema no es reportable.*
- II. Cuando el esquema reportable haya sido diseñado, organizado, implementado y administrado por el contribuyente. En estos casos, cuando el contribuyente sea una persona moral, las personas físicas que sean los asesores fiscales responsables del esquema reportable que tengan acciones o participaciones en dicho contribuyente, o con los que mantenga una relación de subordinación, quedarán excluidas de la obligación de revelar siempre que se cumpla con lo dispuesto en la fracción II del Artículo 200 de este Código.*
- III. Cuando el contribuyente obtenga beneficios fiscales en México de un esquema reportable que haya sido diseñado, comercializado, organizado, implementado o administrado por una persona que no se considera asesor fiscal conforme al Artículo 197 de este Código.*
- IV. Cuando el asesor fiscal sea un residente en el extranjero sin establecimiento permanente en territorio nacional de conformidad con la Ley del*

Impuesto sobre la Renta, o cuando teniéndolo, las actividades atribuibles a dicho establecimiento permanente no sean aquéllas realizadas por un asesor fiscal conforme al Artículo 197 de este Código.

V. Cuando exista un impedimento legal para que el asesor fiscal revele el esquema reportable.

VI. Cuando exista un acuerdo entre el asesor fiscal y el contribuyente para que sea este último el obligado a revelar el esquema reportable.

Los contribuyentes obligados de conformidad con este Artículo son los residentes en México y residentes en el extranjero con establecimiento permanente en territorio nacional en términos de la Ley del Impuesto sobre la Renta, cuando sus declaraciones previstas por las disposiciones fiscales reflejen los beneficios fiscales del esquema reportable. También se encuentran obligados a revelar de conformidad con este Artículo dichas personas cuando realicen operaciones con partes relacionadas residentes en el extranjero y dichos esquemas generen beneficios fiscales en México a estos últimos por motivo de dichas operaciones.

Artículo 199. *Se considera un esquema reportable, cualquiera que genere o pueda generar, directa o indirectamente, la obtención de un beneficio fiscal en México y tenga alguna de las siguientes características:*

I. *Evite que autoridades extranjeras intercambien información fiscal o financiera con las autoridades fiscales mexicanas, incluyendo por la aplicación del Estándar para el Intercambio Automático de Información sobre Cuentas Financieras en Materia Fiscal, a que se refiere la recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos el 15 de julio de 2014, así como otras formas de intercambio de información similares. En el caso del referido Estándar, esta fracción no será aplicable en la medida que el contribuyente haya recibido documentación por parte de un intermediario que demuestre que la información ha sido revelada por dicho intermediario a la autoridad fiscal extranjera de que se trate. Lo dispuesto en esta fracción incluye cuando se utilice una cuenta, producto financiero o inversión que no sea una cuenta financiera para efectos del referido Estándar o cuando se reclasifique una renta o capital en productos no sujetos a intercambio de información.*

II. *Evite la aplicación del Artículo 4o.-B o del Capítulo I, del Título VI, de la Ley del Impuesto sobre la Renta.*

III. Consista en uno o más actos jurídicos que permitan transmitir pérdidas fiscales pendientes de disminuir de utilidades fiscales, a personas distintas de las que las generaron.

IV. Consista en una serie de pagos u operaciones interconectados que retornen la totalidad o una parte del monto del primer pago que forma parte de dicha serie, a la persona que lo efectuó o alguno de sus socios, accionistas o partes relacionadas.

V. Involucre a un residente en el extranjero que aplique un convenio para evitar la doble imposición suscrito por México, respecto a ingresos que no estén gravados en el país o jurisdicción de residencia fiscal del contribuyente. Lo dispuesto en esta fracción también será aplicable cuando dichos ingresos se encuentren gravados con una tasa reducida en comparación con la tasa corporativa en el país o jurisdicción de residencia fiscal del contribuyente.

VI. Involucre operaciones entre partes relacionadas en las cuales:

a) Se trasmitan activos intangibles difíciles de valorar de conformidad con las Guías sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en 1995, o aquellas que las sustituyan. Se entiende por intangible difícil de valorar cuando en el momento en que se celebren las operaciones, no existan comparables fiables o las proyecciones de flujos o ingresos futuros que se prevé obtener del intangible, o las hipótesis para su valoración, son inciertas, por lo que es difícil predecir el éxito final del intangible en el momento en que se transfiere;

b) Se lleven a cabo reestructuraciones empresariales, en las cuales no haya contraprestación por la transferencia de activos, funciones y riesgos o cuando como resultado de dicha reestructuración, los contribuyentes que tributen de conformidad con el Título II de la Ley del Impuesto sobre la Renta, reduzcan su utilidad de operación en más del 20%. Las reestructuras empresariales son a las que se refieren las Guías sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en 1995, o aquellas que las sustituyan;

c) Se transmitan o se conceda el uso o goce temporal de bienes y derechos sin contraprestación a cambio o se presten servicios o se realicen funciones que no estén remunerados;

d) No existan comparables fiables, por ser operaciones que involucran funciones o activos únicos o valiosos, o

e) Se utilice un régimen de protección unilateral concedido en términos de una legislación extranjera de conformidad con las Guías sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en 1995, o aquéllas que las sustituyan.

VII. Se evite constituir un establecimiento permanente en México en términos de la Ley del Impuesto sobre la Renta y los tratados para evitar la doble tributación suscritos por México.

VIII. Involucre la transmisión de un activo depreciado total o parcialmente, que permita su depreciación por otra parte relacionada.

IX. Cuando involucre un mecanismo híbrido definido de conformidad con la fracción XXIII del Artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

X. Evite la identificación del beneficiario efectivo de ingresos o activos, incluyendo a través del uso de entidades extranjeras o figuras jurídicas cuyos beneficiarios no se encuentren designados o identificados al momento de su constitución o en algún momento posterior.

XI. Cuando se tengan pérdidas fiscales cuyo plazo para realizar su disminución de la utilidad fiscal esté por terminar conforme a la Ley del Impuesto sobre la Renta y se realicen operaciones para obtener utilidades fiscales a las cuales se les disminuyan dichas pérdidas fiscales y dichas operaciones le generan una deducción autorizada al contribuyente que generó las pérdidas o a una parte relacionada.

XII. Evite la aplicación de la tasa adicional del 10% prevista en los Artículos 140, segundo párrafo; 142, segundo párrafo de la fracción V; y 164 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

XIII. En el que se otorgue el uso o goce temporal de un bien y el arrendatario a su vez otorgue el uso o goce temporal del mismo bien al arrendador o una parte relacionada de este último.

XIV. Involucre operaciones cuyos registros contables y fiscales presenten

diferencias mayores al 20%, exceptuando aquéllas que surjan por motivo de diferencias en el cálculo de depreciaciones.

Para efectos de este Capítulo, se considera esquema, cualquier plan, proyecto, propuesta, asesoría, instrucción o recomendación externada de forma expresa o tácita con el objeto de materializar una serie de actos jurídicos. No se considera un esquema, la realización de un trámite ante la autoridad o la defensa del contribuyente en controversias fiscales.

Se entiende por esquemas reportables generalizados, aquéllos que buscan comercializarse de manera masiva a todo tipo de contribuyentes o a un grupo específico de ellos, y aunque requieran mínima o nula adaptación para adecuarse a las circunstancias específicas del contribuyente, la forma de obtener el beneficio fiscal sea la misma.

Se entiende por esquemas reportables personalizados, aquéllos que se diseñan, comercializan, organizan, implementan o administran para adaptarse a las circunstancias particulares de un contribuyente específico.

El Servicio de Administración Tributaria emitirá reglas de carácter general para la aplicación de los anteriores párrafos. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante acuerdo secretarial emitirá los parámetros sobre montos mínimos respecto de los cuales no se aplicará lo dispuesto en este Capítulo.

Para efectos de este Capítulo, se considera beneficio fiscal el valor monetario derivado de cualquiera de los supuestos señalados en el quinto párrafo del Artículo 5o.-A de este Código.

Adicionalmente, será reportable cualquier mecanismo que evite la aplicación de los párrafos anteriores de este Artículo, en los mismos términos señalados en este Capítulo.

Artículo 200. La revelación de un esquema reportable debe incluir la siguiente información:

I. Nombre, denominación o razón social, y la clave en el registro federal de contribuyentes del asesor fiscal o contribuyente que esté revelando el esquema reportable. En caso de que el asesor fiscal revele el esquema reportable a nombre y por cuenta de otros asesores fiscales en términos del párrafo quinto del Artículo 197 de este Código, se deberá indicar la misma información de éstos.

II. En el caso de *asesores fiscales o contribuyentes que sean personas morales que estén obligados a revelar, se deberá indicar el nombre y clave en el registro federal de contribuyentes de las personas físicas a las cuales se esté liberando de la obligación de revelar de conformidad con el párrafo quinto del Artículo 197 y fracción II del Artículo 198 de este Código.*

III. Nombre de los *representantes legales de los asesores fiscales y contribuyentes para fines del procedimiento previsto en este Capítulo.*

IV. *En el caso de esquemas reportables personalizados que deban ser revelados por el asesor fiscal, se deberá indicar el nombre, denominación o razón social del contribuyente potencialmente beneficiado por el esquema y su clave en el registro federal de contribuyentes.* En caso de que el contribuyente sea un residente en el extranjero que no tenga una clave en el registro federal de contribuyentes, se deberá indicar el país o jurisdicción de su residencia fiscal y constitución, así como su número de identificación fiscal y domicilio fiscal, o cualquier dato de localización.

V. En el caso de esquemas reportables que deban ser revelados por el contribuyente, se deberá *indicar el nombre, denominación o razón social de los asesores fiscales en caso de que existan. En caso de que los asesores fiscales sean residentes en México o sean establecimientos permanentes de residentes en el extranjero, se deberá indicar su clave en el registro federal de contribuyentes y en caso de no tenerla, cualquier dato para su localización.*

VI. Descripción detallada del esquema reportable y las disposiciones jurídicas nacionales o extranjeras aplicables. *Se entiende por descripción detallada, cada una de las etapas que integran el plan, proyecto, propuesta, asesoría, instrucción o recomendación para materializar la serie de hechos o actos jurídicos que den origen al beneficio fiscal.*

VII. *Una descripción detallada del beneficio fiscal obtenido o esperado.*

VIII. *Indicar el nombre, denominación o razón social, clave en el registro federal de contribuyentes y cualquier otra información fiscal de las personas morales o figuras jurídicas que formen parte del esquema reportable revelado.* Adicionalmente, indicar cuáles de ellas han sido creadas o constituidas dentro de los últimos dos años de calendario, o cuyas acciones o participaciones se hayan adquirido o enajenado en el mismo periodo.

IX. *Los ejercicios fiscales en los cuales se espera implementar o se haya implementado el esquema.*

X. En el caso de los esquemas reportables a los que se refiere la fracción I del Artículo 199 de este Código, adicionalmente se deberá revelar la información fiscal o financiera que no sea objeto de intercambio de información en virtud del esquema reportable.

XI. En caso de las declaraciones informativas complementarias a las que se refiere el párrafo sexto del Artículo 197 de este Código, indicar el número de identificación del esquema reportable que haya sido revelado por otro asesor fiscal y la información que considere pertinente para corregir o complementar la declaración informativa presentada.

XII. Cualquier otra información que el asesor fiscal o contribuyente considere relevante para fines de su revisión.

XIII. Cualquier otra información adicional que se solicite en los términos del Artículo 201 de este Código.

Adicionalmente, en el caso de los mecanismos que sean reportables conforme al último párrafo del Artículo 199 de este Código, se deberá revelar el mecanismo a través del cual se evitó la referida aplicación, además de la información sobre el esquema que proporciona beneficios fiscales en México conforme a lo dispuesto en este Artículo.

Artículo 201. *La revelación de un esquema reportable en términos de este Capítulo no implica la aceptación o rechazo de sus efectos fiscales por parte de las autoridades fiscales.* La información presentada en términos de este Título y que sea estrictamente indispensable para el funcionamiento del esquema, en ningún caso podrá utilizarse como antecedente de la investigación por la posible comisión de los delitos previstos en este Código, salvo tratándose de los delitos previstos en los Artículos 113 y 113 Bis de este Código. La información obtenida de conformidad con este Capítulo deberá tratarse en los términos del Artículo 69 de este Código.

La revelación de dichos esquemas se realizará a través de una declaración informativa que se presentará por medio de los mecanismos que disponga el Servicio de Administración Tributaria para tal efecto.

Los esquemas reportables generalizados *deberán ser revelados a más tardar dentro de los 30 días siguientes al día en que se realiza el primer contacto para su comercialización.* Se entiende que se realiza el primer contacto para su comercialización, cuando se toman las medidas necesarias para

que terceros conozcan la existencia del esquema. *Los esquemas reportables personalizados deberán ser revelados a más tardar dentro de los 30 días siguientes al día en que el esquema esté disponible para el contribuyente para su implementación, o se realice el primer hecho o acto jurídico que forme parte del esquema, lo que suceda primero. Los asesores fiscales y contribuyentes obligados a revelar los esquemas reportables podrán hacerlo desde el momento que haya finalizado su diseño.*

El Servicio de Administración Tributaria otorgará *al asesor fiscal o contribuyente obligado a revelar, un número de identificación por cada uno de los esquemas reportables revelados.* El Servicio de Administración Tributaria emitirá una copia de la declaración informativa a través de la cual se reveló el esquema reportable, un acuse de recibo de dicha declaración, así como un certificado donde se asigne el número de identificación del esquema.

La autoridad fiscal *podrá solicitar información adicional a los asesores fiscales y contribuyentes, quienes deberán presentar dicha información o una manifestación bajo protesta de decir verdad que señale que no se encuentran en posesión de la misma, en un plazo máximo de 30 días a partir del día siguiente al que surta efectos la notificación del requerimiento de información adicional.* Si no se atiende dicho requerimiento, se hace de forma incompleta o extemporánea, procederá la sanción correspondiente conforme a este Código.

Artículo 202. *El asesor fiscal que haya revelado un esquema reportable se encuentra obligado a proporcionar el número de identificación del mismo, emitido por el Servicio de Administración Tributaria, a cada uno de los contribuyentes que tengan la intención de implementar dicho esquema.*

Los contribuyentes *que implementen un esquema reportable se encuentran obligados a incluir el número de identificación del mismo en su declaración anual correspondiente al ejercicio en el cual se llevó a cabo el primer hecho o acto jurídico para la implementación del esquema reportable y en los ejercicios fiscales subsecuentes cuando el esquema continúe surtiendo efectos fiscales.* Lo anterior es aplicable con independencia de la forma en que se haya obtenido el referido número de identificación.

Adicionalmente, el contribuyente y el asesor fiscal deberán informar al *Servicio de Administración Tributaria cualquier modificación a la información*

reportada de conformidad con el Artículo 200 de este Código, realizada con posterioridad a la revelación del esquema reportable, dentro de los 20 días siguientes a dicha modificación.

En caso de que las autoridades fiscales ejerzan sus facultades de comprobación de conformidad con la fracción XI del Artículo 42 de este Código, los asesores fiscales estarán obligados a proporcionar la documentación e información que soporte que han cumplido con las disposiciones de este Capítulo.

K. Acción 13 “Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia”

El desarrollo de normas relativas a la documentación sobre precios de transferencia para aumentar la transparencia hacia la administración tributaria, teniendo en cuenta los costes de cumplimiento para las empresas.

Las normas por desarrollar incluirán el requisito de que las empresas multinacionales suministren a todos los gobiernos pertinentes la información necesaria sobre la asignación y el reparto mundial de sus ingresos, la actividad económica y los impuestos pagados en los distintos países, aplicando un modelo común; esta obligación ha desarrollado un enfoque estandarizado en tres niveles en relación con la *documentación sobre precios de transferencia*.

Primero, las directrices relativas a la documentación sobre precios de transferencia establecen la obligación, por parte de las empresas multinacionales, de facilitar a las administraciones tributarias competentes información completa y exhaustiva acerca de sus actividades económicas a escala mundial y de sus políticas generales en materia de precios de transferencia en un «archivo maestro» al que tendrán acceso todas las administraciones tributarias pertinentes.

Segundo, el «archivo local», específico para cada país, contiene información más detallada sobre operaciones, identificando pertinentemente la información sobre operaciones entre entidades vinculadas, los importes de dichas operaciones y el análisis efectuado por la empresa en la determinación de los precios de transferencia de esas operaciones.

Tercero, las grandes empresas multinacionales están obligadas a presentar un informe país por país indicando el nivel de ingresos, beneficios antes de im-

puestos y cuantía del impuesto sobre sociedades satisfecho y devengado con carácter anual en cada una de las jurisdicciones en que desarrollan sus actividades.

Asimismo, debe constar el número total de empleados, el capital declarado, beneficios no distribuidos y activos tangibles con los que cuenta en cada jurisdicción fiscal.

Por último, las empresas multinacionales han de identificar clara y debidamente cada una de las entidades pertenecientes al grupo que desarrollen su actividad en una determinada jurisdicción fiscal, especificando el tipo concreto de actividad económica que desarrolla cada entidad.

En su conjunto, estos tres documentos (archivo maestro, archivo local e informes país por país) instan a los contribuyentes a articular de manera coherente sus posiciones en materia de precios de transferencia y proporcionan a las administraciones tributarias información útil a efectos de evaluar el riesgo en materia de precios de transferencia, optimizar la utilización de los recursos de inspección y en caso de tener que llevarlas a cabo, aportar información para iniciar y orientar el procedimiento inspector.

Debiendo contribuir a que las administraciones tributarias puedan determinar si las empresas han incurrido en prácticas de precios de transferencia u otras que tengan por objeto trasladar artificialmente cantidades sustanciales de beneficios a países en los que reciben un tratamiento fiscal favorable.

Los países participantes en el Proyecto BEPS están de acuerdo en que estas nuevas normas en materia de declaración, junto con la transparencia que fomentan, contribuirán a alcanzar el objetivo de comprender, controlar y combatir las conductas resultantes en BEPS.

El contenido específico de los diversos documentos refleja un intento de alcanzar un equilibrio entre las necesidades de información de las administraciones tributarias, las preocupaciones relativas al uso indebido de la información y los costes y cargas de cumplimiento que recaen sobre las empresas.

Algunos países lograrán este equilibrio de una forma diferente, exigiendo que el reporte país por país contenga información adicional sobre las operaciones (más allá de la información requerida en los archivos maestro y local sobre operaciones realizadas por entidades que operan en sus jurisdicciones) acerca de los pagos efectuados a entidades vinculadas en concepto de intereses,

cánones o regalías y en especial las retribuciones por servicios de empresas asociadas.

Esta es la postura defendida principalmente por países con mercados emergentes (Argentina, Brasil, República Popular China, Colombia, India, México, Sudáfrica y Turquía), que señalan necesitar esa información para evaluar los riesgos y tener dificultades para obtener información sobre las actividades realizadas a escala mundial por los grupos multinacionales con sede en otros territorios.

Otros países han manifestado su apoyo a la modalidad prevista en este documento para lograr este equilibrio. Atendiendo a todas estas consideraciones, es imperativo que los países participantes en el Proyecto BEPS analicen cuidadosamente la aplicación de estas nuevas normas y reevalúen, antes de que finalice el año 2021, si procede modificar el contenido de estos informes para exigir la declaración de datos adicionales o distintos.

Asimismo, con el objeto de dar cumplimiento a la Acción 13, México adecuó el Código Fiscal de la Federación e incluyó dentro del Artículo 76-A de la Ley del Impuesto sobre la Renta la obligación de cumplir con los tres tipos de informes, como a la letra se lee:

Artículo 76-A. Los contribuyentes señalados en los Artículos 32-A, segundo párrafo y 32-H, fracciones I, II, III, IV y VI del Código Fiscal de la Federación que celebren operaciones con partes relacionadas, en adición a lo establecido en el Artículo 76, fracciones IX y XII, y en relación con el Artículo 179, primer y último párrafos de esta Ley, deberán proporcionar a las autoridades fiscales las declaraciones anuales informativas de partes relacionadas que a continuación se mencionan (Párrafo reformado DOF 12-11-2021):

I a III...

La declaración informativa país por país, deberá ser presentada por los contribuyentes a que se refiere este Artículo cuando se ubiquen en alguno de los supuestos que se señalan a continuación:

a) Sean personas morales controladoras multinacionales, entendiéndose como tales aquéllas que reúnan los siguientes requisitos:

1. Sean residentes en México.
2. Tengan empresas subsidiarias definidas en términos de las normas de información financiera, o bien, establecimientos permanentes, que residan o se ubiquen en el extranjero, según sea el caso.

3. No sean subsidiarias de otra empresa residente en el extranjero.
4. Estén obligadas a elaborar, presentar y revelar estados financieros consolidados en los términos de las normas de información financiera.
5. Reporten en sus estados financieros consolidados resultados de entidades con residencia en otro o más países o jurisdicciones.
6. Hayan obtenido en el ejercicio inmediato anterior ingresos consolidados para efectos contables equivalentes o superiores a doce mil millones de pesos.

Este monto podrá ser modificado por el Congreso de la Unión para el ejercicio de que se trate en la Ley de Ingresos de la Federación.

b) Sean personas morales residentes en territorio nacional o residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, que hayan sido designadas por la persona moral controladora del grupo empresarial multinacional residente en el extranjero como responsables de proporcionar la declaración informativa país por país a que se refiere la presente fracción. La persona moral designada deberá presentar, a más tardar el 31 de diciembre del año siguiente al de su designación, un aviso ante las autoridades fiscales en los términos que para tales efectos establezca el Servicio de Administración Tributaria mediante reglas de carácter general.

Las declaraciones referidas en las fracciones I y III anteriores, se deberán presentar a más tardar el 31 de diciembre del año inmediato posterior al ejercicio fiscal de que se trate y, tratándose de la declaración a que se refiere la fracción II, a más tardar el 15 de mayo del año inmediato posterior al ejercicio fiscal de que se trate. Párrafo adicionado (DOF 12-11-2021).

L. *Acción 14 "Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias"*

Se prevé un mecanismo, con independencia de las acciones y/o recursos legales previstos por el Derecho interno, mediante el que las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden resolver las diferencias o superar obstáculos en lo concerniente a la interpretación o aplicación de este, a partir de un enfoque consensuado.

Este mecanismo –el procedimiento amistoso– desempeña un papel fundamental en la correcta aplicación e interpretación de los convenios fiscales, princi-

palmente para garantizar que ninguno de los Estados contratantes someta a gravamen a los contribuyentes a quienes resultan aplicables las ventajas del convenio celebrado, circunstancia que contraviene las condiciones de este.

El Artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE prevé un mecanismo, con independencia de las acciones y/o recursos legales previstos por el Derecho interno, mediante el que las autoridades competentes de los Estados contratantes pueden resolver las diferencias o superar obstáculos en lo concerniente a la interpretación o aplicación del convenio a partir de un enfoque consensuado.

Este mecanismo –el procedimiento amistoso– desempeña un papel fundamental en la correcta aplicación e interpretación de los convenios fiscales, principalmente para garantizar que ninguno de los Estados contratantes someta a gravamen a los contribuyentes a quienes resultan aplicables las ventajas del convenio celebrado, circunstancia que contraviene las condiciones del mismo.

Las medidas desarrolladas en el marco de la Acción 14 del Plan de Acción BEPS están encaminadas a reforzar la eficacia y eficiencia del procedimiento amistoso. Dichas medidas apuntan a minimizar los riesgos de incertidumbre y doble imposición involuntaria velando por la aplicación coherente y adecuada de los convenios fiscales, así como también por la oportuna y efectiva resolución de controversias por lo que respecta a su interpretación o aplicación a través del procedimiento amistoso.

Estas medidas se apoyan en un sólido compromiso político en lo concerniente a la resolución eficaz y tempestiva de controversias por remisión al procedimiento amistoso y a los ulteriores avances para responder con rapidez a los conflictos que se planteen.

Mediante la adopción del presente informe, los distintos países han dado luz verde a cambios importantes en sus respectivas actitudes frente a la solución de controversias, hecho que se plasma fundamentalmente en el desarrollo de un estándar básico en lo referente a la resolución de conflictos de interpretación o aplicación de los convenios, habiéndose comprometido a su rápida aplicación y habiendo acordado garantizar su efectiva implementación mediante la puesta en marcha de un sólido mecanismo de supervisión inter pares, cuyos resultados remitirá periódicamente el CAF al G20. He aquí los objetivos del referido estándar:

- Asegurarse de que las obligaciones contraídas en virtud de los convenios sobre procedimientos amistosos se aplican plenamente y de buena fe, resolviendo tempestivamente aquellos casos objeto de procedimientos amistosos;
- Garantizar la implementación de procedimientos administrativos que fomenten la supresión y resolución tempestiva de todo conflicto de interpretación o aplicación de los convenios; y,
- Asegurarse de que los contribuyentes tengan acceso a los procedimientos amistosos cuando reúnan las condiciones para ello.

El estándar básico se complementa con una serie de buenas prácticas. El seguimiento de la aplicación de dicho estándar se llevará a cabo de conformidad con los criterios de referencia detallados y atendiendo al método de evaluación que se prevé desarrollar en el contexto del Proyecto BEPS de la OCDE/G20 en 2016.

Aparte del compromiso firme de implementar el estándar básico por parte de todos los países que declaran aceptar y adherirse a los resultados del Proyecto BEPS, otros países como Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos han manifestado su compromiso de establecer procedimientos de resolución de controversias con carácter preceptivo y vinculante en sus convenios fiscales bilaterales, tales como el arbitraje, en cuanto mecanismo que garantiza la resolución de conflictos en la interpretación y/o aplicación de convenios en un plazo determinado, hecho que representa un gran paso adelante en la medida en que todos estos países juntos se vieron implicados en más del 90% de los casos pendientes de trámite a finales de 2013, según las estadísticas de la OCDE¹⁸.

M. *Acción 15 “Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales”*

Prevé el análisis de algunas cuestiones de Derecho Tributario y Derecho Internacional Público relativas a la elaboración de un instrumento multilateral que permita a los países que así lo decidan, implementar las medidas fruto de los trabajos

¹⁸ “Proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios”, *Informes Finales*, 2015, <https://www.oecd.org/ctp/BEPS-resumenes-informes-finale2015.pdf>.

realizados dentro del Proyecto BEPS y modificar los convenios fiscales bilaterales que hubieran suscrito.

Partiendo de este análisis, los países interesados desarrollarán un instrumento multilateral que brinde un enfoque innovador en el ámbito de la fiscalidad internacional, teniendo en cuenta la constante evolución y transformación de la economía global y la necesidad de adaptarse rápidamente a dicha evolución.

El objetivo radica en agilizar y simplificar la implementación de las medidas BEPS previstas en los convenios.

VI. ACCIONES IMPLEMENTADAS EN MÉXICO PARA ATENDER EL PLAN BEPS

La OCDE reconoció los avances de México en la implementación del Proyecto BEPS para eliminar la elusión fiscal de las transnacionales, de la misma forma que se aplaudió que el paquete fiscal 2020 haya incorporado recomendaciones del organismo internacional. Con ello se busca que las grandes empresas extranjeras paguen los impuestos que les corresponden en cada país donde se obtienen ganancias.

Asimismo, las recomendaciones consideradas en la *Miscelánea Fiscal 2020*, por ser un instrumento que sigue los pasos del organismo, contribuirán a reducir la erosión de la base gravable de las EM en territorio mexicano (Flores, 2019).

El 8 de septiembre de 2019 el Ejecutivo Federal presentó ante el Congreso de la Unión el Paquete Económico para el ejercicio 2020 con reformas a la LISR, LIVA, LIEPS y CFF.

En el citado Paquete Económico destacan las medidas orientadas al combate contra la evasión y elusión fiscales, considerando las acciones promovidas en el proyecto BEPS emitido por la OCDE, como lo es el establecimiento permanente, el combate a las fibras privadas, mecanismos híbridos, de la revelación de esquemas reportables y los impuestos a las plataformas tecnológicas.

1. Establecimiento permanente

En cuanto al establecimiento permanente, se propuso actualizar el concepto por recomendación de la Acción 7 del Proyecto BEPS en el Artículo 5o. de la LISR, para contrarrestar las estrategias en materia de elusión fiscal. Lo cual se propone:

Implantar que cuando un residente en el extranjero ejerza actividades dentro de la nación mediante una persona diferente de un dependiente independiente, se considerará que el mismo posee un establecimiento permanente en la jurisdicción si dicho individuo concluye habitualmente contratos o ejecuta cotidianamente un rol principal en el cierre de contratos celebrados por el residente en el extranjero y estos se celebran a cuenta o por cuenta del residente en el extranjero; predican la enajenación de las remuneraciones de pertenencia, o del uso o goce temporal de un bien que posea el residente en el extranjero o sobre el cual tenga el derecho del uso o goce temporal; u obligan al residente en el extranjero a prestar un servicio¹⁹.

2. *Transparencias fiscales*

Actualmente, en la legislación mexicana no existe reglamentación que norme el método de fiscalización de las contribuciones realizadas en el extranjero que se consideran transparentes; para efectos fiscales de una norma fiscal extranjera propone:

Añadir un Artículo 4o.-A a la Ley del ISR con el objetivo de normar los ingresos creados (Cámara de Diputados LXIV Legislatura, 2019).

Las entidades extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero están forzadas a la contribución del entero de ISR y contribuirán en los mismos términos que las personas morales para efectos de la Ley del ISR²⁰.

Ley del Impuesto sobre la Renta (DOF 12-11-2021)

Artículo 4o.-A. *Para efectos de esta Ley, las entidades extranjeras transparentes fiscales y las figuras jurídicas extranjeras sin importar que la totalidad o parte de sus miembros, socios, accionistas o beneficiarios acumulen los ingresos en su país o jurisdicción de residencia, tributarán como personas morales y estarán obligadas al pago del impuesto sobre la renta de conformidad con el Título II, III, V o VI de esta Ley, en caso que les sea aplicable.* Para efectos de lo anterior, cuando actualicen lo dispuesto por la fracción II del Artículo 9o. del Código Fiscal de la Federación se considerarán residentes en México.

Se consideran entidades extranjeras, las sociedades y demás entes creados o constituidos conforme al derecho extranjero, a condición de que tengan

¹⁹ Cámara de Diputados, LXIV Legislatura, 2019, p. 3.

²⁰ Cámara de Diputados LXIV Legislatura, 2019, p. 10.

personalidad jurídica propia, así como las personas morales constituidas conforme a derecho mexicano que sean residentes en el extranjero, y se consideran figuras jurídicas extranjeras, los fideicomisos, las asociaciones, los fondos de inversión y cualquier otra figura jurídica similar del derecho extranjero, siempre que no tengan personalidad jurídica propia.

Se considera que las entidades extranjeras y las figuras jurídicas extranjeras son transparentes fiscales, cuando no sean residentes fiscales para efectos del impuesto sobre la renta, en el país o jurisdicción donde estén constituidas ni donde tengan su administración principal de negocios o sede de dirección efectiva, y sus ingresos sean atribuidos a sus miembros, socios, accionistas o beneficiarios. *Cuando se consideren residentes fiscales en México, dejarán de considerarse transparentes fiscales para efectos de esta Ley.*

Lo dispuesto en este Artículo no será aplicable a los tratados para evitar la doble imposición, en cuyo caso, serán aplicables las disposiciones contenidas en los mismos²¹.

Artículo 5o. *Los residentes en México podrán acreditar, contra el impuesto que conforme a esta Ley les corresponda pagar, el impuesto sobre la renta que hayan pagado en el extranjero por los ingresos procedentes de fuente ubicada en el extranjero, siempre que se trate de ingresos por los que se esté obligado al pago del impuesto en los términos de la presente Ley. El acreditamiento a que se refiere este párrafo sólo procederá siempre que el ingreso acumulado, percibido o devengado, incluya el impuesto sobre la renta pagado en el extranjero.*

Tratándose de ingresos por dividendos o utilidades distribuidos por sociedades residentes en el extranjero a personas morales residentes en México, también se podrá acreditar el monto proporcional del impuesto sobre la renta pagado por dichas sociedades que corresponda al dividendo o utilidad percibido por el residente en México. Quien efectúe el acreditamiento a que se refiere este párrafo considerará como ingreso acumulable, además del dividendo o utilidad percibido, sin disminuir la retención o pago del impuesto sobre la renta que en su caso se haya efectuado por su distribución, el monto proporcional del impuesto sobre la renta corporativo pagado por la sociedad, correspondiente al dividendo o utilidad percibido por el residente

²¹ Artículo adicionado DOF 09-12-2019.

en México, aun cuando el acreditamiento del monto proporcional del impuesto se limite en términos del párrafo séptimo de este Artículo. *El acreditamiento a que se refiere este párrafo sólo procederá cuando la persona moral residente en México sea propietaria de cuando menos el diez por ciento del capital social de la sociedad residente en el extranjero, al menos durante los seis meses anteriores a la fecha en que se pague el dividendo o utilidad de que se trate.*

Para los efectos del párrafo anterior, el monto proporcional del impuesto sobre la renta pagado en el extranjero por la sociedad residente en otro país correspondiente al dividendo o utilidad percibido por la persona moral residente en México, se obtendrá aplicando la siguiente fórmula:

$$\text{MPI}=(\text{D}/\text{U}) (\text{IC})$$

Donde:

MPI: Monto proporcional del impuesto sobre la renta pagado en el extranjero por la sociedad residente en el extranjero en primer nivel corporativo que distribuye dividendos o utilidades de manera directa a la persona moral residente en México.

