

# PRAXIS

## DE LA

# JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA



Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Año 2010 Núm.2

Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa

- EL JUICIO SUMARIO COMO ALTERNATIVA PARA AGILIZAR EL TRÁMITE Y EVITAR EL INCREMENTO DE INVENTARIOS DE JUICIOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.
- CONTENCIOSO DE INTERPRETACIÓN, INNOVACIÓN RECTORA DE CARA AL SIGLO XXI.
- POSITIVISMO, JUSNATURALISMO. HACIA UN NUEVO PARADIGMA.
- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.
- "FIRMA ELECTRÓNICA".
- REGULACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.
- TELETRABAJO.
- LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN LOS ASUNTOS DE SEGURIDAD SOCIAL.
- JURISPRUDENCIA.  
AVISO DE COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR ¿REQUISITO FORMAL O DE PROCEDENCIA.

# PRAXIS

DE LA

# JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA



Año 2010 Núm. 2



Instituto de Estudios  
sobre Justicia Fiscal  
y Administrativa

**PRAXIS**  
DE LA  
**JUSTICIA FISCAL Y**  
**ADMINISTRATIVA**

**DIRECTORIO**

**Mag. Francisco Cuevas Godínez**

*Presidente del Tribunal Federal  
de Justicia Fiscal y Administrativa*

**JUNTA DE GOBIERNO**

**Mag. Francisco Cuevas Godínez**

**Mag. Guillermo Domínguez Belloc**

**Mag. María del Consuelo Villalobos Ortíz**

**Mag. María Áurea López Castillo**

**Mag. Juan Ángel Chávez Ramírez**

**Editor: Lic. Minko Eugenio Arriaga y Mayés**  
*Director General del Instituto de Estudios  
sobre Justicia Administrativa*

**Lic. Xochitl Garmendia Cedillo**

*Subdirección de Análisis e Investigación*

**C. Alejandra Abril Mondragón Contreras**

**C. Jessica Daniella Castro Casillas**

*Revisión y Cotejo*

**LDG. Dulce María Castro Robelo**

*Diseño y Formación*

Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa es una Revista Cuatrimestral editada por el Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa, Torres Adalid Núm. 21 Col. Del Valle, 03100 México, D.F. Teléfono 50037000 ext.3730 Del. Benito Juárez.

Revista Número 2, Año 2010

Derechos Reservados ©

**Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa**

**INSTITUTO DE ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA FISCAL  
Y ADMINISTRATIVA**

Reserva No. 04-2009-082810193600-106

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta publicación, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información, sin la autorización expresa.

El contenido de los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de los autores.

**\*\* Número de certificado de licitud de título, número de certificado de licitud de contenido en trámite.**

ISSN \*En trámite.

## CONTENIDO

El Juicio Sumario como alternativa para agilizar el trámite y evitar el incremento de inventarios de juicios contenciosos administrativos ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. ....	6
<b>MAG. MARÍA DE JESÚS HERRERA MARTÍNEZ</b>	
Contencioso de Interpretación, Innovación rectora de cara al Siglo XXI. ....	16
<b>MAG. MARTHA GLADYS CALDERÓN</b>	
Positivismo, Jusnaturalismo. Hacia un nuevo paradigma. ....	30
<b>LIC. HÉCTOR LERMA GONZÁLEZ</b>	
La Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ....	64
<b>LIC. MIGUEL PÉREZ LÓPEZ</b>	
Valor probatorio de los medios electrónicos. ....	100
<b>MAG. MARÍA TERESA OLMOS JASSO</b>	
“Firma Electrónica” .....	127
<b>DR. GUSTAVO A. ESQUIVEL VAZQUEZ</b>	
Regulación de los medios electrónicos en el Código Fiscal de la Federación. ....	141
<b>LIC. RAÚL RODRÍGUEZ LOBATO</b>	
Teletrabajo. ....	180
<b>LIC. XOCHITL GARMENDIA CEDILLO</b>	
Los Principios Procesales en los asuntos de Seguridad Social .....	198
<b>DR. ÁNGEL GUILLERMO RUÍZ MORENO</b>	
Aviso de Compensación de Saldos a Favor. ¿Requisito formal o de procedencia? ....	221
<b>LIC. JUAN MANUEL ÁNGEL SÁNCHEZ</b>	

---

---

# EDITORIAL

---

---



En las líneas siguientes presento al lector el número dos de la Revista Electrónica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Siempre es reconfortante dar a conocer, tanto al lector general como al especializado, el nuevo material jurídico que va enriqueciendo la Ciencia del Derecho.

En efecto, el Derecho como Ciencia Social, se va conformando con las aportaciones doctrinales, así como con los criterios jurisdiccionales, a efecto de poner al día a todos los que estamos de una u otra forma involucrados en el mundo jurídico.

Por lo que se refiere a la revista que nos ocupa, cabe señalar las grandes ventajas que representa el hecho de que su formato es electrónico. Dadas las características tecnológicas de la Jus-cibernética actual, resulta un mecanismo ágil, eficiente, y prácticamente al alcance de todos, que vía Internet podemos tener acceso al referido texto. Investigadores, litigantes, docentes y estudiantes del Derecho, tenemos muy claro el valor que como apoyo para conocer, explicar y difundir el conocimiento jurídico representa una revista que consigna la "Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa".

El Instituto de Estudios sobre Justicia Fiscal y Administrativa, responsable de esta edición, es un órgano eminentemente académico del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, conforme a la ley orgánica vigente. Así, uno de sus objetivos es la investigación y difusión de la cultura jurídica.

Precisamente como crítica, muy válida, es que son muy pocos los tribunales que publican, en una revista, todas sus experiencias y bagaje cultural que se va generando en su diaria labor judicial.

Por otro lado, el éxito de las revistas especializadas radica en que se realicen apoyadas en los principios de metodología de la investigación y redacción jurídica; y esta revista está diseñada y redactada de manera clara, pero atiende estrictamente estas bases.

En cuanto al contenido de la revista me parece que cumple con su función; toda vez que por este medio el lector puede tener a acceso a información que le actualice y ponga al día en temas de relevancia, que por su naturaleza son muy dinámicos y variantes.

En revistas posteriores se sugiere incorporar una sección de “nuevos libros”, que reseñe publicaciones relacionadas con la materia.

Concluyendo, la “Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa”, al contemplar temas de actualidad, siempre dentro de los parámetros de la metodología jurídica, resulta un instrumento muy novedoso y útil en la difusión de la Ciencia Jurídica.

### **DOCTOR JUAN MANUEL SALDAÑA PÉREZ**

Director del Seminario de Comercio Exterior de la  
Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México



# EL JUICIO SUMARIO COMO ALTERNATIVA PARA AGILIZAR EL TRÁMITE Y EVITAR EL INCREMENTO DE INVENTARIOS DE JUICIOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA

*Mag. María de Jesús Herrera Martínez*

Enero de 2010

**ABSTRACT:** El procedimiento sumario se justifica no sólo con la existencia de un criterio definido y obligatorio para este Tribunal, sino además, con el hecho de que tal criterio resuelva la controversia en forma definitiva.

Es una opción eficaz la implantación de una modalidad del juicio de nulidad tradicional a través del juicio sumario, que tiene como rasgo primordial el de sustanciarse de forma muy rápida, abreviando plazos o etapas que impliquen el mínimo de actos procesales indispensables y con ello el empleo del menor tiempo posible en resolver la controversia planteada.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El incremento de asuntos que se ventilan ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa ha sido notable y ha originado la dilación en la resolución de los juicios de nulidad, no por negligencia de sus integrantes, sino porque materialmente el cúmulo de ellos ha rebasado la capacidad de los recursos humanos con que se cuenta y no obstante que se han redoblado esfuerzos que incluyen más horas de trabajo no ha sido posible regresar a aquéllos años en que la sentencia definitiva se dictaba en un promedio de seis meses y que el número de ellas era equivalente al número de ingresos.

Se ha aumentado el número de Salas a lo largo y ancho del país, pero en poco tiempo, en casi todas ellas se reciben más demandas que los juicios que se pueden



resolver, pues evidentemente mientras más juicios se tengan en trámite se requiere dictar una mayor cantidad de acuerdos para su instrucción y también existe una mayor cantidad de sentencias interlocutorias que resolver, como por ejemplo las que resuelven incidentes de suspensión y/o medidas cautelares, ya que con motivo de las reformas a la legislación que regula el juicio de nulidad en la gran mayoría de casos se plantean.

De igual manera, como consecuencia de un mayor número de asuntos en trámite se propicia la interposición de más recursos, amparos o revisiones aun cuando los acuerdos o resoluciones impugnables por esos medios legales se dicten de manera cuidadosa, no se puede evitar o impedir que cualquiera de las partes, al no ver satisfecha su pretensión los haga valer, independientemente de que puedan o no resultar fundados.

Evidentemente todos esos acuerdos o resoluciones inciden en un mayor número de notificaciones e incluso un mayor número de diligencias que no se pueden realizar y que ameritan la reexpedición correspondiente con la consecuente dilación en el regreso de las constancias respectivas al archivo de las ponencias, al tiempo que se tardan para agregarlas a los expedientes, coserlas, foliarlas, buscar nuevas promociones, turnarlas para su respectivo acuerdo, etc., es decir todas aquellas funciones y actividades que se deber realizar para poner los juicios en estado de dictar resolución.

Toda esa problemática no es ni ha sido indiferente para los Magistrados, personal y mucho menos para las autoridades de este Órgano de Justicia, pues cada uno de nosotros tiene la disposición de hacer lo más con lo menos y se han tomado las medidas posibles de acuerdo con los recursos a nuestro alcance, sin quedarnos estáticos, por el contrario, se han presentado y discutido propuestas en las diversas Reuniones de Magistrados buscando alternativas que permitan la mayor eficiencia en la alta responsabilidad que tenemos como impartidores de justicia, conscientes de que una justicia tardía no es justicia, aunque a veces impotentes ante la realidad del incremento desproporcionado de asuntos.

En ese entorno recientemente se creó la Sala Especializada en materia de propiedad intelectual y próximamente se realizarán los Juicios en Línea, conforme a la reforma de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de junio de 2009, que en sus artículos del 58-A al 58-S, lo regulan bajo una mecánica especializada para la tramitación de un juicio que utiliza medios electrónicos de principio a fin, siendo un paso importante en la consecución



ción de los objetivos de este órgano de impartición de justicia, procedimiento que permitirá un trámite de manera optativa para el justiciable, permitiendo a su vez que quien lo desee siga presentando juicios en la forma tradicional, por lo que se debe buscar la forma de resolver la problemática persistente de abatir el inventario que ya existe y evitar que la presentación de nuevos juicios tradicionales se adicione al mismo, a fin de atender de manera eficiente el Juicio en Línea.

## **PROPUESTA**

Sería oportuno encontrar la solución en un trámite ágil que permitiera la resolución rápida de los asuntos, pero sin renunciar a la emisión de sentencias cuidadas, ajustadas a derecho y por supuesto que no vulnere la garantía de seguridad jurídica de los gobernados ni el principio de igualdad procesal de las partes, acatando así lo que preceptúa el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismas que indudablemente proporcionan credibilidad y confianza a las sentencias emitidas con motivo de la interposición del juicio administrativo federal.

Precisamente, para la consecución de tal fin, es menester emplear los elementos y recursos con los que ya cuenta este órgano de impartición de justicia, pues es evidente que la situación económica del país difícilmente permitirá el crecimiento del Tribunal en la medida que se requiere, lo que lleva a considerar como una opción eficaz, la implantación de una modalidad del juicio de nulidad tradicional, a través del juicio sumario, pues estos juicios tienen como rasgo primordial el de sustanciarse de forma muy rápida, abreviando plazos o etapas que impliquen el mínimo de actos procesales indispensables, y con ello el empleo de menor tiempo posible en resolver la controversia planteada.

Ahora bien, es obvio que no todos los juicios pueden ser sumarios, pues cuando todo urge, nada es urgente, de tal manera que se debe determinar en qué casos es viable el juicio sumario.

## **VIABILIDAD DEL JUICIO SUMARIO**

La cuantía de un negocio no podría determinar la procedencia de este tipo de juicios pues ante el derecho y la justicia no se puede privilegiar las cuestiones económicas, sino el dar la solución a las partes con la mayor certeza jurídica.



Como se puede constatar de la actividad jurisdiccional cotidiana, los juicios que por sus características especiales se pueden tramitar con mayor fluidez, no tienen como factor común la cuantía, sino aspectos más bien relacionados con los tópicos sujetos a análisis, en los que de facto se puede considerar, tal vez desde el auto admisorio, cuál será el resultado final de la instancia intentada, por ejemplo, aquellos casos en los que la Suprema Corte de Justicia de Nación ha definido el criterio a seguir con la emisión de jurisprudencia, motivo por el que el valor de un asunto no es un elemento fiable que pueda servir como indicador característico de los procesos sumarios.

Por otro lado, no debe soslayarse que la obligación del Juzgador es hacer un análisis concienzudo tanto en los asuntos tramitados de forma sumaria como de forma tradicional, por lo que el trámite sumario sólo se justifica para agilizar la resolución de los asuntos con absoluta certeza jurídica y para ello no debe importar su poca o nula cuantía, o bien que tengan un valor superior, pues si bien la justicia en su impartición debe aspirar a la prontitud, ello no exime al Juzgador en su afán de cumplir tal propósito, de dar el debido tratamiento a todos los asuntos que a su consideración sean puestos, sin importar su cuantificación en dinero.

Es por todo ello que es muy importante considerar que en los juicios sumarios debe ser prioritario otorgar certeza jurídica a las partes y ésta sólo puede darse cuando la pretensión en un juicio se apoya en la existencia de una jurisprudencia del Poder Judicial y que si se resuelve que en efecto resulte aplicable a un caso, la verdad legal está dicha sin que se requiera acudir a instancias superiores para que lo defina, pues esas instancias superiores sólo pueden ser del Poder Judicial que ya definió el criterio jurisprudencial.

De otra forma la resolución que se dicte permitiría agotar otras instancias ya que de lo contrario se vulneraría la seguridad jurídica o la igualdad de las partes en el proceso.

Ciertamente la intención de incluir como una alternativa eficaz, para la resolución de los asuntos sometidos a la jurisdicción de este Tribunal, un juicio sumario, indudablemente conlleva la necesidad de establecer los parámetros y en su caso límites de aplicación, de los principios del procedimiento sumario al juicio de nulidad existente, regulado en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, para ello, es de ponderarse en primer lugar que la naturaleza del juicio de nulidad, lo ha llevado desde sus orígenes a ser una instancia sustanciada estrictamente mediante la palabra

escrita, a través de las promociones presentadas por las partes y las actuaciones del propio Tribunal, por lo que tal característica, debe prevalecer.

Ahora bien, considerando que en todo juicio debe hacerse un estudio y análisis exhaustivo, el Juzgador debe allegarse de todos los elementos necesarios para la resolución de la litis, en el procedimiento o juicio sumario, también se debe cuidar ese aspecto, por lo que sólo se deben abreviar los trámites y los plazos, con la finalidad de que el justiciable obtenga una sentencia en el menor tiempo posible, cumpliendo de esa manera con el principio de justicia pronta y expedita consagrado en la Constitución Política de nuestro país.

Es así, que acorde con el objetivo perseguido, el procedimiento sumario se justifica no sólo con la existencia de un criterio definido y obligatorio para este Tribunal, sino además, con el hecho de que tal criterio resuelva la controversia en forma definitiva y no por vicios formales o de procedimiento que puedan dar lugar a una sentencia para efectos; por ello no basta con una declaratoria de nulidad lisa y llana, si ésta no se pronuncia respecto al fondo del asunto.

Consecuentemente, es importante que la Ley permita que el Juzgador que deba resolver el procedimiento sumario disponga de los medios más eficientes de substanciación así como para la notificación rápida y eficaz, con el fin de hacer del conocimiento de las partes las resoluciones emitidas, debiendo optarse por notificaciones por lista o a través de la vía electrónica, con excepción evidentemente de aquélla que ponga fin al mismo, pues tal notificación deberá realizarse siempre en forma personal al promovente y por oficio entregado en la Oficialía de Partes de la autoridad demandada a fin de otorgar plena seguridad jurídica.

Asimismo, la autoridad administrativa que sea emplazada en su calidad de demandada no solo deberá ceñirse a los términos y plazos que se establezcan para el promovente de dicha instancia, sino también estará compelida con apercibimiento de allanamiento a las pretensiones del accionante, a señalar las causas de improcedencia específicas del juicio sumario, a expresar los motivos por los cuales resultare infundada la pretensión de la parte actora si así lo estima, o a allanarse expresamente absteniéndose de introducir elementos o hacer valer cuestiones que por su desahogo hagan imposible la consecución del objetivo primordial del procedimiento, que es la prontitud en la resolución.