D: Dividendo o utilidad distribuido por la sociedad residente en el extranjero a la persona moral residente en México sin disminuir la retención o pago del impuesto sobre la renta que en su caso se haya efectuado por su distribución.

U: Utilidad que sirvió de base para repartir los dividendos, después del pago del impuesto sobre la renta en primer nivel corporativo, obtenida por la sociedad residente en el extranjero que distribuye dividendos a la persona moral residente en México.

IC: Impuesto sobre la renta corporativo pagado en el extranjero por la sociedad residente en el extranjero que distribuyó dividendos a la persona moral residente en México.

Adicionalmente a lo previsto en los párrafos anteriores, *se podrá acreditar el monto proporcional del impuesto sobre la renta pagado por la sociedad residente en el extranjero que distribuya dividendos a otra sociedad residente en el extranjero, si esta última, a su vez, distribuye dichos dividendos a la persona moral residente en México. Quien efectúe el acreditamiento conforme a este párrafo, deberá considerar como ingreso acumulable, además del dividendo o utilidad percibido en forma directa por la persona moral*

residente en México, sin disminuir la retención o pago del impuesto sobre la renta que en su caso se haya efectuado por su distribución, el monto proporcional del impuesto sobre la renta corporativo que corresponda al dividendo o utilidad percibido en forma indirecta por el que se vaya a efectuar el acreditamiento, aun cuando el acreditamiento del monto proporcional del impuesto se limite en términos del párrafo séptimo de este Artículo. Este monto proporcional del impuesto sobre la renta pagado en un segundo nivel corporativo se determinará de conformidad con la siguiente fórmula:

$$MPI_2 = (D/U) (D_2/U_2) (IC_2)$$

Donde:

MPI₂: Monto proporcional del impuesto sobre la renta pagado en el extranjero por la sociedad residente en el extranjero en segundo nivel corporativo, que distribuye dividendos o utilidades a la otra sociedad extranjera en primer nivel corporativo, que a su vez distribuye dividendos o utilidades a la persona moral residente en México.

D: Dividendo o utilidad distribuido por la sociedad residente en el extranjero a la persona moral residente en México sin disminuir la retención o pago del impuesto sobre la renta que en su caso se haya efectuado por su distribución.

U: Utilidad que sirvió de base para repartir los dividendos, después del pago del impuesto sobre la renta en primer nivel corporativo, obtenida por la sociedad residente en el extranjero que distribuye dividendos a la persona moral residente en México.

D₂: Dividendo o utilidad distribuida por la sociedad residente en el extranjero a la sociedad residente en el extranjero que distribuye dividendos a la persona moral residente en México, sin disminuir la retención o pago del impuesto sobre la renta que en su caso se haya efectuado por la primera distribución.

U₂: Utilidad que sirvió de base para repartir los dividendos después del pago del impuesto sobre la renta en segundo nivel corporativo, obtenida por la sociedad residente en el extranjero que distribuye dividendos a la otra sociedad residente en el extranjero que distribuye dividendos a la persona moral residente en México.

IC₂: Impuesto sobre la renta corporativo pagado en el extranjero por la sociedad residente en el extranjero que distribuyó dividendos a la otra socie-

dad residente en el extranjero que distribuye dividendos a la persona moral residente en México.

El acreditamiento a que se refiere el párrafo anterior *sólo procederá siempre que la sociedad residente en el extranjero que haya pagado el impuesto sobre la renta que se pretende acreditar se encuentre en un segundo nivel corporativo.* Para efectuar dicho acreditamiento la persona moral residente en México deberá tener una participación directa en el capital social de la sociedad residente en el extranjero que le distribuye dividendos de cuando menos un diez por ciento. *Esta última sociedad deberá ser propietaria de cuando menos el diez por ciento del capital social de la sociedad residente en el extranjero en la que el residente en México tenga participación indirecta, debiendo ser esta última participación de cuando menos el cinco por ciento de su capital social.* Los porcentajes de tenencia accionaria señalados en este párrafo deberán haberse mantenido al menos durante los seis meses anteriores a la fecha en que se pague el dividendo o utilidad de que se trate.

...

Adicionalmente, tratándose de personas morales, la suma de los montos proporcionales de los impuestos pagados en el extranjero que se tiene derecho a acreditar conforme al segundo y cuarto párrafos de este Artículo, no excederá del límite de acreditamiento. El límite de acreditamiento se determinará aplicando la siguiente fórmula:

$$LA=[(D+MPI+MPI_2)(T)]- ID$$

Donde:

LA: Límite de acreditamiento por los impuestos sobre la renta corporativos pagados en el extranjero en primer y segundo nivel corporativo.

D: Dividendo o utilidad distribuido por la sociedad residente en el extranjero a la persona moral residente en México sin disminuir la retención o pago del impuesto sobre la renta que en su caso se haya efectuado por su distribución.

MPI: Monto proporcional del impuesto sobre la renta corporativo pagado en el extranjero a que se refiere el tercer párrafo de este Artículo.

MPI₂: Monto proporcional del impuesto sobre la renta corporativo pagado en el extranjero a que se refiere el cuarto párrafo de este Artículo.

T: Tasa a que se refiere el Artículo 9o. de esta Ley.

ID: Impuesto acreditable a que se refiere el primer y sexto párrafos de este Artículo que corresponda al dividendo o utilidad percibido por la persona moral residente en México.

Cuando la persona moral que en los términos de los párrafos anteriores tenga derecho a acreditar el impuesto sobre la renta pagado en el extranjero se escinda, el derecho al acreditamiento le corresponderá exclusivamente a la sociedad escidente. Cuando esta última desaparezca lo podrá transmitir a las sociedades escindidas en la proporción en que se divida el capital social con motivo de la escisión.

...

Las personas morales residentes en México que obtengan ingresos por dividendos o utilidades distribuidos por sociedades residentes en el extranjero deberán calcular los montos proporcionales de los impuestos y el límite a que se refiere el párrafo séptimo de este Artículo, por cada ejercicio fiscal del cual provengan los dividendos distribuidos. Para efectos de lo anterior, las personas morales residentes en México estarán obligadas a llevar un registro que permita identificar el ejercicio al cual corresponden los dividendos o utilidades distribuidas por la sociedad residente en el extranjero.

...

Cuando un residente en el extranjero tenga un establecimiento permanente en México y sean atribuibles a dicho establecimiento ingresos de fuente ubicada en el extranjero, se podrá efectuar el acreditamiento en los términos señalados en este Artículo, únicamente por aquellos ingresos atribuibles que hayan sido sujetos a retención. Se considerará que un impuesto pagado en el extranjero tiene la naturaleza de un impuesto sobre la renta cuando cumpla con lo establecido en las reglas generales que expida el Servicio de Administración Tributaria.

...

3. *Deducción de intereses: en el proyecto BEPS en su Acción 4*

Implantar una norma que delimite la deducción de intereses conforme a la ganancia fiscal antes de amortizaciones, intereses y, en su caso, depreciaciones. La restricción se conforma sobre una tasa fija. Las naciones y competencias colaboradoras en el proyecto BEPS supusieron una categoría

para establecer una tasa de entre 10%-30%, como quedó demostrado en el citado Reporte Final. La promesa presentada a esa Soberanía considera una ratio del 30%²².

Restringir la deducción de intereses netos y no brutos, esto para impedir una dificultad de doble imposición. Ya que este concepto no existe en las leyes mexicanas, dicha propuesta contiene una enunciación de intereses netos, todo esto para calcular el monto no deducible. Por lo que se aconseja realizar la fórmula siguiente:

Utilidad fiscal ajustada x 30% = Límite de la deducción de intereses netos.

El valor líquido de esta determinación poseerá que disminuir del total de los intereses netos, esto para lograr obtener el monto no deducible²³.

Se concede al Servicio de Administración Tributaria (SAT) la jurisdicción para normar los pretendidos supuestos cuando el contribuyente no tenga una ganancia neta concreta de aprobación con la norma que plantea, ya que esta norma no sería adaptable en ese ejercicio fiscal y la deducción de intereses no estaría restringida, lo que afectaría las probables pérdidas fiscales futuras por amortizar. En tal caso esto evitaría que los colaboradores puedan realizar planeaciones fiscales agresivas para efectos de no cumplir con esta norma²⁴.

4. Fideicomisos de infraestructuras y bienes raíces (Fibras) privados

Se propone concluir con la figura del Fideicomisos de infraestructuras y bienes raíces (Fibras), otorgar a los contribuyentes que aplicaban dicho esquema dos años para sufragar el ISR producido por el ingreso obtenido en el enajenamiento de los capitales realizados al fideicomiso (Russell Bedford, 2019, p. 42).

5. Mecanismos híbridos

Con base al Proyecto BEPS en su Acción 2:

Instituye una sucesión de encomiendas, esto con el objetivo de que las naciones puedan luchar contra la erosión de sus bases gravables por cuestiones de las diferentes legislaciones internacionales en la determinación de una persona, figura jurídica, ingreso o respecto de quién es el dueño de los activos. Esta acción ocasiona la deducción en la nación donde reside el

²² Cámara de Diputados LXIV Legislatura, 2019, p. 14.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 16.

pagador, sin su respectiva acumulación en el país donde reside el receptor. Esto a su vez ocasiona que un semejante pago pueda ser deducido en dos jurisdicciones desiguales por las razones antes exhibidas²⁵.

Dichas transformaciones buscan que exista una conexión con las naciones para luchar contra esta problemática, por lo que se propone:

Contener un enunciado en el Artículo 5o. de la Ley del ISR, con el efecto de dejar sin efecto el acreditamiento transversal cuando el desembolso del dividendo o utilidad distribuible tenga que ser deducible para el deudor²⁶.

Contener un aparente, esto con el fin de declinar el acreditamiento directo, cuando el impuesto en cuestión también sea acreditable en otro país o jurisdicción. Lo dispuesto anteriormente no es adaptable cuando la razón por la cual se acreditó en el otro país o jurisdicción fue por moción de un acreditamiento indirecto. También se exceptúa de esta regla, cuando los ingresos que dieron motivo al pago del impuesto también hayan sido acumulados en el otro país o jurisdicción²⁷.

Vigorizar el capítulo actual en relación con las entradas formadas por entes extranjeros o figuras jurídicas transparentes, por impulso de la inserción del Artículo 4o.-B propuesto²⁸.

Cambiar la fracción XXIX del Artículo 28 de la Ley del ISR, con el fin de concordar lo manifestado con el mismo, referente a lo marcado por el Reporte Final. En tal caso, el canje que se planea aumentar con el número de supuestos y algunos casos es limitar en otros. Al igual se establecen una continuación de pautas agregadas para instaurar el monto no deducible²⁹, que a la letra se lee:

Artículo 28. Para los efectos de este Título, no serán deducibles:

I a XXVIII...

XXIX. Los pagos que efectúe el contribuyente que también sean deducibles para un miembro del mismo grupo, o para el mismo contribuyente en un país o jurisdicción en donde también sea considerado residente fiscal. Si el contribuyente es un residente en el extranjero con establecimiento permanente en territorio nacional, esta fracción también será aplicable cuando el

²⁵ *Ibidem*, p. 4.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 5.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

pago sea deducible para el residente en el extranjero en su país o jurisdicción de residencia fiscal.

6. *De la revelación de esquemas reportables*

La reforma de 2020 incluyó la incorporación del Título VI al Código Fiscal de la Federación, en el que da cumplimiento a la Acción 12 del Plan BEPS. El sentido de la adición se centra en definir la figura del asesor fiscal y los esquemas reportables, definiéndolos como sigue:

Artículo 197. Los asesores fiscales se encuentran obligados a revelar los esquemas reportables generalizados y personalizados a que se refiere este Capítulo al Servicio de Administración Tributaria.

Se entiende por asesor fiscal cualquier persona física o moral que, en el curso ordinario de su actividad realice actividades de asesoría fiscal, y sea responsable o esté involucrada en el diseño, comercialización, organización, implementación o administración de la totalidad de un esquema reportable o quien pone a disposición la totalidad de un esquema reportable para su implementación por parte de un tercero.

Art. 199. Se considera un esquema reportable, cualquiera que genere o pueda generar, directa o indirectamente, la obtención de un beneficio fiscal en México y tenga alguna de las siguientes características....

Con ello, se busca incrementar la transparencia en las estrategias de los contribuyentes que afecten los intereses recaudatorios de los países que forman parte, aprovechando las oportunidades fiscales que se puedan tener.

7. *Impuestos a las plataformas tecnológicas*

Con base en la Acción 1, en la que el Plan BEPS intenta englobar las operaciones o actividades que las EM realizan en distintos países, con el objetivo de gravarlas independientemente donde tengan registrado su establecimiento permanente. Por ello, en México se implementó el gravamen de ISR e IVA a las personas físicas que obtengan ingresos de las plataformas tecnológicas, entendiendo a estas como cualquier aplicación informática o similar de la que obtenga ingresos por la prestación de servicios, venta de bienes o arrendamiento.

La citada reforma fue la adición del Artículo 113-A de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que contempla tasas de retenciones diferenciadas de acuerdo con el tipo y monto de los ingresos que reciban, que establece:

Artículo 113-A. Están obligados al pago del impuesto establecido en esta Sección, los contribuyentes personas físicas con actividades empresariales que enajenen bienes o presten servicios a través de Internet, mediante plataformas tecnológicas, aplicaciones informáticas y similares que presten los servicios a que se refiere la fracción II del Artículo 18-B de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, por los ingresos que generen a través de los citados medios por la realización de las actividades mencionadas, incluidos aquellos pagos que reciban por cualquier concepto adicional a través de los mismos.

...

Para el ejercicio de 2021, se complementaron reformas a estos impuestos para simplificarlo e igualarlo para quienes realizan la actividad, dejando fuera los rangos de ingresos y quedando como sigue:

Ingreso proveniente de:	Tasa aplicable
Prestadores de servicios de transporte terrestre de pasajeros y de entrega de bienes.	2.1%
Prestación de servicios de hospedaje.	4%
Enajenación de bienes y prestación de servicios (plataformas de venta online).	1%

8. Limitaciones del Plan BEPS

Así como existen bondades del Plan BEPS también existen riesgos que tienen que afrontar los países; Perdomo, Ramírez y Rodríguez en el 2014, mencionó algunos:

Las EM preferirán invertir en paraísos fiscales, como el constante crecimiento que ha obtenido en los últimos años en Barbados y las Islas Vírgenes Británicas, dichos países cuentan con menor fiscalización y mayores ocasiones de creación de empresas.

- Para dar cumplimiento a estas acciones se necesitará de una inversión en gasto público para obtener resultados inciertos.
- En la implementación y desarrollo de este Plan se necesitará de una inversión de personal y coordinación en el desarrollo, lo que se resume en un aumento directo de los impuestos a las empresas para cubrir dichos costos.

- El Plan BEPS es un instrumento rígido ya que limita la creación de vínculos económicos, como el referente sobre la deducción de intereses y gastos financieros por préstamos entre vinculados (Perdomo, Ramírez y Rodríguez, 2014, p. 24).

De acuerdo con la información citada en la nota de la firma Internacional Grant Thornton de 2016, casi un año después de la emisión del Plan BEPS, el 78% de las empresas no han cambiado su enfoque hacia los impuestos, a pesar de que más de ochenta países han acordado adoptar al menos los elementos mínimos del Plan.

“BEPS en México”, “Economía Digital”, Funcionamiento de las Empresas. El crecimiento e integración de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) están cambiando no solo a nuestra sociedad, sino también, a nuestra economía: los negocios digitales crecen día a día y todas las empresas ven la posibilidad de ampliar sus horizontes de ventas. Los consumidores utilizan, como una rutina, las redes informáticas para asesorarse, identificar a los vendedores, evaluar los productos y servicios, comparar precios, y así, ejercer influencia en el mercado. Las empresas, en cambio, las emplean para conducir y reelaborar la forma de vender sus productos o servicios, de llegar a nuevos clientes, y gestionar las operaciones internas.

Son monedas virtuales. Pueden ser intercambiadas y operadas como cualquier otra divisa tradicional, pero están fuera del control de los gobiernos e instituciones financieras. Existe un gran número de criptodivisas disponibles, todas con sus propias características y aplicaciones. Las que tienen mayor capitalización de mercado son –al menos por ahora– una minoría, que incluye *bitcoin*, *bitcoin cash*, *ether*, *litecoin*, *ripple* y *dash*.

Todo este proceso, los impulsa a invertir en hardware, software, servicios, instalaciones y recursos humanos. Según Thomas L. Mesenburg, del Departamento de Censos de Estados Unidos, existen tres elementos que componen una Economía digital.

- Infraestructura de apoyo: *hardware*, *software*, *routers*, canales de red, satélites; servicios como consultorías, desarrollos de sitios web, hosting, certificaciones, capital humano específico y calificado;

- *E-business* (procesos de negocios electrónicos). Son los procesos que una empresa realiza a *e-business* y los negocios digitales a través de canales de redes informáticas: compra, venta, gestión de la producción en línea, logística, así como los servicios de comunicación y de apoyo interno. En la compra en línea podemos identificar procesos, aún más específicos, también desarrollados en línea: acceso al catálogo de productos, orden del pedido, pago electrónico, administración del inventario, subastas en línea, correo electrónico, intercambio de información, videos;
- *E-commerce* (comercio electrónico). Es todo proceso realizado por la red, que incluye la transferencia de propiedad o derechos de uso de bienes y servicios. Una transacción en comercio electrónico está terminada cuando se llega a un acuerdo entre el comprador y el vendedor, en línea, para transferir la propiedad o derechos. El “acuerdo” es el detonante de la transacción en el comercio electrónico, no el pago. Las empresas interesadas en adentrarse en este tipo de economía tienen que realizar una gran inversión en las TIC, y estar preparadas para un nivel de volatilidad y adaptación que no ocurre dentro de la economía real y física, las variantes y cambios surgen constantemente y las empresas deben adaptarse a todos estos cambios para sobrevivir.

Aquellas empresas que nacen o emergen dentro de la economía digital, son conocidas como *Startups*, y son las que hacen uso exclusivo e intensivo de las TIC para llevar adelante sus negocios, lo que les permite un crecimiento mucho más marcado, por menores costos, pero al no tener las bases de una empresa tradicional, están expuestas en mayor medida a la volatilidad del mercado, y así como surgen, estas empresas desaparecen. Pero esto no es motivo alguno para desalentar las inversiones en las TIC, con la globalización y el avance de la Internet, las empresas deben abocar más recursos a esta economía, si quieren mantener la posición entre sus clientes: “un negocio digital integra de manera sostenible los recursos humanos y las tecnologías digitales contemporáneas para crear valor, para la empresa y sus clientes”.

Conexión entre consumidor y vendedor. La conexión entre la empresa y el cliente, como ya dijimos, se lleva a cabo por medio de la Internet, a través de las

distintas plataformas, pero ¿cómo es posible esta conexión? El enlace se realiza por medio de un servidor, un software que realiza tareas en nombre de los usuarios, que en la mayoría de los casos suele encontrarse en ordenadores dedicados a estos programas, con el único propósito de brindar información a todos los ordenadores que se conecten con él, los archivos de cada sitio de Internet, las transacciones que ocurran entre dos personas o con una empresa, las comunicaciones, la información de todo tipo que se encuentre en Internet está almacenada o pasa por un servidor, dependiendo de que esté programado y cuál sea su objetivo.

Cada vez que una computadora se conecta con un servidor, este la registra por su dirección de protocolo de Internet o por sus siglas en inglés IP; esta dirección es única para cada ordenador, es como una huella digital de las computadoras, y es rastreable hasta la ubicación exacta de ese ordenador.

¿Y porque es importante esto? Porque esta información es relevante. Creemos que es la clave para resolver los problemas de la Acción 1 del Proyecto BEPS, la cual se basa en que, al momento de cargar con impuestos las transacciones que se llevan a cabo por la Internet, no puede hacerse, o si se realiza, no en la jurisdicción que corresponde. *Ejemplo:* si se realizara una compra de \$1000 a un vendedor argentino por Internet, esta operación estará gravada por el 21% de IVA, es decir, unos \$210. Pero si la misma compra se realizara con un vendedor del exterior, la imposición del IVA no sería posible, lo que perjudicaría al vendedor local y al Estado nacional que no recauda lo que debería.

De acuerdo con el Centro de Negocios Digitales de la Universidad de Salford, el punto principal que consideramos dentro de este problema es la determinación del estado de establecimiento permanente que imposibilita el gravamen, dado que, en su mayoría, las grandes empresas digitales no cuentan con presencia física en todos los países donde realizan ventas, sino que suelen tener algunas sedes, en países que consideran relevantes, o donde nació la compañía en sí. Pero lo que sí tienen, en gran parte estas empresas, son servidores radicados, como lo es en la Argentina, ya sean propios o pagando un "alquiler" a empresas de *hosting*, para que el servicio que brindan estas compañías sea más seguro y rápido.

Por lo tanto, este servidor, que está a nombre de la empresa por ser dueño o huésped, podría utilizarse como elemento para determinar el establecimiento permanente, como si fuera una oficina; bajo una nueva legislación forzar a que

todas las empresas digitales que quieran operar como en la Argentina, cuenten con servidores radicados en el país, y de esta manera permitir una competencia justa y poder gravar las operaciones que realicen dentro del país, ya que se cuenta con la información brindada por el servidor, desde la operación solicitada por el usuario, hasta la dirección IP del mismo.

VII. DECISIÓN O CONSECUENCIA FRUTO DE ESTUDIO Y EXAMEN DE UNA SERIE DE DATOS, A TOMAR EN CUENTA

Ciertamente, México cuenta con instrumentos, como los tratados internacionales, para evitar una doble imposición, pero con este proyecto apuesta a fortalecer la administración tributaria, al implementar el Plan BEPS: analizar las recomendaciones en materia de política tributaria, así como participar en el foro global sobre la transparencia e intercambio de información con fines fiscales.

El Plan BEPS contempla quince acciones, cuyo objetivo principal es desaparecer estrategias que afecten la base gravable, aquí sobresalen cuestiones de economía digital, alineación económica y de base imponible, seguridad jurídica, transparencia e instrumentos multilaterales.

México ha implementado dicho proyecto para enfrentar la problemática de la erosión fiscal a través de reformas fiscales, desde la modificación de la LISR del 2013, donde se incorporó la obligación de presentar declaraciones informativas como la maestra, local y país por país, cuyo objetivo es transparentar la información sobre los precios de transferencia, y la incorporación de esta medida fue el resultado de la Acción 13 del Plan.

Es importante señalar que la OCDE ha reconocido a México como uno de los principales países en Latinoamérica en acatar las recomendaciones de este proyecto, esta Acción en particular se adoptó totalmente en el país, a comparación de otros Estados, cuya adopción se ha dado de manera parcial.

Así también, el Plan BEPS vino a modificar, de manera sustantiva, la manera en que se fiscaliza a las EM en todo el mundo, la legislación mexicana tuvo que adaptarse desde el año 2014 a las reglas que surgieron de este acuerdo y se tiene que considerar que estas seguirán año con año, hasta llegar a cumplir adecuadamente el objetivo principal de este proyecto. A la fecha se han alcanzado importantes logros que han modificado la práctica y la administración de las EM, más de 125 países y jurisdicciones participan en igualdad de condiciones en el Plan.

Por otra parte, las jurisdicciones adscritas han dado lugar a que las administraciones tributarias mundiales intercambien información detallada sobre las EM de sus territorios, resaltando a su vez el intercambio de información sobre más de 21,000 acuerdos entre administraciones tributarias y contribuyentes.

Sin duda, la meta del gobierno mexicano y la OCDE es una recaudación justa y equitativa entre las nacionales, por lo que se vuelve fundamental que las EM cumplan con todos los requisitos y obligaciones que marcan las leyes de cada país, y a su vez la correcta aplicación de este Plan BEPS .

El Proyecto BEPS impulsado por la OCDE es una demostración de la voluntad de los organismos internacionales de enfrentarse a los grandes evasores del mundo, y ponerle un fin a este aprovechamiento de los vacíos legales que existen en tratados que impulsan a una economía informal que perjudica a todos los países del mundo.

Es un gran paso en la dirección correcta, es un convenio multilateral sin precedentes con un objetivo y una misión muy clara compartida por todos los países participantes, entre los que se encuentra México, pero que no deja de tener sus fallas y sus problemas e inconvenientes que vayan surgiendo a medida que las disposiciones avancen.

Muchas de las medidas y acciones presentadas están repletas de normas legales y modificaciones para solucionar mucho de lo que se proponen, con la esperanza de que funcionen, pero muchas otras, consideramos, que se van a quedar en la esperanza, las empresas que poseen instrumentos electrónicos y prestan los servicios para que las utilicen otras compañías digitales.

Si el servidor que utiliza una empresa se encontrara en Francia, existiría un retraso en el traslado de la información para el cliente en México, por la distancia de la conexión entre el servidor y el ordenador de normas no están acompañadas de métodos de control adecuados, muchos inclusive siguen dependiendo de la voluntad de las empresas y los contribuyentes a presentar los papeles o la información solicitada, y los organismos contralores solo cuentan con la idea de hacer cumplir la ley a como dé lugar, pero muchas de estas ocasiones, sin las herramientas necesarias, sin más que las ganas de hacerlas cumplir.

Por otra parte, en México particularmente, donde la economía informal prolifera más que la economía formal y donde la lucha para erradicarla es cada vez más

intensa, muchas de las medidas pueden resultar, en un principio, más perjudiciales que beneficiosas, agregando más burocracia y papeleo, pero que, si se superan y se lograsen los objetivos cometidos, serviría de gran ayuda para incrementar la base imponible y los ingresos, sin aumentar la presión tributaria del contribuyente promedio.

Pero para esto, va a ser necesario que el país resuelva sus conflictos tributarios internos y que se involucre en el resto de las acciones del Proyecto, y que se armen de herramientas y métodos para llevarlas adelante, entonces recién podría considerarse que, el paquete de medidas BEPS, fuera exitoso.

En México, la Prodecon, en un esfuerzo institucional por difundir contenidos relacionados con la materia tributaria y, en aras de dar a conocer a los contribuyentes los instrumentos en materia fiscal desarrollados dentro de organizaciones internacionales de las cuales México forma parte, pone a disposición del público en general la traducción, al idioma español, del Convenio Multilateral para implementar las Medidas relacionadas con los Tratados Tributarios para prevenir la Erosión de la Base y la Transferencia de Utilidades, desarrollado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)³⁰.

Instrumento Multilateral que fue abierto para firma a partir del 31 de diciembre de 2016. Este Instrumento (*MLI, por sus siglas en inglés*) permite la inclusión relativamente rápida en tratados tributarios bilaterales existentes de medidas:

- (i) Contra el abuso de convenios por parte de empresas multinacionales;
- (ii) Para evitar que se use artificialmente el estatus de establecimiento permanente; así como,
- (iii) Para mejorar el mecanismo de resolución de controversias que contienen dichos tratados.

La ratificación del MLI por los diversos países tendrá un impacto potencial sobre más de 2,000 tratados fiscales bilaterales existentes.

³⁰ Traducción al español del Instrumento Multilateral de la OCDE, <https://www.gob.mx/prodecon/articulos/traducccion-al-espanol-del-instrumento-multilateral-de-la-ocde>.

El Instrumento Multilateral está destinado a complementar los tratados fiscales existentes, agregará nuevas disposiciones y modificará o reemplazará algunas de aquellos tratados.

En efecto, este Instrumento proporciona flexibilidad a los países, ya que salvo ciertos estándares mínimos a los que forzosamente se comprometen con su ratificación, existen una serie de disposiciones optativas a las cuales los Estados firmantes pueden o no adherirse.

En los casos en que los tratados bilaterales existentes ya contengan disposiciones para contrarrestar los efectos de la erosión de la base y la transferencia de utilidades, el MLI contempla “cláusulas de compatibilidad” que describen en qué circunstancias se puede añadir una nueva disposición o reemplazar una existente.

Se debe resaltar que el Instrumento Multilateral no es un tratado que sustituya a todos los tratados tributarios bilaterales, sino que funciona como un protocolo para la interpretación de aquellos e introduce novedosas medidas para evitar las prácticas BEPS³¹.

De lo hasta aquí comentado, es importante tomar en consideración ya que es relevante en su contexto, la exposición de motivos del Artículo 69-B del CFF, deja intocado ese sistema de interpretación de la norma, pero se introduce sobre la conexión o configuración, a fin de interpretar o valorar los hechos fácticos, bajo el principio de la preeminencia del fondo sobre la forma, para determinar una consecuencia jurídica. Por lo que se realiza una referencia de estudio en relación con un tema diverso, pero que no deja de ser importante por tener conexidad, ya que se refiere a una “*ficción legal*”, para evitar elusión o evasión en materia tributaria.

Lo anterior de acuerdo con investigación con registro en Indautor número 03-2021-051312151500-01 y propuesto para su publicación en la Revista Praxis, julio/diciembre 2021, del H. Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA), por la suscrita, vertiendo parte del material de las páginas 62 a 67 del presente, que cuenta con Certificado, Registro Público del Derecho de Autor, con fecha 13 de mayo del 2021, y título “*Cómo demostrar la materialidad de las operaciones para efectos fiscales*”:

³¹ *Idem.*

Por otra parte, es relevante atender lo señalado por las siguientes tesis de jurisprudencia:

FICCION LEGAL. PARA EVITAR ELUSIÓN O EVASIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA. Las ficciones legales son, en esencia, un instrumento de técnica legislativa que se inserta en la norma y son capaces de crear realidades, en el sentido de que hacen entender ciertas situaciones conforme a una naturaleza distinta a la que les correspondería normalmente... las ficciones legales en materia tributaria para evitar la elusión o evasión que, como política pública, el legislador implementa, tienen una presunción de legalidad que sólo se desvirtúa cuando se demuestre afectación al núcleo esencial de los derechos fundamentales, sin que el contribuyente pueda demostrar que las operaciones y mecanismos fiscales que utilizó hayan o no originado una cierta práctica que implicara un supuesto de evasión o elusión fiscal, ni cuál fue su verdadera intención³².

NORMAS DE INFORMACIÓN FINANCIERA. SU USO COMO HERRAMIENTA EN PROBLEMAS QUE INVOLUCREN NO SÓLO TEMAS JURÍDICOS, SINO TAMBIÉN CONTABLES Y FINANCIEROS.

Las Normas de Información Financiera constituyen una herramienta útil en los casos en que se debe evaluar y resolver un problema que involucre no sólo temas jurídicos, sino también contables y financieros, en los que debe privilegiarse la sustancia económica en la delimitación y operación del sistema de información financiera, así como el reconocimiento contable de las transacciones, operaciones internas y otros eventos que afectan la situación de una empresa. Así, la implementación o apoyo de las Normas de Información Financiera tiene como postulado básico, que al momento de analizar y resolver el problema que se plantea, prevalezca la sustancia económica sobre la forma, para que el sistema de información contable sea delimitado de modo tal que sea capaz de captar la esencia del emisor de la información financiera, con el fin de incorporar las consecuencias derivadas de las transacciones, prácticas comerciales y otros eventos en general, de acuerdo con la realidad económica, y no sólo en atención a su

³² Tesis I.4o.A.170 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, agosto de 2019, p. 2832.

naturaleza jurídica, cuando una y otra no coincidan; esto es, otorgando prioridad al fondo o sustancia económica sobre la forma legal³³.

Cabe precisar que el fondo de la cuestión planteada no se refiere a un aspecto técnico de contabilidad controvertido que amerite un análisis de registro o asiento contable de una operación y/o actividad de una entidad con aspectos financieros en términos monetarios, sino, el planteamiento está enfocado en controvertir un aspecto de legalidad, sobre la demostración de la materialidad de las operaciones realizadas para acreditar lo que le corresponda en materia fiscal de conformidad con la legislación fiscal aplicable.

Esto es, porque la contabilidad es una técnica que sistemática y estructuralmente produce información cuantitativa expresada en unidades monetarias, sobre las situaciones económicas identificables y cuantificables que realiza una entidad, lo cual se logra a través de un proceso de captación de las operaciones que cronológicamente mida, clasifique, registre y resuma con claridad.

En efecto, para llevar a cabo la producción de información financiera sobre una situación económica de una entidad debe ser identificada y cuantificable, que permita su análisis individualizado y así, a través de la contabilidad, captar las operaciones efectuadas por la entidad de manera histórica y cronológica que, por su naturaleza, no anticipa eventos, tal como lo establece el Artículo 33 del Código de Comercio, en el sentido de que los comerciantes están obligados a llevar un sistema de contabilidad adecuado que en todo caso deberá satisfacer los requisitos mínimos previsto por la ley:

- Permitir identificar las operaciones individuales y sus características, así como conectar dichas operaciones individuales con los documentos comprobatorios originales de las mismas;
- Permitir seguir la huella desde las operaciones individuales a las acumulaciones que den como resultado las cifras finales de las cuentas y viceversa;
- Permitir la preparación de los estados que se incluyan en la información financiera del negocio;

³³ Tesis I.4o.A.799 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 2159.

- Permitir conectar y seguir la huella entre las cifras de dichos estados, las acumulaciones de las cuentas y las operaciones individuales;
- Incluir los sistemas de control y verificación internos necesarios para impedir la omisión del registro de operaciones, para asegurar la corrección del registro contable y la corrección de las cifras resultantes.

Así las cosas, ahora será necesario conocer, en qué consiste la *justificación y razón de negocios desde el ámbito corporativo*, esto es, en atención al objeto social y su relación con la actividad preponderante manifestada en el RFC.

Para su mejor comprensión nos apoyaremos en la Exposición de Motivos de la Reforma Fiscal 2014. En suma, derivado de la información procesada por el SAT se han podido identificar una serie de patrones que generalmente están presentes en las sociedades que realizan el tráfico de comprobantes fiscales, “que tiene por objeto social poder ofrecer al cliente un comprobante fiscal con un concepto que pueda disfrazarse mejor dentro de las actividades preponderantes de este”; con la finalidad de soslayar la aplicación e identificación en el RFC³⁴.

La regla general “antiabuso”, Artículo 5o.-A del Código Fiscal de la Federación. El presente comunicado se refiere al contenido de un nuevo Artículo 5o.-A que se adiciona al Código Fiscal de la Federación, que se va a conocer como la “Cláusula Antiabuso”, reforma promovida por la OCDE, y que entró en vigor el 1° de enero de 2020.

Introducción. No es la primera vez que las autoridades fiscales intentan algo similar. Nos explican que la introducción de reglas generales antiabuso es una práctica común a nivel internacional y acompañan algunos ejemplos de los que ya la han adoptado. Comentan que entre los países y jurisdicciones que cuentan con una regla de este tipo, se encuentran: Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Corea del Sur, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Hong Kong, India, Irlanda, Israel, Italia, Nueva Zelanda, Países Bajos, Suecia y Sudáfrica.

La reforma pretende atacar los esquemas de evasión y elusión fiscal. Se entiende por evasión fiscal “el uso de engaños o aprovechamiento de errores para omitir total o parcial el pago del impuesto u obtener un beneficio indebido de ello”; y por elusión fiscal “evitar con astucia una dificultad o una

³⁴ Exposición de motivos de la Reforma fiscal 2014 (Artículo 69-B del CFF).

obligación. Es intentar no aplicar una norma amparándose en otra". Dentro de los argumentos que soportan la Iniciativa de Reformas, las autoridades mencionan: En la práctica se ha detectado que diversos contribuyentes realizan actos jurídicos para configurar operaciones con el principal objetivo de encontrarse en una posición fiscal más favorable que otros que realizan la misma operación económica. Además del conflicto de inequidad que genera, estas prácticas provocan un problema de elusión fiscal que repercute en la recaudación de las contribuciones federales.

Los Tribunales Colegiados de Circuito han reconocido que la elusión tributaria es un fenómeno distinguido por el uso de actos, contratos, negocios y mecanismos legales que tienen como fin aminorar el pago de los tributos. Derivado del estudio de la experiencia internacional, se consideró que una norma general antiabuso para México tenía que incluir dos elementos:

- Que la operación del contribuyente no tenga una razón de negocios; y,
- Que esto genere un beneficio fiscal³⁵.

En cuanto a los *criterios expresados* en los tribunales, la iniciativa incluye distintas sentencias que se han dado últimamente y que dan soporte jurídico a la reforma, de las cuales destacamos las siguientes:

NORMAS ANTIELUSIÓN O ANTIABUSO. PRESUNCIONES Y FICCIONES LEGALES CONTENIDAS EN. La elusión tributaria es un fenómeno que se distingue por el uso de actos, contratos, negocios, así como de mecanismos legales que tienen como finalidad aminorar el pago de los tributos, al impedir el nacimiento del hecho generador de la obligación relativa... Las normas antiabuso son respuestas excepcionales a prácticas estratégicas de fraude a la ley o abuso del derecho, basadas en construcciones argumentales de significados formales de hechos y normas que atienden, no al objeto de la práctica, sino al efecto de elusión que intentan controlar... estas permiten tipificar aquellos supuestos de hecho elusivos e incorporarlos como hechos generadores de tributos, esto es, buscan levantar el velo a simulaciones jurídicas de operaciones que, en el fondo, financiera y económicamente, implican otra realidad". Por lo que se reitera como a la letra se lee:

³⁵ Las reglas en estos países no son iguales, pero en esencia están diseñadas para combatir estos esquemas.

Tesis I.4o.A.170 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2019, Tomo IV, P. 2832. “FICCION LEGAL. PARA EVITAR ELUSIÓN O EVASIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA. Las ficciones legales son, en esencia, un instrumento de técnica legislativa que se inserta en la norma y son capaces de crear realidades, en el sentido de que hacen entender ciertas situaciones conforme a una naturaleza distinta a la que les correspondería normalmente... las ficciones legales en materia tributaria para evitar la elusión o evasión que, como política pública, el legislador implementa, tienen una presunción de legalidad que sólo se desvirtúa cuando se demuestre afectación al núcleo esencial de los derechos fundamentales, sin que el contribuyente pueda demostrar que las operaciones y mecanismos fiscales que utilizó hayan o no originado una cierta práctica que implicara un supuesto de evasión o elusión fiscal, ni cuál fue su verdadera intención”³⁶.

Tesis, I.4o.A.168 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2019. “RAZÓN DE NEGOCIOS. LA AUTORIDAD PUEDE CONSIDERAR SU AUSENCIA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS QUE LA LLEVEN A DETERMINAR LA FALTA DE MATERIALIDAD DE UNA OPERACIÓN, CASO EN EL CUAL, LA CARGA PROBATORIA PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA Y REGULARIDAD DE LA OPERACIÓN, CORRE A CARGO DEL CONTRIBUYENTE. Legalmente no existe una definición de la expresión “razón de negocios”, sin embargo, en la jerga financiera se entiende como el motivo para realizar un acto, al cual se tiene derecho, relacionado con una operación lucrativa y encaminado a obtener una utilidad; es decir, se trata de la razón de existir de cualquier compañía lucrativa que implica buscar ganancias extraordinarias que beneficien al accionista y propicien generación de valor, creación y desarrollo de relaciones de largo plazo con clientes y proveedores... por ello, la ausencia de razón de negocios sí puede ser aducida por la autoridad para determinar la inexistencia de una operación, siempre y cuando no sea el único elemento considerado para arribar a tal conclusión; por lo que una vez que se sustentan las razones por las que no se reconocen los efectos fiscales de las operaciones, corre a cargo del contribuyente demostrar la existencia y regularidad de la operación”³⁷.

³⁶ Tesis I.4o.A.170 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2019, t. IV, p. 2832.

³⁷ *Idem*

La Reforma de 8 de diciembre de 2020, cuyo Decreto se refiere a la LISR, LIVA y al CFF, aprobada por el Congreso, incluye en el Artículo 5o.-A del Código Fiscal de la Federación, en el cual *no existe* una definición del concepto “Razón de Negocios”; no obstante, cuando nos referimos a ese enunciado solemos hacerlo en los siguientes términos:

- Es el propósito para realizar un acto, al cual se tiene derecho, relacionado con una ocupación lucrativa y encaminado a obtener una utilidad;
- Al igual que sucede con las sugerencias en la aplicación de la Prueba de Propósito Principal (PPT), al ser las asambleas la forma en que los socios o accionistas manifiestan su voluntad sobre la marcha de los negocios, en ellas justifican la razón de negocios, por lo que se recomienda que en conste la celebración de contratos, inversiones préstamos y beneficios.

Como nota a señalar, en la legislación fiscal se hace mención del término, Razón de negocios en dos Artículos también: el 18-A del CFF y el 177 de la LISR³⁸. Y, no obstante, que se realiza otra referencia de estudio en relación con un tema diverso, pero que no deja de ser importante por tener conexidad, que se refiere a “*cláusulas antiabuso, simulación elusión/planificación*”.

Como fue sostenido en la “Investigación con registro en Indautor número 03-2021-061713563600-01 y propuesta para a su publicación en la Revista Praxis, enero/junio 2022, de este HTFJA, con Certificado del Registro Público del Derecho de Autor, con fecha 17 de junio del 2021” de título: “*Origen de los depósitos en materia fiscal/ penal (materialidad)*”:

Cláusulas antiabuso, Simulación, Artículo 1813 del Código Civil: diferencia entre Elusión/Planificación.

Concepto de elusión: las condiciones abusivas vienen determinadas por la existencia de *una anomalía negocial* definida en función del Derecho Privado.

Planificación fiscal lícita: diferencia economía de opción/opciones fiscales. La esencia de la planificación fiscal ilícita es evitar el hecho imponible para realizar otro por motivos fiscales, consiste en elegir un negocio en lugar de otro y hacerlo por motivos fiscales.

³⁸ SHCP, SAT.

Por otra parte, la simulación es el abuso del derecho, de las formas, fraude de ley y más, desprendiéndose:

- a. Simulación relativa. Instrumento ilusorio. Falsedad en la causa. Puede ser atacado por las vías ordinarias de calificación o a través de una cláusula específica.

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Primera Sala, t. LVIII, p. 338. Tesis aislada, Registro digital: 310117. FRAUDE POR SIMULACIÓN, DELITO DE. En la ley sustantiva penal del Distrito Federal, la simulación es punible sólo cuando toma la forma de un contrato o escrito judicial, por medio de los cuales se ocasione perjuicio a tercero, o se obtenga un lucro; la simulación con dichas características, integra un tipo legal de fraude especificado en la fracción X del Artículo 386 de la propia ley. Para la definición de acto simulado, cuya connotación no se fija en la ley penal, es preciso recurrir al Código Civil, que, en su Artículo 2810, dice: “es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente, lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”. El propio código, para los efectos civiles, establece una diferencia entre simulación absoluta y relativa; la primera, cuando el acto simulado no tiene nada de real, y la segunda, cuando a determinado acto jurídico se le da una falsa apariencia, que oculta su verdadero carácter. Lo que realmente distingue a los negocios simulados, en su aspecto delictuoso, es el divorcio absoluto entre la voluntad y la manifestación; entre lo querido y lo declarado: las partes no quieren el negocio; quieren solamente hacerlo aparecer y por eso emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico, y, al mismo tiempo, sirve para provocar una ilusión falaz de su existencia. Los que simula, pretenden que, a los ojos de los terceros, aparezca formada una relación que en realidad no debe existir, pero de la cual se quiere mostrar una exterioridad engañadora, mediante una declaración que carece de contenido volitivo. La simulación requiere una intención dolosa específica, que se traduce en un propósito oculto de hacer aparecer un negocio que realmente se repudia y que no se desea, creando una situación jurídica ilusoria. Ahora bien, si se imputa a los acusados, que uno de ellos demandó al otro sobre constitución de un servidumbre en una finca, y el demandado, ostentándose con el carácter de representante

de una compañía que ya no existía, contesta la demanda confesándola y por ello se dictó sentencia condenatoria, y los acusados sabían ya que la finca no pertenecía a la citada sociedad, por haber sido adjudicada en remate a un tercero, no existe el delito de fraude a que se refiere la fracción X del Artículo 386 del Código Penal, porque la ficción del negocio, en caso de existir, contribuye no a aparentar un acto que no se desea, sino precisamente a lo contrario, es decir, a que cobre realidad y produzca efectos contra terceros, salvo que los medios fueren francamente inadecuados y quizá delictuosos, por envolver una falsedad, en cuanto uno de los enjuiciados se ostentó con el carácter de representante, que había dejado de tener, al liquidarse la sociedad en que fungía como gerente. La primera acción, puede constituir un delito de falsedad en declaraciones judiciales y la segunda no es sino una fase de la primera. Se trata, pues, de un convenio realmente celebrado entre dos contratantes que no sólo no lo repudiaban, sino que lo deseaban con ahínco; y la sentencia que impone pena en tales condiciones, por el delito de fraude, es violatoria de garantías.

Amparo penal directo 4457/37. Téllez Girón Gaspar y coagraviada. 8 de octubre de 1938. Mayoría de tres votos. Ausente: José María Ortiz Tirado. Disidente: Rodolfo Asiáin. La publicación no menciona el nombre del ponente.

- b. Simulación absoluta. Instrumento de evasión. Tesis (I Región) 8o.50 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Registro digital: 2014184. PRESUNCIÓN DE OPERACIONES INEXISTENTES AMPARADAS EN COMPROBANTES FISCALES. EL ARTÍCULO 70 DEL REGLAMENTO DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, AL PREVER EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO LA POSIBILIDAD DE UN SEGUNDO REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN Y UN PLAZO ADICIONAL PARA PROPORCIONARLA, NO ESTABLECIDOS EN EL PROPIO CÓDIGO, TRANSGREDE LOS PRINCIPIOS DE RESERVA DE LEY Y DE SUBORDINACIÓN JERÁRQUICA. El Artículo 70 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, al prever la posibilidad de un requerimiento de información adicional al contribuyente, para que éste la proporcione dentro del plazo de diez días siguientes a que surta efectos su notificación, en el procedimiento de presunción de operaciones inexistentes ampara-

das en comprobantes fiscales, establecido en el Artículo 69-B del propio Código, transgrede los principios de reserva de ley y de subordinación jerárquica, ya que ese segundo requerimiento y el plazo adicional no están contenidos en el ordenamiento que se reglamenta.

Amparo en revisión 285/2016 (cuaderno auxiliar 934/2016) del índice del Décimo Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con apoyo del Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región, con residencia en Naucalpan de Juárez, Estado de México. 10 de febrero de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Cabañas Rodríguez. Secretario: Alfredo Portilla Acata.

Por lo tanto, se considera simulación tributaria cuando sea declarada y calificada por la Administración Tributaria, girando el oportuno acto liquidatorio por el hecho imponible efectivamente realizado por las partes.

Se da la simulación tributaria relativa, cuando el negocio creado no es el que realmente querían las partes. Buscaban otro negocio jurídico distinto (el simulado). La simulación se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder esta a otra finalidad. La simulación relativa es una ocultación que se produce generando una apariencia de negocio ficticio. Negocio no querido por las partes que sirve de pantalla encubridora.

El estudio realizado a estas diversas figuras nos centra en el entendimiento del Artículo 69-B del CFF, sexto párrafo.

En caso de que la autoridad fiscal, en uso de sus facultades de comprobación, detecte que una persona física o moral no acreditó la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes, o no corrigió su situación fiscal, en los términos que prevé el párrafo anterior, determinará el o los créditos fiscales que correspondan. Asimismo, las operaciones amparadas en los comprobantes fiscales antes señalados se considerarán como actos o contratos simulados para efecto de los delitos previstos en este Código.

Uno de los grandes cambios para el año 2020 fue la inclusión del numeral 5o.-A al CFF, la cual prevé una norma antiabuso que tiene por objeto otorgarle facultades a la autoridad para que pueda determinar los efectos fiscales correspondientes a los actos jurídicos que carezcan de una *razón de negocios* y que generen un beneficio fiscal directo o indirecto.

Este tipo de cláusulas tiene por objeto evitar la elusión fiscal, misma que no es contraria a derecho; incluso una de sus principales características es que se aplican las normas contenidas en el Derecho positivo, pero con la particular distinción de disfrazar la realidad mediante una norma de cobertura, lo que finalmente disminuye la recaudación fiscal.

Ahora bien, la elusión fiscal se materializa con la implementación de la planeación fiscal, la cual debe analizarse a la luz de la economía de opción, por ello la necesidad de la incorporación de una cláusula antiabuso.

La aplicación de este tipo de cláusulas no es novedosa en el Derecho Fiscal, ya que, en el intento de evitar la elusión fiscal, varias legislaciones han incluido disposiciones al respecto. Así se han identificado dos tipos de normas antiabuso:

- Cláusula general, conocida como *Shotgun method o General Anti-Avoidance Rule* (también denominada GAAR por sus siglas en inglés). Mediante este tipo de normas se pretende atacar, de manera genérica, a la elusión fiscal y han sido ampliamente discutidas en foros sobre la mejor forma de incorporarlas en la legislación doméstica de cada país. Esta cláusula general es la incluida en el numeral 5o.-A del CFF.
- *Approach o Specific Anti-Avoidance Rules* (también denominadas SAAR por sus siglas en inglés). Estas normas atacan un problema específico previamente identificado por las autoridades fiscales. En la legislación mexicana ya existen este tipo de normas, por ejemplo: la capitalización delgada

La declaratoria de simulación de las operaciones que amparan los comprobantes fiscales, es contrario a lo que establece el Código Civil Federal, aplicable supletoriamente:

Artículo 2180. Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.

Artículo 2181. La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Artículo 2182. La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.

Artículo 2183. Pueden pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la Hacienda Pública.

Al respecto, tenemos la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal:

Capítulo II. De la simulación de los actos jurídicos

Artículos 2180-2184.

...

A efecto de que la buena fe prepondere en las relaciones entre particulares, de que la ley sea fielmente cumplida y no burlada, con *grave perjuicio del fisco*, de la sociedad o de los derechos de tercero, se reglamentó ampliamente la simulación de los contratos, distinguiendo el caso en que no existe ningún acto real, del caso en el que sólo se trata de desvirtuar la verdadera naturaleza del acto jurídico que se mantiene oculto.

...

En ese tenor, conviene traer a colación el siguiente criterio:

FACULTADES DE COMPROBACIÓN. CUANDO EN SU EJERCICIO LAS AUTORIDADES FISCALES ADVIERTAN QUE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS POR LOS CONTRIBUYENTES AMPARAN OPERACIONES QUE NO SE REALIZARON, PUEDEN DETERMINAR LA INEXISTENCIA DE ESOS ACTOS JURÍDICOS, EXCLUSIVAMENTE PARA EFECTOS FISCALES. Conforme al Artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, las autoridades fiscales están facultadas para verificar que los contribuyentes, responsables solidarios y terceros con ellos relacionados, han cumplido con las disposiciones tributarias, ya sea a través de visitas domiciliarias, revisiones de gabinete o con el cotejo de la información proporcionada por estas personas. Así, el ejercicio de tales facultades implica averiguar si los actos jurídicos que se justifican con los documentos que los contribuyentes presenten durante las revisiones se llevaron a cabo en la realidad o no, pues sólo de esa forma se tendrá certeza de la existencia de las operaciones que ahí se describen. Consecuentemente, cuando las autoridades fiscales adviertan que los documentos presentados por los causantes amparan operaciones que no se realizaron, pueden determinar la inexistencia de esos actos jurídicos, exclusivamente para efectos fiscales, sin que ello implique la anulación para efectos gene-

rales de dichos actos, sino únicamente la negación de su valor en el ámbito tributario; es decir, aquéllas podrán restar eficacia probatoria a los comprobantes fiscales, contratos y demás documentos relacionados, únicamente para la determinación, devolución o acreditamiento de las contribuciones” (Registro digital: 159968).

Y, de la misma manera, el Código Civil Federal, esclarece que debe entender por *inexistencia*:

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

Por definición, lo inexistente es: falso, fantástico, ilusorio, imaginario, insubsistente, irreal, simulado, nada.

Y la doctrina señala que, el juez ante un “acto inexistente” no tiene nada que hacer, pues si interviene para declarar la inexistencia, estará declarando la nada; pero si alguna controversia se suscita respecto a si un acto es o no existente, como a nadie le es dado hacerse justicia por sí mismo, el juez habrá de intervenir, pero no para declarar la inexistencia, sino sólo para constatarla.

Es por lo que, en el delito específico de compraventa de comprobantes, Artículo 113, fracción II del CFF, en correlación con el Artículo 69-B del mismo ordenamiento, en su último párrafo se refiere al Artículo 109, fracción IV:

Artículo 69-B....

Asimismo, las operaciones amparadas en los comprobantes fiscales antes señalados se considerarán como actos o contratos simulados para efecto de los delitos previstos en este Código.

Por otra parte, la Jurisprudencia 88/2014, “SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA RESPECTO DE LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 69-B DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN”, que se refiere a los Artículos 108 y 109 del CFF, nada dice del Artículo 113, fracción III, que establece, al final: “.. Por su parte, se permitiría la consumación o continuación de un ilícito o sus efectos, ya que los comprobantes expedidos por este tipo de contribuyentes aún estarían en el comercio, no

obstante que tal conducta podría actualizar el delito de defraudación fiscal, conforme a los Artículos 108 y 109 del Código Fiscal de la Federación”.

Y el Artículo 113, fracción III, se subsume al Artículo 108 del CFF con el “*engaño*”: “Artículo 108. Comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños...”

A su vez, el Artículo 109, fracción IV del CFF, se subsume al Artículo 108 del mismo Código, como se lee de lo siguiente:

Tesis VII.P.104 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, mayo de 1999, p. 1003, Tesis aislada, Registro digital: 194044. DEFRAUDACIÓN FISCAL, LA CONDUCTA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 109 FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, SE SUBSUME EN LA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 108 DEL MISMO ORDENAMIENTO. De la lectura de los Artículos 108 y 109 fracción IV, del Código Fiscal de la Federación, se advierte que el primero describe el delito de defraudación fiscal como la omisión total o parcial del pago de contribuciones para obtener un beneficio indebido, en perjuicio del fisco federal, utilizando el engaño o aprovechando el error del pasivo, y en el segundo de los preceptos aludidos se contempla como tipo equiparado a la defraudación fiscal la ejecución de dos o más actos relacionados entre sí, con el único propósito de obtener un beneficio indebido en perjuicio del fisco. Luego, si el activo, empleando maniobras engañosas en dos declaraciones fiscales obtuvo un beneficio indebido en perjuicio de la hacienda pública, es claro, que se actualizó la hipótesis contenida en el citado Artículo 108, y la repetición de dichas conductas engañosas quedan subsumidas en él, y no de manera autónoma en la fracción IV del Artículo 109 del Código Fiscal de la Federación, pues de lo contrario se recalificaría el proceder engañoso.

De lo anterior, se cita la fracción I del Artículo 109 del CFF, que castiga el consignar, en las declaraciones, deducciones falsas. El Artículo 113, fracción III del mismo ordenamiento también lo hace, sin embargo, este castiga las operaciones falsas sin darles efectos en la declaración:

Artículo 109. Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:

I. Consigne en las declaraciones que presente para los efectos fiscales, deducciones falsas...

Artículo 113. Se impondrá sanción de tres meses a seis años de prisión, al que:

...

III. Expida, adquiera o enajene comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados.

De la misma manera, el Artículo 113, fracción III del CFF, es un delito de conducta, mientras que el consignado en el Artículo 109, fracción IV es un delito de resultado, no requiere reparación del daño, siendo que el primero establece una penalidad de 3 meses a 6 años a quien expida, adquiera o enajene comprobantes fiscales (Primo delinciente: 3 meses de prisión).

Por otra parte, el Artículo 108, tipo de defraudación fiscal, fija de 3 a 9 años de prisión cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de \$2,310,520.00 (Primo delinciente: 3 años)

Mientras que respecto al Artículo 113, fracción III del CFF, su sanción es conmutable a 3 meses. Sobre el particular, en correlación con el Artículo 101 del CFF no procede la substitución y conmutación de sanciones o cualquier otro beneficio a los sentenciados por delitos fiscales, cuando se trate de los delitos previstos en los Artículos 108 y 109, cuando les correspondan las sanciones dispuestas en la fracción III del Artículo 108. No así los delitos de los Artículos 108 y 109, cuando se imponga la sanción de la fracción III del Artículo 108 del CFF:

Artículo 108. El delito de defraudación fiscal se sancionará con las penas siguientes:

...

III. Con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de \$2,310,520.00...

Artículo 109. Será sancionado con las mismas penas del delito de defraudación fiscal, quien:

...

I. Simule uno o más actos o contratos obteniendo un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

...

Sin embargo, es importante tomar en cuenta que la Exposición de Motivos del Artículo 113, fracción III del Código Fiscal de la Federación para 2014, en lo

referente al fenómeno delictivo de la simulación de actos jurídicos en agravio del fisco, la iniciativa propuso reformar dicha porción normativa, la cual tiene por objeto sancionar penalmente a quienes expidan, adquieran o enajenen comprobantes fiscales de actos jurídicos simulados, toda vez que la criminalidad en materia fiscal ha venido sofisticando los medios y métodos para cometer delitos en agravio del fisco federal. Actualmente los comprobantes fiscales son un medio de comisión para simular actos en agravio del fisco de la federación, lo que genera daños sustanciales al sistema tributario.

Además, es de considerar qué es la *simulación*, para la Ley del Impuesto sobre la Renta, en términos de los Artículos siguientes:

Artículo 176. Los residentes en México y los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, están obligados a pagar el impuesto conforme a lo dispuesto en este Capítulo, por los ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, directa o indirectamente, en la proporción que les corresponda por su participación en ellas, así como por los ingresos que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero.

...

Artículo 177. Para los efectos de este Título y la determinación de los ingresos de fuente de riqueza en el país, las autoridades fiscales podrán, como resultado del ejercicio de las facultades de comprobación que les conceden las leyes, determinar la simulación de los actos jurídicos exclusivamente para efectos fiscales, la cual tendrá que quedar debidamente fundada y motivada dentro del procedimiento de comprobación y declarada su existencia en el propio acto de determinación de su situación fiscal a que se refiere el Artículo 50 del Código Fiscal de la Federación, siempre que se trate de operaciones entre partes relacionadas en términos del Artículo 179 de esta Ley.

En los actos jurídicos en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, por lo que la resolución en que la autoridad determine la simulación deberá incluir lo siguiente:

- a) Identificar el acto simulado y el realmente celebrado;
- b) Cuantificar el beneficio fiscal obtenido por virtud de la simulación;

- c) Señalar los elementos por los cuales se determinó la existencia de dicha simulación, incluyendo la intención de las partes de simular el acto.

Siendo así que, para efectos de probar la simulación, la autoridad podrá basarse, entre otros, en elementos presuncionales. En los casos que se determine simulación en los términos de los párrafos anteriores, el contribuyente no estará obligado a presentar la declaración a que se refiere el Artículo 178 de esta Ley:

Artículo 178. Los contribuyentes de este Título, además de las obligaciones establecidas en otros Artículos de esta Ley, deberán presentar en el mes de febrero de cada año, ante las oficinas autorizadas, declaración informativa sobre los ingresos que hayan generado o generen en el ejercicio inmediato anterior sujetos a regímenes fiscales preferentes, o en sociedades o entidades cuyos ingresos estén sujetos a dichos regímenes, que corresponda al ejercicio inmediato anterior, acompañando los estados de cuenta por depósitos, inversiones, ahorros o cualquier otro, o en su caso, la documentación que mediante reglas de carácter general establezca el Servicio de Administración Tributaria. Para los efectos de este Artículo, se consideran ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes, tanto los depósitos como los retiros. La declaración a que se refiere este Artículo será utilizada únicamente para efectos fiscales.

...

Por último, se debe atender la parte penal, en términos del Capítulo II, Operaciones con recursos de procedencia ilícita, Artículo 400 Bis del Código Penal Federal, que a la letra se lee:

Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

- I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

Atendiéndose a las diversas conductas como son: adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o se oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

VIII. TESIS Y JURISPRUDENCIAS A CONSIDERAR, ENTRE OTRAS

Tesis 2a. LXIII/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 725. Registro digital: 2014227. DECLARACIONES INFORMATIVAS DE PARTES RELACIONADAS. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA EL ACUER-

DO MULTILATERAL ENTRE AUTORIDADES COMPETENTES SOBRE EL INTERCAMBIO DE REPORTES PAÍS POR PAÍS, EN TANTO NO CONTIENE SUPUESTOS NORMATIVOS APLICABLES DIRECTAMENTE A LOS CONTRIBUYENTES.

El acuerdo referido (Multilateral Competent Authority Agreement on the Exchange of Country by Country Reports, en su locución en inglés), tiene como objetivo establecer las bases y los procedimientos para aumentar la transparencia de la información fiscal entre los Estados firmantes (incluido México), así como mejorar el acceso de sus respectivas autoridades hacendarias a la información relativa a la distribución mundial de las rentas, los impuestos pagados y ciertos indicadores sobre los grupos de empresas multinacionales, cuyas actividades se proyectan en diversas jurisdicciones. Asimismo, dicho acuerdo señala que la autoridad competente de cada Estado parte, se compromete a intercambiar anualmente y de forma automática, la información relacionada con dichos grupos de empresas, a fin de evaluar riesgos de alto nivel en materia de precios de transferencia y otros riesgos relacionados con la erosión de la base gravable y el traslado de utilidades, además de establecer qué información materia de intercambio estará sujeta a las normas de confidencialidad y a otras medidas de protección previstas en la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (Estrasburgo, 25 de enero de 1988). De lo anterior se observa que el acuerdo señalado es un instrumento en el cual los Estados firmantes plasmaron diversos compromisos para el intercambio de información respecto de grupos de empresas que desarrollan su actividad económica en diversas jurisdicciones, de manera que los sujetos vinculados a su cumplimiento no son directamente los contribuyentes, sino exclusivamente los Estados signatarios, así como las autoridades competentes correspondientes. Por consiguiente, respecto del acuerdo multilateral mencionado se actualiza la causa de improcedencia prevista en el Artículo 61, fracción XXIII, en relación con los diversos 77 y 78, todos de la Ley de Amparo, ya que no podrían concretarse los efectos de un eventual amparo concedido en su contra, en la medida en que no es posible inaplicar una norma general que no tiene como destinatario inmediato al contribuyente quejoso, tomando en cuenta que la sentencia protectora no podría liberar al Estado mexicano o a las autoridades competentes -quienes no tienen el

carácter de quejosos- de las obligaciones que les impone el referido instrumento internacional, pues un efecto expansivo como ése sería contrario al principio de relatividad de las sentencias de amparo.

Amparo en revisión 782/2016. Contecon Manzanillo, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Amparo en revisión 927/2016. Controladora Bunge, S.A. de C.V. y otras. 22 de marzo de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I. Ponente: José Fernando Franco González Salas; en su ausencia hizo suyo el asunto Alberto Pérez Dayán. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Tesis: 2a./J. 46/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 590. Registro digital: 2014215. DECLARACIONES INFORMATIVAS DE PARTES RELACIONADAS. LA OBLIGACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76-A DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, VIGENTE A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2016, ATIENDE A LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR EL ESTADO MEXICANO.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) –a la cual México se adhirió el 18 de mayo de 1994–, tiene como misión promover políticas para mejorar el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo, por lo que se ha interesado en la cooperación y asistencia mutua. Por ello, sus Estados miembros celebraron con los del Consejo de Europa, la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal (Estrasburgo, 25 de enero de 1988), con la finalidad, entre otros aspectos, de mejorar la obtención y el intercambio de información bajo altos estándares de confidencialidad y protección de datos personales, ante la necesidad de dotar a las administraciones tributarias de medios adecuados para verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias. Asimismo, la OCDE y los países miembros del G20 (principal foro de coordinación de políticas macroeconómicas entre las 20 economías más importantes del mundo, que incluye las perspectivas tanto de países desa-

rrollados, como de economías emergentes como la mexicana), decidieron aplicar el Plan de Acción contra la Erosión de la Base Gravable y el Traslado de Beneficios (o Plan de Acción BEPS por sus siglas en inglés –Base Erosion and Profit Shifting–), cuyo objetivo es asegurar que los grupos empresariales tributen en el lugar en que se realizan las actividades económicas que les producen beneficios y en donde se genera el ingreso respectivo. La Acción 13 de dicho Plan prevé una serie de recomendaciones y modelos estandarizados en materia de precios de transferencia (archivo maestro, archivo local e informe país por país), a fin de aumentar y fortalecer la transparencia ante las administraciones tributarias, de modo que puedan desarrollar una evaluación de riesgos eficiente y robusta que permita enfrentar de manera eficaz erosión de la base gravable y el traslado de utilidades a otras jurisdicciones de baja o nula imposición. De lo anterior se advierte que el Artículo 76-A de la Ley del Impuesto sobre la Renta, adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de noviembre de 2015, en el cual se establece la obligación de proporcionar a las autoridades fiscales las declaraciones anuales informativas de partes relacionadas (maestra, local y país por país), responde –entre otras razones– al compromiso de México como miembro de la OCDE e integrante del G20, de participar y poner en práctica en su legislación interna los acuerdos alcanzados a nivel internacional, a efecto de identificar prácticas y estrategias fiscales de empresas multinacionales, permitiendo que la autoridad hacendaria actúe, de ser el caso, anticipadamente a actos de elusión y evasión fiscal.