Tratándose del principio básico de celeridad resultaría conveniente que tanto la instrucción de este juicio sumario, así como la resolución respectiva, quede dentro de las facultades del Magistrado Instructor quien tendría la obligación y facultad de determinar, inclusive desde su presentación, la procedencia del procedimiento, así como el resultado del mismo mediante la emisión de la resolución correspondiente, misma que se ceñirá en forma estricta a dilucidar si el asunto sometido a su consideración se ajusta o no al criterio invocado por el promovente y la lógica consecuencia de declarar la nulidad de la resolución impugnada o la ineficacia de las pretensiones del actor según sea el caso.

El hecho de que la resolución del juicio sumario sea facultad exclusiva del Magistrado Instructor no pretende faltar a la estructura colegiada del Tribunal, ni a los beneficios que representa la misma, por el contrario al tratarse de la aplicación estricta de un criterio obligatorio para este Órgano Jurisdiccional, se impide vulnerar el interés jurídico de las partes y en cambio se resolverían con mucha más celeridad tales asuntos en beneficio de la impartición pronta de la justicia, dejando así más tiempo para que en forma colegiada los Magistrados resuelvan conforme a la ley y su criterio asuntos que no se sustentaran en criterios definidos por el Poder Judicial.

Es de resaltarse, que en aras de proporcionar no sólo una justicia pronta, sino además eficiente y cuidadosa, se tendría que instrumentar una mecánica tendiente a resolver en forma completa los juicios que son tramitados ante el Tribunal, pues es inaceptable que ante la improcedencia de la vía sumaria, el gobernado estuviera imposibilitado para impugnar mediante el juicio de nulidad tradicional.

Para ello, si el procedimiento sumario resultara improcedente, se daría oportunidad al promovente de complementar su demanda con la pretensión de configurar el juicio de nulidad regulado actualmente por la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo con todos sus requisitos.

Lo anterior no pretende incrementar la carga de trabajo para este Tribunal con los términos y plazos que ello implica, sino tener la opción en los casos que así sea posible, que se resuelvan los juicios en una forma rápida, sin descuidar el compromiso que el Juzgador asume ante la interposición del mismo, de resolver las pretensiones que ante él haga valer el justiciable.

Las bases sobre las cuáles sería conveniente regular el trámite de un juicio sumario serían las siguientes:

1.- De la Procedencia.

1.1.- La demanda deberá presentarse en la Oficialía de Partes de la Sala Regional competente, dentro de los quince días posteriores a la notificación de la resolución que se pretende impugnar.

1.2.- Además de los requisitos que para el juicio tradicional establece la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el promovente deberá manifestar su voluntad de que se tramite un juicio sumario.

2.- De la Argumentación

2.1.- El promovente deberá señalar obligatoriamente domicilio para oír y recibir notificaciones, exclusivamente para la notificación de la resolución del juicio sumario, uno comprendido dentro de la sede de la Sala Regional que conozca del mismo, con la consecuencia de que para el caso de no realizarlo en dichos términos la resolución en cuestión se notificará por lista.

2.2.- El promovente deberá señalar en forma precisa cuál es el criterio jurisprudencial que considera se deba aplicar, y realizar las argumentaciones necesarias para demostrar que dicho criterio resulta aplicable.

3.- De los Elementos probatorios.

3.1.- El actor deberá acompañar todos los elementos que resulten necesarios para determinar la procedencia del juicio sumario, con el apercibimiento de que en caso de no hacerlo, el Magistrado Instructor declarará la improcedencia del mismo sin que deba mediar requerimiento alguno y sin que proceda recurso alguno en contra de tal determinación.

3.2.- El accionante deberá ofrecer y acompañar las pruebas, que en su caso resulten necesarias para acreditar la aplicabilidad del criterio jurisprudencial que motivó la interposición del juicio sumario, con el apercibimiento de que en caso de no



cumplir con ello, el Magistrado Instructor desechará de plano tales pruebas, sin mediar requerimiento alguno y sin que proceda recurso alguno en contra de tal determinación.

3.3.- En el trámite del juicio sumario no serían admisibles la prueba pericial o cualquier otra que no se desahogue por su propia naturaleza en forma instantánea, pues no debe olvidarse que en este tipo de juicio se pretende la resolución sin tardanza.

#### 4.- Del Auto Admisorio.

4.1.- Ante la promoción de un juicio sumario el Magistrado Instructor deberá admitir, siempre y cuando se cumplan los requisitos estipulados para ello, o declararlo improcedente de plano, sin que deba realizarse requerimiento alguno.

En caso de admitir, el Magistrado Instructor podrá dictar la suspensión o medidas cautelares que estime procedentes, siempre que sean solicitadas por la actora y si se cumplen los requisitos de ley, como el que no se afecte el interés general y el orden público, si se trata de un crédito fiscal esté garantizado, etc., sin que proceda recurso alguno, pues la resolución de fondo será dictada rápidamente, y de permitirse la impugnación se impediría el fin esencial del juicio sumario.

4.2.- La declaratoria de improcedencia, no admitirá recurso alguno y deberá hacerse del conocimiento del actor en forma personal, debiendo otorgársele el plazo de treinta días hábiles a partir de la notificación correspondiente, para que presente su demanda complementaria, misma que deberá ceñirse a los requisitos dispuestos por la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, para el juicio de nulidad tradicional.

4.3.- En caso de admitir a trámite el juicio sumario, se notificará por lista a la parte actora y por oficio a la autoridad demandada, la cual contará con el plazo de quince días hábiles a partir de la notificación de dicho proveído, para manifestar las causas de improcedencia, específicamente, respecto del juicio sumario, así como la expresión de los motivos por los cuales, en su caso, estime que no es aplicable el criterio jurisprudencial que el actor invoque, o podrá allanarse a tales consideraciones; con el apercibimiento de que en caso de no hacerlo se deberá considerar que se allana a lo señalado en la demanda.

4.4.- Al producir su contestación en el juicio sumario, la autoridad demandada podrá ofrecer y exhibir los medios de prueba que estime necesarios para acreditar su dicho, debiendo abstenerse de incluir en dichas pruebas, aquéllas que por su naturaleza no se desahoguen en forma instantánea; con el apercibimiento de que en caso de no cumplir con ello, se desecharán de plano tales probanzas, sin que deba realizarse requerimiento alguno y sin que proceda recurso alguno en contra de dicha determinación.

## 5.- De la Resolución.

5.1.- Una vez contestada la demanda del juicio sumario, el Magistrado Instructor dará cuenta de la misma, pronunciándose únicamente respecto de su admisión o desechamiento, sin que proceda recurso alguno, y procederá de inmediato a emitir la resolución correspondiente.

5.2.- La resolución recaída a la interposición del juicio sumario, deberá pronunciarse en primer lugar, sobre la procedencia del mismo, y consecuentemente sobre sí resulta fundada la pretensión de la parte actora, procediendo a declarar la nulidad del acto impugnado o declarar ineficaz la pretensión del actor.

5.3.- La resolución recaída al juicio sumario deberá notificarse en forma personal a la actora en el juicio que haya señalado para tal efecto o por lista, sino hubiere dado cumplimiento a dicho requisito, y por oficio a las autoridades demandadas.

5.4.- En el caso de que la resolución emitida por el Magistrado Instructor se declare improcedente el juicio o ineficaces las pretensiones del actor, se concederá a este último el plazo de treinta días para que presente su demanda de nulidad complementaria, la cuál deberá reunir los requisitos estipulados en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

## 6.- Del Juicio Complementario.

6.1.- Una vez resuelto el procedimiento sumario y en el caso de que la parte actora con motivo de la improcedencia del mismo o de la ineficacia de sus argumentos, presentare demanda complementaria en el término concedido para tal efecto, el juicio complementario se ceñirá a cada uno de los preceptos previstos para el juicio de nulidad tradicional, regulado en la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Admi-



nistrativo, con la única salvedad de que la contestación a la demanda complementaria se deberá realizar dentro de los treinta días posteriores a la notificación del auto que emplace a la enjuiciada y que la causa de improcedencia, evidentemente deberá analizarse en la resolución de fondo, según sea el caso.

Finalmente, cabe mencionar, que la inquietud que impulsa la creación del proceso sumario, en forma alguna es novedad para las legislaciones extranjeras como la Francesa, que como parte integrante del control jurisdiccional administrativo, cuenta con recursos denominados ***procedimientos de urgencia***, que comparten elementos muy significativos, con el procedimiento sumario propuesto, como lo son la intervención de un Juzgador único en lugar de un Cuerpo Colegiado, la brevedad en los términos con la que se provee en sus diversas etapas, la “*urgencia*” en la resolución del asunto, la “*duda seria*” que es considerada por la doctrina francesa como un aspecto que proporciona la suficiente certeza sobre determinada cuestión para resolver sobre la misma, así como la dispensa de conclusiones o vistas.

Todo lo anterior debe llevar en forma segura a los legisladores mexicanos a considerar tales procedimientos útiles y eficientes para la impartición de justicia pronta en materia fiscal, siempre que se cuide y preserve el principio constitucional de seguridad jurídica para el justiciable.





## CONTENCIOSO DE INTERPRETACIÓN, INNOVACIÓN RECTORA DE CARA AL SIGLO XXI

**Mag. Martha Gladys Calderón Martínez**

Diciembre de 2009

**ABSTRACT:** En México si bien importamos la institución del Consejo de Estado Francés, para nuestra justicia administrativa, no lo hicimos en relación al procedimiento contencioso de interpretación y consideramos que sería una buena opción ya que, no está fundado en un litigio o controversia, sino que se le considera como una vía jurídica a través de la cual una autoridad encargada de aplicar un acto administrativo de sentido oscuro o ambiguo, solicita se fije la recta de interpretación del acto.

Con este procedimiento, se lograría unificar y fortalecer los criterios que se adoptan al resolver las controversias que se plantean, además de evitar que el número de juicios se incremente cada día más.

### INTRODUCCIÓN

En el mundo del siglo XXI, se viven profundas transformaciones en todos los órdenes y México como integrante de la comunidad internacional debe enfrentar con responsabilidad y entusiasmo los retos que requiere la innovación que la modernización impone.

En el ámbito de lo jurídico, concretamente en la impartición de justicia, la sociedad mexicana demanda jueces mejor preparados y capacitados que gocen de autonomía para que puedan ser imparciales y comprometidos con su labor, a fin de que se haga realidad tan acariciada por Jean-Jacques Rousseau del imperio de la ley y el estado de derecho, con una justicia oportuna y de calidad.

Ahora bien en la justicia administrativa específicamente es donde se hace más perceptible el Estado de Derecho, porque el conflicto enfrenta a un poder público



administrativo y a un ciudadano, es por lo tanto la justicia administrativa la llamada a enfrentar un más intenso desarrollo durante el siglo XXI, con la finalidad de garantizar una mejor y armoniosa convivencia democrática de los ciudadanos.

A nuestro juicio y específicamente en la justicia administrativa en la que se establecen los instrumentos tanto jurídicos como procesales, para que los gobernados tutelén sus intereses frente al actuar de la administración, debe volverse la cara a las instituciones que nos sirvieron de modelo para la implementación de nuestro contencioso administrativo, específicamente el modelo francés, respecto al procedimiento contencioso de interpretación que tiene y con el cual se abre una vía o mecanismo jurídico, por medio del cual la autoridad administrativa encargada de la ejecución o aplicación de un acto administrativo, solicita un pronunciamiento sobre el recto sentido y alcance de un acto administrativo de sentido oscuro, ambiguo o confuso.

Procedimiento que considero pudiera aplicarse en nuestro sistema jurídico, con las reformas conducentes, a fin de esclarecer y aplicar más unificada y equilibradamente las disposiciones normativas dentro de nuestro contexto normativo.

## **Planteamiento del problema**

En México si bien importamos la institución del Consejo de Estado Francés, para nuestra justicia administrativa, no lo hicimos en relación al procedimiento contencioso de interpretación y consideramos que sería una buena opción para la evolución de esta rama del Derecho administrativo, la cual actualmente se está ahogando por el cúmulo de demandas que los gobernados interponen en defensa de sus intereses y por la diversidad de criterios y tendencias que todos los niveles de resolución adoptan, generando así una enorme carga para las propias autoridades administrativas como para los Juzgadores, que siempre se verán superados por el número de gobernados inconformes, además se crea gran inseguridad jurídica entre los gobernados al no saber cuál será el criterio interpretativo que se tomará para la resolución de sus planteamientos.

A nuestro juicio y analizando el procedimiento que se sigue en el Consejo de Estado Francés, este podría implementarse con las reformas constitucionales pertinente, en la organización del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, sede a nivel federal de la materia contenciosa administrativa de nuestro país.



Considero que el enorme trabajo que realiza la Sala Superior de este Tribunal al pretender establecer los lineamientos y criterios que deben seguirse en los asuntos novedosos y trascendentales que en materia contenciosa administrativa se vería fortalecida con la adopción de este procedimiento contencioso de interpretación. Toda vez, que los criterios rectores serían establecidos por ellos dando mayor certeza y seguridad jurídica a todos los involucrados.

Respecto a los Juzgadores cabe señalar que tendrían un criterio del cual partir, sin que ello implique que no puedan hacer los razonamientos necesarios que fortalezcan el mismo o den los elementos necesarios para una nueva reflexión que conlleve a reiterar el criterio o aún a cambiarlo.

Por último, es necesario señalar que debe restringirse el acceso de este procedimiento a fin de que no se sature el órgano que conozca del mismo, el cual tendría un término perentorio para la emisión de su pronunciamiento. Es necesario también señalar que la función encomendada dada su trascendencia debe ser la única que realicen, es decir se les quitaría la función jurisdiccional que tenían encomendada.

### **Tipos de Contencioso Administrativo**

En el ejercicio de la jurisdicción administrativa, los distintos ordenamientos jurídicos en el mundo, han establecido esquemas que a saber son:

- Un sistema administrativo continental europeo o francés.
- Un sistema angloamericano o judicialista.
- Un sistema de tribunales especiales o mixtos y
- Un sistema romano.

En el primer sistema, el tribunal de lo contencioso se ubica en el marco del poder ejecutivo, pero sin formar parte de él.

En el segundo sistema, el tribunal contencioso se encuentra dentro del poder judicial.

En el tercer sistema, el tribunal contencioso no pertenece a ninguna jurisdicción estatal.



Por último, en el último sistema el tribunal contencioso corresponde a la jurisdicción civil.<sup>1</sup>

## **Sistema administrativo Francés y sus alcances**

Como es sabido, con el pensamiento de los Enciclopedistas así como con la Revolución Francesa surge propiamente la justicia administrativa en Francia, cuando Carlos I en 1526 funda el Consejo de Estado para que lo guiara en las cosas de sustancia y más importantes relativas al buen gobierno.<sup>2</sup> Esta institución se basó principalmente en la teoría de la separación de poderes, con la que se estimaba que los procedimientos administrativos no podían ser juzgados por los Tribunales Judiciales, ya que se trataban de conflictos entre los particulares y la Administración que hacia el Gobierno; en primer término ante esta circunstancia se le otorgó preeminencia a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Con Napoleón nace el Consejo de Estado Francés, con la Constitución VIII, Institución que es importada en el siglo XIX por los países europeos continentales, como España, Italia y Bélgica posteriormente, también la ha importado Japón y Colombia. Nosotros no hemos sido la excepción y también la importamos.

En primer término, debemos decir que el Consejo de Estado Francés, es un órgano asesor y consultivo de la administración activa. Porque es un verdadero rector de la actividad y hasta de la legislación administrativa del Estado Francés, en virtud de que expresa su dictamen sobre los proyectos de leyes que el gobierno presenta al parlamento, su opinión es necesaria en materia de reglamentos y ciertos decretos, dictamina en consultas que le formulan los Ministros, a veces en forma obligatoria, pronunciamientos que debe emitir no sólo a la legalidad de acto, sino atendiendo a los fines de interés general que deben prevalecer.

La función relativa a la función jurisdiccional es su segunda y no menos importante función que desempeña, en efecto el Consejo de Estado es el supremo tribu-

---

<sup>1</sup> MARQUÉZ GOMEZ, Daniel "Los Procedimientos Administrativos materialmente Jurisdiccionales como Medios de control en la Administración Pública" 1° ed. UNAM, México 2003 p.110

<sup>2</sup> PÉREZ-TENESSA, Antonio "Historia, cosas e historias del Consejo de Estado" Consejo de Estado. Boletín Oficial del Estado, Madrid 2005.



nal administrativo en Francia y conforma junto con las Cortes administrativas de primera instancia la jurisdicción administrativa genérica. En principio, emite sus fallos con una justicia retenida, la cual con el paso de algunos años, se convirtió en justicia delegada.

Para el despacho de sus funciones se encuentra dividido en secciones. La sección de lo contencioso es la encargada de la función jurisdiccional misma que para efectos operativos se divide en subsecciones; éstas se encargan de la instrucción y la resolución de los asuntos confiándose cada asunto al *rappporteur* (relator) que será designado por el Presidente. Cada sección está integrada por un Presidente, un grupo de consejeros de Estado y por un cierto número de *maître des requêtes* y auditores.

Ante la sección de lo contencioso del Consejo de Estado se podrán tramitar los siguientes procedimientos:

- Contencioso de anulación.
- Contencioso de plena jurisdicción.
- Contencioso de interpretación.
- Contencioso de represión.