Amparo en revisión 1000/2016. Ryder de México, S. de R.L. de C.V. y otras. 8 de febrero de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia.

Amparo en revisión 781/2016. Goodyear Servicios Comerciales, S. de R.L. de C.V. y otras. 8 de febrero de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: Marga-

rita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco.

Amparo en revisión 1086/2016. Telefónica Móviles México, S.A. de C.V. y otras. 22 de febrero de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia.

Amparo en revisión 782/2016. Contecon Manzanillo, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Amparo en revisión 954/2016. Comercializadora Milenio, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: Eduardo Medina Mora I. Secretario: Juan Jaime González Varas.

Tesis 2a./J. 50/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 42, mayo de 2017, t. I, p. 588. Registro digital: 2014214.

DECLARACIONES INFORMATIVAS DE PARTES RELACIONADAS. EL ARTÍCULO 76-A, ÚLTIMO PÁRRAFO (PRIMERA PARTE), DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA, VIGENTE A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2016, AL PREVER UNA CLÁUSULA HABILITANTE NO VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA.

La porción normativa citada dispone que el Servicio de Administración Tributaria establecerá reglas de carácter general para la presentación de las declaraciones referidas en las fracciones I, II y III del propio precepto, a través de las cuales podrá solicitar información adicional. Ahora bien, de la lectura integral del Artículo citado, se advierte que la referida información (adicional), debe estar relacionada con las operaciones que el contribuyente obligado efectúe con sus partes relacionadas, la cual debe estar vinculada con la información que se detalla para cada una de las declaraciones a que

se refieren las citadas fracciones, esto es, con las declaraciones informativas de partes relacionadas denominadas maestra, local y país por país, en materia de precios de transferencia. Ello se corrobora con la exposición de motivos de la iniciativa de ley que dio lugar al precepto en estudio, en la cual se señaló que los países integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y los miembros del G20, incluido México, han acordado implementar nuevos estándares relativos a la documentación e información solicitada en materia de precios de transferencia, a fin de aumentar la transparencia para las administraciones tributarias, de modo que puedan desarrollar una evaluación de riesgos tributarios eficiente y robusta, que permita enfrentar de manera eficaz la erosión de la base gravable a través del traslado de utilidades. De lo anterior se sigue que el Artículo 76-A, último párrafo (primera parte), de la Ley del Impuesto sobre la Renta, adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de noviembre de 2015, al prever la cláusula habilitante de referencia, no viola los principios de legalidad y seguridad jurídica, porque establece una base mínima a partir de la cual la autoridad administrativa deberá regular la materia a desarrollar en torno a la información adicional que podrá solicitar en lo referente a las declaraciones informativas de partes relacionadas.

Amparo en revisión 1000/2016. Ryder de México, S. de R.L. de C.V. y otras. 8 de febrero de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia.

Amparo en revisión 1086/2016. Telefónica Móviles México, S.A. de C.V. y otras. 22 de febrero de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia.

Amparo en revisión 782/2016. Contecon Manzanillo, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ra-

mos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Amparo en revisión 954/2016. Comercializadora Milenio, S.A. de C.V. 15 de marzo de 2017. Cinco votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: Eduardo Medina Mora I. Secretario: Juan Jaime González Varas.

Amparo en revisión 927/2016. Controladora Bunge, S.A. de C.V. y otras. 22 de marzo de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, Margarita Beatriz Luna Ramos y Eduardo Medina Mora I.; Margarita Beatriz Luna Ramos emitió su voto en contra de consideraciones. Ponente: José Fernando Franco González Salas; en su ausencia hizo suyo el asunto Alberto Pérez Dayán. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.

Tesis de jurisprudencia 50/2017 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del tres de mayo de dos mil diecisiete. Tesis 1a. XXI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, febrero de 2011, p. 622. Registro digital: 162738.

RENTA. EN EL PROCESO LEGISLATIVO QUE DIO LUGAR A LA REFORMA DEL ARTÍCULO 176, FRACCIÓN III, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, SE JUSTIFICÓ ADECUADAMENTE LA INTENCIÓN DE LIMITAR EL MONTO DE LOS DONATIVOS DEDUCIBLES, POR LO QUE NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN VIGENTE EN 2008).

El citado precepto legal establece que las personas físicas residentes en el país que obtengan ingresos de los señalados en el título IV de la Ley del Impuesto sobre la Renta pueden considerar diversas deducciones personales, como la que corresponde a los donativos no onerosos ni remunerativos, en los casos previstos en ese ordenamiento, y cumpliendo determinados requisitos, para lo cual el monto total de los donativos será deducible hasta por una cantidad que no exceda del 7% de los ingresos acumulables que

servan de base para calcular el impuesto sobre la renta a cargo del contribuyente en el ejercicio inmediato anterior. Ahora bien, debe valorarse que la deducción de donativos no se justifica en razones empresariales, es decir, no tiene que reconocerse como si se tratara de una erogación efectuada atendiendo a los fines de la negociación. En tal virtud, si se trata de una deducción simplemente otorgada o concedida -y cuyo reconocimiento no viene demandado constitucionalmente-, el nivel de exigencia que da el legislador para justificar dicha medida debe ser uno de simple racionalidad, pues se trata de una decisión legislativa que no debe atender a parámetros de capacidad contributiva, y en relación con la cual basta que no se configure arbitraria o discriminatoriamente, por lo cual no es necesario que el legislador fiscal precise con exactitud las razones por las que determinó que la deducción quedara hasta el 7% de los ingresos acumulables del ejercicio anterior, y no en un porcentaje diverso. Por tanto, la reforma al Artículo 176, fracción III, último párrafo, de Ley del Impuesto sobre la Renta, que establece el porcentaje que podrá deducirse de los donativos no onerosos ni remunerativos, es constitucional en la medida en que prevé una situación concreta que el legislador consideró debía ser regulada en un sentido diverso al que venía aplicándose. En el caso, sería la necesidad de establecer un límite a la deducción de los donativos no onerosos ni remunerativos con el fin de evitar la erosión de la base gravable y fortalecer las finanzas públicas, para que el Estado pueda apoyar a la población de escasos recursos o sectores vulnerables, tal como se advierte del proceso legislativo correspondiente, en donde el legislador federal tuvo la explícita intención de que el apoyo a dichos sectores vulnerables se diera directamente a través del gasto público, es decir, a través de un accionar directo por las instituciones competentes. Lo anterior demanda mayores recursos, objetivo que no sólo puede conseguirse con límites a deducciones no estructurales -como la que regula la disposición combatida-, sino que pone de manifiesto que se buscó que el Estado recuperara esas funciones que ya no demandan una suerte de sustitución de éste por los particulares para cumplir con dichas atribuciones, y mucho menos la compensación que ello supuestamente demandaría del sistema fiscal.

Amparo en revisión 642/2010. Miguel Antonio Fernández Iturriza. 20 de octubre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

Tesis 2a. XLV/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXII, julio de 2010, p. 324. Registro digital: 164248.

RENTA. EL ARTÍCULO 8o. DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, QUE CONTIENE EL CONCEPTO DE PREVISIÓN SOCIAL DIRIGIDO TAMBIÉN A LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS, RESPETA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 5 DE JUNIO DE 2009).

El precepto legal citado no considera previsión social a las erogaciones efectuadas a favor de personas que no tengan dicho carácter; sin embargo, esta última precisión sólo se traduce en el reconocimiento del derecho de los socios o miembros de dichas sociedades a gozar del beneficio referido, y no implica que se equiparen las relaciones entre trabajadores y patrones con la existente entre las sociedades cooperativas y sus socios. Ahora bien, en atención a que el objetivo de considerar a las sociedades cooperativas como personas obligadas a otorgar tal beneficio surgió por la necesidad de evitar la erosión de la base del impuesto sobre la renta, ya que fue notorio el incremento de sociedades cooperativas dedicadas a la prestación de servicios profesionales y al suministro de recursos humanos creadas para reducir cargas fiscales y de seguridad social, provocando la no retención del impuesto de que se trata, resulta indudable que el Artículo 8o. de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente a partir del 5 de junio de 2009, respeta el principio de equidad tributaria contenido en el Artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues da un trato distinto a sujetos diferentes, y además porque sólo destaca lo que debe entenderse por previsión social, entendida como la prestación que debe beneficiar a los trabajadores, socios o sus familiares; luego, cualquier erogación efectuada a favor de persona distinta no puede considerarse como tal, pues no se cumpliría con el objetivo de satisfacer contingencias o necesidades presentes o futuras en beneficio de los trabajadores, socios o miembros de las sociedades, logrando con ello su superación física, económica o cultural, para mejorar su calidad de vida y la de su familia.

Amparo en revisión 279/2010. Consultoría y Asesoría Metropolitana, Sociedad Cooperativa de Responsabilidad Limitada. 19 de mayo de 2010. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco.

IX. REFLEXIÓN/CONCLUSIÓN

Como se ha señalado con anterioridad, la OCDE no considera que la economía digital genere conflictos exclusivos a su funcionamiento, sin embargo, con la sola idea de que funciona como una economía separada debe tener problemas separados, pero también teniendo en cuenta que existen empresas que funcionan exclusivamente a través de la red, es imprescindible que se tomen medidas adecuadas, teniendo en cuenta la existencia de tales empresas.

En esa tesitura, la OCDE dejaría al descubierto un gran campo de acción, donde dichas compañías no cuentan con la misma estructura que una empresa tradicional, y que muchas veces puede ser incapaz de responder ante las normas planteadas por el proyecto.

Por lo anterior, que se agregara al proyecto, o como medida particular en México y que después sea adoptada como medida internacional, la idea de utilizar a los servidores como elementos determinantes del establecimiento permanente, que junto con una capacitación adecuada de un sector de la AFIP³⁹ especializado en sistemas, se pueda analizar y obtener toda la información necesaria de los servidores para poder determinar la tributación de las empresas en cuestión, evitando la dependencia de la información brindada por la propia compañía o por el país en que se encuentra radicada.

En ese sentido, este servidor que está a nombre de la empresa por ser dueño o huésped, podría utilizarse como elemento para determinar el establecimiento permanente, como si fuera una oficina, bajo una nueva legislación forzar a que todas las empresas digitales que quieran operar como en la Argentina, y que cuenten con servidores radicados en el país, y de esta manera permitir una competencia justa y poder gravar las operaciones que realicen dentro del país, ya que se cuenta con la información brindada por el servidor, desde la operación solicitada por el usuario, hasta la dirección IP del mismo.

Para que esto se pueda llevar a cabo se debería reformar nuevamente la definición de establecimiento permanente, para agregar a los servidores como razón para considerarlos tales, y que las empresas que operen a través de estos tributen en el país, como cualquier otra empresa que se encuentre radicada en México.

³⁹ Biblioteca electrónica, http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/REAG01004130_2017_09_19.

Y para garantizar que ello se pueda llevar a cabo con cualquier empresa digital, que se les obligue a establecer servidores locales por donde pasen todas las transacciones y toda la información necesaria para que la AFIP⁴⁰ pueda determinar el gravamen del impuesto.

⁴⁰ "Resolución General AFIP N° 4395/2019", Biblioteca electrónica, 3 de enero de 2019, http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/REAG01004395_2019_01_02.

X. FUENTES DE INFORMACIÓN

ALTAMIRA, R., *El Congreso de la Sociedad de las Naciones*, Madrid, Reus, S.A.

BETTINGER, B. H. y BETTINGER, G. C., 2015, *Estudio práctico sobre los convenios impositivos para evitar la doble imposición*, ISEF.

JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN, J., 2014, "El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio?", *El Derecho, diario de doctrina y jurisprudencia*.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS OCDE, 2016, *El marco inclusivo para la implementación de las medidas BEPS*.

PERDOMO, L., RAMÍREZ, R. M. y RODRÍGUEZ, H., 2014, *Ventajas y desventajas de la implementación del Plan de Acción sobre la Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (BEPS) en el territorio colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

RUSSELL, Bedford, 2020, "Paquete Económico 2020", *Boletín Fiscal* 8.

2. Legislativas

Código Fiscal de la Federación.

Ley del Impuesto sobre la Renta.

3. Sitios de Internet

<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/164248>.

<https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2016/04/BEPS-action-plan-argentina.html>.

http://www.geocities.ws/gunm_dream/aladialalc.html.

<https://www.grantthornton.global/en/press/press-releases-2016/BEPS-sept-16-release/>.

<https://www.oecd.org/ctp/BEPS-resumenes-informes-finales-2015.pdf>.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_091219.pdf.

<http://www.ambito.com/885734-argentinafirmo-acuerdo-multilateral-para-optimizar-el-esquema-tributario-internacional>.

<https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/pricing-knowledgenetwork/assets/pwc-tp-argentina-cbcr.pdf>.

<https://www.oecd.org/tax/BEPS/resumendesafios-fiscales-derivados-de-la-digitalizacion-informe-provisional-2018.pdf>.

<http://www.fundacionic.com/wp-content/uploads/2017/06/LIBROPLAN-DE-ACCION-BEPS.pdf>.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305262/norma.html>.

<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-BEPSactions-implementation-argentina.pdf>.

<https://home.kpmg.com/ar/es/home/media/press-releases/2017/06/la-argentina-firmoun-acuerdo-multilateral-internacional-para-reducir-la-evasion-fiscal.html>.

http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/REAG01004130_2017_09_19.

<https://www.oecd.org/tax/nota-informativa-marcoinclusivo-para-la-implementacion-https://www.oecd.org/ctp/BEPSresumenes-informes-finales-2015.pdf>.
EconomíaTIC.

<https://economyatic.com/economia-digital/>.

<https://www.youtube.com/watch?v=qs8dYOkpN2E>.

<http://www.masadelante.com/faqs/servidor>.

<https://www.gestiopolis.com/economia-digital-la-nuevaforma-negocios/>.

http://biblioteca.afip.gob.ar › dcp › REAG01004395_2.

http://codendigital.com/economia_digital_negocios_digitales.

La importancia de los estándares probatorios ante las “presunciones” empleadas como parte de la motivación de las resoluciones administrativas dentro de la legislación mexicana

Cristian Gerardo VELÁZQUEZ TESTAS¹

Sumario

I. Introducción. II. Hechos, pruebas y verdades. III. Momentos en la actividad probatoria. IV. Inferencias y presunciones. V. Particularidades de las presunciones en el sistema normativo. VI. Estándares de prueba y debido proceso. VII. Formulación de los estándares de prueba. VIII. Determinaciones administrativas presuntivas en la legislación mexicana y estándares de prueba. IX. Fuentes de información.

Resumen

La legislación mexicana contemporánea reconoce y acepta que existen diversos supuestos de hecho que, por su especial naturaleza, no pueden ser probados mediante pruebas directas; por tanto, las autoridades administrativas se encuentran facultadas para “presumir” determinadas situaciones como “ciertas”. Ante ello, las personas administradas tienen expedito su derecho a exhibir diversas pruebas para efecto de desvirtuar la presunción en la que se han ubicado. Sin embargo, tal escenario nos plantea un serio problema, en tanto que dentro de nuestra legislación

Abstract

Modern Mexican law recognizes and accepts that there are some fact scenarios which, because of their special nature, cannot be proven with direct evidence; thus, administrative authorities are able to “presume” some assumptions as true. In light of this, people have their right to exhibit a wide range of proves in order to refute authorities’ presumptions. Nevertheless, this poses a major problem, as long as there are not any standards of proof nor evaluative rules to give people legal certainty within procedures where assumptions have been

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Justicia Administrativa y Derechos Humanos por parte del Centro de Estudios Superiores en materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Oficial Jurisdiccional en la Décimo Segunda Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

no existen estándares de prueba ni reglas de valoración que le doten de seguridad jurídica a las personas dentro de los procedimientos en donde se ha empleado una presunción como parte de la motivación de la resolución administrativa. Por esto, resulta necesario elaborar un estudio respecto a los alcances y límites que deben regir cuando se analice la legalidad de las resoluciones de las autoridades administrativas que se encuentren motivadas con base en una presunción.

Palabras Clave

Debido proceso. Pruebas. Inferencias. Confirmación probatoria. Estándares de prueba.

used as a part of the administrative adjudication's motives.

Key Words

Due process. Proofs. Inference. Confirmation proving. Standards of proof.

I. INTRODUCCIÓN

Como bien lo aduce el autor Daniel González, todos los días nos encontramos frente a situaciones en las cuales debemos tomar decisiones con base en el conocimiento que tenemos respecto a una situación determinada, el cual, generalmente, se crea mediante inferencias que realizamos a partir de ciertos hechos que ya damos por conocidos o por seguros². Esto es, nuestras conjeturas se fundan en la percepción de la realidad que como personas hemos solidificado, en tanto que, por ejemplo, si las nubes del cielo están grises y hace mucho aire, podemos inferir empíricamente que en un momento determinado del día lloverá, aún sin tener conocimientos sobre meteorología.

Aterrizando lo anterior al campo del Derecho, las personas operadoras jurídicas que se encargan de interpretar y aplicar las normas, también se valen de los conocimientos que han adquirido a lo largo de su carrera y, a partir de ellos, pueden llegar a conclusiones tales como “*x ocurrió*”, aún y cuando no presenciaron

² González Lagier, Daniel, “Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos)”, en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, México, CEJI, 2018, p. 17.

que efectivamente “x” haya pasado. Sin embargo, las directrices procesales requieren que tal inferencia se encuentre basada en pruebas que nos permitan acercarnos en la mayor medida de lo posible a la verdad. Esto implica que, en el campo jurídico, las inferencias únicamente se pueden hacer con base en los hechos y las pruebas que tengamos a nuestra disposición, previa valoración correspondiente.

Luego entonces, tenemos que, en principio, valoramos ciertas pruebas y hechos y, a través de este proceso lógico, podemos inferir determinada situación, lo cual, en algunas ocasiones, nos permite presumir que efectivamente lloverá o que “x” ocurrió.

Como se advierte, el ejercicio inferencial se encuentra al libre arbitrio y discreción de las personas (máxime que este, como se puede colegir, es completamente subjetivo). No obstante, cuando se trata de decisiones que impactan en la esfera jurídica de las personas (como lo son las determinaciones administrativas), resulta necesario limitar la discrecionalidad en la apreciación y valoración de las pruebas, para el efecto de que la inferencia sea lo más apegada a una decisión racional.

Pues bien, hoy en día dentro de la legislación mexicana existen varios supuestos en los cuales las autoridades, como operadoras jurídicas, tienen expedita la facultad de presumir determinadas situaciones jurídicas. Por ejemplo, en materia fiscal, es bien conocida la presunción de inexistencia de operaciones supuestamente amparadas en comprobantes fiscales (Artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación); de igual manera, podemos hablar de la facultad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de la Unidad de Inteligencia Financiera para introducir en la Lista de Personas Bloqueadas a determinadas personas, cuando se tengan *indicios* suficientes de que se encuentran relacionadas con delitos de financiamiento al terrorismo (entre otros casos). Sin embargo, en tales supuestos, las normas solo facultan a las personas afectadas a ofrecer y exhibir las pruebas de descargo correspondientes, pero son completamente omisas en prever los estándares mínimos que deben tomarse en consideración al valorar dichas probanzas, así como las directrices que deben guiar a la persona decisora al momento de emitir la determinación dentro del procedimiento administrativo.

Este trabajo parte de la idea que tal omisión normativa atenta directamente en la seguridad jurídica de las personas administradas, en tanto que, inclusive, cuando el asunto llega ante un órgano de casación, la situación jurídica de la perso-

na afectada queda (otra vez) al arbitrio de la persona revisora. Por tanto, resultaría adecuado establecer los parámetros mínimos y máximos que se deberían tomar en consideración al momento de verificar la legalidad de las determinaciones basadas en presunciones.

Para sustentar lo anterior, el primer paso es abordar las cuestiones relativas a los hechos y a la prueba desde una perspectiva jurídica, esto es, cómo estas se desenvuelven dentro de un proceso que tenga como finalidad emitir una decisión. Posteriormente, pasaremos a realizar un estudio enfocado en la inferencia probatoria y las presunciones. Luego se hablará propiamente sobre los estándares de prueba y los criterios metodológicos que estos deben tener y, por último, se expondrá la necesidad de incorporar dichos estándares dentro de la normativa mexicana.

II. HECHOS, PRUEBAS Y VERDADES

Una primera aproximación a lo que llamamos “verdad” sería sostener que esta no es sino todo aquello que reputamos como cierto; lo cual, a su vez, conlleva a afirmar que la verdad existe en tanto que nosotros mismos pensamos que lo es. Esta aseveración, evidentemente, ha puesto sobre la mesa sendos debates respecto a qué tan válido es calificar algo como “verdadero” si tal adjetivo, en muchas ocasiones, proviene de una percepción subjetiva del individuo que lo afirma.

Al respecto, resulta ilustrativo tener en consideración que, dentro de la teoría filosófica, a partir de las aproximaciones a la verdad efectuadas por Kant, se ha llegado a concebir incluso la existencia de tres niveles de realidad: lo empíricamente ideal (la representación mental), lo trascendentalmente ideal (el fenómeno) y, por último, lo trascendentalmente real (la cosa en sí)³. Por su parte, en las ciencias sociales, acuñamos el llamado *efecto Rashomon* que, en general, nos plantea la incógnita relativa a si es posible el conocimiento verdadero de los hechos humanos⁴.

Evidentemente el *problema de la verdad* se ve incrementado cuando se ponen en duda cuestiones que, por su especial naturaleza, no tienen una forma a

³ P. Beade, Ileana, “La doctrina kantiana de los «dos mundos» y su relevancia para la interpretación epistémica de la distinción fenómeno/cosa en sí”, *Límite. Revista de Filosofía y Psicología*, Chile, vol. 8, núm. 27, 2013, p. 29.

⁴ Rivaya, Benjamín, *Un vandemécum judicial, cine para jueces*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 73.

manera de regla para comprobarse. Esto es, parecería acertado decir que lo que se reputa como verdad no se cuestiona (tanto) cuando entramos dentro de ambientes controlados por las ciencias exactas, como lo son aquellas cuestiones que pueden ser comprobadas mediante fórmulas matemáticas o experimentos físicos que siempre nos aproximan a una misma respuesta.

Empero, por el otro lado, tenemos hechos circunstanciales que no pueden ser sujetos a fórmulas numéricas o a experimentos y, a pesar de ello, nos vemos en la obligación de construir una verdad tanto para descubrirlos como para justificarlos. Esto, en la medida que habremos de concebir a la verdad como un valor regulativo que orienta nuestra postura hacia los sucesos, en tanto que resulta inaceptable cualquier sistema fundado en la falsedad⁵.

De ahí que, hablar de *verdad* invariablemente implica hablar de *hechos* y de *fenómenos* cuya existencia se debate; por lo que resulta necesario acudir a la recopilación de diversos medios de prueba que, en su conjunto, formen evidencia suficiente que permitan justificar la probable existencia de lo que se cuestiona. Por lo que podemos concluir que la verdad, *prima facie*, se obtiene a raíz de un ejercicio empírico y práctico, en tanto que las cosas, aún por lejos que se hallen situadas u ocultas, se pueden alcanzar y descubrir⁶ [por medio de pruebas idóneas].

Lo anterior se pone de relieve cuando estamos dentro de un proceso jurisdiccional, en la medida que los hechos no entran en el proceso en su materialidad empírica, por lo que, en realidad, ninguna de las partes que participan en este (ni siquiera la persona juzgadora) los puede percibir directamente⁷. Tanto así, que es comúnmente aceptado sostener la existencia de una verdad real y una verdad formal⁸.

En concordancia con lo precedente, podemos sostener que todo proceso gira alrededor de una *duda* y, sin la misma, dicho proceso carecería de todo sentido e incluso resultaría innecesario⁹. Sobre este punto, no pasa desapercibida la

⁵ Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión de los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 37.

⁶ Descartes, René, *Discurso del Método*, trad. de D. Manuel García Morente, Madrid, FGS, 2010, p. 48.

⁷ Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 16.

⁸ Orellana Wiarco, Alberto Octavio, *Teoría y práctica de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2015, p. 164.

⁹ Nieva Fenoll, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 21-22.

clasificación que existe entre *dudas de hechos* y *dudas de derecho*; sin embargo, resulta acertado sostener que ambas forman parte de un todo único, en tanto que la falta de prueba de un suceso (*duda de hecho*) entorpece la interpretación jurídica, así como los problemas de interpretación de una norma (*duda de derecho*) dificultan la prueba de un hecho¹⁰.

Así, entonces, el objetivo primordial de un proceso consiste propiamente en disipar esa *duda*, en la medida que la persona juzgadora pueda realizar una construcción verídica de todos los hechos relevantes de la causa, con base en una evaluación racional de las pruebas en su poder para llegar al conocimiento (verdad formal) de los hechos que se han presentado ante ella¹¹; aún y cuando esto pueda incidir en la verdad (real) de los mismos¹².

Aunado a lo anterior, parece sumamente ilustrativo hablar acerca de la dicotomía que Taruffo realiza a partir de la concepción de que dentro del procedimiento pueden darse *verdades narrativas* y *verdades de hechos*; las primeras, se encuentran supeditadas a una coherencia expositiva, mientras que las segundas están íntimamente relacionadas a cuestiones epistémicamente verdaderas. Esto, en tanto que existen narraciones buenas (coherentes) que, sin embargo, son falsas¹³.

Ello cobra relevancia, en tanto que la verdad que predomine dentro del proceso no puede relegarse a aquella que se haya creado con base en las narraciones de las partes atendiendo únicamente a la que resulta más coherente, toda vez que esto, sin duda, implicaría una reconstrucción errónea de los hechos que formaron el objeto del proceso y, consecuentemente, impediría que el asunto se resolviera con una decisión justa¹⁴, por lo que es necesario atender no a la coherencia narrativa, sino más bien, a la corroboración fáctica de determinado suceso; precisamente es en este escenario donde encontramos el fundamento y justificación de *la prueba* dentro del proceso, ya que esta sirve como el puente entre los hechos y la decisión de la persona juzgadora, a través de la correspondiente corroboración. En otras palabras, existe una vinculación lógica entre las pruebas y las creencias de quienes tienen encomendada la tarea de determinar si los hechos planteados

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 17.

¹² Orellana Wiarco, Alberto Octavio, *op. cit.*, p. 164.

¹³ *Ibidem*, pp. 21-23.

¹⁴ *Ibidem*, p. 39.

en un juicio ocurrieron de cierto modo¹⁵ y si estos pueden reputarse como verdad (aunque sea formal).

Sobre este punto, resulta conveniente mencionar que la palabra *prueba* también reviste una característica polisémica, en tanto que con ella las personas juristas solemos referirnos a varias cosas: a la actividad de probar algo; a los medios de prueba o datos probatorios que usamos para averiguar la verdad sobre los hechos del caso y; al resultado arrojado por los medios de prueba, es decir, a los hechos probados del caso¹⁶. Por lo tanto, para efectos de este trabajo, referiremos que “prueba” es un medio a través del cual se provee de certeza a la persona juzgadora acerca de los hechos, es decir, aquella que conduce a una convicción¹⁷.

III. MOMENTOS EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Como ha quedado evidenciado con anterioridad, la prueba dentro del proceso funge como un nexo que une los hechos alegados por las partes y la verdad (o al menos, lo que se reputará como verdad por la persona juzgadora). Sin embargo, aquello que denominamos “prueba” (como sinónimo de “objeto que crea convicción”) no es una creación espontánea del proceso o algo que ocurre de manera natural dentro de este, sino que es el resultado de una serie de pasos y formalismos que, una vez cumplidos, nos permitirán emitir una decisión que esté (en la mayor medida de lo posible) apegada a la verdad.

Para esto, Ferrer¹⁸ nos plantea tres momentos que se presentan en un orden temporal, a saber:

1. *La conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas*

La finalidad de este momento, según nos dice el autor, consiste propiamente en nutrir al proceso con la mayor cantidad de información relevante y fiable sobre los hechos del caso, en tanto que la decisión jurídica (justa) únicamente podrá ser formulada a partir de las pruebas aportadas y admitidas al proceso, sin poderse tomar en consideración ningún tipo de elementos ajenos a este.

¹⁵ Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba sin convicción, estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 174.

¹⁶ González Lagier, Daniel, “Prueba, hechos y verdad”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 3.

¹⁷ Orellana Wiarco, Alberto Octavio, *op. cit.* p. 164.

¹⁸ Beltrán Ferrer, Jordi, “Los momentos de la actividad probatoria en el proceso”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, pp. 49-65.

Ahora bien, para efecto de abordar este momento de la etapa probatoria, resulta necesario traer a colación tres figuras que juegan un papel sumamente relevante en su desarrollo: (a) la prueba de cargo; (b) la prueba de descargo y; (c) la carga de la prueba¹⁹. Asimismo, es oportuno mencionar que dichos conceptos no son independientes y ajenos unos de los otros, sino que, en su conjunto, plantean la dinámica probatoria que le corresponde a cada una de las partes dentro del proceso y, consecuentemente, definen el rol que estas habrán de tener dentro del mismo.

Por lo que respecta a la prueba de cargo, sólo pueden considerarse como tales aquellas encaminadas a acreditar *directa o indirectamente* los hechos relevantes en un proceso; siendo que, para determinar si una prueba de cargo es directa o indirecta hay que atender a la relación entre el objeto del medio probatorio y los hechos a probar en dicho proceso. En ese sentido, la prueba de cargo es directa cuando el medio de prueba versa sobre el hecho (ya sea en su conjunto o en algún aspecto de este) y/o sobre la forma en la que una persona ha intervenido en los hechos; mientras que, la prueba será indirecta si el medio probatorio se refiere a un hecho secundario a partir del cual pueda inferirse la existencia del hecho²⁰.

En oposición a lo anterior tenemos a las pruebas de descargo, que medularmente son todas las probanzas que fungen como contraindicios de los hechos que se pretenden acreditar dentro del proceso. Es decir, mientras que la finalidad de la prueba de cargo es acreditar una hipótesis, la prueba de descargo busca refutar a manera tal que exista una duda razonable sobre los hechos sustentados por la parte contraria; ello, en la medida que dichas pruebas cuestionan la fiabilidad de las pruebas de cargo.

Por último, se encuentra la obligación procesal que la doctrina ha denominado como carga de la prueba, la cual doctrinalmente puede entenderse en un sentido objetivo y uno subjetivo. El primero, responde a la pregunta, ¿quién pierde

¹⁹ Si bien estas figuras encuentran su seno y desarrollo preponderante en el ámbito penal, considero que, en principio, tal división no es exclusiva a esa rama, ya que precisamente el análisis y estudio de ambos tipos de probanzas nos permiten ubicarnos en un escenario donde existen medios de prueba tendientes a acreditar un hecho (prueba de cargo) y otros enfocadas a desvirtuarlo (prueba de descargo). Asimismo, con base en la división planteada, podemos advertir la dinámica probatoria dentro de un proceso, sea cual sea su naturaleza (ello, en la consideración que las partes deben ofrecer y exhibir las pruebas con las que pretendan acreditar sus pretensiones).

²⁰ Amparo Directo en Revisión 4380/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de marzo de 2014, p. 24.

si no hay prueba suficiente? Mientras que la carga de la prueba, en su dimensión subjetiva, responde a la pregunta sobre, ¿qué parte debe aportar la prueba al procedimiento?²¹.