El *procedimiento contencioso de anulación u objetivo* se dirige a controlar la legalidad de los actos de la Administración, tutelando el cumplimiento de las normas jurídicas en dichos actos, lo que se realiza a través de:

El recurso por exceso de poder y recurso de desvío de poder.

Cabe señalar que este procedimiento procede contra todos los actos administrativos con independencia de la autoridad que los emita, incluyendo los reglamentarios y los decretos emitidos con facultad delegada para legislar.<sup>3</sup>

El *procedimiento de plena jurisdicción*, persigue la protección de los derechos públicos subjetivos de los administrados confirmando, anulando o modificando el acto impugnado.

---

<sup>3</sup> VÁZQUEZ ALFARO, José "Evolución y Perspectiva de los Órganos de Jurisdicción Administrativa en el Procedimiento Mexicano" 1a. ed. UNAM, México 1991 p. 53



La diferencia entre el contencioso administrativo de anulación y el de plena jurisdicción consiste en que en el primero, el juez se limita a declarar la nulidad del acto, y en el segundo, cumple las pretensiones del demandante adoptando las medidas necesarias.

El *procedimiento contencioso de interpretación* comprende el recurso de interpretación en reenvío de tribunales judiciales en el que se invita a las partes para que se dirijan a un Juez administrativo para solucionar una cuestión litigiosa en materia administrativa, como acto prejudicial y el recurso directo de interpretación, en el cual se solicita directamente a un Juez administrativo, la interpretación de un acto o de una resolución, ambos administrativos.

El procedimiento contencioso de interpretación no está fundado en un litigio o controversia, sino que se le considera como una vía jurídica a través de la cual una autoridad encargada de aplicar un acto administrativo de sentido oscuro o ambiguo, solicita se fije la recta interpretación del acto.

El *procedimiento contencioso de represión* para aplicar sanciones a los particulares que no adaptan su conducta a las reglas de derecho administrativo.<sup>4</sup>

El ordenamiento legal encargado de regular este procedimiento es el *Code de Justicia Administrative*, de 30 de diciembre de 2000, publicado en el *Journal Officiel de 31 décembre 2000*.

Los tribunales administrativos de primera instancia serán juzgados de derecho común especializados en materia contencioso administrativa, ejerciendo las atribuciones con que cuenta el Consejo de Estado.

El Código de Justicia Administrativa señala que entre otros tendrá competencia para conocer sobre:

Decisiones de autoridades administrativas.

Indemnizaciones de reparación de indemnización causado por una comunidad pública (dependiente del Gobierno).

---

<sup>4</sup> MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel "Procedimientos Administrativos" p. 149-150. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/307/7.pdf>

Indemnizaciones por daños causados a consecuencia de obra pública o trabajos públicos.

Cálculo incorrecto de impuestos directos.

## **Adopción del sistema francés en México y su evolución al siglo XXI**

Al inicio del siglo XIX, se formuló la Constitución de 1824, que fue influenciada por la Constitución de los Estados Unidos de América, que heredó el sistema federal y el sistema judicialista, como base única del sistema de justicia administrativa.

A mediados del siglo XIX, el 25 de mayo de 1853, se expidió la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, así como su Reglamento que siguieron el modelo francés, en el que se había creado el Consejo de Estado, que era un órgano de justicia retenida, y no fue hasta 1872 en la que se dio la autonomía del Consejo de Estado Francés, corriente que en México se quiso implantar con la Ley Lares, cuya vigencia fue efímera, porque entró a gobernar el General Santa Anna.

Posteriormente en 1865, se expidió la Ley de lo Contencioso Administrativo y su Reglamento que se publicó después; ordenamientos en los que se establecía un Consejo de Estado con justicia retenida pero los cuales dejaron de tener vigencia al triunfar Benito Juárez.

En la Constitución de 1857, se confirmó el judicialismo en atención a la influencia anglosajona, no obstante que el amparo tiene como finalidad el control de la constitucionalidad por vía judicial y el contencioso administrativo es un control de legalidad dentro de la propia administración pública.<sup>5</sup>

En 1936 se expide la Ley de Justicia Fiscal que creó el Tribunal Fiscal de la Federación, pero este ordenamiento no tenía fundamento en la Constitución y los doctrinarios señalaron que se violaba lo dispuesto en el artículo 49 Constitucional, el cual establece que no pueden reunirse dos o más poderes en una sola persona o corporación y fue hasta 1946, que se reformó el artículo 104 constitucional en su

---

<sup>5</sup> NAVA NEGRETE, Alfonso "Setenta años del Administrativo Federal en México, en Contencioso Administrativo", UNAM, 2007 p. 238



fracción I, reforma que permitió el establecimiento de Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

En un principio al Tribunal se le encomendó realizara su función jurisdiccional con una justicia delegada, esto es, que dictara sus resoluciones en nombre del Presidente de la República, como titular supremo de la Administración Pública y no de propia autoridad. En principio conoció de la materia contenciosa fiscal, primordialmente. Los fallos que emitiera eran revisados por el poder judicial, quien los corroboraba a través del juicio de amparo.

Como Órgano Jurisdiccional, se trata de un tribunal administrativo, ubicado dentro del marco del Poder Ejecutivo sin sujeción a ninguna autoridad administrativa. Su propósito era mantener la división de poderes y el respeto a la acción del Poder Ejecutivo Federal.

Cabe señalar que este proceso, de legitimación de los tribunales contencioso administrativos culminó con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de agosto de 1987, en el que se adiciona la fracción XXIX-H al artículo 73 Constitucional, a fin de otorgar facultades al Congreso de la Unión *“Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten ante la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, funcionamiento, procedimiento y los recursos contra sus resoluciones”*.

Con motivo de la entrada en vigor de la primera Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación del 24 de diciembre de 1966, el Tribunal es dotado de competencia para conocer, además de la materia fiscal y de las otorgadas en el Código Fiscal de la Federación de 1938, también se le otorgó para conocer sobre multas administrativas, pensiones civiles, así como las relativas a responsabilidades contra funcionarios o empleados de la Federación o del Departamento del Distrito Federal por actos que no sean delictuosos.

La segunda Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 de febrero de 1978, conservó la competencia que de acuerdo con la ley anterior tenía el Tribunal.

El 27 de julio de 1993, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, la Ley de Comercio Exterior, con la que se amplió la competencia del Tribunal, puesto que se incluyó la facultad para conocer de las resoluciones recaídas al recurso administrativo de revocación, interpuesto en contra de las resoluciones que se dicten en esa materia.<sup>6</sup>



El 10 de enero de 1994, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto a través del cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversos artículos de varias leyes, que por su contenido hemos denominado “Ley miscelánea en materia de responsabilidades” en la que específicamente se estableció que es de su competencia aquellas resoluciones que resuelvan los recursos administrativos en contra de las resoluciones materia de conocimiento, inclusive aquéllos a que se refiere el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Con lo hasta aquí referido, se evidencia que la Justicia Administrativa en México, por su trayectoria hasta la actualidad, ha llegado a ser indudablemente, uno de los pilares fundamentales en que se sustenta el Estado de Derecho, porque es garante de un extenso número de garantías que gozan los gobernados, frente a los excesos, desviaciones y desbordes del poder de la Administración Pública.

De manera ejemplificativa, señalamos el número de demandas que ha recibido el Tribunal Federal en ciertos periodos.

1993	14,755
1999	49,169, lo que significa un incremento del 162% en relación a 1999.
2003	89,386
2004	128,874, lo que significa un incremento del 773.5% en relación a 1999.
2007	139,430

Ante el incremento impresionante del número de demandas que se reciben, en materia contenciosa y a fin de lograr un mayor desahogo de las mismas, el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en el Acuerdo G/17/2008, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 24 de marzo de 2005, determinó adicionar el artículo 24 Bis del Reglamento Interior del Tribunal, para quedar como sigue:

**“Artículo 24 Bis.-** Adicionalmente habrá una Sala Regional en materia de Propiedad Intelectual que tendrá competencia en todo el territorio nacional y sede en la Ciudad de México Distrito Federal.”

---

<sup>6</sup> Artículo 95 de la Ley de Comercio Exterior. Ver Reg. 25 138 Tesis IV-P-2aJ-47 de la Cuarta Época. Año 4. No. 6. Enero 1999.



Es decir, esa Sala tiene competencia especializada para tramitar y resolver los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas a que se refiere el artículo 14 fracción XI y XII, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, dictadas con fundamento en la Ley de la Propiedad Industrial, en la Ley del Derecho de Autor, en la Ley de Variedades Vegetales, así como en los demás ordenamientos que regulan la materia de Propiedad Intelectual.

Además, por Decreto publicado el 12 de junio de 2009, se autorizó la implementación del Juicio en Línea, el cual tiene como objeto estar a la vanguardia en el uso de los medios tecnológicos y lograr en mayor medida la resolución de los juicios que se interpongan por los justiciables.

Con lo anterior es claro el punto de partida que se vislumbra ante una nueva era del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con lo que se busca una especialización dentro de la especialización, a fin de tener verdaderos peritos en cada área de las diversas materias que nos toca conocer. Puesto que en la medida en que los Magistrados y personal profesional profundicemos en los temas de nuestra competencia, estaremos en condiciones de realizar nuestras actividades con más eficacia y oportunidad, lográndose en su conjunto que esa impartición de justicia sea de mayor calidad.

Diferencias entre las funciones del Consejo de Estado Francés y el Contencioso Administrativo en México.

La diferencia evidente es que en México, solo se optó por el procedimiento de resolución de controversias y nunca se volteó o intentó implementar el procedimiento contencioso de interpretación, no obstante, que en Francia a este procedimiento se le dio prioridad y fuerza; sin embargo, el funcionamiento de nuestro esquema contencioso ha recibido múltiples elogios por su buen desempeño.



## PROPUESTA

No obstante los logros obtenidos por el buen trabajo realizado, considero debemos procurar adoptar el procedimiento contencioso de interpretación del Consejo de Estado Francés, que es una vía jurídica a través de la cual una autoridad encargada de aplicar un acto administrativo de sentido oscuro o ambiguo, solicita que se fije la recta de interpretación del acto administrativo.

Se le denomina como una vía o cause jurídico, dado que no puede decirse que es una acción, porque no se busca una declaración sobre una pretensión y su ejercicio pertenece a todos y lo que se busca es una declaración sobre la pretensión que se externo. Por estas consideraciones es claro que no puede considerarse como una acción. Tampoco puede considerarse como un recurso, en virtud de que la petición se funda en una ambigüedad de un acto y esa solicitud sólo le es permitida a ciertos funcionarios, por lo que es evidente que no puede catalogarse como un recurso.

A mi juicio, en primer término debe restringirse su acceso respecto a actos de autoridad que no puedan ser impugnados por otro medio, que en la solicitud se indique y expliquen los motivos en que se da esa oscuridad que detectan, asimismo, se debe establecer un plazo para que la autoridad emita su veredicto y lo haga del conocimiento en general con el objeto de que no solo las partes interesadas tengan conocimiento del mismo.

El órgano competente que a mi juicio deben resolver este tipo de solicitudes debe ser una sección que se forme con parte de los integrantes de Sala Superior, que conformen una sección, en virtud de que gozan de los conocimientos pertinentes para ello, además de que con sus pronunciamientos darán criterios rectores para los Juzgadores de este Órgano Jurisdiccional, el cual ante el gran cúmulo de demandas y la diversidad de concepciones y número de juzgadores de tan diversa formación, han propiciado que los pronunciamientos que se llegan a sustentar sean tan heterogéneos que es muy conveniente, además de constituir una muy buena oportunidad para que se tienda a la unificación y señalamiento de criterios esclarecedores, los cuales no deben ser rígidos, sino por el contrario den pie a que todos los juzgadores expongan sus razonamientos, ya sea reforzándolos o desplegando otras ideas que lleven a una nueva reflexión sobre el tema, con lo que se verá enriquecido nuestro trabajo cotidiano y se recobraría el reconocimiento de los justiciables que por tan largos años se ha mantenido.



Con este planteamiento se tratara de retornar en cierta manera a la estructura que tenía el Tribunal Fiscal de la Federación durante la vigencia del Código Fiscal de la Federación expedido en 1966, con el establecimiento del recurso de queja, con el cual se definían criterios al hacerse valer por violación a las jurisprudencias establecidas por el propio Tribunal Fiscal de la Federación. Tal vez y en atención al número de solicitudes de consultas que se presenten, debería preverse que esa sección de Sala Superior, sólo se dedique a la resolución de éstas, sin que tengan el agobio de resolver jurisdiccionalmente otros asuntos.

En efecto, en el artículo 245 del Código Fiscal de la Federación de 1966 se establecía el recuso de queja el cual procedía respecto de violaciones a la jurisprudencia establecida por el propio Tribunal. Al respecto se han establecido diversos criterios de los cuales para el caso los más relevantes son los identificados con los números de registros 11349 y 11160 que se identifican II-TASS-10330 y II-TASS-10167 y que responden a las voces: "QUEJA.- UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD ES QUE SE SEÑALE COMO VIOLADA UNA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL Y QUE EFECTIVAMENTE TENGA ESE CARÁCTER CONFORME A LA LEY" y "RECURSO DE QUEJA. ES INFUNDADA SI LOS ARGUMENTOS NO TIENEN QUE VER CON LAS JURISPRUDENCIAS CITADAS COMO VIOLADAS".

Por otra parte y tal vez pretendiendo que la instrucción de mayores frutos, en poco tiempo se pueda abrir este procedimiento a las autoridades administrativas competentes, para que ellas sean las que den su opinión respecto a las consultas que se formulen, como lo señaló Rafael Bielsa el cual considera que el contencioso de interpretación, lo constituye el conjunto de reglas mediante los cuales se puede solicitar y obtener de la autoridad competente la interpretación de los actos administrativos.<sup>7</sup>

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La justicia administrativa como una de las materias de la ciencia jurídica es de gran importancia porque comprende los instrumentos jurídicos que se han establecido para la defensa de los derechos y de los intereses legítimos de los administrados, que son cada vez más preeminentes, debido al estado de derecho democrático y social que se ha consolidado a partir de la segunda guerra mundial.

---

<sup>7</sup> BIELSA, Rafael "Derecho Administrativo" 6° ed. Buenos Aires Ed. La Ley t. V p. 136.

**Segunda.**- Leyes de procedimiento administrativo deben tender a unificar y generalizar los procedimientos de impugnación de los gobernados, a fin de que se evite la anarquía con la multiplicidad de procedimientos.

**Tercera.**- El establecimiento de los procedimientos y recursos conlleva el doble propósito, uno que las autoridades puedan depurar y corregir sus actividades y omisiones y dos que los afectados estén en posibilidad de impugnar los actos o las omisiones que les afecten en sus derechos e intereses legítimos.

**Cuarta.**- Con la creación de los tribunales administrativos, que se origina en Francia, se salvaguarda el principio de la división de poderes y se comprueba que la doctrina de la división de poderes concebida por Montesquieu no es absoluta.

**Quinta.**- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con el objeto de estar siempre a la vanguardia y con la finalidad de cumplir con la garantía constitucional de impartir justicia en forma pronta y expedita, a nuestro juicio debería importar el procedimiento contencioso de interpretación del Consejo de Estado Francés.

**Sexta.**- Con la importación del procedimiento contencioso de interpretación, se lograría unificar y fortalecer los criterios que se adoptan al resolver las controversias que se plantean, además de evitar que el número de juicios se incremente cada día más y que ello no permita cumplir con la garantía constitucional señalada en la conclusión anterior.

**Séptima.**- Con la actuación desplegada por más de setenta años, el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa ha demostrado su capacidad y conocimiento de la materia fiscal y actualmente dentro del ámbito de la materia administrativa, por lo que los integrantes de la Sala Superior, con mayor experiencia y conocimientos, al conformar una sección que conociera de las consultas presentadas en el procedimiento contencioso de interpretación, vigorizarían los criterios adoptados y el derrotero que las autoridades administrativas debieran tomar, así como el actuar de los juzgadores del mismo con lo que se fortalecería aún más la calidad y protección que se brinda a las partes involucradas.

Por último, considero que la importación de esta Institución redundaría en un mayor beneficio para las partes y sobre todo para los Juzgadores del mismo quienes tendrían criterios rectores que los guíen, pero siempre con la obligación de reflexionarlos y dar elementos que conlleven a una nueva deliberación que los reiteren o se modifiquen.



## BIBLIOGRAFÍA

MARQUÉZ GOMEZ, Daniel "*Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública*" 1° ed. UNAM, México, 2003, p.110

PÉREZ-TENESSA, Antonio "*Historia, cosas e historias del Consejo de Estado*" Consejo de Estado. Boletín Oficial del Estado Madrid 2005.

VÁZQUEZ ALFARO, José "*Evolución y perspectiva de los órganos de jurisdicción administrativa en el procedimiento mexicano*" 1a. ed. UNAM, México, 1991 p. 53

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel "*Procedimientos Administrativos*" pp. 149-150. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/307/7.pdf>

NAVA NEGRETE, Alfonso "*Setenta años del Administrativo Federal en México, en Contencioso Administrativo*", UNAM, 2007 p. 238

Artículo 95 de la Ley de Comercio Exterior.

BIELSA, Rafael "*Derecho Administrativo*" 6° ed. Buenos Aires Ed. La Ley t. V, p. 136.

## CIBERGRAFÍA

MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel "*Procedimientos Administrativos*" pp. 149-150.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/307/7.pdf>

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/307/7.pdf>

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/Combo/L-21.pdf>

[http://tca.guanajuato.gob.mx/pdf/memoria\\_XX.pdf](http://tca.guanajuato.gob.mx/pdf/memoria_XX.pdf)

# POSITIVISMO, JUSNATURALISMO. HACIA UN NUEVO PARADIGMA

**Lic. Héctor Lerma González**  
*Secretario de Acuerdos de Sala Regional*  
Junio de 2009

**ABSTRACT:** Establecer las diferencias que existen entre el Juspositivismo y Jusnaturalismo con el objetivo de proponer un sistema ad hoc al Sistema Jurídico Mexicano dentro del ámbito del derecho Tributario, en el que se tome en cuenta lo más relevante de cada corriente con el objetivo de otorgar una mejor justicia.

SUMARIO: TÓPICOS DE LA INVESTIGACIÓN ENFOCADOS AL JUSPOSITIVISMO. PRINCIPALES CONCEPCIONES DEL JUSNATURALISMO. HACIA UN NUEVO PARADIGMA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## PLANTEAMIENTO

Iniciamos el trabajo que nos ocupa haciendo una breve conceptualización de lo que se pretende con la investigación a desarrollar, señalando para ello los puntos principales de la investigación.

Dentro de la investigación en curso tocamos en principio el tema del positivismo para luego adentrarnos a las principales concepciones del jusnaturalismo, analizando las controversias que existen entre ambas corrientes, sin olvidar, claro, el realizar una propuesta que signifique una mejora para el ámbito jurídico mexicano, haciendo pequeños énfasis dentro del campo del derecho tributario.



## 1.- PRINCIPALES CONCEPCIONES POSITIVISTAS

El formalismo jurídico, según el cual, Norberto Bobbio sostiene que un acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella,<sup>1</sup> nos dirige indudablemente al campo del positivismo, ya que dicho autor forma parte de la corriente de que todos los aspectos de la convivencia de los hombres debe constar en textos legales a fin de que sean considerados justos.

En otro sentido, ello significa un ataque a la teoría filosófica del naturalismo, en razón de que actos que sean en apariencia injustos dejarían de serlo por el hecho de encontrarse positivados en textos legales.

De igual forma, Norberto Bobbio señala que la legalidad es un criterio para distinguir los actos jurídicos de los actos no jurídicos, sin que sirva para formular un juicio acerca de su justicia e injusticia.<sup>2</sup>

Cabe destacar que la posición que adopta Bobbio en torno al positivismo es más moderada que la de Hans Kelsen, sin embargo, es considerado uno de los máximos representantes del positivismo jurídico italiano.<sup>3</sup>

Aunado a ello, es importante citar que el autor referido en los puntos que anteceden, puede ser encuadrado dentro de la corriente normativista, en cuanto a que considera que el objeto de la jurisprudencia son las normas jurídicas, pero desde una perspectiva juspositivista metodológica inclusiva y moderada.<sup>4</sup>

Por otro lado, continuando con el formalismo jurídico, Oscar Correas sostiene que es una concepción de la ciencia del derecho que tiene en la lectura tradicional de Kelsen, su más pura expresión.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> BOBBIO Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Fontamara. México. 1991. p. 16.

<sup>2</sup> Ob. cit. BOBBIO Norberto. p. 17.

<sup>3</sup> AGUILERA Portales, Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. Porrúa. México. 2008. P. 09

<sup>4</sup> Ídem. p. 9

<sup>5</sup> CORREAS, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. Fontamara. México. 1997. p. 20





Dicho autor sostiene, que la ciencia jurídica agota su objeto en el problema de la validez de las normas, sin llegar nunca al estudio de lo que Kelsen llama “eficacia”, esto es, el problema “si los ciudadanos se conducen o no como lo establece la norma”.<sup>6</sup>

Señala que para los formalistas, el contenido de las normas, su “eficacia”, si es un tema legítimo, y no para la ciencia jurídica “pura”. Así también, sostiene que el formalismo jurídico es una concepción voluntarista del derecho, es decir, si las normas tienen tal o cual sentido, en último término se debe a que así lo quiso el legislador.<sup>7</sup>

Continuando con el estudio del positivismo jurídico, es necesaria la cita de Ulrich Klug, quien trata el tema de algunas tesis acerca de un relativismo crítico en la filosofía del derecho en lo que respecta al positivismo jurídico.

En dicho punto de la obra se hace referencia a Radbruch, cuando señala que el deber profesional del juez consiste en hacer valer la voluntad de vigencia de la ley, en sacrificar su propio sentimiento jurídico a la orden jurídica dotada de autoridad, consistente en tan sólo preguntar qué es lo jurídico y nunca si es también justo.<sup>8</sup>

Para Gustavo Zagrebelsky la concepción del derecho propia de un Estado parte del principio de legalidad y del concepto de ley, es decir, del positivismo jurídico como ciencia de la legislación positiva.<sup>9</sup>

Por su parte, Eduardo García Máynez en su obra: *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, señala que una de las consecuencias del positivismo como ideología es el aserto de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; en otras palabras, que su acatamiento es un deber moral, una obligación interna o de conciencia, es decir, que existe por respeto a la ley, en contraposición con la externa, que deriva del temor a las sanciones.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Ob. cit. CORREAS, Oscar. p. 21

<sup>7</sup> *Ibíd.* p. 25.

<sup>8</sup> KLUG Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la gramática del derecho*. Traducción Jorge Seña. Fontamara. México. 1992. p. 52.

<sup>9</sup> ZAGREBELSKY Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 7ª Ed. Trota. Madrid. 2007. p. 33

<sup>10</sup> GARCÍA Máynez, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*. 4ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1989. p. 15.



De la referencia anterior y sin abandonar el tema que nos ocupa, sólo dirigirlo parcialmente al campo tributario mexicano, surge la necesidad de la autoridad administrativa de que los contribuyentes obedezcan las normas fiscales en forma espontánea, o bien por un deber moral; sin embargo, en la actualidad se observa que en la mayoría de las ocasiones los causantes acuden al cumplimiento de sus obligaciones por temor a las sanciones.

En efecto, una peculiaridad de la materia fiscal dentro del país es la deficiente, o en ocasiones, nula cultura del pago de los impuestos, ya que en muchos de los casos los contribuyentes cumplen sus obligaciones a requerimiento de la autoridad, o bien, por temor a las sanciones que cada ejercicio fiscal se vuelven más agresivas.

Ahora bien, hablando de la concepción formal de la justicia dentro del punto de la ciencia jurídica como disciplina formal, se concibe a la lógica jurídica como el estudio de la estructura de las normas de derecho y de los razonamientos jurídicos. Lo anterior, también encuentra sustento en que la positividad del derecho desemboca en su efectividad, lo que equivale a sostener que los procesos de posición son aquellos en virtud de los cuales las normas jurídicas devienen eficaces, tal y como lo afirma García Máynez en su obra.<sup>11</sup>

En otro orden, Hans Kelsen sostiene que los sistemas sociales designados como “derecho” son órdenes coactivos de la conducta humana en el sentido de que las normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica.

Toca el turno de hacer referencia a la obra: *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen, el cual al igual que Kant es considerado uno de los máximos propulsores del Juspositivismo, y pregona como se dijo anteriormente, a la norma como esquema de explicación conceptual.

Hans Kelsen sostiene que lo que permite que un acontecimiento sea un acto conforme a Derecho o viceversa, no radica en su facticidad o en su ser natural, sino en el sentido objetivo ligado al mismo, es decir, la significación con que cuenta.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Ob. cit. GARCÍA Máynez Eduardo. p. 16

<sup>12</sup> KELSEN Hans. *Teoría pura del derecho*. 15ª Ed. Traduc. Roberto Vernengo. Porrúa. México. 2007. p. 17.



En ese sentido, señala que un acontecimiento de la naturaleza logra un sentido jurídico a través de una norma que se refiere a él con un contenido, el cual le otorga significación en Derecho, de tal modo que puede ser explicado según esa norma.<sup>13</sup>

Con lo expuesto, consideramos que es evidente la connotación juspositivista del autor, en razón de que pretende ligar, a efecto de considerarlo como un acontecimiento jurídico, a los hechos naturales con la norma, sin la cual no tendría una significación.

Refiere que la norma funciona como un esquema de explicación, ya que se trata del enunciado de un acto de la conducta humana situado en el tiempo y en el espacio explicado a través de una explicación normativa.<sup>14</sup>

Por su parte, Carlos S. Nino al referirse a Kelsen, señala que éste parte de la base de que una teoría general del derecho debe ocuparse del esquema conceptual de la ciencia jurídica, y no de otras actividades frente al derecho, para constituir una verdadera ciencia autónoma.<sup>15</sup>

Sostiene que para Kelsen, una norma tiene fuerza obligatoria, ya que debe hacerse lo que ella dispone, es decir, que tiene los efectos normativos que pretende.<sup>16</sup>

Por otro lado, considera que todo el ámbito jurídico tiene su esencia en las normas, ya que ellas mismas reciben su significación jurídica a través de otra norma, lo que posibilita que existan actos de Derecho y actos contrarios a Derecho.

Cabe mencionar, que el Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, señala que Hans Kelsen puede ser considerado como el pensador más representativo del positivismo jurídico.<sup>17</sup>

En ese sentido, como expusimos en párrafos anteriores, Hans Kelsen no muestra su clara preferencia por la escuela positivista, que ante todo desconocen la posibilidad de un Derecho natural.

---

<sup>13</sup> Ídem. p. 19.

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 20.

<sup>15</sup> NINO, Carlos S. *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*. Fontamara. México. 1993. p. 20 y 21

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 22

<sup>17</sup> Ob. cit. AGUILERA Portales, Rafael Enrique. p. 9



Expone en su obra Hans Kelsen que el término validez sirve para designar la existencia específica de una norma, es decir, que cuando se describe el sentido de un acto que constituye una norma, se dice que cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescrito, prohibido; o bien, admitido, permitido o autorizado.<sup>18</sup>

Por otro lado, señala que la norma puede valer aun cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, haya dejado de existir; ejemplificado lo anterior, en el sentido de que si un individuo que con un acto dirigido hacia el comportamiento de otro, ha producido una norma jurídica, no tiene que persistir dicho comportamiento para que valga la norma que constituye el sentido de su acto.<sup>19</sup>

De lo expuesto, se advierte que el autor pregona por una separación entre la norma y el acto de voluntad, y más aun, de una independencia entre dichas figuras, en el sentido de que la norma no pierde validez cuando desaparezca el acto de voluntad.

Atendiendo lo expuesto en el párrafo anterior, sostiene que si los hombres que integran un órgano legislativo deciden promulgar una ley que regule determinadas contingencias, dicha legislación vale aun y cuando éstos ya hayan muerto.<sup>20</sup>

Señala que si atendemos a que la validez de una norma no es algo real, se debe distinguir su validez de su eficacia.

En ese sentido, que una norma valga no significa que ella es aplicada y obedecida en los hechos, por lo que una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que regula se le adecúa a los hechos.<sup>21</sup>

Por el contrario, sostiene Hans Kelsen, que cuando una norma en ningún lugar es aplicada y obedecida, no es considerada como una norma jurídica válida.

Señala que los sistemas sociales son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo, como la privación de la vida, de la salud, de la

---

<sup>18</sup> Ob. cit. KELSEN, Hans. P. 23.

<sup>19</sup> Ob. cit. KELSEN, Hans. P. 25

<sup>20</sup> *Ibíd.* p. 27.

<sup>21</sup> *Ídem.*



libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias que son socialmente perjudiciales.<sup>22</sup>

Consideramos que el orden coactivo que refiere el autor, encuentra cierta similitud en la actualidad, sobre todo en la rama tributaria, donde la autoridad administrativa, cada ejercicio fiscal aumenta o hace más rígidos los actos coactivos a cargo de los contribuyentes a fin de asegurar el cumplimiento oportuno y espontáneo de las obligaciones fiscales.

Volviendo a la teoría que maneja el autor, señala que los sistemas sociales designados como “Derecho” son órdenes coactivos de la conducta humana, ya que se encargan de ordenarlos; y las sanciones son estatuidas como la forma de que dicho orden sea coactivo.<sup>23</sup>

Un punto que consideramos de importancia dentro del tema del orden jurídico, lo constituye la seguridad colectiva, dado que cuando el orden jurídico determina las condiciones por las cuales la coacción debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos contra el uso de la fuerza por parte de otros, garantizando así un orden social.<sup>24</sup>

Hans Kelsen señala que sin ser tan evidente, el objeto de estudio de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas y también la conducta humana, pero sólo en la parte en que dichas normas son consideradas como condición o efecto.<sup>25</sup>

Refiere que si la conducta humana es el contenido de las normas jurídicas, la relación humana sólo interesa desde la perspectiva de las relaciones jurídicas generadas, lo que constituye el objeto de un conocimiento jurídico.

Por tal motivo, puntualiza que para concebir algo como jurídico no puede ser otra cosa sino concebir algo como Derecho, y ello implica que sea una norma jurídica, o el contenido de una norma jurídica.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Ob. cit. KELSEN Hans. p. 86.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 28.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ídem.* p. 132.

<sup>26</sup> *Ídem.* p. 142.



En tanto, surge de las líneas anteriores la idea central de la escuela juspositivista, en el sentido de que hablar de Derecho es hablar de norma o el contenido de la misma.

Por otro lado, entrando al punto de la teoría estática del Derecho, tenemos que tiene por objeto el Derecho como un sistema de normas con validez, es decir, que el Derecho es su estado de equilibrio.<sup>27</sup>

En cuanto a la teoría dinámica, sostiene que se genera cuando en el proceso jurídico el Derecho se produce y aplica en razón de su movimiento.<sup>28</sup>

Hablar del ser y deber ser del Derecho es hacer referencia a Hans Kelsen y su Teoría Pura del Derecho, en donde señala que Derecho Positivo es mencionar a un orden normativo, en relación con la realidad del acontecer efectivo que, según la pretensión del Derecho Positivo, debe acordar con él.<sup>29</sup>

Sostiene que se habla de un orden superior, el Derecho Positivo se presenta como un derecho real y existente, en tanto que el Derecho natural o la justicia, como simples ideologías.

La base de la Teoría Pura del Derecho es conservar su tendencia anti-ideológica al tratar de aislar al derecho positivo de toda ideología jusnaturalista en torno a la justicia.

Hans Kelsen sitúa al Derecho Subjetivo dentro de un dualismo con el derecho Objetivo, señalando que el Derecho, en tanto objetivo, es norma; y que, en tanto subjetivo, es interés o voluntad.

En ese sentido, considera que el Derecho Subjetivo es el interés protegido por el objetivo, o la voluntad reconocida o garantizada por aquél.<sup>30</sup>

Afirma Hans Kelsen que el Derecho Subjetivo es la función productor del Derecho (en el sentido de facultad) y tomándolo de esa forma, es que desaparece toda oposición con el Derecho Objetivo.

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> *Ibíd.*

<sup>29</sup> *Ídem.* p. 152.

<sup>30</sup> *Ob. cit.* KELSEN, Hans. p. 160.



Concatenando lo dicho en párrafos que anteceden, resulta fundamental la aplicación que refiere Georg Henrik Von Wright, respecto a los principios de legislación racional. Rehusar a la obligación establecida por la autoridad como órgano rector, equivale a quedar a la disposición de ésta para ejecutar, si así lo estimara pertinente, actos en contra de la esfera jurídica del particular.<sup>31</sup>

A manera de crítica del positivismo rígido como el que comulgaba Kelsen, es importante hacer referencia a la obra *Pensamiento Político Contemporáneo*, en el cual Roberto Sánchez Benítez, al citar a Hannah Arendt, señaló que llegar a un totalitarismo podría desentrañar un problema moral, legal y político, como en nuestra época, en el sentido de que el individuo rechaza tener responsabilidad de intervención del exterior que altere sus acciones, y quienes declinan en pensar.<sup>32</sup>

O peor aún, llegar a la transformación del hombre-masa, quienes tienen su origen en la revolución industrial, siendo el resultado de la automatización de la sociedad y del ocaso de los sistemas de partidos y de clases. Se trata de un individuo aislado, que vive del desarraigo social y cultural, que encuentra en el totalitarismo una coherencia. Tienen poca participación política, no tienen nada que perder y busca el anonimato de las mayorías, cuya finalidad es la destrucción y violencia. (Adolf Eichmann)<sup>33</sup>

Por otro lado, no debemos pasar desapercibido que el positivismo como un paradigma dominante ha empezado a perder fuerza, ello a raíz de una fuerte reacción frente a la concepción positivista desde la perspectiva de la historia o la sociología de la ciencia.<sup>34</sup>

## II. Principales concepciones del Jusnaturalismo.

Toca el turno del estudio del jusnaturalismo, por lo que es necesario plasmar que debemos entender por éste. En ese sentido, resulta indispensable la cita de la obra *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*, en la cual el Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, sostiene lo siguiente:

---

<sup>31</sup> WRIGHT, Georg Henrik Von. *Normas, verdad y lógica*. Fontamara. México. 1997. p. 65.