No resulta ocioso mencionar que durante la conformación del acervo probatorio concurren también criterios relativos a la admisibilidad, licitud, relevancia y oportunidad de la prueba, entre otros, que deberán observarse al momento de admitir las probanzas ofrecidas por las partes (de igual manera, existen reglas específicas que deben atenderse cuando se trata de la carga de la prueba, así como modalidades de la misma); sin embargo, para efectos de este trabajo, se estima suficiente haber abordado, aunque fuese de manera sucinta, las tres figuras principales que encontramos dentro de este momento de la etapa probatoria.

2. La valoración de los elementos de juicio o pruebas

Un objeto es relevante para nosotros en tanto que goza de *valencia* (aquello que hace importante a la persona o a la cosa en la cual se proyecta²²). Cuando afirmamos que una cosa, *vale* estamos dotándole diversas características que la posicionan en un orden preferente de una jerarquía; generalmente, esta importancia asignada depende de la realidad en la cual se ubica dicho objeto, es decir, la valencia depende directamente de las circunstancias que rodean a la cosa o a la persona, por lo cual a veces algo podría *valer* más en unos escenarios y, en otros distintos, esa misma cosa podría *valer menos*.

Como quedó precisado anteriormente, el caudal probatorio en el proceso se integra con las pruebas ofertadas, exhibidas y desahogadas por las partes; esto conlleva a concluir que, durante la primera etapa de la actividad probatoria, son precisamente ellas quienes tienen, por una parte, una participación preponderante en el proceso y, por la otra, gozan de un papel de suma relevancia dentro de este, en tanto que sin su participación el acervo probatorio no podría conformarse (*prima facie*).

Pues bien, una vez que ha quedado cerrada la composición del conjunto de elementos aportados a efecto de sustentar una hipótesis, el foco se postra sobre la persona juzgadora, quien tiene ahora la tarea de proceder a la valoración de “los

²¹ Beltrán Ferrer, Jordi, “La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 114.

²² Alatorre Padilla, Roberto, *Lógica (Manual)*, 6ª. ed., México, Porrúa, 1964, p. 96.

elementos de juicio disponibles”²³; es decir, dicha persona debe dotarles de *valencia* a los medios de prueba que existen dentro del proceso para efecto de verificar si son idóneos (o no) para satisfacer la finalidad de la prueba (la cual, como se dijo anteriormente, es formar en la persona operadora jurídica una convicción sobre los hechos que se debaten en el proceso²⁴).

En efecto, este momento de la actividad probatoria gira en torno a la consideración de cuáles pruebas se constituyen como “fuertes” o bien, en calidad de “débiles”, lo cual se encuentra íntimamente ligado a *qué tanta* conexión se puede formar entre dichos medios de prueba, la hipótesis (los hechos a probar) y los argumentos de las partes²⁵.

Sobre este punto, la doctrina, dentro del Derecho probatorio, ha reconocido la existencia de tres sistemas preponderantes, que abordan cómo las personas operadoras jurídicas pueden apreciar o valorar las pruebas:

- I. Sistema de la prueba tasada (cuando la ley señala por anticipado cuál es el grado de eficacia que el órgano jurisdiccional debe atribuir a un determinado medio probatorio);
- II. Sistema de la prueba libre (cuando el órgano jurisdiccional puede apreciar las pruebas que conforman el acervo probatorio, de manera que pueda formarse su convicción libremente, haciendo la valoración según su sentir personal, racional, moral, o en conciencia, sin impedimentos de alguna especie y menos de un orden jurídico)²⁶;
- III. Sistema mixto (aquel en el cual se determina qué pruebas gozarán de un determinado valor y cuáles otras pueden ser apreciadas o valoradas libremente)²⁷.

Es oportuno mencionar que tanto el sistema de prueba legalmente tasada como el sistema de libre apreciación de la prueba generaron, en su momento, diversas dificultades; en tanto que, por una parte, el sistema tasado tiene aparejadas reglas de valoración extremadamente rígidas, lo cual impide que las pruebas

²³ Beltrán Ferrer, Jordi, “Los momentos de la actividad probatoria en el proceso”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de Razonamiento Probatorio*, op. cit. p. 60.

²⁴ Giraldo Montoya, Consuelo et al., *Derecho Probatorio*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, p. 18.

²⁵ Orellana Wiarco, Alberto Octavio, op. cit. p. 171.

²⁶ Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Oxford, 2001, p. 312.

²⁷ Orellana Wiarco, Alberto Octavio, op. cit. p. 171.

desarrollen su función en un contexto de valoración libre y racional²⁸ y, por la otra, el sistema de libre valoración llegó al extremo de considerar que la jueza o el juez eran libres de toda regla, incluidas las de la lógica o las leyes científicas²⁹.

Ante tal situación, se ha propuesto hablar de un modelo que si bien tiene sus bases y cimientos en el sistema de libre valoración, la labor valorativa de la persona juzgadora debe supeditarse a criterios de racionalidad epistemológica³⁰ o principios de “sana crítica”, la cual lleva consigo que exista una valoración de acuerdo a las reglas de la lógica jurídica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, para constatar que tales pruebas acreditan los hechos fácticos del asunto a decidir³¹.

3. *La adopción de la decisión sobre los hechos probados*

El último momento dentro de la actividad probatoria precisamente es aquél donde la persona juzgadora, una vez que evaluó las pruebas integradas en el proceso, debe adoptar una postura respecto a los hechos que las partes sostienen. Es decir, la labor de la persona operadora jurídica ahora consistirá en pronunciarse sobre si hay un grado de corroboración suficiente para considerar que la hipótesis planteada se encuentra probada (o no)³².

Ubicados en este punto, resulta oportuno abordar una cuestión que si bien se ubica dentro del primer momento de la actividad probatoria del proceso (la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas), lo cierto es que esta situación ocurre, la mayoría de las veces, una vez que se ha culminado con la valoración de las pruebas; me refiero al escenario donde la jueza o juez advierte que las pruebas aportadas en el proceso no son suficientes para adoptar una decisión.

Con base en lo expuesto anteriormente, parecería que la actividad probatoria se encuentra reservada a las partes, en tanto que, como se adujo, son estas las

²⁸ Vázquez, Carmen y Fernández López, Mercedes, “La valoración de la prueba I: La valoración individual de la prueba”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 333.

²⁹ González Lagier, Daniel, “Prueba, hechos y verdad”, en Beltrán Ferrer Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 382.

³⁰ *Ibidem*, p. 383.

³¹ Orellana Wiarco, Alberto Octavio, op. cit., p. 174.

³² Beltrán Ferrer, Jordi, “Los momentos de la actividad probatoria en el proceso”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 65.

que, en principio, se encuentran obligadas a suministrarle a la persona juzgadora los elementos o medios suficientes para acreditar los extremos de sus pretensiones (corroborar la veracidad de los hechos que sostienen como verdaderos). Sin embargo, lo cierto es que dentro del proceso rigen una serie de *poderes probatorios* que se distribuyen entre las partes y las personas operadoras jurídicas, cuya finalidad es cumplir con el objetivo de la averiguación de la verdad³³.

Por lo tanto, ante la insuficiencia probatoria, la persona juzgadora tiene expedita la facultad de allegarse de pruebas para mejor proveer.

Esta cuestión, como nos lo dice Ferrer, no admite una respuesta binaria y simple, ya que en algunos ordenamientos del Derecho comparado se limita la facultad de la jueza o juez al grado de prohibir que se ordenen de oficio determinadas pruebas (como lo serían las pruebas testificales en el proceso civil alemán)³⁴, mientras que en otras disposiciones procesales se les atribuyen facultades para valerse de cualquier medio de prueba que tenga relación inmediata con los hechos controvertidos³⁵.

Pues bien, ya sea con base en las pruebas aportadas por las partes o por aquellas que fueron recabadas de manera oficiosa por la persona operadora jurídica, para este momento dentro del proceso ya existen elementos que permiten tomar una decisión con un determinado grado de confirmación lógica respecto a las hipótesis sobre las cuales se ha ido desarrollando dicho proceso.

IV. INFERENCIAS Y PRESUNCIONES

Como quedó apuntado en párrafos precedentes, dentro del proceso buscamos una verdad, pero no una verdad absoluta, sino más bien una verdad de la cual podemos hablar sensatamente³⁶. Esta premisa nos permitió concluir que, dentro del

³³ Beltrán Ferrer, Jordi, "La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas"; en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.*, p. 94.

³⁴ *Ibidem*, p. 112.

³⁵ Es el caso de México, en donde el Código Federal de Procedimientos Civiles actual le faculta a la persona juzgadora de valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio (Artículo 598); o bien, en materia administrativa, en términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, cuando se juzgue necesario, se solicitarán los informes u opiniones necesarios para resolver el asunto, motivando, en su caso, la conveniencia de solicitarlos (Artículo 54). Ello implica que no existe una restricción respecto a qué pruebas pueden ordenarse de oficio, ya que la única limitante es que las mismas se encuentren íntimamente relacionadas con los hechos controvertidos y que sean necesarias para resolver.

³⁶ Taruffo, Michele, *op. cit.*, pp. 42-43.

proceso, la persona juzgadora se allega de diversos elementos que le permiten valorar no sólo la superficie de los datos, sino también para reflexionar adecuadamente sobre lo que va a decidir y, con ello, lograr realizar las inferencias necesarias para tomar su decisión³⁷.

La decisión se materializa a través de los argumentos vertidos por la persona juzgadora al momento de emitir el fallo correspondiente; para ello, resulta necesario que esta dé cuenta, tanto de los motivos que la han llevado a tomar dicha decisión (explicar), como de las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable (justificar)³⁸. Lo anterior cobra relevancia, en tanto que precisamente la inferencia tiene lugar cuando se pasa de un enunciado (hipótesis) a otro (conclusión)³⁹.

Esto es, la inferencia llega a fungir como un presupuesto necesario para que exista un argumento y, consecuentemente, sin esta no se puede llegar a tomar una decisión. Por tanto, resulta evidente que la inferencia dentro del proceso, se crea y se nutre con base en las pruebas que integran el caudal probatorio y su correspondiente valoración, puesto que, sin ellas sería prácticamente imposible explicar o justificar la relación entre los enunciados y la conclusión. Tan así, que entre los diversos tipos de inferencias, encontramos a las probatorias “normativas”, cuya representación lógica es: “Si p, entonces debe darse por probado q”⁴⁰; y a las probatorias “interpretativas”, en las cuales la función de enlace entre las pruebas y la hipótesis la realiza una definición, teoría o regla conceptual y, en última instancia, establece que los hechos del tipo de los descritos en las premisas de la inferencia cuentan como una cierta categoría de hechos⁴¹. Es decir, las pruebas dotan de razones a los hechos y la falta de las mismas trae como consecuencia una inferencia sumamente endeble que quizás sólo se daría bajo el contexto de una *íntima convicción* de la persona juzgadora y no como resultado de un proceso lógico.

Ante tal escenario, se vuelve imprescindible someter las inferencias a criterios de corrección, como lo es, en primer lugar, el cuestionar si las premisas

³⁷ Nieva Fenoll, Jordi, *op. cit.*, p. 54.

³⁸ Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 114

³⁹ *Ibidem*, p. 171.

⁴⁰ González Lagier, Daniel, “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *op. cit.*, p. 373.

⁴¹ *Ibidem*, p. 374.

son correctas y, posteriormente, el preguntarnos si la conclusión efectivamente deriva de las premisas de acuerdo con las reglas aceptadas de la inferencia (de deducción o inducción⁴²); ello, en la medida que una decisión sólo está justificada cuando convergen los dos criterios a que se ha hecho alusión⁴³. De otra manera, estamos frente a un argumento falaz.

Ahondando en el tema, resulta trascendente tener en consideración que las reglas de inferencia lógica nos dicen cómo debe ser un argumento para que tenga una justificación interna completa, en el sentido de que, si un razonamiento asume determinada forma, entonces cabe decir que es lógica y formalmente correcto⁴⁴. Por ejemplo, en el caso de los argumentos deductivos, las reglas operan respecto a la forma o estructura de los mismos, esto es: si las premisas se aceptan como verdaderas, hay que aceptar necesariamente la conclusión; ello, en tanto que todos los argumentos empleados son lógicamente correctos (y, por tanto, deductivos)⁴⁵. En la lógica formal, esto es denominado como *modus ponens* y, en suma, nos ofrece la garantía de que el paso de unos enunciados a otros es válido⁴⁶.

Paralelo a la deducción, tenemos, a la inducción y a la abducción; en la primera, extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas⁴⁷, mientras que la segunda implica que razonemos tratando de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla que suponemos correcta⁴⁸ (Atienza nos brinda una representación del modelo tal que: "El sorprendente hecho C es observado. Pero si A fuera verdadera, C sería corriente. De aquí resulta que hay razones para suponer que A es verdadera" ⁴⁹).

⁴² Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 174.

⁴³ González Lagier, Daniel, "Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *op. cit.*, p. 361.

⁴⁴ Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁵ González Lagier, Daniel, "Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *op. cit.*, p. 367.

⁴⁶ Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁷ González Lagier, Daniel, "Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *op. cit.*, p. 365.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 366.

⁴⁹ Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 212.

Dichos argumentos (los que son no deductivos) también se encuentran sujetos a respetar determinadas reglas de inferencia, por ejemplo, en una inducción ampliativa, no se debe extraer una conclusión a partir de una muestra demasiado pequeña de casos, los cuales deben ser representativos⁵⁰.

Ahora, resulta acertado concluir que, aún y cuando las inferencias se efectúen con base en reglas de la lógica formal, esto únicamente nos asegura que el argumento y la conclusión son lógicamente válidos; empero, tal conclusión pasa desapercibido que la decisión dentro de un proceso no debe ceñirse únicamente a que esta haya sido tomada bajo los estándares de la lógica, sino que la misma cumpla con un criterio de probabilidad lógica suficiente para sostener que determinada hipótesis efectivamente acaeció. De ahí que, las reglas de la inferencia sólo nos permiten evaluar, en abstracto, los argumentos que pretenden justificar la conclusión y verificar que estos sean lógicamente correctos, mas no nos aseguran que la decisión fue tomada bajo la directriz de una probabilidad prevalente, ya que, para ello, nos tenemos que remitir a criterios que tienen que ver con la función epistémica de la prueba⁵¹ y su racionalidad.

Por tanto, debe concluirse que la lógica que debe permear dentro del proceso encuentra su núcleo esencial en el *grado de confirmación que un enunciado recibe de las inferencias fundadas en las premisas que lo justifican*⁵². Entonces, la decisión que se toma descansa en una inferencia que permite pronunciarse sobre qué tanta probabilidad hay que determinados hechos ocurrieron de la manera en que fueron alegados por las partes. En consecuencia, se puede hablar de una *verdad probable*, viendo a la probabilidad como una confirmación lógica, en la cual precisamente dicha probabilidad corresponde al *grado de verificación que las pruebas disponibles* atribuyen a los enunciados relativos a los hechos de la causa. De ahí que, en términos procesales, no podría existir una distinción conceptual entre verdad y probabilidad, en tanto que se considera como verdadero el enunciado de hecho que alcanza un grado adecuado de confirmación lógica⁵³.

⁵⁰ González Lagier, Daniel, "Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *op. cit.*, p. 365.

⁵¹ *Cfr.* Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 86.

⁵² *Ibidem*, p. 57.

⁵³ Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 44.

Luego entonces, el proceso se sujeta a una regla de prevalencia⁵⁴ que permite elegir como verdadero el enunciado de hecho que, vistas las pruebas ofertadas, exhibidas, desahogadas y debidamente administradas, se reputa como verdadero en tanto que tiene un grado de confirmación relativamente mayor; es decir, las pruebas deben permitir arribar a una conclusión “más allá de cualquier duda razonable”; ya que la duda razonable, por sí misma, le resta la fiabilidad a las pruebas de cargo ofertadas y disminuyen el grado de corroboración de la hipótesis alegada.

Ahora, como se dijo al abordar el tema de la prueba de cargo, dentro del proceso pueden existir situaciones donde las pruebas disponibles y sujetas a valoración convergen hacia el mismo resultado, o sea, cuando estas por sí solas dan confirmación a un enunciado⁵⁵; en estos casos, estamos frente a la existencia de *pruebas directas* del enunciado en cuestión, en tanto que la prueba le atribuye a la hipótesis el grado de confirmación lógico necesario para reputarse como verdad en términos procesales. Sin embargo, existen otros tantos casos donde las pruebas no versan directamente sobre el hecho que ha de ser probado (la hipótesis), sino sobre uno diferente; aquí, es posible efectuar una inferencia tendiente a generar una conexión lógica entre la prueba existente (dato indiciante) y el hecho a probar (hecho indiciable⁵⁶).

La *prueba indiciaria*, entonces, constituye una vía de demostración indirecta en donde la persona juzgadora parte de la base de que no hay prueba directa de un hecho que precisa ser acreditado, pero sí lo hay de otros hechos que, entrelazados a través de un razonamiento inferencial, llevan a su demostración. De esta manera, la operatividad de la prueba consiste en que el método de la hipótesis llega a ser acreditada como producto de la interrelación de la suma de varios indicios⁵⁷.

Sobre el tema, Atienza nos señala que los indicios pueden ser clasificados de la siguiente manera: a) indicios equiprobables; b) indicios orientados (o de probabilidad prevalente); c) indicios cualificados (o de alta probabilidad); e, d) indicios

⁵⁴ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁶ Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 323.

⁵⁷ Tesis I.1o.P. J/19, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 2982.

necesarios⁵⁸. Asimismo, ilustra que la jurisprudencia española exige determinados requisitos para garantizar el legítimo uso de las pruebas indiciarias: i) que exista pluralidad de indicios; ii) que los indicios (en su individualidad) estén acreditados mediante prueba directa; iii) el respeto de las reglas de la lógica, la ciencia y de la experiencia al efectuar el enlace entre el indicio y la hipótesis a probar; y, iii) que los indicios han de relacionarse con la hipótesis y estar interrelacionados entre sí⁵⁹.

Todo lo anterior cobra relevancia, en tanto que válidamente permite realizar las siguientes conclusiones:

Primera. Cuando dentro del proceso existen pruebas directas y, por tanto, el grado de confirmación probabilística de una hipótesis es muy alto, podemos decidir que “x está probado” o “está probado que x”.

Segunda. Cuando, por el contrario, no existen pruebas directas y, consecuentemente, el grado de confirmación lógica de nuestra inferencia se construye a través de indicios, la decisión invariablemente tendrá que ser “x se presume” o “debe presumirse que x”⁶⁰.

Por lo que hace al punto dos, es de señalarse que la concepción tradicional define a las *presunciones* como las *consecuencias* que el legislador (presunción legal) o el juez (presunción judicial) extraen de un hecho conocido para determinar la existencia de un hecho desconocido⁶¹. En efecto, dentro del proceso las presunciones (entendidas como decisiones), surgen cuando del acervo probatorio no se derivan pruebas que confirmen directamente la existencia de un suceso determinado; es decir, la conclusión que se alcanza forzosamente parte de una inferencia construida a través de la ilación de diversos medios de prueba (indicios) para efecto de sustentar la hipótesis de que se trate.

Cuando la presunción se emplea como parte de un razonamiento teórico (como lo es la justificación de la decisión en el proceso), esta hace las veces de una “máxima de experiencia”⁶², es decir, de aquellos valores de conocimiento general, procedentes de la experiencia, independientes de los casos particula-

⁵⁸ Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 323.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 324-326.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 306.

⁶¹ Gama Leyva, Raymundo, *Las presunciones en el Derecho, entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 17.

⁶² Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 306.

res pero basados en la observación de estos, que se pretenden aplicar a otros casos nuevos⁶³. Por ejemplo, si tomamos como premisa que un barco en el que el hijo de alguien se hundió hace tres meses y que desde entonces no se tienen noticias del paradero del sujeto, una máxima de experiencia permite concluir que, si se produce el hundimiento de un barco y no se tiene noticia del paradero de un pasajero durante un tiempo razonable, *es presumible* la muerte de ese pasajero⁶⁴.

Aquí, es importante retomar lo que nos dice Orellana, respecto a que la máxima de experiencia no puede confundirse con la experiencia personal de la persona juzgadora; esto es, la máxima, empleada como justificación de un hecho o fenómeno, siempre requiere partir de conocimientos generales, notorios y de sentido común. De ahí que, estas puedan someterse a determinadas exigencias, tales como: 1. Ser comúnmente aceptadas; 2. Que no hayan sido falseadas por conocimientos científicos; 3. Que no entren en contradicción con otras máximas igualmente aceptadas; y 4. Que deriven de criterios de racionalidad. En suma, cuando se emplean para generar una inferencia, las máximas de la experiencia constituyen la garantía de una hipótesis a una conclusión y otorgarán mayor o menor fuerza a la inferencia en función del grado de corroboración que tengan; aquí, generalmente se incluyen los conocimientos técnicos, leyes científicas o simples generalizaciones del sentido común⁶⁵.

Evidentemente, en los casos donde la decisión (inferencia) de la persona juzgadora se erige como una presunción, se vuelve sumamente relevante enfocarse al estudio de la confirmación lógica de los argumentos empleados; aquí, por ejemplo, podemos hablar de la evaluación de la probabilidad de éxito de la decisión, así como de los atajos heurísticos que fungen como principios que asisten a la toma de la misma⁶⁶. Sobre este punto, Nieva reconoce tres *heurísticos*: el de la "representatividad", el de la "accesibilidad" y el del "anclaje y ajuste". El primero implica que las personas toman decisiones en función de aquello que consideran como más frecuentemente exitoso; el segundo conlleva a que se toman decisiones según las situaciones análogas que recuerda mejor. Por último, el tercer

⁶³ Orellana Wiarco, Alberto Octavio, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁴ Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 307.

⁶⁵ Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁶ Nieva Fenoll, Jordi, *op. cit.*, p. 54.

heurístico se refiere más que nada a la manera en cómo las personas anclamos y ajustamos los datos de la realidad para seguir defendiendo una decisión (aunque no sea correcta)⁶⁷.

De ahí que, tanto la justificación como la motivación de la decisión resultan sumamente importantes, en tanto que sólo través de ellas la persona juzgadora explícita (argumenta) las razones con las cuales sustenta la inferencia lógica que le ha hecho decidir que debe presumirse la existencia de determinada hipótesis, aún ante la falta de pruebas directas y con base en las máximas de su experiencia. Por tanto, resulta claro que en los casos donde se presume que una hipótesis se encuentra debidamente probada a raíz de indicios, se vuelve aún más trascendental la implementación de mecanismos que permitan evaluar la racionalidad de la decisión.

Esto es, la motivación de la decisión probatoria invariablemente debe explicitar y justificar la valoración realizada de las distintas hipótesis fácticas en conflicto (no sólo la que se estima probada). De igual manera, se debe justificar el grado de corroboración alcanzado por otras hipótesis rivales o si estas han sido refutadas por el material probatorio disponible; es decir, se debe mostrar que no hay ninguna otra hipótesis alternativa que pueda dar cuenta de lo ocurrido⁶⁸. Asimismo, los criterios de racionalidad epistemológica que debe cumplir la inferencia se vuelven aún más necesarios⁶⁹ y, hasta cierto punto, podríamos decir que deben robustecerse para efecto de evaluar qué tan lógicamente probable es el grado de confirmación que puede dársele a la decisión.

Visto lo anterior, nos situamos en la necesidad de disponer de reglas que determinen el grado de corroboración suficiente que debe tener una hipótesis fáctica para poder considerarla probada, que es precisamente la función de los estándares de prueba⁷⁰ de los que se hablará a detalle más adelante.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Beltrán Ferrer, Jordi, "La motivación sobre los hechos", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 471.

⁶⁹ Cfr. González Lagier, Daniel, "Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), op. cit., pp. 383-394.

⁷⁰ Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 401.

V. PARTICULARIDADES DE LAS PRESUNCIONES EN EL SISTEMA NORMATIVO

Desafortunadamente, no existe un consenso para determinar o conceptualizar inequívocamente lo que debemos entender por *presunción*; sin embargo, considero que para comprender qué es una “presunción” (y cómo esta se inserta en el sistema normativo) es más fácil determinar *qué no lo es*, a través de la identificación de sus características; como se sostuvo, la presunción es una inferencia que se basa en un enlace entre el hecho conocido y un hecho desconocido vinculados a través de una máxima de experiencia⁷¹ y que puede estar predispuesta por la ley o por el propio razonamiento de la persona decisora. De ahí, que la característica principal (y la que más nos interesa) de la presunción es, sin duda, la ausencia de pruebas directas que hacen necesario crear un vínculo cognitivo recurriendo a generalizaciones empíricas.

Una consecuencia directa de la ambigüedad o desacuerdo a que se ha hecho mención, es que también existen diversas clasificaciones empleadas para abordar el estudio de las presunciones. No obstante, la doctrina parece unánime al considerar que estas se pueden agrupar en tres diferentes grupos: presunciones absolutas o *iures et de iure*, presunciones relativas o *iuris tantum* y presunciones simples (o judiciales); siendo que, a su vez, las presunciones *iuris tantum* se subdividen en presunciones con hecho base (presunciones *sensu stricto*) y sin hecho base (verdades internas)⁷².

Son presunciones absolutas aquellas que se consideran como *inderrotables*, en tanto que no admiten prueba en contrario y constituyen normas, prescripciones o mandatos legislativos de carácter sustantivo o material, cuya función consiste en la aplicación del Derecho objetivo en tanto que, precisamente, es el legislador quien emplea la expresión “se presume” al formularla⁷³. Particularmente, este tipo de presunciones se construyen con base en el siguiente modelo: 1) la presunción tiene un fundamento epistémico, en tanto que la relación entre el hecho base y el presumido implicados en la inferencia está basada en una generalización empírica, de modo que *tenemos buenas razones* para pensar que se dará A cuando se dé B;

⁷¹ Gama Leyva, Raymundo, *op. cit.*, p. 59.

⁷² Beltrán Ferrer, Jordi, “La decisión probatoria”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.*, p. 413.

⁷³ Gama Leyva, Raymundo, *op. cit.*, p. 68.

y 2) tenemos también buenas razones prácticas para prohibir seguir indagando si B ha dado lugar a A, de modo que excluimos la posibilidad de probar en contrario⁷⁴.

En otras palabras, el legislador establece un supuesto para la producción de efectos jurídicos, indicando que al acreditar el primero de ellos (el hecho base) se considera que se producen los efectos jurídicos del segundo (hecho presumido)⁷⁵ y existen razones suficientes para exceptuar cualquier tipo de prueba que desvirtúen la presunción a la que se ha llegado.

Tomando en consideración que las presunciones relativas se insertan en el sistema jurídico bajo el enunciado “salvo prueba en contrario”, es evidente que estas se encuentran íntimamente vinculadas con cuestiones relativas a la carga de la prueba⁷⁶; es decir, lo particular de estas presunciones es que el resultado normativo no es infalible, en tanto que este se puede ver truncado si la parte contraria acredita que el hecho presumido es falso⁷⁷. Sobre este punto, Ferrer menciona que podemos encontrar presunciones *sensu stricto*, que son aquellas que combinan dos operaciones: por un lado, modifican el *tema probandum*, cambiando un hecho de más difícil prueba –que una persona desaparecida ha muerto– por otro más fácil de probar –que la persona lleva más de seis años desaparecida–. De ahí que, si el hecho base llega a probarse o se considera que no necesita prueba por ser un hecho notorio, la presunción asigna la carga de la prueba (de que el hecho probado no ha sucedido) a la parte contraria⁷⁸. Asimismo, habla sobre presunciones *sin hecho base* o *verdades interinas*, que son reglas que, ante la falta de un hecho base, imponen la aceptación de un enunciado que afirma la ocurrencia de un hecho como si fuera verdadero, salvo que se pruebe su falsedad⁷⁹.

De igual manera, es importante enfatizar que este tipo de presunción se caracteriza con la dispensa a una de las partes de la carga de probar un hecho (el hecho presumido)⁸⁰ y, consecuentemente, este puede generar efectos jurídicos, como si

⁷⁴ Beltrán Ferrer, Jordi, “La decisión probatoria”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.* p. 421.

⁷⁵ Gama Leyva, Raymundo, *op. cit.*, p. 96.

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Atienza Rodríguez, Manuel, *op. cit.*, p. 114

⁷⁸ Beltrán Ferrer, Jordi, “La decisión probatoria”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.*, p. 417.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 418.

⁸⁰ Gama Leyva, Raymundo, *op. cit.*, p. 78.

efectivamente hubiera ocurrido, hasta en tanto no sea desvirtuado por la otra parte (a través de una prueba negativa con la cual se niega el hecho presunto⁸¹).

Por último, tenemos a las presunciones *hominis* o judiciales, que son precisamente las inferencias realizadas por la persona juzgadora para pasar de un hecho conocido (probado) a un hecho desconocido; son inferencias en primera persona a través de las cuales se incorpora al razonamiento la premisa de que un hecho sucedió sobre la base de una inferencia propia⁸² (como puede verse, a lo largo de este trabajo hemos desarrollado este tipo de presunción). En particular, esta es la presunción que pone sobre la mesa el dar cuenta del razonamiento probatorio empleado para justificar el razonamiento presuntivo⁸³.

VI. ESTÁNDARES DE PRUEBA Y DEBIDO PROCESO

En el apartado previo, hemos abordado y desarrollado la manera en que surge la decisión dentro del proceso, al evidenciar que la verdad en este no es sino el resultado de una actividad cognitiva derivada de una serie de inferencias efectuadas por una persona que tiene a su cargo el determinar qué derecho debe aplicarse a determinados sucesos, o en pronunciarse sobre si ciertos hechos se encuentran o no acreditados.

Estas conclusiones, como se ha desarrollado, se coligen (casi) siempre a través de inferencias que se construyen a raíz de las pruebas que forman parte del caudal probatorio y que son valoradas por parte de la persona operadora jurídica. Algunas ocasiones las pruebas nos otorgan un mayor grado de certeza de un hecho (pruebas directas) y otras tantas nos enfrentamos a lagunas probatorias, que no permiten concluir directamente la existencia de un suceso, pero que en su conjunto nos permiten fijar una postura sobre la hipótesis planteada (pruebas indirectas).

Así, tomando en consideración que la fijación de la realidad en un proceso deriva de los enlaces mentales efectuados por el juez o la jueza, se necesita dotar a los modelos de valoración con esquemas racionales, para determinar no solo la probabilidad de una hipótesis, sino también su aceptabilidad; es decir, resulta imperioso fijar criterios, aunque sean mínimos, que indiquen cuándo está justificado

⁸¹ *Ibidem*, p. 81.

⁸² Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.*, p. 423.

⁸³ Gama Leyva, Raymundo, *op. cit.*, p. 120.

aceptar como verdadera una hipótesis o cuándo se alcanza el grado de probabilidad exigido para tener por cierto determinado hecho⁸⁴.

Lo anterior, en el entendido que la valoración de las pruebas únicamente subdetermina la decisión probatoria, en tanto que dicha valoración nunca bastará para tomar una decisión sobre los hechos, porque para ello necesitamos disponer de criterios que determinen si el grado de corroboración alcanzado en la etapa valorativa es o no suficiente para considerar probadas todas o algunas de las hipótesis planteadas⁸⁵. En otras palabras, hasta el momento hemos hablado sobre cómo es que, a través de la valoración de la prueba, podemos llegar a concluir si “x está probado” o si “x debe presumirse”; así como los criterios lógicos que deben regir alrededor de tal conclusión, pero aún no hemos hablado sobre qué directrices deben tomarse en consideración para evaluar la racionalidad de la decisión adoptada.

Sobre este punto, es conveniente reiterar que si bien, en principio, sólo a través de una valoración conjunta de los medios de prueba se puede efectuar un razonamiento, argumento o inferencia correcto (en tanto que sólo a partir de dicha valoración se estará en posibilidad de determinar la “solidez” o corrección de esta inferencia⁸⁶), lo cierto es que para la toma de la decisión no basta ya con la valoración de la prueba, en tanto que dos personas que otorgan la misma fiabilidad a las probanzas presentadas y que atribuyen el mismo grado de corroboración a una hipótesis fáctica, pueden aún discrepar racionalmente acerca de si ese grado de corroboración es suficiente o no para considerar la hipótesis como probada⁸⁷.

Ante este escenario es que se vuelve necesario hablar sobre los estándares de prueba, los cuales se insertan en el proceso de valoración racional y nos establecen cuál es el nivel probatorio adecuado para decidir sobre los hechos cuestionados dentro del proceso; siendo que, la falta de dichos estándares conlleva a la imposibilidad de determinar justificadamente que una hipótesis ha sido probada, puesto que desconocemos cuándo las pruebas aportan corroboración suficiente

⁸⁴ Gascón Abellán, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, op. cit., p. 69.