<sup>32</sup> AGUILERA Portales Rafael Enrique et al. *Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica*. Porrúa. 2008. p. 5

<sup>33</sup> *Ibid.* P. 6 y 7

<sup>34</sup> Ob. cit. AGUILERA Portales, Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. p. 8



“Por (jusnaturalismo) podemos entender una multiplicidad de corrientes doctrinales muy diversas, pero todas con carácter universal, permanente e inviolable que contiene valores últimos de todo ordenamiento humano.”<sup>35</sup>

Así también, al efecto de referirnos al Derecho Natural, es importante la cita del autor Hart H.L.A., quien sostiene que el contenido mínimo del Derecho Natural, en forma general, radica en que sin tal contenido, las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí.<sup>36</sup>

En ese sentido, atendiendo a la naturaleza de los hombres, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, lo que se vería traducido en que no habría forma de coaccionar a quienes no las acaten.

Compartimos la opinión del autor, ya que cuidando el cumplimiento de las normas jurídicas, es necesario un contenido mínimo del derecho natural, que encierre aspectos como la vulnerabilidad de la conducta humana.

Dentro de la obra: *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*, el Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, señala que Hart defiende una teoría jurídica con base en un contenido mínimo del derecho natural, ya que el derecho no puede explicarse exclusivamente en términos formalistas, sin hacer referencia a contenidos sociales.<sup>37</sup>

Una vez trazados los puntos del positivismo, e iniciando con los propios del naturalismo, considero importante citar la obra de Norberto Bobbio, donde procede a redefinir las expresiones de jusnaturalismo y positivismo jurídico, señalando que el jusnaturalismo es aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo, y el positivismo jurídico, es la corriente que no admite dicha distinción, ya que afirma que no existe otro derecho que el positivo.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Ídem. p. 10

<sup>36</sup> HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. S.A. p. 23

<sup>37</sup> Ob. cit. AGUILERA Portales Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. p. 10

<sup>38</sup> Ob. cit. BOBBIO, Norberto. p. 17





Continuando con el jusnaturalismo, en referencia a Norberto Bobbio, surge la idea en la cual la teoría jusnaturalista clásica ha ido acompañada, generalmente, por la teoría de la obediencia, esto es, por la teoría según la cual la ley debe ser obedecida, aun cuando en muchos casos, fuera injusta. De igual forma, sostiene el autor, que la teoría de la obediencia corrige la teoría jusnaturalista pura hasta transformarla en la fórmula siguiente: “La ley es válida aun cuando sea injusta”.<sup>39</sup>

En ese sentido, considera Bobbio que el derecho natural es el conjunto de primeros principios éticos, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de la reglas de derecho positivo.<sup>40</sup>

Por su parte, Ernesto Garzón Valdés reduce ambas corrientes atendiendo que el jusnaturalismo admite la teoría de la superioridad del derecho natural; y el positivismo la exclusividad del derecho positivo.<sup>41</sup>

Por otro lado, es importante distinguir las dos grandes tendencias o versiones del jusnaturalismo, situándolos en los puntos siguientes:

- Jusnaturalismo ontológico, dogmático o radical. En esta corriente se postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, teniendo como exponentes a Luño Peña, Finnis o Basave.<sup>42</sup>

- Jusnaturalismo deontológico, crítico o moderado. Aquí no se niega la juricidad del derecho positivo injusto, pero prevé los criterios para comprobar su disvalor. Aparecen autores como Stammler, Legaz Lacambra o Dworkin.<sup>43</sup>

En otro orden de ideas, tratando a la Justicia como un elemento esencial, es imprescindible la referencia a John Rawls en la obra *Teoría de la Justicia*, quien señala que la estructura básica de una sociedad se encuentra precisamente en la justicia, misma que si se maneja como un principio de imparcialidad, constituye una teoría que lleva a un más alto nivel de abstracción, la concepción tradicional del contrato social.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Ídem. p. 18

<sup>40</sup> Ídem., p. 76

<sup>41</sup> GARZÓN VALDÉS Ernesto. *Derecho y filosofía*. Traducción Santiago Carlos. 3ª Ed. Fontamara. México. 1999. p. 12

<sup>42</sup> Ob. cit. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. p. 10

<sup>43</sup> Íbid. 11

<sup>44</sup> RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 2ª Ed. Traduc. María Dolores González. Fontamara. México. 1995. p. 17.



Expone que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, dado que una teoría, por muy atractiva que parezca, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; o por otro lado, no importa si las leyes sean eficientes, si son injustas, por lo que tendrían que ser abolidas.<sup>45</sup>

Es decir, el autor refiere que la justicia debe ser el bastión principal en la estructura de una sociedad, y de igual forma, de pinceladas que lo ligan a la escuela naturalista, al señalar que el Estado debe atender sólo a las leyes que sean justas, con independencia de que éstas sean eficientes si es que tocan el rubro de la injusticia.

Por otro lado, se aprecia que la idea del autor en torno a la justicia tiene una connotación distintiva, la cual, estimamos que es contraria a la que pregona Thomas Hobbes, toda vez que este último, sostiene que el interés de la mayoría (sociedad) debe prevalecer sobre el de unos cuantos, ello en búsqueda del bienestar social.

Por su parte, John Rawls expone que cada persona posee una inviolabilidad basada en la justicia, que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede rebasar, es decir, que la justicia no debe permitir que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos.<sup>46</sup>

Hablar de Rawls es hacer referencia al más influyente filósofo moral y político contemporáneo (1921-2002), quien con la obra, *La teoría de la justicia* (1971), significa la obra más importante en defensa del liberalismo, ya que ésta se situó en las críticas, circunstancias políticas de la sociedad norteamericana de la época (guerra de Vietnam, luchas en contra de la discriminación racial, campañas de desobediencia civil).<sup>47</sup>

Es destacable que la filosofía rawlsiana inspiró una nueva forma de hacer filosofía política, cuando aún persistía la pesada herencia del positivismo lógico. Es decir, la obra de Rawls suponía un cambio decisivo, en el cual el filósofo político debía comprometerse en un trabajo argumentativo de justificación y crítica de problemas sustantivos relevantes. La clave es el “equilibrio reflexivo”, y abandonar la idea de fundamentación última.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Ob. cit. RAWLS, John. p. 17

<sup>46</sup> Ídem.

<sup>47</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique et al. *Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica*. p. 91 y 92

<sup>48</sup> Ídem. p. 93



En ese orden, manifiesta el autor que en una sociedad justa, las libertades de igualdad de ciudadanía se generan en forma definitiva, y los derechos asegurados por la justicia no son sujetos de regateos políticos o intereses sociales.<sup>49</sup>

Es criterio del autor, que para la existencia de una sociedad ordenada se requiere una concepción pública de la justicia, esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia; y por otro lado, las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se conoce que lo hacen.<sup>50</sup>

De lo anterior, advertimos que la naturaleza de la justicia debe, en todo momento, de estar impregnada de una igualdad entre los miembros de la sociedad, así como también, dicha igualdad debe ser respetada por las instituciones sociales y que todas sus actividades busquen salvaguardar dicha igualdad.

Sostiene John Rawls que son diversos los principios de justicia para las instituciones y los que se aplican a los individuos, por lo que no deben ser confundidos, ya que ambos tienen circunstancias particulares.<sup>51</sup>

Por su parte, Paulette Dieterlen señala que son tres los grandes méritos de la teoría de la justicia de Rawls, siendo éstos el rescatar para explicar la política en la idea del contrato social; conciliar el liberalismo y el socialismo, situación que parecía imposible; y reunir dos tradiciones que en el pensamiento liberal se veían como antagónicas, es decir, la llamada libertad de los modelos y la de los antiguos o la defensa de las libertades cívicas.<sup>52</sup>

En lo que hace a las instituciones, tenemos que consisten en sistemas políticos de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades. Dichas reglas son las que definen las formas de acción como permisibles y otras como prohibidas, además de establecer sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Ob. cit. RAWLS, John. p. 62

<sup>52</sup> DIETERLEN, Paulette. *Ensayos sobre Justicia Distributiva*. 2ª Ed. Fontamara. México. 2001. p. 41

<sup>53</sup> Ob. cit. RAWLS, John. p. 62



En ese orden, consideramos que el autor define a las instituciones como entes abstractos, que con base a un sistema realizan acciones específicas sustentadas en reglas.

Por otro lado, manifiesta el autor que puede existir una estructura básica y que sus reglas avalen cierta concepción de justicia, pero podemos no aceptar sus principios o considerarlos injustos, sin embargo, se trata de principios de justicia que en dicha estructura adoptan el papel de justicia, proporcionando asignaciones de derechos y deberes.<sup>54</sup>

Es decir, opinamos que no podemos sabotear o tratar de modificar la estructura de una sociedad que se encuentra basada, en nuestra opinión, en principios que consideramos injustos, sólo por dicha razón, ya que estamos frente a principios de justicia, que en la citada estructura, son los que se encargan de proveer los derechos y deberes.

Entrando al punto de la justicia formal, John Rawls señala que se trata de las reglas definidas por las instituciones, regularmente observadas e interpretadas por las autoridades, que procuran la administración imparcial y congruente de las leyes, cualesquiera que sean sus principios sustantivos.<sup>55</sup>

Expone el autor que los principios de justicia son los siguientes:

“Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

“Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.”<sup>56</sup>

Dichos principios, se aplican en primer lugar a la estructura básica de la sociedad, y rigen los derechos y deberes considerando la repartición de las ventajas económicas y sociales.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Íbid. p. 65

<sup>55</sup> Íbid. p. 66

<sup>56</sup> Íbid. p. 67 y 68

<sup>57</sup> Ídem.



Los individuos miembros de una sociedad cuentan con libertades básicas, entre las cuales encontramos a la libertad política, libertad de expresión y de reunión, la libertad de conciencia y pensamiento, libertad frente a la opresión física, psicológica, el derecho a la propiedad, así como a la libertad frente al arresto.<sup>58</sup>

Refiriéndonos al segundo principio, tenemos que consiste en la distribución del ingreso y de la riqueza, teniendo como referencia las desigualdades económicas y sociales, del modo que todos se beneficien.<sup>59</sup>

En ese sentido, no hay que olvidar que parte de la teoría jusfilosófica de Rawls se centra en una visible desobediencia civil, en la cual debe prevalecer la justicia de la mayoría, respetando los criterios de universalidad e imparcialidad como lo sostiene de igual forma Habermas.<sup>60</sup>

En otro orden de ideas, es el momento de enfocarnos en Ronald Dworkin, quien señala que dentro de las teorías semánticas, el Derecho sólo depende de hechos históricos evidentes, donde el único desacuerdo sensato es de carácter empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales.<sup>61</sup>

Señala que algunos filósofos del Derecho ofrecen respuestas sorprendentes sobre el desacuerdo teórico de los fundamentos del Derecho, en el sentido de que deben ser una pretensión porque el significado mismo de la palabra Derecho hace que dependa de ciertos criterios específicos que cualquier abogado rechazará o desafiará, al grado de estar diciendo una contradicción sin sentido.<sup>62</sup>

Sostiene que es normal que los abogados sigan reglas fijadas por el lenguaje común, sin que tengan la certeza o conciencia de lo que en realidad están expresando.

Complementando lo expuesto en el punto que antecede, Ronald Dworkin menciona en su obra un ejemplo, en el sentido de que los abogados comúnmente utilizan la

---

<sup>58</sup> Ídem.

<sup>59</sup> Ídem.

<sup>60</sup> Ob. cit. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. p. 80

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Traduc. Claudia Ferrari. Gedisa. España. 2005. p. 35.

<sup>62</sup> Ob. cit. DWORKIN, Ronald. p. 35.



palabra “causa”, sin embargo, la mayoría no tiene idea de los criterios que usamos al formular estos juicios, o incluso del sentido con que utilizamos los criterios.

Por otro lado, Gerardo Ribeiro Toral, al referirse a Dworkin, señala que éste parte de una premisa fundamental: la definición del concepto de derecho, sosteniendo que se trata de un concepto imperativo.<sup>63</sup> En ese sentido, refiere que las teorías generales del derecho no son más que interpretaciones generales de la práctica judicial y reivindica que el derecho debe ser entendido como una integridad al unir la jurisprudencia con la adjudicación.<sup>64</sup>

El Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales, señala que Ronald Dworkin defiende los derechos morales fuertes (strong rights), que nacen de la tutela de los principios básicos como la dignidad humana, lo que no puede ser coartado por los poderes públicos.<sup>65</sup>

En lo que debemos coincidir, es que en el paso del último siglo, el Juspositivismo va en decadencia, es decir, sus bastiones poco a poco han sido superados o más bien, impregnados de valores que buscan la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales. Máxime si hablamos de un Juspositivismo puro como el de Hans Kelsen.

En otro orden de ideas, conviene referirnos a la concepción de patriotismo constitucional, según el cual, Habermas señala que el único patriotismo legítimo encuentra sus límites en los postulados de universalización de la democracia y derechos fundamentales.<sup>66</sup>

Así también, es importante señalar dentro del jusnaturalismo, que Karl Olivecrona sostiene que los naturalistas o antimetafísicos suelen partir del concepto de *deber*, ya que lo definen en términos de hechos empíricos estrictos y hacen del derecho subjetivo un simple reflejo del deber.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> RIBEIRO TORAL, Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2007. p. 158

<sup>64</sup> Ídem.

<sup>65</sup> Ob. cit. AGUILERA Portales, Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. p. 13

<sup>66</sup> Ob. cit. AGUILERA Portales, Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales*. p. 196

<sup>67</sup> OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Fontamara. México. 1991. p. 13



### III. Hacia un nuevo paradigma.

Continuando con la investigación, es relevante no limitar las expectativas de un Estado de Derecho, en rubros como los analizados en los puntos que anteceden, sino más bien, es el momento de que el Estado Mexicano aborde el compromiso de afrontar sus múltiples y cada vez mayores problemas, desde una perspectiva de un derecho maleable o dúctil, en el que los derechos fundamentales sean el bastón central de las instituciones de gobierno, sin olvidar patrones como la argumentación, interpretación y el lenguaje jurídico. Bajo estos parámetros resalto lo siguiente:

En ese sentido, Karl Olivecrona, trata el tema de la comprensión del lenguaje jurídico, señalando que el propósito de las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos de naturaleza jurídica, es la de influir en la conducta de los hombres y dirigirla a ciertas maneras. De igual forma, señala que el lenguaje jurídico es el instrumento de control y comunicación social.<sup>68</sup>

Es importante destacar, que al momento de que se estudia y analiza una función del Estado, se deben considerar las manifestaciones expuestas dentro de la obra de Metodología Jurídica, en la cual Friedrich Kart Von Savigny, señala que las funciones legislativas de un Estado, deben girar en torno a la preocupación de éste en establecer los derechos que se pretenden garantizar a los ciudadanos, así como a las disposiciones que se establecen para proteger las leyes.<sup>69</sup>

Por otro lado, como lo sostiene Friedrich Kart Von Savigny, una interpretación debe cumplir principios fundamentales, entre los cuales encontramos el que debe ser individual, es decir, tratar de encontrar una frase especial, que no pretenda aclarar el texto en general, para de esa forma encontrar una interpretación rica en su contribución a la totalidad de la legislación.<sup>70</sup>

Por su parte, Dworkin hace referencia a la libertad que tienen los jueces de decidir, al momento de una interpretación, si aplican cuestiones relativas a precedentes, o bien, formulan su propio criterio interpretativo.

---

<sup>68</sup> Ob. cit. OLIVECRONA, Karl. p. 37.

<sup>69</sup> SAVIGNI, Friedrich Karl Von. *Metodología jurídica*. Traducción Santa-Pinter. Depalma. Buenos Aires. 1994. p. 17

<sup>70</sup> Ídem.



Expone que el principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor, es decir, la comunidad personificada, que expresa una correcta concepción de justicia y equidad.<sup>71</sup>

En ese sentido, estimo que la interpretación en la práctica es objeto de un número amplio de problemas, derivados de los reclamos a los jueces en torno a la identificación de sus deberes y derechos.

Considera el autor que el Derecho como integridad es, por lo tanto, más inexorablemente interpretativo que el convencionalismo o el pragmatismo.<sup>72</sup>

Por tanto, estimo que el pragmatismo sugiere que los jueces piensen en forma integral acerca de las mejores reglas para el futuro.