⁸⁵ Ferrer Beltrán, Jordi, op. cit., p. 22.

⁸⁶ González Lagier, Daniel, “Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 355.

⁸⁷ Beltrán Ferrer, Jordi, “Los momentos de la actividad probatoria en el proceso”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 60.

para justificar esa conclusión⁸⁸. En otras palabras, el estándar de prueba fija un criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria⁸⁹. Según lo sostiene Ferrer:

... con la ausencia de estándares de prueba predeterminado, no sólo quedan afectadas la predecibilidad de las decisiones judiciales y la seguridad jurídica, sino que decae el Estado de Derecho mismo, puesto que ninguna norma jurídica sustantiva ni ninguna atribución de la carga de persuasión en relación a ella tendría ya el más mínimo sentido si el estándar que determina la suficiencia de la prueba estuviera completamente bajo la discreción del juzgador⁹⁰.

Asimismo, los estándares de prueba resultan importantes en la medida que impiden que, dentro del sistema jurídico, preponderen situaciones donde sea suficiente la existencia de indicios mínimos para tener por probada determinada hipótesis. Es decir, con ellos podemos subir el grado de exigencia probatoria requerida para inferir la existencia de ciertos hechos que se usen como motivación en resoluciones que afecten la esfera jurídica de las personas. Por ejemplo, en materia fiscal, la existencia de un estándar probatorio implicaría que no es suficiente que una operación esté registrada en la contabilidad de una persona contribuyente para efecto de considerar que por ella se tiene que pagar una contribución, sino que es necesario que la autoridad, previo a su determinación, corrobore que esa operación efectivamente se materializó o representó un flujo económico por el cual debe pagarse la contribución correspondiente.

Sin embargo, el establecimiento de los estándares de prueba tiene aparejado problemas tanto metodológicos como materiales, ya que algunas ocasiones, para efecto de determinar el grado de probabilidad que se requiere para poder dar por probado un hecho, no sólo depende de consideraciones epistemológicas, sino también de cuestiones de *policy*, en tanto que el estándar establece una determinada *distribución del error*, la cual supone una elección (política-valorativa) sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles⁹¹.

⁸⁸ Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 24.

⁸⁹ Gascón Abellán, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁰ Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 28.

⁹¹ Gascón Abellán, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en

Por lo que respecta a estos *errores*, cabe señalar que, como habíamos concluido anteriormente, la decisión dentro del proceso se toma con base en una directriz de *probabilidad prevalente*, la cual incluye dos reglas: la del “más probable que no” y la de la “prevalencia relativa de la probabilidad”⁹². La primera parte del hecho que una hipótesis puede ser verdadera o falsa y es la persona juzgadora quien tiene que escoger aquella que tenga un grado de confirmación lógica mayor derivada de las pruebas dentro del proceso, es decir, el hecho será cierto cuando las pruebas provean una conformación del mismo o, por el contrario, será falso cuando sobre la existencia del hecho no haya pruebas o, habiéndolas estas, sean débiles o contradictorias. Por su lado, la segunda regla (la de prevalencia relativa) se da cuando del mismo hecho hay hipótesis diferentes e implica que el juez elija como verdadero el enunciado de hecho que recibió de las pruebas el grado de confirmación relativamente mayor⁹³.

De ahí, que en la decisión probatoria puede haber dos errores posibles: 1) aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso; y, 2) no aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es verdadero⁹⁴; lo cual puede suceder perfectamente a la luz de las pruebas disponibles⁹⁵. Esto, en la medida que, como he sostenido anteriormente, la propia esencia del proceso tiene limitaciones epistemológicas que impiden saber la verdad absoluta sobre la cual se falla, por lo que la decisión siempre se basa en una probabilidad lógica y, consecuentemente, no hay garantía de que se esté decidiendo con una certeza absoluta.

Retomando el primer tipo de error, Ferrer lo denomina como un error material al cual nos podemos referir como “falso positivo”, que precisamente se da en el supuesto de que declaramos probada (o presumida) una hipótesis falsa⁹⁶. Sin embargo, hace especial énfasis en que este tipo de error puede ocurrir no por una indebida inferencia por parte de la persona juzgadora (es decir, no deriva de una falacia o un error lógico de los argumentos), sino que surge precisamente porque

Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, op. cit., pp. 70-71.

⁹² Taruffo, Michele, op. cit., p. 45.

⁹³ *Ibidem*, p. 46.

⁹⁴ Gascón Abellán, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, op. cit., p. 71.

⁹⁵ Ferrer Beltrán, Jordi, op. cit., p. 115.

⁹⁶ *Ídem*.

el caudal probatorio le ha dado una mayor probabilidad a dicha hipótesis (aunque se trate de un error). Los estándares probatorios precisamente logran que exista una disminución del riesgo de falsos positivos, en la medida que un estándar muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto⁹⁷.

VII. FORMULACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Tomando en consideración que el estándar de prueba tiene por objetivo primordial fijar el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada una hipótesis⁹⁸, resulta evidente que el punto de partida para formular un estándar de prueba es que debemos *apelar a criterios de objetividad*, es decir, tenemos que basarnos en un modelo que tenga como base la pregunta: *¿con qué elementos del acervo probatorio se demuestra una hipótesis?* Dejando de lado los criterios subjetivos de la persona decisora que, atendiendo a su convencimiento psicológico, más bien apela a la incógnita: *¿cuándo considero probada una hipótesis?*

Esto es, del convencimiento psicológico de la persona juzgadora no se infiere nada respecto de la verdad de una hipótesis, ni tampoco respecto del grado de corroboración que las pruebas aportan a un hecho, ya que tales cuestiones únicamente hacen referencia a la íntima convicción de la decisora⁹⁹, lo cual evidentemente remite a estados mentales o psicológicos de esa persona¹⁰⁰, impidiendo un control efectivo de racionalidad. Por tanto, lo determinante no puede ser la creencia de quien toma la decisión, ni su grado de confianza en ella, sino si, a la luz de las pruebas, debería tener la creencia o mejor aún, si sería racional tenerla¹⁰¹.

⁹⁷ Gascón Abellán, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, op. cit., p. 70. Sin embargo, es importante tener en mente las consideraciones que al efecto realiza Ferrer, en el entendido que la verdadera manera de reducir el número de falsos positivos en un proceso es a través de la conformación de un acervo probatorio sumamente robusto, *cfr.* Ferrer Beltrán, Jordi, op. cit., p. 123.

⁹⁸ Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit. p. 429.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 433

¹⁰⁰ Ferrer Beltrán, Jordi, op. cit., p. 23.

¹⁰¹ Para este punto, resulta oportuno mencionar que me he decantado por hablar de los estándares de prueba basado en un esquema de confirmación, en contraposición a aquellos que se formulan con base en un esquema matemático, al respecto, *Cfr.* Gascón Abellán, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, op. cit., p. 74.

La segunda cuestión a tener en consideración es que los criterios que se utilicen en el estándar de prueba deben cumplir la función de *establecer un umbral de suficiencia probatoria*¹⁰² lo más preciso que se pueda, minimizando su vaguedad en la mayor medida de lo posible; esto, en el entendido que, tomando en consideración precisamente que la prueba (y la decisión) tienen un carácter netamente epistémico, siempre habrá un grado de vaguedad intencional y gradual¹⁰³. Frente a tal situación, basta establecer que el estándar determine o identifique los resultados probatorios mínimos que satisfagan criterios epistémicos sobre cada una de las hipótesis en conflicto; así, Ferrer señala que:

... resulta distinto exigir, para dar por probada una hipótesis acusatoria, que se hayan refutado todas las hipótesis compatibles con la inocencia o que se haya refutado la hipótesis de la inocencia sostenida por la defensa o que sólo se exija que se haya refutado esa hipótesis si la defensa aportó alguna prueba favorable a la misma¹⁰⁴.

Como se advierte, ante la imposibilidad práctica de establecer un estándar de prueba basado en un modelo matemático, que permitiría fijar numéricamente el grado de probabilidad que debe alcanzar la hipótesis en cuestión, por debajo del cual no se consideraría justificado aceptar esa hipótesis como verdadera¹⁰⁵, *resulta necesario determinar*, al menos, *umbrales probatorios mínimos* para efecto de disminuir el grado de vaguedad inherente a la decisión de la juez o jueza.

El tercer requisito consiste en apelar a *criterios de probabilidad inductiva* y no matemática¹⁰⁶. Como habíamos dicho anteriormente, los estándares de prueba se desarrollan dentro de las actividades probatorias relativas a la valoración y a la toma de decisión, en el entendido que sólo podemos llegar a la segunda a través de las subdeterminaciones alcanzadas dentro de la primera. Asimismo, establecimos que la finalidad del proceso no es, en sí, obtener una *verdad* sino llegar a la verdad que esté respaldada con un mayor grado de probabilidad. De ahí que,

¹⁰² Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 434

¹⁰³ Ferrer Beltrán, Jordi, op. cit., p. 38.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 40

¹⁰⁵ Cfr. Gascón Abellán, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, op. cit., p. 73.

¹⁰⁶ Ferrer Beltrán, Jordi, op. cit., p. 65.

la prueba del proceso no debe ser estudiada bajo una perspectiva matemática o absoluta, sino bajo una concepción racional y, consecuentemente, los criterios que se usen para determinar el umbral de suficiencia probatoria tendrán que dar cuenta del carácter probabilístico y epistémico del razonamiento probatorio¹⁰⁷.

Luego entonces, los estándares probatorios no pueden desarrollarse a través de reglas o esquemas matemáticos, en tanto que ello sólo nos permitiría medir una frecuencia relativa o la fortaleza de nuestras decisiones (esto, ya que, si nos basamos en este modelo matemático, sería invariablemente necesario establecer fórmulas probabilísticas); cuando en realidad lo que buscamos es corroborar la fiabilidad de la inferencia que va de una proposición a otra, en contextos donde no se puede garantizar la lógica deductiva¹⁰⁸. Es decir, los criterios con los que se revise la racionalidad de la decisión no pueden únicamente apelar a la existencia de un número determinado de la misma prueba (frecuencia), puesto que, *si tres testigos declaran haber visto a Juan disparar a Pedro, la reiteración no aporta mayor apoyo a la hipótesis de que Juan disparó a Pedro, sino que dan mayor fiabilidad (fortaleza) a la declaración del primero*¹⁰⁹.

Lo primordial es verificar que en el caudal probatorio obre una variedad de pruebas suficiente que nos permitan confirmar una hipótesis¹¹⁰, ya que la valoración de una prueba (en lo individual) no puede generar un grado de convicción igual o mayor que la confirmación obtenida a través del estudio y análisis de datos o elementos distintos a la primera, en la medida que sólo ante la presencia de la variedad de datos nosotros podríamos eliminar hipótesis alternativas con las que la premisa a probar dentro del proceso se encuentra en competencia¹¹¹.

Por último, se tiene que tomar en consideración que la decisión con la que se culmina el proceso no es la única que se toma dentro del mismo, por lo que resulta necesario fijar *estándares de prueba* que indiquen el umbral de suficiencia probatoria *para cada una de las decisiones previas a la sentencia*¹¹², mismos que deberán

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 90.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹¹⁰ González Lagier, Daniel, "Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba"; en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *op. cit.*, p. 384.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 385.

¹¹² Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria"; en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.*, p. 436.

tener una tendencia ascendente o progresiva, en la inteligencia que ninguno puede ser mayor que el necesario requerido para dar por probada la decisión final¹¹³, toda vez que sólo en este último momento el acervo probatorio es suficiente para efectuar el enlace entre los hechos y la conclusión; de ahí que, al momento de diseñarse la normatividad adjetiva, sea adecuado considerar cuál es el grado de exigencia probatoria que se estima adecuado para la decisión final y ordenar en progresiva disminución los estándares para las decisiones intermedias¹¹⁴.

Ahora bien, otra cuestión que se tiene que tomar en cuenta al momento de establecer los estándares de prueba dentro de un sistema normativo, es la *distribución del riesgo del error entre las partes*¹¹⁵. En párrafos precedentes, desarrollamos los tipos de error que pueden acaecer dentro de un proceso y, de igual manera, se sostuvo que una de las dificultades para establecer los estándares de prueba es precisamente que estos dependen en gran medida de valoraciones políticas. Pues bien, cuando hablamos de que el estándar está supeditado a las preferencias políticas contemporáneas, nos referimos precisamente a que les corresponde a los cuerpos legislativos establecer qué asignación del riesgo de error les parece adecuada, por ejemplo, entre la administración y las empresas en procesos por infracción al derecho de la competencia, o entre ella y los ciudadanos en procedimientos de Derecho Administrativo Sancionador¹¹⁶.

La distribución del riesgo de error, según lo ilustra Ferrer, está íntimamente ligada con la exigencia probatoria, en tanto que, por ejemplo si aumentamos el umbral de exigencia probatoria en el proceso, tendremos menos riesgo de inocentes condenados (puesto que será más difícil que se reúna contra ellos un acervo probatorio incriminador de ese nivel), pero tendremos más riesgo de culpables absueltos (en tanto que también, respecto de los sujetos que efectivamente hayan cometido los hechos que se les imputan, será más difícil alcanzar las exigencias probatorias establecidas por el estándar)¹¹⁷. Por tanto, la determinación del nivel

¹¹³ Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 102.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 103.

¹¹⁵ Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.* p. 436.

¹¹⁶ Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 102

¹¹⁷ Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.* p. 439.

de exigencia probatoria para tener por confirmada una hipótesis tiene que ver precisamente con una distribución del riesgo del error que estimemos aceptable, lo que supone claramente una decisión político-moral¹¹⁸.

Lo anterior debe entenderse en el sentido que, al momento de definir la exigencia probatoria, convergen un conjunto de directrices que guían el pensamiento de las personas que toman las decisiones al defender determinados valores, aún si esto trae aparejado un falso positivo. Un ejemplo claro es el *congelamiento* de los recursos disponibles de las personas en las cuentas abiertas en instituciones del sistema financiero, que se *presumen* provenientes de actividades ilícitas; evidentemente, esta medida responde a una política para taclear el financiamiento de las organizaciones delictivas, así como evitar el encubrimiento del origen de fondos generados mediante actividades ilícitas. En términos amplios, podríamos decir que la determinación de la suficiencia probatoria conlleva, *prima facie*, una ponderación entre dos valores (en el ejemplo dado, cuestiones relativas a la seguridad nacional y la disponibilidad de los recursos monetarios de las personas), la cual se resuelve atendiendo a las problemáticas contemporáneas que la *persona decisora* tiene a su consideración.

Sobre este último punto, podemos hablar acerca de dos formas de tomar decisiones –que suponen también dos modos de justificarlas–: la toma de decisiones particularista (realizada por las personas juzgadoras) y la toma de decisiones basada en reglas (efectuada por las personas legisladoras)¹¹⁹. Retomando la distribución del error, si esta responde a las preferencias políticas y sociales expresadas por los cauces democráticos¹²⁰, es evidente que la misma debe insertarse dentro de las reglas legislativas a través de los códigos adjetivos correspondientes, en las cuales resulta importante tomar en consideración: 1. La gravedad del error en los casos de falsos positivos; 2. El coste del error de los falsos negativos; y 3. Las dificultades del tipo de casos al que se pretende aplicar¹²¹.

Esto es importante, ya que una vez más justifica la razón por la cual es necesario que existan reglas generales que determinen la suficiencia probatoria,

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 440.

¹¹⁹ Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 145.

¹²¹ Beltrán Ferrer, Jordi, “La decisión probatoria”, en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.*, pp. 443 y 444.

puesto que la falta de estas precisamente deja a la discreción judicial, en cada caso particular, cuándo es posible determinar que un hecho está probado (o es presumible), sustrayéndose de esta manera de criterios individuales, intersubjetivamente controlables, que permitan revisar la corrección de la decisión sobre el caso individual¹²², en tanto que dos personas juzgadoras que tengan disponibles las mismas pruebas deberán llegar siempre a un mismo resultado probatorio justificado¹²³. En efecto, sólo a través del establecimiento de reglas generales que determinen el umbral de suficiencia probatoria, se permite a las partes tomar decisiones racionales sobre, por lo menos, las siguientes acciones: 1. Iniciar un proceso judicial sobre la base de la estimación de la solidez de las pruebas disponibles a favor y en contra de sus pretensiones y la correspondiente probabilidad de ganar el caso; y 2. Diseñar una estrategia procesal probatoria adecuada para conseguir satisfacer el nivel de suficiencia probatoria¹²⁴. Ello, en tanto que, para la toma de una decisión informada y racional, las partes necesitan conocer, entre otras cosas, qué grado de corroboración será estimado suficiente, tanto para las hipótesis fácticas que les sean favorables, como para las contrarias¹²⁵.

Bajo este orden de ideas, Gascón nos propone construir una escala de estándares probatorios (EP), según los niveles de exigencia para dar por probada una hipótesis¹²⁶, a saber:

- EP1: La hipótesis de culpabilidad está *débilmente confirmada* y la hipótesis de inocencia está *sólidamente confirmada*;
- EP2: La hipótesis de culpabilidad está *débilmente confirmada* y la hipótesis de inocencia está *débilmente confirmada*;
- EP3: La hipótesis de culpabilidad está *débilmente confirmada* y la hipótesis de inocencia tiene una *ausencia de confirmación*;
- EP4: La hipótesis de culpabilidad está *sólidamente confirmada* y la hipótesis de inocencia está *sólidamente confirmada*;
- EP5: La hipótesis de culpabilidad está *sólidamente confirmada* y la hipótesis de inocencia está *débilmente confirmada*;

¹²² Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, p. 58.

¹²³ *Ibidem*, p. 140.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 59.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ Gascón Abellán, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, *op. cit.*, p. 73.

- EP6: La hipótesis de culpabilidad está *sólidamente confirmada* y la hipótesis de inocencia tiene una *ausencia de confirmación*.

Al respecto, no debe pasar desapercibido que al momento de estudiar y analizar un estándar de prueba (como los que se nos proponen) es necesario tener en consideración el ámbito jurídico donde serán aplicados, puesto que, por ejemplo, en materia penal se exige una sólida confirmación de la hipótesis de culpabilidad, lo cual conlleva que los estándares de prueba 1, 2 y 3 (en donde la hipótesis está *débilmente confirmada*) no tendrían lugar dentro de un proceso penal¹²⁷.

Por lo que hace al EP4, Gascón señala que la consecuencia directa de aplicarlo implicaría condenar, aunque existan pruebas que no sean compatibles con la hipótesis de culpabilidad o que sería muy difícil explicar si ésta fuera verdadera.

En el EP5, se puede condenar, aunque existan pruebas que sean compatibles con la hipótesis de inocencia, pero que no son incompatibles con la hipótesis de culpabilidad. Finalmente, en el EP6, se exige que no existan pruebas que confirmen ni sólida ni débilmente la hipótesis de inocencia, por lo que sólo se puede condenar cuando dicha hipótesis no goza de ningún grado de confirmación y, por el contrario, no se puede condenar si existen pruebas que apoyen o confirmen la hipótesis de inocencia, aunque sea en grado mínimo¹²⁸.

Ferrer, por su parte, formula algunos estándares que cumplen tanto con requisitos metodológicos y valorativos que deben tomarse en consideración¹²⁹, proponiendo para tal efecto los siguientes:

Estándar de prueba 1)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 78.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, *op. cit.*, pp. 446-450.

- b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

Estándar de prueba 2)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.
- b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, salvo que se trate de una mera hipótesis *ad hoc*.

Estándar de prueba 3)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.
- b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación.

Estándar de prueba 4)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo —excluidas las pruebas redundantes—.

Estándar de prueba 5)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones:

- a) Que la hipótesis sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.
- b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo —excluidas las pruebas redundantes—.

Estándar de prueba 6)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

Sea la hipótesis más probablemente verdadera, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Estándar de prueba 7)

Una hipótesis sobre los hechos se considerará probada en un proceso cuando:

La hipótesis sea más probablemente verdadera que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial.

Como se advierte, los estándares propuestos tanto por Gascón como por Ferrer, parten del modelo básico de enfrentamiento entre una hipótesis de cargo y una hipótesis de descargo, siendo que, tanto una como la otra pueden estar confirmadas en diversa intensidad dependiendo del grado de pruebas que hayan sido aportadas. Sin embargo, es Ferrer quien pone sobre la mesa la idea de que la hipótesis es confirmada en la medida que ésta explica las pruebas disponibles, integrándolos de forma coherente; esto quiere decir que, en realidad, bajo este esquema probatorio las pruebas no explicarían la hipótesis por sí misma, sino que

es esta última la que tiene que explicar la existencia e integración de las probanzas, en el entendido que, si se falla en hacerlo, la hipótesis no podría considerarse como probada. Asimismo, este autor al momento de elaborar los estándares 1, 2 y 3, pone especial énfasis en cómo la hipótesis de descargo tiene la tarea de refutar no sólo la hipótesis de cargo de la parte contraria, sino además todas las otras hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos.

De igual manera, Ferrer en sus últimos cuatro estándares de prueba destaca que la hipótesis sobre los hechos se considera probada en tanto que esta tiene una probabilidad prevalente a la luz de los elementos de prueba que obren en el acervo probatorio; es decir, mientras que Gascón en sus EP4, EP5 y EP6 se centra en explicar bajo qué supuestos es posible *condenar*, Ferrer evidencia la necesidad de que la hipótesis tenga un grado de confirmación probatoria suficiente, así como la importancia del peso probatorio de los elementos del acervo del juicio.

No obstante, ambas personas autoras son contestes al señalar que sus propuestas no son determinantes ni absolutas, sino que únicamente se formulan para efecto de mostrar que es posible ensayar los estándares de prueba objetivos en el ámbito de la probabilidad inductiva¹³⁰, dotando así al legislador de un abanico de posibilidades para decidir en función del nivel de exigencia probatoria que estime oportuno prescribir para cada decisión sobre los hechos en el proceso¹³¹; ello, en la medida que precisamente el estándar le proporciona a la persona decisora una guía para la valoración racional, es decir, podría indicarle lo que debe buscar en la prueba para poder después justificar su decisión con una solidez epistemológica suficiente¹³². Así también, el estándar probatorio se inserta como un elemento que permite hacer operativas las reglas de distribución del riesgo: la carga de la prueba y las presunciones; en tanto que no es posible aplicar la primera en caso de insuficiencia probatoria si no está determinado cuándo hay insuficiencia probatoria y, por lo que respecta a la segunda, no hay manera de que una presun-

¹³⁰ Gascón Abellán, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, op. cit., p. 79.

¹³¹ Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 450.

¹³² Gascón Abellán, Marina, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", en Vázquez, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, op. cit., p. 80.

ción relativa opere si no está establecido en qué condiciones podrá considerarse derrotada la presunción¹³³.

VIII. DETERMINACIONES ADMINISTRATIVAS PRESUNTIVAS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA Y ESTÁNDARES DE PRUEBA

Como punto de partida podemos preguntarnos, ¿por qué es necesario hablar de estándares de prueba en materia administrativa? Si nos remitimos a la doctrina del derecho probatorio, podemos advertir que el desarrollo y estudio que han tenido los indicios, las presunciones, la carga de la prueba, la distribución del error, etcétera, ha sido, en su mayoría, por parte de personas enfocadas al estudio del área penal. En particular, poco o nada se habla del peso que tiene la prueba indiciaria en los procedimientos administrativos o contenciosos¹³⁴; tampoco existe un desarrollo teórico sobre cómo las pruebas de cargo o de descargo se insertan en dichos procedimientos y más bien se ha optado por la salida fácil de acudir de manera prudente a las técnicas garantistas del propio Derecho Penal¹³⁵, sin embargo, esto no siempre será posible, en la medida que dichas garantías únicamente pueden ser aplicadas respecto de actos que representen la potestad punitiva del Estado, empero, ¿qué hay de las potestades reipersecutorias? O, ¿qué pasa en los casos donde nos encontramos frente a potestades de fiscalización/recaudación de contribuciones?

Hoy en día, la legislación fiscal mexicana dota ampliamente a las autoridades fiscales para determinar presuntivamente contribuciones, operaciones, ingresos, pagos, enajenaciones, utilidad fiscal, etcétera. Estas resoluciones, como su propia regulación normativa lo señala, son *presunciones*, es decir, a través de un indicio (como puede ser un depósito bancario [hecho base]), la autoridad puede construir una hipótesis a cargo de una persona, quien a su vez se encuentra compelida a ex-

¹³³ Beltrán Ferrer, Jordi, "La decisión probatoria", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, op. cit., p. 450.

¹³⁴ Por ejemplo, a la fecha en que se realiza este trabajo, el único criterio recogido en una tesis por parte del Tribunal Federal de Justicia Administrativa que hace referencia a la prueba indiciaria fue sustentado por la Primera Sección de su Sala Superior a través del precedente VIII-P-1aS-428, *R.T.F.J.A.*, Octava Época, Año III, No. 27, octubre de 2018, p. 36, de rubro: "PRUEBA INDICIARIA. SU APLICACIÓN Y OPERATIVIDAD DENTRO DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO".

¹³⁵ Tesis P/J. 99/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1565.

hibir pruebas que la refuten (por lo tanto, estamos frente a presunciones relativas) y, en última instancia, dicha autoridad puede realizar una inferencia a través de la cual determina que “*se presume x*”.

Ahora bien, es el caso que las autoridades administrativas (sentido lato), en el ejercicio de sus atribuciones presuntivas, se desarrollan bajo un sistema de libre valoración de la prueba, en la medida que muchas de las ocasiones cuando se abocan al estudio de las pruebas ofertadas por las personas en los procesos, las estudian una por una, para posteriormente determinar que cada prueba, en lo individual, no es idónea para desvirtuar la presunción, toda vez que no se cumplen con determinados requisitos o bien, las pruebas no tienen eficacia probatoria suficiente por tratarse de documentales privadas o cosas similares. Por ejemplo, la autoridad fiscal puede llegar al extremo de determinar que no es suficiente la exhibición de un contrato de mutuo ni estados de cuenta de los cuales la oferente alega se puede advertir la salida y entrada del monto objeto del contrato; ello, ya que, según la autoridad, el contrato sólo da certeza de la exteriorización de la voluntad de las personas contratantes y el estado de cuenta tampoco es suficiente, ya que no se tiene certeza de que las cantidades que se reflejan en él evidentemente tengan su origen en un mutuo como se alega.

Frente a las presunciones, el control jurisdiccional se impone al exigir de la autoridad administrativa la fundamentación y motivación del tipo de determinación empleada, el supuesto de procedencia actualizado y el procedimiento seguido para tal efecto¹³⁶. Sin embargo, la principal repercusión de someter las presunciones a este tipo de control es que éste no está enfocado en verificar el grado de confirmación lógica o probatoria que tiene la determinación de la autoridad, sino más bien se desarrolla a través de un simple control de legalidad en el cual lo primordial es analizar que la determinación cumpla con las garantías mínimas de fundar y motivar, pero en ningún momento toca cuestiones relativas a la justificación decisoria ni se sujeta realmente dicha presunción a un control de racionalidad o de confirmación probatoria.

Anteriormente evidenciamos que sólo a través de la *valoración conjunta* de los medios de prueba se puede efectuar un razonamiento, argumento o infe-

¹³⁶ Tesis VIII-J-1aS-93, *R.T.F.J.A.*, Octava Época, Año V, No. 45, abril-agosto de 2020, p. 25.

rencia correcto¹³⁷, consecuentemente, este es el paso preliminar para tomar una decisión que esté lo más ajustada, en la medida de lo posible, a la confirmación epistémica y racional que exige una decisión justa. Bajo este parámetro, podemos concluir válidamente que, cuando las autoridades valoran de manera aislada las pruebas, para efecto de sostener la legalidad de la determinación (tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional), no están efectuando un razonamiento lógicamente correcto, ya que pasan desapercibido que los datos de prueba, en su conjunto, pueden integrarse de forma coherente y sustentar la hipótesis de la parte oferente; es decir, la autoridad en ningún momento refuta la hipótesis alternativa formulada en defensa, más bien se ciñe a controvertir las pruebas, pero no por su veracidad (o su confirmación lógica), sino por cuestiones relativas a meros formalismos.

Retomando la actuación de las autoridades fiscales, es claro que la distribución del error en los casos de recaudación de ingresos obedece a una política que acepta el riesgo de tener un mayor número de falsos positivos (es decir, personas a quienes se les determinen presuntivamente contribuciones, a pesar de que no tienen la obligación jurídica de enterarlas) a la existencia de absoluciones falsas (personas que, a pesar de tener la obligación jurídica de pagar sus contribuciones, se ven absueltas de hacerlo). Sin embargo, la justificación política de esta distribución se cae cuando recordamos que precisamente el debido proceso, dentro del Estado de Derecho, prevé el derecho de que las partes afectadas (las personas administradas) tengan plena certeza sobre cuáles elementos pueden proporcionar para efecto de salvaguardar sus derechos. Es decir, la política de recaudación y la preferencia a tener un mayor número de condenas falsas, no puede sobreponerse a la tutela de los derechos de seguridad jurídica de las administradas.

Bajo tales consideraciones, es acertado cuando Ferrer sostiene que la decisión política debe partir de dos principios de *fair play*, tomando en consideración: 1) que cualquier decisión debe considerar a todas las personas ciudadanas por iguales; y 2) que deben respetarse los compromisos asumidos¹³⁸. De ahí que, tomando en consideración que precisamente un compromiso constitucional por

¹³⁷ González Lagier, Daniel, "Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba", en Beltrán Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022, p. 355.

¹³⁸ Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, 58.

parte de las autoridades en el Estado mexicano (incluyendo evidentemente a la autoridad legislativa) es el promover, respetar y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra la seguridad jurídica de las personas, resulta inaceptable que no exista un estándar mínimo de suficiencia probatoria para desvirtuar las presunciones efectuadas por la autoridad administrativa, ni que tampoco haya una obligación a cargo de las personas operadoras jurídicas de valorar las pruebas en su conjunto previo a generar la inferencia decisoria.

En el ámbito jurisdiccional, específicamente por parte del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la Primera Sección de su Sala Superior sobresale en la medida que ha sentado criterios a través de los cuales fija umbrales de exigencia probatoria *mínimos*, para desvirtuar algunas presunciones efectuadas por la autoridad fiscal; así, por ejemplo, tratándose de determinaciones presuntivas por depósitos bancarios, cuando se alegue que estos corresponden a traspasos entre cuentas bancarias, sostuvo que es necesario exhibir estados de cuenta y demás documentales donde se advierta dicho traspaso, así como el ofrecer la prueba pericial contable¹³⁹. Por lo que hace a los casos donde la autoridad emita una determinación presuntiva, con fundamento en el Artículo 59, fracción IX, incisos a), b) y c) del Código Fiscal de la Federación, dicha Sección fue enfática al señalar que para desvirtuar la presunción es necesario que la actora acredite: (1) la existencia material de la operación de adquisición del bien que se trate; (2) las causas por las que el almacenaje no fue necesario; y, (3) las condiciones de la entrega material del mismo ni la identidad de la persona a quien se lo haya entregado¹⁴⁰.

Un último ejemplo lo constituye la jurisprudencia a través de la cual la Sección de mérito sostuvo que la determinación presuntiva de contribuciones, tratándose de depósitos bancarios, se desvirtúa a través de la exhibición del registro contable de tales depósitos, así como la documentación comprobatoria correspondiente (lo cual debe realizarse a través de la intervención de una persona especialista versada en materia contable que proporcione una opinión técnica, lógica y razonada sobre los hechos propuestos por la parte actora)¹⁴¹.

Luego entonces, es claro que ante la existente deficiencia legislativa, le corresponde en última instancia a las autoridades jurisdiccionales someter las pre-

¹³⁹ Tesis VIII-P-1aS-818, *R.T.F.J.A.*, Octava Época, Año VI, No. 53, abril de 2021, p. 191.

¹⁴⁰ Tesis VIII-P-1aS-810, *R.T.F.J.A.*, Octava Época, Año VI, No. 52, marzo de 2021, p. 236.

¹⁴¹ Tesis VIII-J-1aS-18, *R.T.F.J.A.*, Octava Época, Año II, No. 9, abril de 2017, p. 46.

sunciones efectuadas por las autoridades a reglas de racionalidad y confirmación probatoria; estableciendo vía jurisprudencial (o en precedente), como se ha hecho, la exigencia probatoria mínima que le permita saber a las personas contribuyentes qué documentales serán suficientes para funcionar como pruebas de descargo en los procedimientos substanciados ante las autoridades fiscales. Sin embargo, tal tarea no puede centrarse únicamente en la materia fiscal, ya que es necesario tomar en consideración que actualmente existen procedimientos en los cuales otras autoridades administrativas pueden motivar sus resoluciones partiendo de indicios o pruebas indirectas, siendo entonces insuficiente que dentro de la normatividad sólo se prevea el derecho de las personas administradas a ofrecer y exhibir pruebas, así como de manifestar lo que a su derecho convenga, en la medida que, en todo caso, resulta necesario integrar (ya sea legislativa o jurisdiccionalmente) criterios para determinar la distribución del riesgo de error a través de las ponderaciones a que haya lugar.