En ese orden de ideas, el Derecho como integridad es a la vez el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal.<sup>73</sup>

Ahora bien, continuando con las necesidades que, considero son propias del Estado Mexicano, es importante citar a Rawls, quien expone que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales (La teoría de la Justicia). Esta obra generaliza y lleva a su mayor grado de abstracción la teoría del contrato social que se encuentra en Locke, Rousseau y Kant.<sup>74</sup>

La obra referida, parte de las ideas centrales: 1. Una sociedad como sistema de cooperación, basada en la ventaja mutua. 2. Una sociedad como sistema cooperativo, es decir, establece los términos equitativos de la cooperación bajo reglas y procedimientos aceptados por los participantes. 3. Una sociedad bien ordenada, lo que significa que es una sociedad cuya estructura básica está efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Ob. cit. DWORKIN, Ronald. p. 37

<sup>72</sup> Ídem.

<sup>73</sup> 165

<sup>74</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique et al. Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica. p. 95

<sup>75</sup> Ídem.





Rawls responde a la institución básica de la tradición del contrato social, según la cual los términos equitativos de la cooperación social no pueden proceder de una autoridad religiosa ni de un supuesto orden axiológico, sino que han de ser establecidos en virtud de un acuerdo entre los propios participantes.<sup>76</sup>

Los célebres dos principios de justicia de Rawls, son en realidad tres.

1. Principio de igual libertad.
2. La igualdad justa o equitativa de oportunidades.
3. Principio de la diferencia.<sup>77</sup>

De acuerdo con ellos, una sociedad es justa si: 1) ante todo, garantiza a sus ciudadanos un conjunto de libertades y derechos fundamentales a todos por igual; y 2) las desigualdades socio-económicas engendradas por el funcionamiento de las instituciones deben satisfacer dos condiciones: 2.1) deben estar ligadas a posiciones y cargos accesibles a todos de forma justa, y 2.2) deben redundar en un mayor beneficio para los miembros más desfavorecidos de la sociedad.<sup>78</sup>

El carácter liberal de la teoría viene fijado por el primer principio: en una sociedad justa las personas tienen una serie de derechos y libertades reconocidas constitucionalmente, entre los cuales se encuentra la libertad de conciencia y de pensamiento, de expresión, de reunión y de asociación, etc.<sup>79</sup>

Señala que el adversario a vencer es el utilitarismo, por lo que las libertades y derechos de las personas no pueden ser sacrificados en nombre de la utilidad general. Sólo se puede recortar ciertas libertades en nombre de otras, y buscar un ajuste.<sup>80</sup>

Al respecto, es importante hacer referencia a Agustín Basave, quien sostuvo que toda libertad supone un cauce, es decir, el querer ilimitarse en un mundo limitado.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Ídem.

<sup>77</sup> Ídem.

<sup>78</sup> Ídem. p. 78

<sup>79</sup> Ídem.

<sup>80</sup> Ídem.

<sup>81</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. Teoría del Estado. Fundamentación de Filosofía Política. 10ª Ed. Jus México. México. 1985. Pág. 248



Ahora bien, si la propuesta central del apartado que nos ocupa estriba en la recomendación de un derecho maleable o dúctil, es imprescindible hacer referencia a Gustavo Zagrebelsky, quien señala que los problemas jurídicos nunca se encuentran en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones relativas al Derecho positivo que son objeto de trabajo por parte de los juristas, aunado a que tampoco podrán encontrar ahí su solución.<sup>82</sup>

Efectivamente, siguiendo los trazos del autor, sostenemos que su idea se dirige a que los mismos juristas saben que la parte toral de sus creencias, dudas y polémicas no forma parte del Derecho positivo, sino que tiene una raíz más profunda.

En ese mismo orden, expone el autor que la idea del Derecho es lo que realmente importa y no tanto la Constitución o los códigos, ya que estando viva y siendo aceptada puede llegar a prescindir de los textos citados como ocurre en Gran Bretaña.<sup>83</sup>

Sentimos que lo plasmado en el párrafo anterior es interesante, en virtud de que el autor transmite una mayor importancia a la idea del Derecho, sobre los textos legales, lo cual, no es muy común en la actualidad.

Por otro lado, se aprecia que el objetivo de la obra es reunir una serie de elementos relativos a la Constitución y a sus transformaciones basadas en el Estado Constitucional, teniendo como origen al continente europeo.

Un punto que maneja el autor, es en el sentido de que es importante poner en tela de duda lo que hay detrás de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, los métodos, las experiencias, el pensamiento y las cuestiones jurídicas del pasado, ya que puede darse el caso que ya no encuentren aplicación o justificación en la actualidad.<sup>84</sup>

La soberanía, entendida como el proyecto de superación de la división de Europa en Estados independientes, indudablemente, es una cuestión que es fundamental en las tendencias generales del Derecho Constitucional.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 7ª Ed. Trota. Madrid. 2007. p. 9

<sup>83</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. p. 9

<sup>84</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. p. 10

<sup>85</sup> Ídem.



Ahora bien, el derecho dúctil consiste en la aproximación a los valores sobre los ordenamientos legales, es decir, entramos a una dimensión del Derecho donde, al igual que el neoconstitucionalismo, se pretende salvaguardar los derechos fundamentales. Ref.

En efecto, si consideramos al Derecho como Dúctil, significa que dejamos atrás al positivismo rígido, para entrar a un Derecho flexible y maleable, donde la finalidad radica en proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Una Constitución necesariamente debe perseguir sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo ser compatible con los valores y principios, dejando a un lado las posturas absolutas, es decir, que sea homogénea con aquellos otros con los que debe convivir.<sup>86</sup>

De lo expuesto, consideramos que la idea del autor va dirigida en el sentido de que una Constitución debe, en todo momento, buscar que sean colmados los principios que protege, sin embargo, dicha finalidad no debe buscarse bajo estrategias rígidas, sino mas bien, debe atender a todas las instituciones y personas con las que debe interactuar.

Por otra parte, dentro de la obra que se estudia, se advierte que la coexistencia y el compromiso, son los términos que deben ser asociados a la ductilidad constitucional.<sup>87</sup>

En ese orden, manifiesta el autor que en una sociedad justa las libertades de igualdad de ciudadanía se generan en forma definitiva, y los derechos asegurados por la justicia no son sujetos de regateos políticos o intereses sociales.<sup>88</sup>

Es criterio del autor que para la existencia de una sociedad ordenada se requiere una concepción pública de la justicia, esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia; y por otro lado las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se conoce que lo hacen.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. p. 14

<sup>87</sup> Ídem.

<sup>88</sup> Ídem.

<sup>89</sup> Ídem.



De lo anterior advertimos que la naturaleza de la justicia debe en todo momento estar impregnada de una igualdad entre los miembros de la sociedad, así como también dicha igualdad debe ser respetada por las instituciones sociales y que todas sus actividades busquen salvaguardar dicha igualdad.

Sostiene John Rawls que son diversos los principios de justicia para las instituciones a los que se aplican a los individuos, por lo que no deben ser confundidos ya que ambos tienen circunstancias particulares.<sup>90</sup>

Por su parte, Paulette Dieterlen señala que son tres los grandes méritos de la teoría de la justicia de Rawls, siendo éstos el rescatar para explicar la política en la idea del contrato social; conciliar el liberalismo y el socialismo, situación que parecía imposible; y reunir dos tradiciones que en el pensamiento liberal se veían como antagónicas, es decir, la llamada libertad de los modelos y la de los antiguos o la defensa de las libertades cívicas.<sup>91</sup>

En lo que hace a las instituciones, tenemos que consisten en sistemas políticos de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades. Dichas reglas son las que definen las formas de acción como permisibles y otras como prohibidas, además de establecer sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas.<sup>92</sup>

En ese orden, consideramos que el autor define a las instituciones como entes abstractos, que con base a un sistema realizan acciones específicas sustentadas en reglas.

Por otro lado, manifiesta el autor que puede existir una estructura básica y que sus reglas avalen cierta concepción de justicia, pero podemos no aceptar sus principios o considerarlos injustos, sin embargo, se trata de principios de justicia que en dicha estructura adoptan el papel de justicia, proporcionando asignaciones de derechos y deberes.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Ob. cit. RAWLS, John. p. 62

<sup>91</sup> DIETERLEN, Paulette. *Ensayos sobre Justicia Distributiva*. 2ª Ed. Fontamara. México. 2001. p. 41

<sup>92</sup> Ob. cit. RAWLS, John. p. 62

<sup>93</sup> *Ibid.* p. 65



Es decir, opinamos que no podemos sabotear o tratar de modificar la estructura de una sociedad que se encuentra basada en nuestra opinión, en principios que consideramos injustos, sólo por dicha razón, ya que estamos frente a principios de justicia que en la citada estructura, son los que se encargan de proveer los derechos y deberes.

Entrando al punto de la justicia formal, John Rawls señala que se trata de las reglas definidas por las instituciones, regularmente observadas e interpretadas por las autoridades que procuran la administración imparcial y congruente de las leyes, cualesquiera que sean sus principios sustantivos.<sup>94</sup>

Expone el autor que los principios de justicia son los siguientes:

“Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

“Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.”<sup>95</sup>

Dichos principios se aplican en primer lugar a la estructura básica de la sociedad y rigen los derechos y deberes considerando la repartición de las ventajas económicas y sociales.<sup>96</sup>

Los individuos miembros de una sociedad cuentan con libertades básicas, entre las cuales encontramos a la libertad política, libertad de expresión y de reunión, la libertad de conciencia y pensamiento, libertad frente a la opresión física, psicológica, el derecho a la propiedad, así como a la libertad frente al arresto.<sup>97</sup>

Refiriéndonos al segundo principio tenemos, que consiste en la distribución del ingreso y de la riqueza, teniendo como referencia las desigualdades económicas y sociales de modo que todos se beneficien.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> Íbid. p. 66

<sup>95</sup> Íbid. p. 67 y 68

<sup>96</sup> Ídem.

<sup>97</sup> Ídem.

<sup>98</sup> Ídem.



En ese sentido, no hay que olvidar que parte de la teoría jusfilosófica de Rawls se centra en una visible desobediencia civil en la cual debe prevalecer la justicia de la mayoría, respetando los criterios de universalidad e imparcialidad como lo sostiene de igual forma Habermas.<sup>99</sup>

En otro orden de ideas, es momento de enfocarnos en Ronald Dworkin, quien señala que dentro de las teorías semánticas, el Derecho sólo depende de hechos históricos evidentes donde el único desacuerdo sensato es de carácter empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales.<sup>100</sup>

Señala que algunos filósofos del Derecho ofrecen respuestas sorprendentes sobre el desacuerdo teórico de los fundamentos del Derecho, en el sentido de que debe ser una pretensión, porque el significado mismo de la palabra Derecho hace que dependa de ciertos criterios específicos que cualquier abogado rechazará o desafiará, al grado de estar diciendo una contradicción sin sentido.<sup>101</sup>

Sostiene que es normal que los abogados sigan reglas fijadas por el lenguaje común sin que tengan la certeza o conciencia de lo que en realidad están expresando.

Complementando lo expuesto en el punto que antecede, Ronald Dworkin menciona en su obra un ejemplo, en el sentido de que los abogados comúnmente utilizan la palabra “causa”, sin embargo la mayoría no tiene idea de los criterios que usamos al formular estos juicios o incluso del sentido con que utilizamos los criterios.

Por otro lado, Gerardo Ribeiro Toral al referirse a Dworkin señala que éste parte de una premisa fundamental: la definición del concepto de derecho, sosteniendo que se trata de un concepto imperativo.<sup>102</sup> En ese sentido refiere que las teorías generales del derecho no son más que interpretaciones generales de la práctica judicial y reivindica que el derecho debe ser entendido como una integridad al unir la jurisprudencia con la adjudicación.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> Ob. cit. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. p. 80

<sup>100</sup> DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Traduc. Claudia Ferrari. Gedisa. España. 2005. p. 35.

<sup>101</sup> Ob. cit. DWORKIN, Ronald. p. 35.

<sup>102</sup> RIBEIRO TORAL, Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2007. p. 158

<sup>103</sup> Ídem.



El Doctor Rafael Enrique Aguilera Portales señala que Ronald Dworkin defiende los derechos morales fuertes (strong rights), que nacen de la tutela de los principios básicos como la dignidad humana, lo que no puede ser coartado por los poderes públicos.<sup>104</sup>

En lo que debemos coincidir es que en el paso del último siglo el Juspositivismo va en decadencia, es decir, sus bastiones poco a poco han sido superados o más bien impregnados de valores que buscan la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales. Máxime si hablamos de un Juspositivismo puro como el de Hans Kelsen.

En otro orden de ideas conviene referirnos a la concepción de patriotismo constitucional, según el cual, Habermas señala que el único patriotismo legítimo encuentra sus límites en los postulados de universalización de la democracia y derechos fundamentales.<sup>105</sup>

Así también, es importante señalar dentro del jusnaturalismo, que Karl Olivecrona sostiene que los naturalistas o antimetafísicos suelen partir del concepto de *deber*, ya que lo definen en términos de hechos empíricos estrictos y hacen del derecho subjetivo un simple reflejo del deber.<sup>106</sup>

### III. Hacia un nuevo paradigma

Continuando con la investigación es relevante no limitar las expectativas de un Estado de Derecho en rubros como los analizados en los puntos que anteceden, sino más bien, es el momento de que el Estado Mexicano aborde el compromiso de afrontar sus múltiples y cada vez mayores problemas, desde una perspectiva de un derecho maleable o dúctil en el que los derechos fundamentales sean el bastón central de las instituciones de gobierno, sin olvidar patrones como la argumentación, interpretación y el lenguaje jurídico. Bajo estos parámetros resalto lo siguiente.

En este sentido, Karl Olivecrona trata el tema de la comprensión del lenguaje jurídico, señalando que el propósito de las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos de naturaleza jurídica, es la de influir en la conducta

---

<sup>104</sup> Ob. cit. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. p. 13

<sup>105</sup> Ob. cit. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. p. 196

<sup>106</sup> OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Fontamara. México. 1991. p. 13



de los hombres y dirigirla a ciertas maneras. De igual forma señala que el lenguaje jurídico es el instrumento de control y comunicación social.<sup>107</sup>

Es importante destacar que al momento de que se estudia y analiza una función del Estado, se deben considerar las manifestaciones expuestas dentro de la obra de Metodología Jurídica, en la cual Friedrich Kart Von Savigny señala que las funciones legislativas de un Estado deben girar en torno a la preocupación de éste en establecer los derechos que se pretenden garantizar a los ciudadanos, así como a las disposiciones que se establecen para proteger las leyes.<sup>108</sup>

Por otro lado, como lo sostiene Friedrich Kart Von Savigny, una interpretación debe cumplir principios fundamentales, entre los cuales encontramos el que debe ser individual, es decir, tratar de encontrar una frase especial que no pretenda aclarar el texto en general, para de esa forma encontrar una interpretación rica en su contribución a la totalidad de la legislación.<sup>109</sup>

Por su parte, Dworkin hace referencia a la libertad que tienen los jueces de decidir al momento de una interpretación, si aplican cuestiones relativas a precedentes, o bien, formulan su propio criterio interpretativo.

Expone que el principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor, es decir, la comunidad personificada que expresa una correcta concepción de justicia y equidad.<sup>110</sup>

En ese sentido, estimo que la interpretación en la práctica es objeto de un número amplio de problemas derivados de los reclamos a los jueces en torno a la identificación de sus deberes y derechos.

Considera el autor que el Derecho como integridad es por lo tanto, más inexorablemente interpretativo que el convencionalismo o el pragmatismo.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Ob. cit. OLIVECRONA, Karl. p. 37.

<sup>108</sup> SAVIGNI, Friedrich Karl Von. *Metodología jurídica*. Traducción Santa-Pinter. Depalma. Buenos Aires. 1994. p. 17

<sup>109</sup> Ídem.

<sup>110</sup> Ob. cit. DWORKIN, Ronald. p. 37

<sup>111</sup> Ídem.





Por tanto, estimo que el pragmatismo sugiere que los jueces piensen en forma integral acerca de las mejores reglas para el futuro.

En ese orden de ideas, el Derecho como integridad es a la vez el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal.<sup>112</sup>

Ahora bien, continuando con las necesidades que considero son propias del Estado Mexicano, es importante citar a Rawls, quien expone que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales (La teoría de la Justicia). Esta obra generaliza y lleva a su mayor grado de abstracción la teoría del contrato social que se encuentra en Locke, Rousseau y Kant.<sup>113</sup>

La obra referida, parte de las ideas centrales: 1. Una sociedad como sistema de cooperación, basada en la ventaja mutua. 2. Una sociedad como sistema cooperativo, es decir, establecer los términos equitativos de la cooperación bajo reglas y procedimientos aceptados por los participantes. 3. Una sociedad bien ordenada, lo que significa que es una sociedad cuya estructura básica está efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia.<sup>114</sup>

Rawls responde a la institución básica de la tradición del contrato social según la cual los términos equitativos de la cooperación social no pueden proceder de una autoridad religiosa ni de un supuesto orden axiológico, sino que han de ser establecidos en virtud de un acuerdo entre los propios participantes.<sup>115</sup>

Los célebres dos principios de justicia de Rawls, son en realidad tres:

4. Principio de igual libertad.
5. La igualdad justa o equitativa de oportunidades.
6. Principio de la diferencia.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> 165

<sup>113</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique et al. Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica. p. 95

<sup>114</sup> Ídem.

<sup>115</sup> Ídem.

<sup>116</sup> Ídem.



De acuerdo con ellos, una sociedad es justa si: 1) ante todo, garantiza a sus ciudadanos un conjunto de libertades y derechos fundamentales a todos por igual; y 2) las desigualdades socio-económicas engendradas por el funcionamiento de las instituciones que deben satisfacer dos condiciones: 2.1) estar ligadas a posiciones y cargos accesibles a todos de forma justa, y 2.2) deben redundar en un mayor beneficio para los miembros más desfavorecidos de la sociedad.<sup>117</sup>

El carácter liberal de la teoría viene fijado por el primer principio: en una sociedad justa las personas tienen una serie de derechos y libertades reconocidas constitucionalmente, entre los cuales se encuentra la libertad de conciencia y de pensamiento, de expresión, de reunión y de asociación, etc.<sup>118</sup>

Señala que el adversario a vencer es el utilitarismo, por lo que las libertades y derechos de las personas no pueden ser sacrificados en nombre de la utilidad general. Sólo se puede recortar ciertas libertades en nombre de otras y buscar un ajuste.<sup>119</sup>

Al respecto, es importante hacer referencia a Agustín Basave, quien sostuvo que toda libertad supone un cauce, es decir, el querer ilimitarse en un mundo limitado.<sup>120</sup>

Ahora bien, si la propuesta central del apartado que nos ocupa estriba en la recomendación de un derecho maleable o dúctil, es imprescindible hacer referencia a Gustavo Zagrebelsky, quien señala que los problemas jurídicos nunca se encuentran en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones relativas al Derecho positivo que son objeto de trabajo por parte de los juristas, aunado a que tampoco podrán encontrar ahí su solución.<sup>121</sup>

Efectivamente, siguiendo los trazos del autor, sostenemos que su idea se dirige a que los mismos juristas saben que la parte toral de sus creencias, dudas y polémicas no forma parte del Derecho positivo, sino que tiene una raíz más profunda.

---

<sup>117</sup> Ídem. p. 78

<sup>118</sup> Ídem.

<sup>119</sup> Ídem.

<sup>120</sup> BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. Teoría del Estado. Fundamentación de Filosofía Política. 10ª Ed. Jus México. México. 1985. Pág 248

<sup>121</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 7ª Ed. Trota. Madrid. 2007. p. 9

En ese mismo orden, expone el autor que la idea del Derecho es lo que realmente importa y no tanto la Constitución o los códigos, ya que estando viva y siendo aceptada puede llegar a prescindir de los textos citados como ocurre en Gran Bretaña.<sup>122</sup>

Sentimos que lo plasmado en el párrafo anterior es interesante en virtud de que el autor transmite una mayor importancia a la idea del Derecho, sobre los textos legales, lo cual no es muy común en la actualidad.

Por otro lado, se aprecia que el objetivo de la obra es reunir una serie de elementos relativos a la Constitución y a sus transformaciones basadas en el Estado Constitucional, teniendo como origen al continente europeo.

Un punto que maneja el autor, es en el sentido de que es importante poner en tela de duda lo que hay detrás de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, los métodos, las experiencias, el pensamiento y las cuestiones jurídicas del pasado, ya que puede darse el caso que no encuentren aplicación o justificación en la actualidad.<sup>123</sup>

La soberanía, entendida como el proyecto de superación de la división de Europa en Estados independientes, indudablemente es una cuestión fundamental en las tendencias generales del Derecho Constitucional.<sup>124</sup>

Ahora bien, el derecho dúctil consiste en la aproximación a los valores sobre los ordenamientos legales, es decir, entramos a una dimensión del Derecho donde al igual que el neoconstitucionalismo, se pretende salvaguardar los derechos fundamentales. Ref.

En efecto, si consideramos al Derecho como dúctil, significa que dejamos atrás al positivismo rígido, para entrar a un Derecho flexible y maleable donde la finalidad radica en proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Una Constitución necesariamente debe perseguir sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo ser compatible con los valores y principios, dejando a un lado las posturas absolutas, es decir, que sea homogénea con aquellos otros con los que debe convivir.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. P. 9

<sup>123</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. p. 10

<sup>124</sup> Ídem.

<sup>125</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. P. 14



De lo expuesto, consideramos que la idea del autor va dirigida en el sentido de que una Constitución debe en todo momento buscar que sean colmados los principios que protege, sin embargo, dicha finalidad no debe buscarse bajo estrategias rígidas, sino mas bien, debe atender a todas las instituciones y personas con las que debe interactuar.

Por otra parte, dentro de la obra que se estudia, se advierte que la coexistencia y el compromiso, son los términos que deben ser asociados a la ductilidad constitucional.<sup>126</sup>

En ese orden, señala el autor que la política tiene una visión que se caracteriza por no pretender una exclusión o imposición, sino que su perspectiva tiene por objeto una integración a través de valores y procedimientos comunicativos.<sup>127</sup>

De lo narrado, apreciamos que la política tiene un significado importante para el autor, al definirla como la visionaria de integración y comunicación, sin olvidar, que en párrafos subsecuentes de la obra, la define como un ente con visión catastrófica.

Sostiene el autor, que la condición espiritual en los tiempos actuales tiende a describirse como la aspiración a muchos principios o valores que forman parte de la convivencia colectiva, mencionando entre ellos, a la libertad de la sociedad y a la libertad de las reformas sociales.<sup>128</sup>

Estimamos que la idea del autor, al tocar el punto de los principios, se enfoca al estado que imperaba en esos tiempos, haciendo alusión a la difícil etapa moral que imperaba. Por otro lado, señala que la libertad de la sociedad y la de crear reformas es un indicio que alienta a perseguir la convivencia de principios.

En otro orden, Gustavo Zagrebelsky expone que la igualdad ante la ley es otro principio fundamental de la sociedad, así como la igualdad respecto a situaciones y reglas jurídicas.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Ídem.

<sup>127</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. p. 15

<sup>128</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. p. 16

<sup>129</sup> *Ibid.* p. 16



Por otro lado, refiere que los principios mencionados no deben entenderse como conceptos absolutos, ya que de ser así se impediría admitir otros, atentando en contra de la finalidad de la Constitución de salvaguardar varios.<sup>130</sup>

Expone Gustavo Zagrebelsky que la primera de las grandes tareas de una Constitución contemporánea consiste en separar y distinguir claramente a la ley, como obra del legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.<sup>131</sup>

En lo que respecta a los derechos subjetivos, se tratan de teorías en las que el Estado de Derecho pretende limitar el ejercicio de la autoridad sobre el soberano.<sup>132</sup>

Por otro lado, se considera que el Derecho subjetivo es el interés protegido por el objetivo, o la voluntad reconocida o garantizada por aquél, es decir, el Derecho subjetivo es la función productor del Derecho (en el sentido de facultad) y tomándolo de esa forma es que desaparece toda oposición con el Derecho objetivo.<sup>133</sup>

Para Edgar Bodenheimer tratar a todos los hombres iguales, en circunstancias iguales, de modo igual, es el primero y más importante de los mandamientos de la justicia.<sup>134</sup>

Por su parte, la ley es la voluntad del legislador plasmada en un texto legal y que para su creación fueron colmados los requisitos o etapas previstas en la Constitución, por lo que se encuentra dotada de fuerza jurídica.

En otro orden, la palabra ley tiene en el lenguaje jurídico diversos significados, al grado de que se usa como equivalente a derecho o a norma jurídica en general.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. p. 16

<sup>131</sup> Ob. cit. ZAGREBELSKY, Gustavo. p. 47

<sup>132</sup> Ídem.

<sup>133</sup> Ob. cit. KELSEN, Hans. p. 68.

<sup>134</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*. Traduc. Herrero Vicente. Fontamara. México. 1986. p. 54

<sup>135</sup> Ídem. p. 61.



## CONCLUSIONES

A razón de conclusiones dentro del trabajo de investigación, se sostienen las siguientes:

1. En la actualidad el Derecho tiene la obligación de perseguir en forma incesante el salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, dejando atrás un formalismo rígido y sustituyéndolo por un Derecho flexible que permite una primacía de los valores sobre los ordenamientos.

2. En estos casos, consideramos que el Derecho sirve para garantizar la moral, o mejor dicho, garantizar la guarda de los Derechos Fundamentales.

3. Dicha reforma, debe atender también a que las normas legales sean justas para los gobernados, cumpliendo así con las bases del jusnaturalismo clásico.

4. Por otro lado, la propuesta de referencia debe ser concebida por los órganos de la sociedad involucrados en la causación de contribuciones, buscando una mejora social en general, cumpliendo así con los supuestos del sociologismo.

5. En ese modo, como investigadores del derecho tenemos la obligación de que nuestros trabajos no se limiten a la crítica, sino que éstos deben enfocarse a proponer mejoras, razón por la cual, estimo que una adecuada propuesta tal y como se refirió en párrafos que anteceden, debe “extraer” lo relevante de cada una de las corrientes descritas para formar bases realmente aplicables en la actualidad.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. *Teoría Política y Jurídica. Problemas Actuales. Porrúa. México. 2008.*

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique et al. *Pensamiento Político Contemporáneo. Una Panorámica. Porrúa. 2008.*

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *Teoría del Estado. Fundamentación de Filosofía Política. 10ª Ed. Jus México. México. 1985.*

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Fontamara. México. 1991.*

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho. Traducción. Herrero Vicente. Fontamara. México. 1986.*

CORREAS, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno. Fontamara. México. 1997.*

DIETERLEN, Paulette. *Ensayos sobre Justicia Distributiva. 2ª Ed. Fontamara. México. 2001.*

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia. Traducción. Claudia Ferrari. Gedisa. España. 2005.*

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo. 4ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1989.*

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho y filosofía. Traducción Santiago Carlos. 3ª Ed. Fontamara. México. 1999.*

HART, H. L. A. *El concepto del Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. S.A.*



KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 15ª Ed. Traducción. Roberto Vernengo. Porrúa. México. 2007.

KLUG, Ulrich. *Problemas de la filosofía y de la gramática del derecho*. Traducción Jorge Seña. Fontamara. México. 1992.

NINO, Carlos S. *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*. Fontamara. México. 1993.

OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Fontamara. México. 1991.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 2ª Ed. Traducción. María Dolores González. Fontamara. México.

RIBEIRO TORAL, Gerardo. *Verdad y Argumentación Jurídica*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2007.

SAVIGNI, Friedrich Karl Von. *Metodología jurídica*. Traducción Santa-Pinter. Depalma. Buenos Aires. 1994.

WRIGHT, Georg Henrik Von. *Normas, verdad y lógica*. Fontamara. México. 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 7ª Ed. Trota. Madrid. 2007.



# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

## Notas sobre el segundo párrafo del artículo 113 Constitucional\*

*Lic. Miguel Pérez López\*\**

**ABSTRACT:** La incorporación de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en junio de 2002, se inscribe en un proceso paulatino, pero constante de incorporar dicha institución reparadora en las Constituciones de Hispanoamérica, a fin de crear un perímetro de protección fundamental de los derechos de los gobernados cuando se ven afectados en su persona, patrimonio y derechos. La tendencia un tanto discutible de ese proceso constitucional ha sido a favor de establecer la responsabilidad estatal de tipo directo y objetivo (v. gr. Venezuela, Bolivia y Ecuador), lo que puede resultar lesivo para las inestables finanzas públicas del área. Este estudio procura exponer los orígenes, las influencias doctrinales y los alcances de la modificación constitucional de junio de 2002, por el que se dio un paso trascendente en la protección de los derechos de los particulares y en la efectividad del Estado de Derecho.

---

\* Para la elaboración de este estudio, conté con el invaluable y permanente apoyo del Dr. Gustavo Pérez López y de Ángel Alberto Pérez López.

\*\* Profesor-Investigador de "Teoría Constitucional" y "Derecho Procesal Administrativo", Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.



*Al Lic. Ricardo Celis Aguilar Álvarez, con afecto y agradecimiento por la oportunidad de permitirme ver el derecho administrativo en acción.*

“(...) es necesario adoptar alguna medida frente al desarrollo incontenible de la vida estatal que ha creado múltiples riesgos que amenazan los derechos de los particulares con los cuales frecuentemente se encuentra en contacto.”

Gabino FRAGA

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA TEORÍA DE LA LESIÓN ANTIJURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y DE LA GARANTÍA INDIVIDUAL DE INTEGRIDAD PATRIMONIAL. III. ALGUNOS CASOS DE CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO IBEROAMERICANO. IV. LA ELEVACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MÉXICO. V. LAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. VI. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN: LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

En México, el tratamiento jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado ha sido tortuoso y tardío. Hasta la entrada en vigor del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, DE<sup>1</sup>, era una institución inexistente. El artículo 1928 de dicho Código fue la primera disposición de carácter general del ordenamiento jurídico mexicano que estableció la responsabilidad patrimonial del Estado, la que se encontraba en el capítulo dedicado a las obligaciones que nacen de los “actos ilícitos”, por lo que la responsabilidad del Estado por sus actos o por la deficiente u omisiva prestación del servicio público tenía que ser fundamentada en culpa, sin que fuese posible considerarla objetiva por riesgo creado. El Estado, rezaba el artículo 1928 mencionado, tenía la obligación de responder de los daños causados por sus servidores en el ejercicio de sus funciones encomendadas, siempre que existiese culpa, pues la ley civil no disponía lo contrario, esto es, que fuera una responsabilidad objetiva.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 26 de marzo de 1928.

<sup>2</sup> Esta situación cambió con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de enero de 1994. Cf. PÉREZ LÓPEZ, Miguel, “La Nueva Responsabilidad Patrimonial del Estado Mexicano”, *Alegatos*, núm. 28, septiembre-diciembre 1994, pp. 531-532.

Posteriormente, se intentó fundar una regulación de Derecho Público para la responsabilidad patrimonial del Estado con la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal<sup>3</sup>, sin embargo, resultó tan ineficaz como la ya instituida en el Código Civil, lo que motivó una crítica implacable de la mejor doctrina del Derecho Administrativo Mexicano (Gabino Fraga y Antonio Carrillo Flores), que evidenciaba la situación de desventaja e injusticia para las víctimas de los daños provenientes de la actuación de las autoridades del Estado, particularmente las administrativas, de forma tal que Fraga lamentaba la inexistencia del Estado de Derecho en nuestro país.<sup>4</sup>

En el campo del Derecho Público patrio, se dieron soluciones legales tímidas en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, sin cambiar esencialmente el régimen de la legislación civil, tanto federal como local. Esas soluciones resultaron reducidas al preverse en leyes especiales (por ejemplo, la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, la Ley del Servicio Postal Mexicano y la Ley Aduanera) o cuando se vinculó a la institución de reparación patrimonial estatal con el sistema de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, como fue en la reforma de 1994.<sup>5</sup>

La aparición de la obra del Dr. Álvaro Castro Estrada<sup>6</sup> propició un movimiento a favor de una nueva y mejor regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, mediante propuestas, tanto de modificación a la Constitución General de la República como de anteproyectos de leyes *ad hoc*, segregándose del régimen del Código Civil, a fin de postular un sistema de responsabilidad estatal objetiva y directa, basado en los principios e instituciones del Derecho Público.

A partir del libro *Responsabilidad Patrimonial del Estado* de Castro Estrada, se gestaron las iniciativas que procuraron elevar el derecho a la integridad patrimonial de los gobernados y a obtener una indemnización por los daños derivados de la acción administrativa irregular al máximo nivel normativo. Por ello, el objeto de este modesto trabajo consiste en tratar, así sea de forma somera, la elevación constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, mediante la adición del segundo párrafo del

---

<sup>3</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 31 de diciembre de 1941.

<sup>4</sup> FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Vigésima Tercera Edición, Porrúa, México, 1982, p. 419.

<sup>5</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 10 de enero de 1994. Cf. PÉREZ LÓPEZ, Miguel, *op. cit. supra* nota 2.

<sup>6</sup> CASTRO ESTRADA, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997. Además del mismo autor tenemos *id.*, *Nueva Garantía Constitucional*, México, Porrúa, 2005.



artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin desconocer la tesis de la lesión antijurídica que ha fundamentado las bases del nuevo sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado, previstas en dicho párrafo y en el transitorio único del Decreto que adicionó este precepto constitucional.

## II. LA TEORÍA DE LA LESIÓN ANTIJURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y DE LA GARANTÍA INDIVIDUAL DE INTEGRIDAD PATRIMONIAL

Es sabido que el derecho de los particulares para exigir la reparación de esos daños y perjuicios causados por los servidores públicos, en especial de los de la administración pública, es uno de los derechos subjetivos públicos peor regulados y más desprotegidos, tanto que el tratadista Gabino Fraga, cuestionó la existencia misma del Estado de derecho en nuestro país.