Lo anterior, tomando en consideración que la seguridad jurídica de las personas administradas –entendiendo a esta como un derecho a saber a qué atenerse– precisamente nos impone la obligación de dotarles de la certeza de que sus pruebas ofrecidas serán analizadas bajo estándares probatorios basados en criterios epistemológicos que permitan evaluar tanto la conexión o enlace efectuado a través de la inferencia decisoria, como la hipótesis formulada por medio de ella, más allá de la íntima convicción de quien conozca el caso (evitando así decisiones particularistas).

IX. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Bibliografía

- ALATORRE PADILLA, Roberto, *Lógica (Manual)*, 6ª. ed., México, Porrúa, 1964.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BELTRÁN FERRER, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022
- DESCARTES, René, *Discurso del Método*, trad. de D. Manuel García Morente, Madrid, FGS, 2010.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba sin convicción, estándares de prueba y debido proceso*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- GAMA LEYVA, Raymundo, *Las presunciones en el Derecho, entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- GIRALDO MONTOYA, Consuelo *et al.*, *Derecho Probatorio*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- ORELLANA WIARCO, Alberto Octavio, *Teoría y práctica de la argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2015.
- P. BEADE, Ileana, "La doctrina kantiana de los «dos mundos» y su relevancia para la interpretación epistémica de la distinción fenómeno/cosa en sí", *Límite. Revista de Filosofía y Psicología*, Chile, vol. 8, núm. 27, 2013.
- RIVAYA, Benjamín, *Un vademécum judicial, cine para jueces*, México, Tirant lo Blanch, 2012.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Manual de Razonamiento Probatorio", México, SCJN, 2022.
- TARUFFO, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión de los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.
- VÁZQUEZ, Carmen (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio*, México, CEJI, 2018.

A 220 años de *Marbury v. Madison*: la relevancia del contrapeso judicial en un Estado de derecho

Sergio Alonso RODRÍGUEZ¹

Sumario

I. *Introducción*. II. *La judicial review en Estados Unidos antes de 1803*. III. *Antecedentes del caso Marbury v. Madison*. IV. *Los argumentos de Marshall*. V. *Efectos del fallo y diversificación de los modelos de control constitucional*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliohemerografía*.

Resumen

El 24 de febrero de 1803, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió el caso *Marbury v. Madison*, mediante una sentencia redactada por el célebre John Marshall, *Chief Justice* de 1801 a 1835. Entonces se consolidó la facultad de los jueces de no aplicar leyes contrarias a la Constitución. La estabilidad del Estado de derecho depende de la observancia de la normativa fundamental; cuando esta es desconocida o vulnerada por los poderes ejecutivo o legislativo, es preciso que la judicatura se erija como contrapeso de la arbitrariedad. En este artículo se reseña el caso indicado y se agregan comentarios sobre su coexistencia con un sistema concentrado de control constitucional, especialmente en México.

Abstract

On February 24, 1803, the United States Supreme Court decided the case of *Marbury v. Madison*. The opinion was drafted by Chief Justice John Marshall. That ruling enhanced the power of judges to not apply laws contrary to the Constitution. The stability of the rule of law depends on the observance of fundamental regulations; when the Constitution is violated or ignored by the executive or the legislative branches, it is necessary that the judiciary set itself up as a counterweight to arbitrariness. This article reviews the aforementioned case and adds some comments on its coexistence with a concentrated system of constitutional control, especially in Mexico.

¹ Abogado. Director de Coordinación y Formación de Habilidades en Materia de Transparencia y Anticorrupción en la Secretaría de la Función Pública.

Palabras Clave

Supremacía constitucional, división de poderes, Estado de derecho, jueces, control difuso, tribunal constitucional.

Key Words

Constitutional supremacy, separation of powers, rule of law, judges, judicial review, constitutional court.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, según los cuales la propia carta magna, las leyes emanadas de ella y los tratados celebrados con potencias extranjeras “constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales”². Estas líneas prácticamente reproducen las del segundo párrafo del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos (1787).

Lo anterior se relaciona con el caso *Marbury v. Madison*, resuelto hace 220 años por la Corte Suprema de aquel país, entonces presidida por John Marshall. Fue un caso emblemático que permitió a ese tribunal recalcar —porque no era la primera vez que el tema se trataba— la facultad de los jueces para no aplicar norma alguna contraria a la Constitución. La eficacia de esta es indispensable para justificar los efectos del orden jurídico emanado de ella. *Grosso modo*, la especie se refirió a la supremacía constitucional y el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales³. Desde las postrimerías del siglo XVIII y a principios del siguiente con el caso de *marras*, en Estados Unidos se aceptó que la Constitución debe ser defendida por el cuerpo judicial, a fin de que su supremacía no devenga mera simulación⁴.

Aunque, como se verá, antes de 1803 los tribunales estadounidenses se pronunciaron, en más de una ocasión, por la inoperancia de leyes inconstituciona-

² Tesis 1a./J. 80/2004, “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 264. Registro digital: 180240

³ Carbonell, Miguel, “*Marbury versus Madison*: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, p. 289.

⁴ Bordialí Salamanca, Andrés, “Defensa de la Constitución. Enfoque jurídico”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM, 2014, p. 316.

les por la vía de la *judicial review*, la sentencia abordada en este trabajo se refirió a una ley federal. Con independencia de esto, su trascendencia obedece, también, a que clarificó el ámbito competencial de los jueces, sobre todo en Occidente. La doctrina de la *judicial review* expuesta por Marshall repercutió notablemente en múltiples sistemas jurídicos⁵.

El fallo derivó de un razonamiento práctico anterior a la teoría actual de la argumentación jurídica. Se determinó que, en el curso de un proceso concreto, cuando exista un conflicto entre una ley ordinaria —debida a un poder constituido— y una Constitución —surgida de un poder constituyente—, el juez debe preferir esta y desaplicar aquella, habida cuenta de su incompatibilidad con la fuente de la cual emanó⁶. Lo anterior, a despecho de intereses políticos u otras consideraciones ajenas al Estado democrático de derecho.

En los apartados siguientes se describirán los antecedentes del asunto, el contexto en el cual se resolvió y el impacto que produjo en el constitucionalismo del siguiente siglo, cuando se estructuraron modelos de control —difuso, concentrado, mixto— instaurados en regímenes favorables a los derechos humanos.

II. LA JUDICIAL REVIEW EN ESTADOS UNIDOS ANTES DE 1803

Años antes de que se resolviera *Marbury v. Madison*, personajes públicos influyentes en los Estados Unidos, como James Iredell y James Wilson, ya habían defendido el rol del poder judicial en diversas ocasiones, de manera tanto pública como privada⁷. También debe tenerse en cuenta que *Marbury v. Madison* fue, por lo menos, el sexto caso en el que la Corte ejerció el control judicial de constitucionalidad sobre una ley del Congreso. En este punto conviene aclarar que aquel tribunal no solía hacer publicaciones oficiales de sus fallos; no era obligatorio que las sentencias —ni siquiera las más importantes— constaran por escrito; de ahí que, cuando menos hasta 1800, la redacción de los fallos se hiciera por excepción⁸. Así, muchas decisiones relevantes del tribunal constitucional estadounidense no se publicaron, mientras que otras fueron reconstruidas previo análisis de los reportes

⁵ Eto Cruz, Gerardo, “Marbury vs. Madison”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *op. cit.*, p. 913.

⁶ *Ibidem*, p. 914.

⁷ García-Mansilla, Manuel José, “Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad”, *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, núm. 1, junio de 2020, p. 23.

⁸ *Ibidem*, p. 42.

(*reports*) de Alexander James Dallas⁹, así como de la revisión de correspondencia privada, notas de diarios y las minutas de la Corte del período 1789-1801, publicadas en el *American Journal of Legal History* entre 1961 y 1964¹⁰. En el caso específico de *Marbury v. Madison*, se conoció ampliamente gracias a que la prensa le dio cobertura en diarios como el *New York Evening Post*, donde la nota se tituló: “Constitución violada por el presidente”. Ni siquiera la prensa afín a los republicanos atacó los argumentos de Marshall; solo hizo observaciones sobre cómo se había pronunciado la sentencia¹¹.

Uno de los asuntos previos al que nos ocupa fue el conocido como “caso *Hayburn*”: en 1792, una ley aprobada por el Congreso ordenó a los Tribunales de Circuito que conocieran de demandas relativas al pago de pensiones a discapacitados, bajo la supervisión del secretario de Guerra y del propio Congreso. El 5 de abril del mismo año, la primera de esas demandas llegó al conocimiento del Tribunal de Circuito del Distrito de Nueva York, que rechazó tener jurisdicción, aduciendo que “ni la rama legislativa ni la ejecutiva podían asignar a la rama judicial otros poderes que los propiamente judiciales”; tampoco aprobó que su sentencia fuera revisada por entidades no judiciales, como el secretario de Guerra y el Congreso. Más tarde, el Tribunal de Circuito de Pennsylvania tampoco aplicó la ley, sobre la base de que la Constitución es la “ley suprema” que todo funcionario judicial de los Estados Unidos está obligado a “mantener por juramento”¹². Antes de que una de esas demandas llegara al Tribunal de Circuito de Carolina del Norte, dicho órgano también se negó a aplicar la ley, por considerarla inconstitucional. Aun cuando el *Attorney General* (procurador general) intentó que la Corte Suprema declarara la validez de la norma, el Con-

⁹ Con ánimo emprendedor —sin más fondos que los propios—, Dallas (1759-1817) fue el primer *reporter* (divulgador, compilador) de los fallos de la Corte, lo cual permitió que estos se difundieran entre jueces, abogados y gran público. Editó cuatro volúmenes de *reports*, el primero de los cuales no contuvo asuntos de la Corte Suprema, sino de tribunales locales. Joyce, Craig, “Dallas, Alexander James”, en Hall, Kermit L. (ed.), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2ª. ed., New York, Oxford University Press, 2005, p. 215.

¹⁰ García-Mansilla, Manuel José, *op. cit.*, p. 43.

¹¹ González Oropeza, Manuel, “Marbury v. Madison: la política en la justicia”, en UNAM/IIJ, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, t. I, p. 330.

¹² Artículo VI, párrafo tercero, de la Constitución estadounidense.

greso atendió a las opiniones de los Tribunales de Circuito y la derogó¹³.

Por otra parte, en *Hollingsworth v. Virginia* (1798), la Corte resolvió, con fundamento en el artículo V de la Constitución y la Enmienda XI, que el presidente no tiene injerencia formal alguna en la ratificación de enmiendas constitucionales. Tras analizarse la atribución que ejerce el Congreso en el proceso de enmienda, se sostuvo que no es de carácter legislativo, de modo que no puede ser objeto de un veto por parte del presidente. Como se ve, en este asunto la Corte controló no una ley, sino el proceso de reforma constitucional que derivó en la aprobación de la Enmienda XI¹⁴.

En el terreno doctrinario, es forzoso remitir a *El Federalista*¹⁵, obra que reunió los artículos que Alexander Hamilton, John Jay y James Madison publicaron en tres periódicos de Nueva York entre octubre de 1787 y mayo de 1788, para explicitar la estructura y el contenido de la flamante Constitución. Al comentar las atribuciones judiciales, Hamilton defendió que los jueces pudieran declarar nulos los actos de los legisladores, bajo el argumento de que el poder popular, traducido en la formación de la Constitución, prevalece sobre las actividades de los poderes legislativo y judicial¹⁶. Sostuvo que la función de “freno” ejercida por los jueces se debía manifestar mediante la declaración de nulidad de los actos inconstitucionales; este principio fue precisado por la Corte Suprema, que en *Marbury v. Madison* afirmó que un acto legislativo contrario a la Constitución debe tenerse por nulo¹⁷.

Madison, pese a carecer de formación jurídica, escribió a propósito del control judicial de la constitucionalidad, señalando que lo reputaba uno de los principales contrapesos del sistema de separación de poderes y, especialmente, una

¹³ Fix-Zamudio, Héctor, *El requisito del control de la constitucionalidad en un Estado democrático de derecho*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, Colección *10 años de la Novena Época. Discursos*, p. 32.

¹⁴ García-Mansilla, Manuel José, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 2000.

¹⁶ “Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.” Hamilton, Alexander, *El Federalista*, núm. LXXVIII, *op. cit.*, p. 332. Cfr. García-Mansilla, Manuel José, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ Rolla, Giancarlo, “Juicio de legitimidad constitucional”, trad. de Emanuel López Sáenz, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 792.

forma de salvaguardar los derechos incluidos en el *Bill of Rights*. En esa tesitura, el propósito principal del control judicial de constitucionalidad es la protección de los derechos “naturales”, que no se consideran otorgados por el Gobierno o la mayoría, sino que son reconocidos como preexistentes a la Constitución y limitan tanto al Gobierno como a la mayoría¹⁸. Los jueces se encargan de proteger esos derechos contra las decisiones —del Congreso o del ejecutivo— que los infrinjan¹⁹.

III. ANTECEDENTES DEL CASO *MARBURY V. MADISON*

Marbury v. Madison no fue el primer caso en el que un tribunal ejerció el control de constitucionalidad sobre una ley federal en los Estados Unidos. Sin embargo, fue la primera sentencia en la que se declaró la inconstitucionalidad de una ley federal, luego de la entrada en vigencia de la Constitución²⁰. Se resolvió el 24 de febrero de 1803 y consolidó el control constitucional difuso²¹.

John Adams, del Partido Federalista, ganó la elección presidencial de 1796, contra la oposición del Partido Republicano, liderado por Thomas Jefferson, que a la postre sucedería a Adams en la presidencia. En efecto, el 17 de febrero de 1801, tras una reñida votación, la Cámara de Representantes eligió a Jefferson como presidente de los Estados Unidos. A todo esto, Adams le había propuesto a John Jay, a la sazón primer *Chief Justice* de la Corte (1789-1795), que siguiera en ese cargo. Sin embargo, Jay declinó y Adams se decantó por John Marshall, su entonces secretario de Estado²². Más aún, Adams tomó tres medidas contrarias a las expectativas de Jefferson. En primer lugar, propuso la modificación de la *Judiciary Act* y redujo el número de *Justices* de la Corte, de seis a cinco, quitando al nuevo presidente la posibilidad de hacer designaciones en ese terreno. Asimismo, en el proyecto se creaban dieciséis cargos de jueces de circuito, propuesta que el Con-

¹⁸ “Derecho”, en Soberanes Fernández, José Luis (coord.), *Lexicón jurídico*, México, UNAM/IIJ, 2023, p. 801.

¹⁹ García-Mansilla, Manuel José, *op. cit.*, pp. 26 y 32.

²⁰ *Ibidem*, p. 41; véase también Garay, Alberto F., “La enseñanza del caso ‘Marbury vs. Madison’”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 7, núm. 13, 2009, p. 130.

²¹ Johnson, Herbert A., “Marbury v. Madison”, en Hall, Kermit L. (ed.), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2ª. ed., New York, Oxford University Press, 2005, pp. 605-607; Rehnquist, William H., *The Supreme Court*, 2ª. ed., New York, Vintage Books, 2002, pp. 21-35.

²² Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, p. 913. Fernández Segado, Francisco, “El trasfondo político y jurídico de la *Marbury v. Madison Decision*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, Madrid, 2011, p. 143.

greso aprobó el 13 de febrero. Días después, Adams envió un nuevo proyecto de Ley Orgánica del Distrito de Columbia, en el cual se proponía, entre otras cosas, la creación de juzgados de paz, integrados por jueces que se mantendrían cinco años en el puesto²³.

El 27 de febrero de 1801, faltando pocos días para la toma de posesión de Jefferson como presidente y el cambio de poderes en el Congreso (que quedaría bajo dominio de los republicanos), Adams aprobó el nombramiento de 42 jueces de paz para servir por un periodo de cinco años en el distrito judicial de Columbia y de Alexandria²⁴. El Senado hizo las ratificaciones correspondientes el 3 de marzo, un día antes de la toma de posesión de Jefferson. Marshall, a la sazón secretario de Estado, debía certificar los nombramientos, extendiendo sobre estos un sello oficial. Como el mandato de Adams finalizaba a la medianoche del 3 de marzo de 1801, el nuevo presidente ordenó que se detuviera la entrega de los nombramientos. Tomó como una afrenta la designación de estos jueces, que fueron denominados “de medianoche”; se sintió personal y políticamente agraviado por Adams, pues estimaba que al sucesor debía dejársele en libertad de elegir a los funcionarios con quienes quisiera trabajar. Sin embargo, fue prudente y ratificó a los jueces que habían recibido credenciales; ahora bien, las de William Marbury, de Washington, y Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper, de Alexandria, no se habían entregado ni habían sido ratificadas por el presidente²⁵.

En diciembre de 1801, los cuatro afectados promovieron una demanda ante la Corte Suprema, invocando su competencia originaria y solicitándole que ordenara a Madison, vía el *writ of mandamus*²⁶, que les proporcionara sus nombramientos. La Corte conminó al demandado a pronunciarse sobre la exactitud del reclamo; con todo, Madison nunca respondió. Cuando parecía que la cuestión estaba en condiciones de ser resuelta, el fallo debió posponerse, pues el 29 de abril

²³ Garay, Alberto F., *op. cit.*, pp. 123-125.

²⁴ González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 322.

²⁵ *Ídem*; véase también Carbonell, Miguel, “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006, p. 292. Garay, Alberto F., *op. cit.*, pp. 123-125. Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, pp. 139-140.

²⁶ Orden de la Suprema Corte dirigida a un funcionario, una corporación o un tribunal inferior, para que lleve a cabo un deber no discrecional y previsto por la ley. Johnson, Herbert A., “Writ of mandamus”, en Hall, Kermit L. (ed.), *op. cit.*, pp. 603-604.

de 1802 se promulgó la nueva *Judiciary Act*, con lo cual se impidió que la Corte Suprema laborara, tras haberse pospuesto las sesiones que debían tener lugar en junio y diciembre, a febrero del año siguiente²⁷. Por lo anterior, la decisión se dio a conocer en 1803, dos años después de iniciada la causa²⁸.

IV. LOS ARGUMENTOS DE MARSHALL

En su sentencia²⁹, la Corte se extendió sobre el derecho de los actores y la obligación que tenía Madison, a la luz del derecho vigente cuando ocurrieron los hechos. Marshall consideró que la ley invocada por Marbury para que se surtiera la competencia originaria del alto tribunal en materia de *writs of mandamus* era inconstitucional, lo cual la privaba de jurisdicción en el caso³⁰.

El *Chief Justice* indicó que la *Judiciary Act* era inconstitucional, porque la ley fundamental no daba a la Corte competencia en única instancia (es decir, *originaria*) en un caso como aquel: "... la autoridad dada a la Suprema Corte por la ley que estableció los tribunales de Estados Unidos, para expedir órdenes a los agentes de autoridad, parece no otorgada por la Constitución y se hace necesario analizar si una jurisdicción así otorgada puede ser ejercitada"³¹.

Marshall repasó los momentos en que tenía lugar el nombramiento de un juez de paz, y distinguió tres etapas: 1) la nominación, correspondiente al presidente; 2) el nombramiento en sí mismo, acto complejo del presidente y del Senado; y 3) la entrega del documento con el sello oficial, en el que consta que las etapas anteriores se realizaron. Marshall advirtió que las dos primeras son discretionales³², mientras que la tercera no constituía una facultad del secretario de Estado, sino una obligación legal, de ahí que el poder judicial pudiera ordenarle la

²⁷ Es probable que esto haya sido una estratagema del Congreso para impedir que la Corte se pronunciara sobre la constitucionalidad de la *Judiciary Act* de 1789. Lowry Clinton, Robert, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 1989, p. 82.

²⁸ Garay, Alberto F., *op. cit.*, pp. 123-125.

²⁹ La sentencia completa, en inglés y español, puede consultarse en Amaya, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison. Origen, argumentos, y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, pp. 162-224.

³⁰ *Ídem*; véase también Holt, Wythe, "Judiciary Act of 1789", en Hall, Kermit L. (ed.), *op. cit.*, p. 544.

³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*, trad. de Guillermo Guzmán Orozco, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, p. 83.

³² Garay, Alberto F., *op. cit.*, pp. 127.

entrega de la comisión, a fin de reparar la ilegalidad cometida³³. Como Marbury gozaba de un derecho protegido que había sido violado, claramente debía haber un remedio. Parecía evidente, hasta aquí, que la conclusión sería favorable a Marbury, por tener derecho al nombramiento y a que se expidiera un *writ of mandamus* para satisfacer sus pretensiones.

Marshall observó que, si bien la competencia de la Corte está determinada en el artículo III de la Constitución, esta es omisa sobre la facultad para declarar nulas las leyes que contravengan la Constitución; es decir, la *judicial review*. Marshall manifestó entonces que los tribunales, para poder decidir los asuntos de que conocen, debían interpretar la ley; en este sentido, toda vez que la Constitución es la ley suprema, debería aceptarse que los tribunales federales han de interpretarla, en la inteligencia de que la Corte Suprema será el máximo intérprete. Este argumento implicaba apelar al principio de la supremacía de la Constitución³⁴.

Marshall acotó que el propio artículo III constitucional determinaba dos tipos de competencias para la Corte: *originaria*, cuya única instancia es el propio tribunal y que procede cuando haya litigios que afecten a embajadores, ministros y cónsules, así como cuando una entidad federativa sea parte en un proceso; y *en apelación*, una segunda instancia de los asuntos controvertidos, planteados necesariamente ante tribunales inferiores³⁵. Esta distribución competencial no cuadraba con la Sección 13 de la *Judiciary Act*, invocada por Marbury para dar a entender que la Corte tenía competencia originaria en cuanto al *writ of mandamus*³⁶. Toda vez que los demandantes eran presuntos jueces de paz, no embajadores, ni ministros, ni cónsules, no estaban legitimados para promover su demanda ante la Corte, porque este órgano *no era competente* para ordenar la entrega de los nombramientos.

Era evidente, pues, que el legislador de 1789 había ampliado indebidamente la jurisdicción originaria del alto tribunal³⁷. Por ello, y a tenor del artículo VI de la carta magna, que prevé su supremacía, esta debía prevalecer sobre la Sección 13 de la *Judiciary Act*. Procedía, pues, declarar la nulidad de esta última disposición. Es

³³ González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, pp. 326-328.

³⁴ *Ibidem*, p. 328.

³⁵ *Ibidem*, pp. 328-329.

³⁶ Johnson, Herbert A., "Marbury v. Madison", en Hall, Kermit L. (ed.), *op. cit.*, p. 521.

³⁷ Lowry Clinton, Robert, *op. cit.*, p. 86.

de notar que, al reconocer su incompetencia, la Corte dejó en claro que la *judicial review* solo corresponde a los tribunales³⁸.

En síntesis, la sentencia reconoció el nombramiento de Marbury y su derecho a recibirlo³⁹, y puntualizó que entregarlo no era una facultad discrecional del presidente ni del secretario de Estado; sin embargo, enfatizó que la Corte solo era una instancia *de apelación*, sin jurisdicción originaria para conocer del caso, de ahí que la *Judiciary Act*, que permitía acudir directamente a ese tribunal para solicitarle dar órdenes a ciertos funcionarios, fuera inconstitucional y, por tanto, inaplicable⁴⁰.

V. EFECTOS DEL FALLO Y DIVERSIFICACIÓN DE LOS MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

La decisión reseñada fue histórica en tanto que confirmó el poder de revisión judicial⁴¹. En los años posteriores a 1803, la técnica de la *judicial review* se extendió y se pulió. En *McCulloch v. Maryland* (1819) se aportó la idea de que la interpretación constitucional de la Corte obliga a todos los poderes públicos, federales y locales⁴². La sentencia de *Marbury v. Madison* no solo enfatizó el papel del juez ante la ley inconstitucional, sino que dejó claro el lugar de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico. Del caso derivaron tres principios:

1. La Constitución es superior a cualquier ley ordinaria y prevalece sobre cualquier ley que la contradiga;
2. Los jueces tienen el poder y el deber de no aplicar leyes contrarias a la Constitución; y

³⁸ González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 329.

³⁹ Sin embargo, nunca lo recibió. Rehnquist, William H., *op. cit.*, p. 35.

⁴⁰ “O la Constitución —señaló Marshall— es una ley suprema que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está al mismo nivel que las leyes ordinarias y, como cualquier otra ley, se puede cambiar cuando le parezca a la legislatura.

Si el primer término de la alternativa es cierto, entonces un acto legislativo, contrario a la Constitución, no es ley. Si el segundo término es cierto, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que, por naturaleza, no es limitable.” Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 84. Rehnquist, William H., *op. cit.*, p. 33.

⁴¹ Jaeger-Fine, Toni, “*Judicial review* (revisión judicial) en los Estados Unidos”, trad. de María de la Concepción Vallarta Vázquez, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 782. Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, pp. 913-914.

⁴² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 296.

3. La única garantía de los derechos humanos es el control judicial de los actos del poder legislativo y de la administración.

Ahora bien, es importante abundar sobre el hecho de que se haya resuelto, únicamente, que las leyes inconstitucionales no se apliquen, pero no que sean suprimidas del ordenamiento jurídico⁴³. La diferencia entre ambas opciones no es menor. El fallo de *Marbury v. Madison* determinó el modelo americano de control de la constitucionalidad de las leyes, que influyó en el desarrollo constitucional de otros países, México entre ellos⁴⁴.

Asimismo, cabe decir que el caso no preconiza una suerte de “supremacía judicial” por encima de la supremacía constitucional. En ningún momento se degradó a los poderes legislativo y ejecutivo; en todo caso, se dejó entrever que ellos son los primeros que deben examinar si las normas que pretenden elaborar o promulgar son conformes con la Constitución, a fin de evitar impugnaciones ante instancias que siempre serán judiciales⁴⁵. El principio de división de poderes supone la existencia de contrapesos, como lo establece el artículo 49 de la Constitución federal. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló al respecto⁴⁶:

... con el establecimiento del principio de división de poderes se buscó, por un lado, dividir el ejercicio del poder y el desarrollo de las facultades estatales entre diversos órganos o entes que constitucionalmente se encuentran en un mismo nivel, con el fin de lograr los contrapesos necesarios que permitan un equilibrio de fuerzas y un control recíproco; y, por otro, atribuir a los respectivos órganos, especialmente a los que encarnan el Poder Legislativo y el Poder Judicial, la potestad necesaria para emitir, respectivamente, los actos materialmente legislativos y jurisdiccionales de mayor jerarquía en el orden jurídico nacional...

⁴³ *Ibidem*, p. 298.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 295.

⁴⁵ Garay, Alberto F., *op. cit.*, p. 132.

⁴⁶ Tesis 2a./J. 143/2002, “DIVISIÓN DE PODERES. LA FACULTAD CONFERIDA EN UNA LEY A UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PARA EMITIR DISPOSICIONES DE OBSERVANCIA GENERAL, NO CONLLEVA UNA VIOLACIÓN A ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, p. 239. Registro digital: 185404

El control difuso de constitucionalidad consiste en otorgar el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes a *todos* los jueces de un país⁴⁷. Mientras lo anterior sucede en Estados Unidos y Argentina, por ejemplo, en otras latitudes existe un sistema *mixto*, que combina los controles difuso y concentrado. El modelo americano derivó, básicamente, de una creación jurisprudencial, mientras que los otros fueron consagrados expresamente en constituciones y leyes⁴⁸.

Desde sus orígenes, las características del modelo difuso no han variado. Todo juez debe, ante un caso concreto⁴⁹, abstenerse de aplicar una ley inconstitucional y decidir mediante una sentencia con efectos *inter partes*⁵⁰. En lugar de anular la ley, determina una nulidad preexistente. Se trata, pues, de un control *difuso, incidental, especial y declarativo*. Es difuso, porque la competencia para conocer de la constitucionalidad de una ley o un acto de autoridad corresponde a *todos* los jueces, sin excepción; incidental⁵¹, porque el problema de constitucionalidad se desprende de una controversia relativa a cualquier materia; especial, porque los efectos de las sentencias alcanzan solo a las partes⁵²; y declarativo, por limitarse a clarificar una situación jurídica controvertida⁵³.

Los rasgos descritos mueven a creer que el control difuso podría originar decisiones disímiles o, cuando menos, incertidumbre legal, cuando un tribunal se abstiene de aplicar una ley irregular y otro hace lo contrario. Esto se contrarrestó con soluciones en los diversos sistemas donde se aplica el control difuso; así, en Estados Unidos se impulsó la doctrina del *stare decisis*, derivada del carácter vinculante de las interpretaciones que adopte la Corte Suprema, ante la cual se puede acceder mediante el *writ of certiorari*⁵⁴; asimismo, se regularon los recursos de revisión de las sentencias que resuelvan las cuestiones incidentales de constitucionalidad, que se pueden ejercer ante los tribunales supremos; y, por último, se estableció

⁴⁷ Brewer-Carías, Allan R., "Control de constitucionalidad difuso," Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 231-232.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 231.

⁴⁹ Lowry Clinton, Robert, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*, México, UNAM, 1968, p. 17.

⁵¹ Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, p. 232.

⁵² *Ídem*.

⁵³ *Ídem*.

⁵⁴ *Cfr.* Perry Jr., H.W., "Certiorari, Writ of," en Hall, Kermit L. (ed.), *op. cit.*, pp. 131-133.

el modelo mixto, el cual permite que, con motivo de una acción de nulidad, la ley en cuestión sea anulada con efectos *erga omnes*⁵⁵.

En el caso de México, el control concentrado rige al difuso, especialmente cuando los órganos jurisdiccionales ejercen este último *ex officio*, el cual no se limita a las manifestaciones de las partes, en atención al principio *iura novit curia*; sin embargo, tal control no debe ejercerse invariablemente, sino respetando una serie de presupuestos formales y materiales, a saber⁵⁶:

1. El juzgador debe tener competencia legal para resolver el procedimiento o proceso en el que vaya a contrastar una norma;
2. Si el control se hará a petición de parte, esta debe señalar claramente cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que produce;
3. Debe existir la aplicación expresa o implícita de la norma, aunque, en ciertos casos, también puede ejercerse respecto de normas que, expresa o implícitamente, deban emplearse para resolver alguna cuestión del procedimiento en el que se actúa;
4. Debe observarse la existencia de un perjuicio en quien solicita el control difuso, o bien, irrogarlo a cualquiera de las partes, cuando se realiza oficiosamente;
5. Ha de haber cosa juzgada respecto del tema en el juicio, pues, si el órgano jurisdiccional ya realizó el control difuso y estimó que la norma es constitucional, no puede realizarlo nuevamente;
6. No debe haber jurisprudencia obligatoria sobre la constitucionalidad de la norma que emiten los órganos colegiados del Poder Judicial de la Federación, porque, de existir, tal criterio debe respetarse, toda vez que el control concentrado rige al difuso; y,
7. No debe haber criterios vinculantes respecto de la convencionalidad de la norma general, pues los emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los tribunales del Estado Mexicano.

⁵⁵ Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, pp. 232-233.

⁵⁶ Tesis XXVII.1o.(VIII Región) J/8 (10a.), "CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. SUS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, diciembre de 2013, t. II, p. 953. Registro digital: 2005057

El modelo concentrado es ostensiblemente distinto del difuso. Su origen es muy anterior a *Marbury v. Madison*. El papel de los jueces en la sociedad fue materia de ideas filosóficas que influyeron en movimientos sociales; en este sentido, el pensamiento de Rousseau y de Montesquieu repercutió en la Revolución Francesa, basada en intereses plenamente populares. Se ponderó la preeminencia del órgano legislativo —depositario de la voluntad general—, de modo que no se contempló la posibilidad de que los jueces cuestionaran las leyes, pues a ellos solo les correspondía aplicarlas⁵⁷. De hecho, en la Constitución francesa de 1799, el control de la constitucionalidad se encargó al “Senado Conservador”⁵⁸.