El administrativista Antonio Carrillo Flores consideró que el derecho subjetivo público debe entenderse como la facultad otorgada por el derecho objetivo para proteger el interés de una persona jurídica particular frente al interés colectivo que el Estado representa, mediante el poder conferido a la voluntad de aquella persona para lograr que el Estado emita un acto de tutela de aquel interesado o para obtener la eliminación del acto estatal ya emitido, incompatible con la situación favorable al particular,<sup>7</sup> mien-

---

<sup>7</sup> CARRILLO FLORES, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, Porrúa, México, 1939, pp. 59-60. La segunda edición apareció con el título *La justicia federal y la administración pública*, Porrúa, México, 1973. Sobre el tema de la responsabilidad estatal destacan las aportaciones de CARRILLO FLORES en diversos estudios y ensayos: cf. CARRILLO FLORES, Antonio, "Gabino Fraga, forjador del Derecho Administrativo Mexicano" en varios autores, *Fraga y el derecho administrativo mexicano*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1982, pp. 55-73, y en FRAGA, Gabino, *op. cit supra* nota 4, pp. 469-482 (en este último caso la conferencia en cuestión se ha reproducido en las subsecuentes ediciones del tratado de FRAGA); *Ídem*, "La evolución del derecho administrativo mexicano en el siglo XX" en varios autores, *LXXV años de evolución jurídica en el mundo. Derechos constitucional y administrativo*, volumen VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, pp. 57-96, reproducido en el libro del mismo autor, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, pp. 23-25, y en la *Revista de Administración Pública. Raíces del Instituto Nacional de Administración Pública*, número 88, 1995, Instituto Nacional de Administración Pública, México, pp. 5-38; *Ídem*, "La responsabilidad del Estado en México" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año I, número I, Escuela Libre de Derecho, México, y en los citados *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, pp. 9-23; e *Ídem*, "Responsabilidad extracontractual Estado en México" en *Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al servicio de México. Memorias*, Tomo V, Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1982, pp. 17-37.

tras que por su parte, Fraga ubicaba dentro de las tres grandes agrupaciones de los derechos subjetivos públicos de los particulares frente a la administración pública al derecho de aquellos para obtener la reparación de los daños causados por el funcionamiento de la administración.<sup>8</sup>

La responsabilidad del Estado es la que se considera patrimonial, tanto en el ámbito exterior<sup>9</sup> como interior, cuando por su actividad llega a afectar los patrimonios y personas de los gobernados, quienes tienen un derecho público subjetivo a su favor, para exigir que sean reparados los daños causados por las actividades públicas, sea apegado a la legalidad o se actualice por un acto ilegal.

La responsabilidad del Estado por la actividad de la administración pública es un medio auxiliar de la jurisdicción administrativa, siempre que los tribunales administrativos estén expresamente facultados para determinar que la ejecución de un acto administrativo causó daños y perjuicios en el patrimonio pecuniario y moral de un particular, y se proceda a condenar al Estado. El primer ordenamiento legal que actualizó este supuesto fue la Ley de Depuración de Créditos del Gobierno Federal de 1941.

En un sistema ideal de responsabilidad patrimonial del Estado, las presuntas víctimas pueden acudir previamente ante las autoridades administrativas, por la vía del procedimiento administrativo conocido como reclamo,<sup>10</sup> a exigir el pago de una indemnización, en razón de que una actuación administrativa irregular le ha causado una lesión antijurídica en su patrimonio. De esta forma si la autoridad administrativa resuelve el reclamo de forma favorable a juicio de los particulares, se cumpliría la categoría de medio auxiliar de la jurisdicción administrativa, en el sentido de evitar que el conflicto generado por el reclamo ya no continúe en los tribunales administrativos.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> FRAGA, Gabino, *op. cit. supra* nota 4, p. 417.

<sup>9</sup> Cf. ÁVALOS VÁZQUEZ, Roxana de Jesús, *Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito*, México, Porrúa, 2007.

<sup>10</sup> Sobre la figura del reclamo administrativo, cf. REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 19-32, y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *La instancia administrativa*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ediar, 2008, pp. 62-70.

<sup>11</sup> La idea de la responsabilidad patrimonial del Estado, derivada de la acción administrativa, como un medio auxiliar de la jurisdicción administrativa, se encuentra FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción a la Justicia Administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983, pp. 22-23; *id.*, "La justicia administrativa en México", en *Conferencias magistrales*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Federal de la Defensoría Pública, 2002, pp. 29-117, e *id.*, "Concepto y contenido de la justicia administrativa", en CISNEROS FARÍAS, Germán, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Justicia Administrativa*, México, UNAM, 2007, pp. 171-234.



Esto coloca a la responsabilidad estatal como un medio auxiliar de tipo preventivo, pues generaría una actitud cuidadosa de parte de los agentes de la administración para dictar y ejecutar resoluciones, aunque subsisten juicios contrarios a la responsabilidad estatal, principalmente exhibiéndola como un obstáculo de la eficacia administrativa. Sin embargo, resulta igualmente nocivo para el interés público que prevalezca la irresponsabilidad, pues demerita la legitimidad de la autoridad ante la sociedad.

La responsabilidad patrimonial del Estado debe generar en el cuerpo de sus servidores públicos la preocupación de que sus actos no causen afectaciones en la esfera particular. Por ello, es necesario que se establezcan las escuelas de administración pública, tal y como lo ordena la fracción VII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Federal para que entre otras materias se forme en los funcionarios y empleados estas cuestiones de la responsabilidad del Estado y la suya propia.

La responsabilidad del Estado es una categoría del derecho público que amerita un tratamiento diferenciado respecto de la regulación de la responsabilidad patrimonial civil, que proteja de forma equilibrada y ponderada tanto el interés público como los derechos e intereses de los gobernados, a efecto de evitar la presentación temeraria y sin número de demandas contra el Estado.

Las teorías justificantes de la responsabilidad patrimonial del Estado resultaron insuficientes para justificar dicha responsabilidad en el campo del derecho público, hasta que surgió *la teoría de la lesión antijurídica*, derivada de los planteamientos de Vittorio Emanuele Orlando y desarrollada con amplitud por los juristas españoles Eduardo García de Enterría y Jesús Leguina Villa, que trata de superar las categorías civilistas de la responsabilidad patrimonial, para garantizar la integridad patrimonial de los gobernados respecto de la actuación del poder público.<sup>12</sup>

La teoría de la lesión antijurídica tiene por mira que la exigencia de la responsabilidad patrimonial estatal, procure la reparación objetiva de una lesión en que la víctima no tenía la obligación establecida por el ordenamiento jurídico, de soportar, en lugar de

---

<sup>12</sup> Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 169-170; LEGUINA VILLA, Jesús, *La responsabilidad civil de la administración pública*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1983, p. 121, y CASTRO ESTRADA, Álvaro, *op. cit. supra* nota 6, pp. 271-279 y 287-323.

anteponer la sanción del agente público a quien se imputa el acto o hecho causante de la afectación.

Se puede decir que esta teoría de la lesión antijurídica deriva de una concepción amplia de los derechos fundamentales, con la finalidad de respetar la dignidad y el patrimonio de los gobernados, aplicando un principio de estricta justicia, bien común, solidaridad social y Estado de Derecho.<sup>13</sup>

Esta teoría ha dado pie a un amplio movimiento jurídico en pro de la responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado, movimiento que se ha expresado en textos constitucionales y legales, doctrina justificadora y contraria a la misma, jurisprudencia interpretativa e integradora, además de extender su radio de aplicación, abarcando la actuación materialmente administrativa de los poderes legislativo y judicial, así como de los órganos constitucionales autónomos.

### **III. ALGUNOS CASOS DE CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO IBERO-AMERICANO**

En el ámbito hispanoamericano, la responsabilidad patrimonial del Estado ha logrado abandonar la regulación de corte civilista, consolidándose como una institución de Derecho Público, en especial cuando es incorporada en las Leyes Fundamentales. Sobre este particular, las Constituciones de la República Portuguesa (1976) y de la Monarquía Española (1978) aparecieron como los ejemplos a seguir en materia de responsabilidad patrimonial estatal, que instituyeron el derecho fundamental de obtener una reparación por los daños causados en los bienes y derechos de los gobernados.

#### **A) LAS CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA PORTUGUESA Y DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA**

En la Constitución lusitana encontramos que en su parte I, dedicada a los derechos y deberes fundamentales, el artículo 22 está dedicado a la responsabilidad de los entes públicos, prescribiendo de forma amplia que “el Estado y los demás entes públi-

---

<sup>13</sup> CASTRO ESTRADA, Álvaro, *loc. cit.*



cos son civilmente responsables, solidariamente con los titulares de sus órganos, funcionarios, o agentes, de las acciones u omisiones practicadas en el ejercicio de sus funciones y por causa de dicho ejercicio, de los que resulte violación de los derechos, libertades y garantías o perjuicio de terceros.”

En la Constitución de la Monarquía Española, dentro de su título IV “Del Gobierno y de la Administración, encontramos que la responsabilidad patrimonial estatal está situada en el artículo 106.2, conforme a los términos siguientes: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”<sup>14</sup>

Ambas disposiciones constitucionales inauguran una ruta en la que se ha encarrilado el derecho constitucional latinoamericano.

## **B) LAS CONSTITUCIONES DE LATINOAMÉRICA**

### **1) Bolivia**

En el caso de Bolivia, el artículo 5o. de la Constitución Política del Estado dispone una responsabilidad personal de los funcionarios con omisión de la responsabilidad patrimonial estatal: “Los funcionarios públicos que, sin haberse dictado el estado de sitio, tomen medidas de persecución, confinamiento o destierro de ciudadanos y las hagan ejecutar, así como los que clausuren imprentas y otros medios de expresión del pensamiento e incurran en depredaciones u otro género de abusos están sujetos al pago de una indemnización de daños y perjuicios, siempre que se compruebe, dentro de juicio civil que podrá seguirse independientemente de la acción penal que corresponda, que tales medidas o hechos se adoptaron en contravención a los derechos y garantías que establece esta Constitución.” Mientras que el artículo 150o. prevé que todo compromiso del Estado contraído conforme a las leyes es inviolable.

---

<sup>14</sup> Resultan interesantes los enfoques divergentes respecto a los alcances de la responsabilidad patrimonial del Estado que exponen por un lado GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 1a. ed. argentina, Civitas, Thomson, La Ley, 2006, pp. 351-359, y por el otro lado la posición de MIR PUIGPELAT, Oriol, “El sistema español de responsabilidad patrimonial de la administración: una visión crítica”, en MARÍN G., Juan Carlos, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa- ITAM, 2004, pp. 1-51.



## 2) Brasil

En la Constitución de la República de Brasil tenemos, en primer lugar, la responsabilidad patrimonial estatal por error judicial. La fracción LXXV del artículo 5º, establece que como parte de las garantías de los brasileños y de los extranjeros residentes en dicho país, respecto a la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, el Estado indemnizará al condenado por error judicial así como al que permaneciere en prisión más allá del tiempo fijado en la sentencia.

En segundo término, dentro de los principios y condiciones a los que deberán sujetarse los servicios e instalaciones nucleares, los cuales constituyen un monopolio estatal federal, que la responsabilidad civil por estos daños no depende de la existencia de culpa, o sea, que es objetiva (artículo 21, fracción XXIII, inciso c)).

Finalmente, el artículo 37 de la Constitución del Brasil, depósito de los principios rectores a los que deben someterse las administraciones públicas del sistema federal brasileño, prevé que las reclamaciones relativas a la prestación de servicios público serán reguladas en ley (artículo 37, numeral 3) y que tanto las personas jurídicas de derecho público como las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, lleguen a causar a terceros, asegurando el derecho de repetir contra el responsable en los casos de dolo o culpa (artículo 37, numeral 6).

Las previsiones del artículo 37 de la Constitución brasileña conducen a la responsabilidad patrimonial del Estado de forma solidaria (incluyendo los casos de los concesionarios de servicios públicos), aunque de lo expuesto resalta la permanencia de la responsabilidad de tipo subjetivo, al hacer referencia a la existencia de dolo o culpa, sin hacer mención expresa a la responsabilidad objetiva. Destaca el derecho de repetición que el Estado puede enderezar contra los causantes del daño, a fin de evitar que el pago de indemnizaciones provoque distorsiones presupuestales.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Sobre el derecho de repetición del Estado contra los servidores públicos causantes de los daños, cf. CASTRO ESTRADA, Álvaro, *ibid.*, pp. 469-486.



### 3) Chile

El artículo 38 de la Constitución Política de la República de Chile instituye que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o municipalidades, podrá formular el respectivo reclamo ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario causante del daño.<sup>16</sup>

### 4) Colombia

La Constitución Política de Colombia determina que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y de resultar condenado a la reparación patrimonial de tales daños, en caso de que éstos hayan sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente estatal, el Estado tiene el deber de repetir contra éste (artículo 90).<sup>17</sup> Es de apreciarse que la Constitución colombiana fija el imperativo de la repetición contra los agentes estatales, en lugar de plantearlo como un derecho, que más bien, atento a lo que dispone la teoría del Estado, se trata de una facultad.

### 5) Cuba

En el régimen constitucional cubano tenemos el reconocimiento del derecho de que toda persona que sufiere daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley (artículo 26o. de la Constitución de la República de Cuba). Se aprecia la falta de previsión respecto del tipo de responsabilidad (directa o subsidiaria, subjetiva u objetiva), remitiendo a la ley secundaria para su desarrollo.

---

<sup>16</sup> FERRADA B., Juan Carlos, "La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado en Chile: una breve revisión del estado actual de la discusión", en MARÍN G., Juan Carlos (comp.), *op. cit. supra* nota, pp. 107-135. También cfr. PANTOJA BAUZA, Rolando, "La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile", en CISNEROS FARÍAS, Germán, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *op. cit. supra* nota 11, pp. 381-423.

<sup>17</sup> BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 2a. ed., Bogotá, Leyer Editorial, 2003, pp. 16-18.

## 6) Ecuador

El artículo 22 de la Constitución Política de la República del Ecuador, de agosto de 1998, reducía la responsabilidad patrimonial del Estado a la derivada del error judicial, por inadecuada administración de justicia o por los actos que hayan producido la prisión o su detención arbitraria. En el artículo 24 de dicha Ley Fundamental se previó el derecho del Estado de repetir contra el juez o funcionario responsable.

La nueva Constitución de la República del Ecuador, de noviembre de 2008, resulta prolija en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. El artículo 11 de la Constitución ecuatoriana enumera los principios que rigen el ejercicio de los derechos fundamentales y en el numeral 9 de dicho artículo se establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar dichos derechos, y a continuación establece las siguientes previsiones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado:

*“El Estado, sus delegatorios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.*

*“El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.*

*“El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.*

*“Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”*

La procedencia del reclamo es amplio, sin embargo, la disposición constitucional es imprecisa respecto al tipo de la responsabilidad patrimonial: directa o subsidiaria, subjetiva u objetiva. En cambio, es precisa en materia de responsabilidad estatal por error judicial y en materia de repetición contra los servidores públicos.



Por otra parte, aunque de forma imprecisa, los artículos 396 y 397 de la nueva Constitución ecuatoriana prevén la responsabilidad por el daño ambiental. El último precepto prescribe que el Estado repetirá contra el operador de la actividad productora del daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos legales, de lo que se desprendería que el Estado sufragaría la reparación. Además, el citado artículo 397 constitucional prescribe que la responsabilidad recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental.

## **7) Paraguay**

El artículo 106 de la Constitución de la República de Paraguay tiene como epígrafe “De la responsabilidad del funcionario y del empleado público”, y de forma terminante establece que ningún funcionario o empleado público estará exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, los funcionarios o empleados públicos serán personalmente responsables sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto. Como se nota, en Paraguay será necesario reclamar previamente la responsabilidad del agente público, antes de pedir la respectiva reparación al Estado.

## **8) El Salvador**

Primeramente, el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución de la República de El Salvador establece que en el caso de revisión en materia penal, el Estado indemnizará conforme a la ley, a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados.

El artículo 245 de la Constitución salvadoreña prevé que los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren, como consecuencia de la violación a los derechos consagrados en dicha Ley Suprema. Correlativo a este precepto, el artículo 244 de la misma Constitución prevé que las responsabilidades civiles o penales en que incurran los funcionarios públicos, civiles o militares, a quienes se les impute la violación, la infracción o la alteración de las disposiciones constitucionales, no admitirán amnistía, conmutación o indulto durante el periodo presidencial dentro del cual se cometieron.



## 9) Honduras

La Constitución de la República de Honduras intitula su Capítulo XIII como “De la Responsabilidad del Estado y sus servidores” y sus artículos 324 y 327 se dedican a fijar los extremos de la institución resarcitoria estatal. En el primer precepto encontramos que si el servidor público en el ejercicio de su cargo infringe la ley en perjuicio de los particulares, será civil y solidariamente responsable con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentre, sin perjuicio de la acción de repetición que se ejerza contra los servidores responsables, en los casos de culpa o dolo. Se aprecia que hay cierta similitud con la regulación constitucional brasileña, antes expuesta. El precepto citado aclara que la responsabilidad