Esta tendencia se concretó en 1920, con la expedición de la Constitución austriaca⁵⁹ —proyectada por Kelsen—, donde se previó un Tribunal Constitucional dedicado a resolver, de manera *concentrada*, las cuestiones de inconstitucionalidad, por vía principal y mediante sentencias con efectos *erga omnes*. Es palmario que este modelo denota desconfianza en los jueces e interés en salvaguardar el principio de seguridad jurídica y la supremacía parlamentaria⁶⁰.

El control concentrado prescinde de la jurisdicción ordinaria en materia de defensa constitucional⁶¹, de la que se encarga un solo órgano, con integración y funciones específicas, e independiente de los poderes públicos. En este modelo sí existe un contencioso constitucional, a diferencia de lo que sucede con el control difuso. Asimismo, es *abstracto* porque los casos a resolver por el Tribunal Constitucional no entrañan una controversia jurídica entre partes. El tribunal se limita a declarar, con efectos generales, si una ley se adecua o no a los postulados

⁵⁷ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya, 1987, p. 120.

⁵⁸ Cfr. Pardo Falcón, Javier, “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 72, abril-junio de 1991, pp. 247-249.

⁵⁹ Cabe señalar que la Constitución de Checoslovaquia de 1920, promulgada meses antes que la de Austria, ya contemplaba un Tribunal Constitucional inspirado en la doctrina de Kelsen. Sin embargo, ese tribunal no ejerció funciones de control constitucional durante sus dieciocho años de vida. Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1998, p. 62, y Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa/UNAM, 1985, p. 125.

⁶⁰ Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004, pp. 23-24.

⁶¹ Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 74-76.

de la ley fundamental, previo estudio de una cuestión o acción de inconstitucionalidad promovida por órganos políticos.

En suma, este sistema es *concentrado, principal, general y constitutivo*⁶². Concentrado, porque a un solo órgano corresponde determinar si una ley o un acto son, o no, constitucionales. Principal, en tanto que el punto a dirimir —la norma general impugnada— no deriva de una controversia, sino que es la controversia misma. En lo tocante a la generalidad, responde al alcance de los fallos, que pueden provocar, aparte de la no aplicación, la desaparición de una ley con efectos generales. Finalmente, el control es constitutivo porque produce sentencias que fijan una nueva situación de derecho, con efectos hacia el futuro⁶³.

VI. CONCLUSIONES

Después de 220 años de haberse dictado la sentencia de *Marbury v. Madison*, es claro que el control judicial de la constitucionalidad ha evolucionado notablemente, aunque siempre en interés de los principios de supremacía constitucional y de división de poderes⁶⁴. La Corte encabezada por Marshall reveló que ningún poder público debe anteponer sus actos a lo mandado por la Constitución; dado el principio de legalidad, a cuyo tenor toda autoridad pública debe ceñir su actuación a lo preceptuado por las leyes y los reglamentos aplicables⁶⁵, es de entender que el funcionariado deba obligarse a observar la carta magna, fuente del ordenamiento jurídico.

Amaya apuntó que *Marbury v. Madison* “trasciende... la creación pretoriana del control de los actos de los Poderes Políticos en cabeza del Poder Judicial; y se instala en la discusión —entre otras cuestiones— sobre la posición que una Constitución posee frente a los principios del sistema jurídico democrático”⁶⁶. El trasfondo de la especie consiste en erradicar el abuso de poder. Si un régimen democrático y republicano pretende mantener vivo su andamiaje constitucional, debe otorgar un

⁶² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 202.

⁶³ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2ª. ed., México, UNAM, 2013, pp. 172-173.

⁶⁴ Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, p. 915.

⁶⁵ Islas Montes, Roberto, “Sobre el principio de legalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009, p. 101.

⁶⁶ Amaya, Jorge Alejandro, *op. cit.*, p. 17.

puesto preeminente a la convivencia de los poderes. La eficacia de la carta magna se evidencia, sobre todo, en el respeto a los derechos humanos, lo cual supone, por lo común, la intervención de autoridades judiciales, que impondrán límites a la arbitrariedad y el autoritarismo.

En suma, la Constitución debe defenderse porque en ella “cristalizan los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en nuestro sistema jurídico”⁶⁷. Los actos de los detentadores del poder que sean justiciables, sin duda ameritan el análisis de juzgadores, que fijarán el alcance del propio poder para evitar que socave los derechos humanos y, por tanto, la fuente que reconoce a estos. En palabras de Marshall: *“Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void”*⁶⁸.

⁶⁷ Tesis P. XXVIII/98, “INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, abril de 1998, p. 117. Registro digital: 196537

⁶⁸ “Todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran por cierto la ley fundamental y suprema de la nación, y por lo tanto la teoría fundacional de cada estado deber ser que, toda ley del poder legislativo contraria a la constitución es nula”. Amaya, Jorge Alejandro, *op. cit.*, pp. 188 y 220-221.

VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- AMAYA, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison. Origen, argumentos, y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987.
- CARBONELL, Miguel, "Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad"; *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, 2006.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2ª. ed., México, UNAM, 2013.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.
- _____, "El trasfondo político y jurídico de la *Marbury v. Madison Decision*"; *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, Madrid, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2ª. ed., México, UNAM, 2014.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*, México, UNAM, 1968.
- _____, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa/UNAM, 1985.
- _____, *El requisito del control de la constitucionalidad en un Estado democrático de derecho*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, Colección *10 años de la Novena Época. Discursos*.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 3ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.
- GARAY, Alberto F., "La enseñanza del caso 'Marbury vs. Madison'"; *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 7, núm. 13, 2009.

- GARCÍA-MANSILLA, Manuel José, "Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad", *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, núm. 1, junio de 2020.
- HALL, Kermit L. (ed.), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2ª. ed., New York, Oxford University Press, 2005.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 2000.
- ISLAS MONTES, Roberto, "Sobre el principio de legalidad", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XV, Montevideo, 2009.
- LOWRY CLINTON, Robert, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 1989.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya, 1987.
- PARDO FALCÓN, Javier, "Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 72, abril-junio de 1991.
- REHNQUIST, William H., *The Supreme Court*, 2ª. ed., New York, Vintage Books, 2002.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.), *Lexicón jurídico*, México, UNAM/IIJ, 2023.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*, trad. de Guillermo Guzmán Orozco, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000.
- _____, *Semanario Judicial de la Federación*, <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>.
- UNAM/IIJ, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, t. I.

El principio de extrafiscalidad en el gasto público

Jesús ZÚÑIGA GONZÁLEZ¹

Sumario

I. Introducción. II. Principio de destino al gasto público. III. Principio de extrafiscalidad. IV. Función del Estado. V. Conclusión. VI. Fuentes de información.

Resumen

Este trabajo aborda los aspectos que integran el principio de extrafiscalidad, como uno de los principios tributarios de carácter ético-político, para alentar o desalentar las actividades benéficas o contrarias para la recaudación y su importancia con los fines del Estado. Por otra parte, analiza el destino del gasto público y la manera en que se ejerce la discrecionalidad técnica y la discrecionalidad política, para satisfacer los derechos sociales y hacer respetar los derechos individuales.

Lo anterior, como fundamento de explicación de la realidad política administrativa que ejerce el Gobierno mexicano en aras de crecimiento y desarrollo del país.

Abstract

This work addresses the aspects that make up the principle of extra-taxation as one of the tax principles of an ethical-political nature to encourage or discourage beneficial or contrary activities for collection and its importance for the purposes of the State. On the other hand, it analyzes the destination of public spending and the way in which technical discretion and political discretion are exercised, to satisfy social rights and ensure respect for individual rights.

The latter, as a basis for explaining the administrative political reality exercised by the Mexican Government for the sake of growth and development of the country.

¹ Envío del original: 29/05/2023. Director del Instituto de Especialización en Justicia Administrativa del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Tlaxcala. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Docente, Investigador, Asesor, Consultor y Certificador por el Sistema CONOCER.

Palabras Clave

Principio de extrafiscalidad. Gasto público. Derechos sociales. Derechos individuales.

Key Words

Principle of extra taxation. Public spending. Social rights. Individual rights.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación se encuentra orientada a la exposición de los principios denominados destino al gasto público y extrafiscalidad, los cuales proporcionarán elementos que, relacionados con la función del Estado, y a partir de su aplicación tributaria, se deben de obtener recursos, buscando en todo momento la satisfacción de los derechos sociales y el respeto de los derechos individuales.

II. PRINCIPIO DE DESTINO AL GASTO PÚBLICO

Uno de los temas importantes en nuestra sociedad es saber, cuáles son los principios, criterios o lineamientos que se adoptan, por parte de la institución gubernamental, para llevar a cabo la obtención de recursos, sus mecanismos o justificaciones de aplicación y el objetivo que deben tener en la sociedad.

Para tal efecto, el identificar que vivimos en un sistema de organización social derivado del Contrato o Pacto Social planteado por Jean Jacques Rousseau en 1762, en donde el individuo realiza un acuerdo con su entorno social a través del ente colectivo denominado Estado y este con el individuo, cediendo parte de su libertad, comprometiéndose ambos en la contribución de todos los aspectos que les permitan un desarrollo integral y respeto a la dignidad de la persona, así como el mejoramiento de la calidad de vida. En esta tesitura, es una obligación de todos el contribuir para tal efecto, encontrando su justificación en la existencia de un Estado social de Derecho, por la necesidad del ente estatal de obtener ingresos no sólo para su mantenimiento, sino para desarrollar sus funciones con el fin de conseguir el bienestar de la colectividad, luego entonces, el deber de contribuir se cimienta en la solidaridad social, de ahí la aceptación de las acciones del Estado de contenido recaudatorio y de lucha contra la evasión fiscal”².

² Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Principios tributarios y económicos de las contribuciones*, México, Dofiscal Editores, 2018, p. 60.

En esta vertiente, el Estado se organiza y orienta sus políticas públicas de atención y desarrollo, a través de estrategias que le permitan crear infraestructura para dar cumplimiento a sus fines y al compromiso que históricamente tiene con el individuo que se encuentra en su territorialidad.

Es importante señalar que, como antecedente, los fines del Estado se ubican principalmente en tres planos: el aspecto económico, del que se desprende la facultad para recaudar contribuciones; el aspecto político, que tiene relación con la planeación administrativa-operativa; y, el aspecto social, que estaba orientado al individuo y a la sociedad en general.

En este último, cabe resaltar que el Estado Moderno, con la finalidad de ser inclusivo y respetar en estricto sentido el libre desarrollo de la persona, ha integrado a entes colectivos en su planeación, en los que a través de su inclusión, da oportunidad a que los intereses y objetivos de la sociedad se puedan pluralizar a través de este elemento integrante de la sociedad, ampliando el marco de acción del Estado y debiendo renovar la visión y objetivos del Pacto Social, como parte de la evolución y del mejoramiento de las condiciones de la sociedad.

En este sentido, el Estado para sostener la constitucionalidad de una ley tributaria, tienea su disposición, derivado de la Carta Magna, principios constitucionales tributarios, los cuales se clasifican en: normativos y ético-políticos (o económicos). Los principios tributarios jurídicos son aquellos que se desprenden del contenido de la fracción IV del Artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que a la letra dice:

Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Es decir, “los principios tributarios y jurídicos son aquellas razones normativas que determinan la licitud, legalidad o constitucionalidad de una norma tributaria, los cuales, de acuerdo con el Artículo magno citado, son: proporcionalidad, equidad, legalidad, destino al gasto público”³.

³ *Ibidem*, p. 44.

De lo anterior se deriva, la facultad que tiene el Estado para realizar su actividad de recaudación y la planeación que debe hacer para la aplicación de los recursos y cumplimiento de sus objetivos.

El principio denominado destino al gasto público, es un instrumento de orientación en el que se establecen los fines primordiales y justificación, el que se orienta, por una parte, a la satisfacción de los derechos sociales, los cuales implican la necesidad de emplear fondos públicos para su realización, caracterizándose un deber del Estado de "hacer"; es decir, para que se brinde educación, salud, vivienda, etc. Por otro lado, el principio busca hacer respetar los derechos individuales los que se caracterizan por el deber del Estado de "no hacer" (prohibición o abstención), es decir, para que no se limiten los derechos de los particulares.

En este sentido, el principio de destino al gasto público se debe considerar de carácter constitucional, ya que tiene su fundamento en la Carta Magna, además de ser un deber y obligación para todo ciudadano, el hecho de contribuir con los fines sociales que tiene la entidad gubernamental.

Es importante señalar que, el principio de destino al gasto público tiene fines y razones que son la base para su aplicación. El fin puede catalogarse como determinable o indeterminable, el primero de ellos, es cuando sabemos con exactitud hacia qué hecho, circunstancia o situación en concreto, se va a llevar a cabo su aplicación, ya que cuenta con una discrecionalidad técnica, es decir, que sus razones tienen su fundamento en la propia norma; y el segundo, es derivado de una proyección, pero que no se puede especificar al cien por ciento, ya que este depende, de la situación en concreto y cuál es la directriz para su aplicación, pero ya se tiene previsto, por lo que se requiere de un criterio o razón adicional de índole político-administrativo para su consideración; lo que genera, que el principio de destino de gasto público, sea catalogado por su naturaleza con fines determinables, ya que se requiere de certeza y regulación normativa sobre el destino que se le va a dar a la contribución a través del gasto público.

Así mismo, los fines del principio de destino al gasto público pueden ser evaluados desde su efectividad y eficacia, es decir, la efectividad, cuando la ley que se aplica se cumple, ya sea de forma unilateral por los sujetos obligados o de manera coercitiva, cuando el Estado tiene que implementar alguna medida para lograr su aplicación. La eficacia se refiere a lograr la realización del acto para el

cumplimiento normativo ya sea al igual que en el concepto anterior, de manera unilateral o de forma inductiva a través de algún mecanismo de persuasión.

En este sentido, la evaluación de la efectividad y eficacia del principio de destino al gasto público, se puede vincular a la satisfacción o insatisfacción de los derechos sociales, para ello debemos analizar la dimensión sociológica del Derecho, para efecto de tener una medición respecto de la satisfacción o insatisfacción, así como de la efectividad e ineffectividad de la ley y del acto mencionado. Esta integración y análisis, nos lleva a que todo fin y razón que pueda aplicarse para desarrollar el principio citado, debe tener como resultado la satisfacción de los derechos sociales, así como la efectividad y eficacia de los actos desplegados y de la ley de fundamento.

En la práctica podemos encontrar, siguiendo la línea de investigación de Carlos Alberto Burgoa Toledo, que diversas medidas adoptadas por el Estado para la aplicación del principio de destino al gasto público, algunas no llegan a tener la efectividad y la satisfacción al cien por ciento, lo anterior, debido a que los fines planteados y las razones, se encuentran fuera de la discrecionalidad técnica que se requiere, además de considerar la debida concientización y otorgamiento de estímulos e incentivos para que los contribuyentes colaboren de manera unilateral, sin necesidad de presionar o coaccionar; ya que lo único que deriva, es la inconformidad y la insatisfacción de los derechos sociales en beneficio de los contribuyentes.

Es de hacer notar, que las medidas que se adoptan para la recaudación y cumplimiento de la ley, a través del principio de destino al gasto público, cuando dejan de observar los aspectos técnicos que le dan origen a sus finalidades y razones de creación, provoca que el contribuyente no dé cumplimiento, ya sea por decisión propia o por falta de claridad en los planteamientos jurídicos, lo que genera, que no haya identidad, se quebrante el deber y compromiso social, además de que los fines y razones se vean justificados por cuestiones de índole ético y político, que cuando no se tiene una formación estructural que soporte la toma de decisiones, desprenda una separación entre lo que se plantea en la norma, los objetivos de la sociedad y la capacidad de los individuos, por lo que debemos de procurar que los fines y las razones que derivan de una ley o medida, sean claros, concretos y accesibles para fomentar su comprensión, atención y cumplimiento en beneficio de los derechos sociales y respecto de los derechos individuales.

III. PRINCIPIO DE EXTRAFISCALIDAD

El principio de extrafiscalidad se puede definir como el conjunto de razones económicas que subyacen después de las razones jurídicas, como elementos que producen una mayor recaudación para las finanzas públicas, sin desdeñar los principios jurídicos y con la finalidad de generar un crecimiento y desarrollo del país.

Los fines extrafiscales son: “alentar o desalentar alguna práctica o actividad de la dinámica social que se considera benéfica o dañina para la satisfacción de los derechos sociales para hacer respetar los derechos individuales”⁴.

Este Principio se encuentra ubicado en la clasificación de los principios tributarios de orden ético-político (o económicos), en el cual se contemplan dos tipos de razones, las de carácter sustancial que se refieren a las contribuciones destinadas a cubrir el gasto público para satisfacer los derechos sociales y hacer respetar los derechos individuales, y las formales que implican como y a través de quien se obtendrán los recursos para el gasto público y el empleo de sus fondos.

Es importante señalar que, el principio de extrafiscalidad tiene fines y razones que le dan la base para su aplicación. El fin puede catalogarse como determinable o indeterminable, el primero de ellos, es cuando sabemos con exactitud, hacia qué hecho, circunstancia o situación en concreto, se va a llevar a cabo su aplicación, y el segundo, es derivado de una proyección, pero que no se puede especificar al cien por ciento, ya que este depende, de la situación en concreto, y cuál es la directriz para su aplicación, pero ya se tiene previsto, por lo que se requiere de un criterio adicional de índole político-administrativo para su consideración; lo que genera, que este principio, sea catalogado por su naturaleza con fines indeterminables, ya que no tiene su sustento en un fin con base estrictamente normativo, sino que tiene su fundamento en un fin ético-político, lo que deriva una discrecionalidad para el legislador de carácter política y no de índole normativa, para llevar a cabo su aplicación.

En esta vertiente, el principio de extrafiscalidad tiene como apoyo razones sustanciales que son las que justifican que se tenga que recaudar para cubrir el gasto público y satisfacer los derechos sociales y respetar los derechos individuales.

⁴ *Ibidem*, p. 206.

Por otro lado, las razones de carácter formal, son las que nos van a permitir señalar cómo, a través de quien se obtendrán los recursos públicos y, sobre todo, en dónde se invertirán o emplearán esos fondos.

Así mismo, observando lo señalado por Carlos Alberto Burgoa Toledo, los fines pueden diversificarse en fiscales, parafiscales y extrafiscales; los fiscales son aquellos que conforme a la norma son su base fundamental, ya que su justificación es el de cobrar y recaudar para el gasto público, lo cual deriva una fiscalización en su cumplimiento sobre el contribuyente. Los fines parafiscales, son aquellos en que la recaudación, ya va destinada a un organismo determinado o programa específico, y que se utilizará para satisfacer sus actividades previamente establecidas. Y los fines extrafiscales, son los que se utilizan para alentar o desalentar ciertas prácticas o actividades que se pueden considerar en ocasiones benéficas o en algunos otros casos perjudiciales. En el supuesto de esto último, se desprende de la observación de que, en diversos momentos, los criterios que se utilizan son de índole ético-político y no de razonamiento normativo, lo que puede derivar una ineffectividad en su aplicación o una desproporcionalidad en el resultado.

La aplicación del principio de extrafiscalidad se puede realizar conforme a una discrecionalidad técnica, basada en los principios normativos expresados por la ley, y de acuerdo a una discrecionalidad política, que deriva de una actuación del legislador ajena a normas, no expresadas por ley, pero respetando los derechos fundamentales.

El principio de extrafiscalidad se encuentra inmerso en muchas de las decisiones administrativas para la obtención de contribuciones, sin embargo, su resultado, no ha sido del todo favorable o satisfactorio, debido a la falta de satisfacción de las medidas adoptadas, la baja eficacia en su aplicación y cumplimiento, lo que genera que, hoy en día, tengamos una base tributaria recortada, que la cultura del cumplimiento y contribución voluntaria esté por debajo de la media nacional de la población económicamente activa y que no se puedan garantizar los derechos sociales y, mucho menos, respetar los derechos individuales, debido a las resoluciones y criterios emanados de aspectos políticos más que de situaciones técnicas, normativas, y de planeación sistemática y permanente.

IV. FUNCIÓN DEL ESTADO

Una de las funciones más importantes que la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos le asigna al Estado es la rectoría, para que este fomente el desarrollo nacional y, de esta manera, se garantice que el citado desarrollo sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático; y que mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo, y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.

El Estado debe crear las condiciones que permitan contar con infraestructura en la que todo individuo, colectividad y nuestra sociedad, puedan acceder a datos precisos y congruentes con la vida económica, política, social, cultural y democrática que tenemos en el país; se requiere de mayores elementos para que se pueda aplicar una participación activa de los ciudadanos, en la que los principios de colaboración, participación y transparencia, sean los ejes rectores en el destino del gasto público y en las medidas de índole administrativo para la obtención de los recursos públicos, su distribución y aplicación, así como fines y razones que generen un real desarrollo, así como se garanticen los derechos sociales y respeten los derechos individuales.

V. CONCLUSIÓN

El principio denominado destino al gasto público se orienta, por una parte, a la satisfacción de los derechos sociales, los cuales implican la necesidad de emplear fondos públicos para su realización; y, por otro lado, busca hacer respetar los derechos individuales.

Para este efecto, el principio de extrafiscalidad se orienta a llevar a cabo la aplicación de medidas que alientan o desalientan alguna práctica o actividad de la dinámica social que se considera benéfica o dañina para la satisfacción y respeto de los derechos mencionados. El Estado, para cumplir su función, debe fijar lineamientos y criterios que le permitan transparentar los fines tributarios, el uso de los recursos y la fijación de metas de carácter individual, colectivo y social.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ALEXY, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid-México, Fontamara, 2013.
- BURGOA TOLEDO, Alberto, *Los derechos humanos en la tributación*, México, Dofiscal Editores, 2018.
- _____, *Principios tributarios y económicos de las contribuciones*, México, Dofiscal Editores, 2018.
- HAYEK, Friedrich A., *Principios de un orden social liberal*, España, Unión Editorial, 2010.
- CONGRESO DE LA UNIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Secretaría de Servicios Parlamentarios, 2022.
- LÓPEZ STERUP, Henrik, *Protección judicial de los derechos sociales*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín *et al.*, *Garantías sociales*, México, Porrúa, 2012.
- ORTEGA MALDONADO, Juan Manuel, *Derecho Fiscal*, México, Porrúa, 2021.

La “acción de lesividad” en la Argentina

Juan Martin VOCOS CONESA¹

“Milagrosamente nacido, el Derecho Administrativo subsiste gracias a un prodigio diariamente renovado”.

I. INTRODUCCIÓN

La República Argentina optó, al tiempo de su organización institucional allá por 1853, por el Sistema Republicano de Gobierno. Tal decisión implicó que el poder público sea repartido de forma tripartita en las siguientes ramas: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial.

Ya no es un problema, ni conceptual ni práctico, comprender que los tres poderes ejercen –además de la función que naturalmente les resulta asignada por la Constitución Nacional– la función administrativa, por conducto de la Administración Pública. Del ejercicio de esta función pueden derivarse situaciones que tornen viable la acción cuyos perfiles característicos abordaremos a continuación.

La Administración Pública debe revocar sus propias decisiones (en la especie, actos administrativos) por sí y ante sí, en el caso de que estas se encuentren afectadas por vicios en sus requisitos de validez, es decir, se trate de actos nulos o anulables, pues tales vicios comprometen su regularidad.

En el caso de que ello no sea posible, debido a que el acto administrativo ya fue notificado al destinatario o se están cumpliendo derechos subjetivos que nacieron de él, deberá iniciar esta acción judicial con el propósito de que el juez declare la invalidez de dicho acto.

¹ Abogado y especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública, ambos títulos otorgados por la Universidad de Buenos Aires; profesor titular de contratos administrativos en el Departamento de Posgrado de la Universidad Católica de La Plata; se desempeña como secretario judicial en la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Es autor de diversos trabajos sobre su especialidad, tanto en su país como en México, Venezuela y Ecuador.

Este proceso judicial es comúnmente conocido con el nombre de Acción de Lesividad. Su procedencia está dada, básicamente, cuando la Administración Pública –quien actúa como parte actora– pretende la invalidez de sus propios actos, bajo ciertos supuestos como se verá.

Señala Díez que este proceso se diferencia del ordinario porque la Administración Pública, de parte demandada pasa a ser parte actora, pero hay que observar que no en todos los supuestos en que la Administración actúa con tales caracteres se presenta el proceso (o acción) de lesividad.

Por eso, se puede afirmar, para que se reúnan los requisitos y así configurar la acción de lesividad, será preciso: a) que la Administración actúe como parte demandante; y, b) que cuestione un acto dictado por ella misma, solicitando su anulación en mérito de considerarlo lesivo para los intereses públicos. Se trata de un proceso especial donde aparece una entidad pública demandante frente a sus propios actos.

II. CARACTERES

La Corte Suprema de Justicia de la Nación –máxima autoridad judicial en el país– ha dicho respecto al tema que nos ocupa que, el principio de la estabilidad del acto administrativo parece invertirse en el caso del acto irregular –aquel afectado por una de las causales de nulidad absoluta previstas en el Artículo 14 de la Ley 19.549– pues debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad, aún en sede administrativa, salvo cuando estuviere firme y consentido, y hubiere generado derechos subjetivos a favor del particular que se estén cumpliendo; esto último, en conformidad con lo establecido en el Artículo 17 de dicha Ley. En este supuesto sólo puede ser impugnado mediante la acción de lesividad, aunque esta limitación no se exige cuando el particular “haya conocido el vicio”.

A lo expuesto debe agregarse otro valioso concepto, vertido por el Alto Tribunal en el sentido de que las excepciones a la regla de la estabilidad en sede administrativa del acto regular, previstas en el Artículo 18 de la Ley 19.549, entre ellas, el conocimiento del vicio por el interesado; en el caso, el vicio en la competencia y el procedimiento son igualmente aplicables al supuesto contemplado en el Artículo 17, primera parte, pues de lo contrario el acto nulo de nulidad absoluta gozaría de mayor estabilidad que el regular.

Asimismo, cabe mencionar que, si bien la Administración Pública tiene la posibilidad de revocar sus propios actos, ello no siempre se da cuando los actos son declarativos de derechos, lo que ocurre con el objeto de equilibrar los intereses públicos con los intereses de los particulares, ya que estos no pueden quedar siempre a merced de las veleidades de la Administración Pública. Es evidente que, si no fuera así, esta podría desconocer en cualquier momento dado, derechos reconocidos o creados con anterioridad por ella misma.

1. *Competencia y admisibilidad formal*

La demanda tendrá que ser dirigida ante el órgano judicial competente, por el que represente a la Administración Pública en juicio, luego que esta haya decidido administrativamente pedir la anulación de su propio acto. Incluso se ha postulado que, por razones de prudencia, corresponde la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación, antes de disponer el inicio de la acción de lesividad.

Al punto, vale aclarar que, cuando el acto es perjudicial respecto a las personas, la Administración Pública puede revocarlo ante sí, ya que el particular no tiene interés alguno en su estabilidad. Tal sería el caso de los actos de gravamen, de aquellos que imponen sanciones, etc.

Cabe agregar que mientras en el proceso ordinario común es preciso que el acto administrativo cause estado; es decir, tienen que agotarse a su respecto las vías administrativas previas (o acudirse a alguna de las excepciones), en la acción de lesividad este requisito no es exigible.

La solución es lógica, puesto que como la Administración Pública es parte demandante, ella no tiene la necesidad de que el acto agote las vías administrativas. Lo contrario no tendría sentido. Además, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos establece de modo expreso que no habrá plazos para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción.

Por lo demás, es obvio que cuando el Estado pretende judicialmente el cumplimiento de sus propios actos no cabe referirse a los presupuestos de admisibilidad, ya que ellos sólo tienen virtualidad en los procesos de impugnación de las decisiones estatales y no cuando el objeto es su cumplimiento.

No obstante, al iniciar la acción (o proceso) de lesividad, la Administración debería acompañar con su demanda el expediente (o sus constancias) en que se dictó el acto objeto del proceso.

Esto es así, ya que sin la previa declaración administrativa podría luego intentarse la anulación judicial por simple presentación de apoderado, lo cual resulta inconducente. Al respecto, cabe aquí recordar las palabras de Fiorini en punto a que la única forma en que la Administración Pública exterioriza juicio, conocimiento, verificación de una situación, cosa o norma, es por medio de un acto jurídico (administrativo en la especie) que tiene ese objeto. En otras palabras, no se requiere más que la declaración en sede administrativa de la lesividad por ilegitimidad para el inicio de la acción judicial.

2. *Legitimación activa y pasiva*

Siempre es la Administración Pública la legitimada activamente. De allí que sea lógico suponer que si es ella quien inicia el proceso por entender que el acto es ilegítimo, habrá de suspender la ejecución del mismo. Si bien esta sería una facultad discrecional, parece razonable que durante la tramitación del proceso no se ejecute el acto cuya anulación se pretende.

En cualquier caso, siempre podrá peticionarse la suspensión cautelar en sede judicial del acto administrativo, en tanto las irregularidades invocadas otorgan, en principio, suficiente verosimilitud en el derecho y, en cuanto al peligro en la demora, el daño que con la cautelar requerida quiere el Estado evitar, consiste en el incremento de una posterior indemnización por daños y perjuicios.

En términos generales, la legitimación pasiva estará en cabeza de una persona distinta a la Administración Pública y será aquélla a la que beneficia la estabilidad del acto administrativo cuya nulidad se persigue. Es decir, el particular beneficiado por el acto cuya declaración de lesividad se pretende, será el emplazado a contestar la demanda.

3. *Recaudos de procedencia*

Desde nuestro punto de vista, los requisitos que corresponden para iniciar la acción son:

Que el acto administrativo estuviera firme; es decir, que no pueda ya impugnarse por haber transcurrido los plazos legales (o reglamentarios) previstos al efecto.

Que haya generado derechos subjetivos; es decir, que existe un atributo exclusivo de un particular en exigir de la Administración un comportamiento determinado que le favorece o beneficia, y

Que esos derechos se estén cumpliendo, o sea, que estén en curso de ejecución.

4. *La sentencia y sus efectos*

En cuanto a la sentencia, si esta fuera desestimatoria, dará firmeza a la relación jurídica que tiene su base en el acto cuestionado. De allí que la potestad revocatoria de la Administración Pública tendrá un nuevo límite al dictarse la sentencia confirmatoria del acto.

En cambio, si la sentencia es estimatoria, se tratará de un pronunciamiento constitutivo que, al anular un acto declarativo de derechos, producirá la extinción de las relaciones jurídicas derivadas de ese acto.

La sentencia definitiva hará, como en todos los casos, cosa juzgada.

III. CONCLUSIÓN

Al admitir la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, que los actos administrativos generadores de derechos subjetivos a favor de los administrados gozan de estabilidad o inmutabilidad que los torna irrevisables por la propia autoridad administrativa, debe establecerse un medio impugnativo procesal para la Administración Pública en caso de ser necesario.

Esto es así, pues toda pretensión exige dotarla, para ser tal, de una instrumentación adecuada al fin jurídico perseguido.

Es deseable que la acción de lesividad cuente con un andamiaje legal que la sostenga, a efectos de evitar que interpretaciones y opiniones diversas terminen por desconocer los derechos de los ciudadanos.

Un aspecto que merece especial atención es que la Administración Pública, como consecuencia de un procedimiento administrativo previo, declare la existencia concreta y real de un vicio que acarrea la nulidad absoluta que pesa sobre el acto administrativo ya firme y consentido.

Una vez más reitero aquí mi opinión acerca de que este y tantos otros problemas que se presentan a diario en esta materia, podrían ser solucionados por la sanción de un Código Procesal Contencioso Administrativo Federal, que regule

tanto este como todos los otros aspectos del proceso judicial que involucre a la Administración Pública vis a vis los derechos de los ciudadanos.

ADENDA: PROPUESTA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA ACCIÓN DE LESIVIDAD

Artículo...: “Los órganos o entes administrativos podrán promover la acción de lesividad, tendiente a lograr la declaración de nulidad de los actos viciados e irrevocables en sede administrativa, siempre que mediase declaración administrativa de encontrarlo lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad”

Artículo...: “No habrá plazos para la interposición de la demanda, sin perjuicio de la prescripción, la que se regirá por las normas pertinentes de la legislación civil, y que podrá ser invocada por el demandado para repeler la acción. Regirán, en lo pertinente, las normas procesales aplicables al proceso ordinario”

Artículo...: “La acción será promovida contra quien resulte beneficiado por el acto administrativo impugnado. El demandado contará con el plazo de quince (15) días hábiles para contestar el traslado de la acción”

Artículo...: “El trámite se regirá por las normas que regulan el proceso ordinario en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuya aplicación supletoria se establece para aquello que no se prevea expresamente”



TEJA
—
TRIBUNAL FEDERAL
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA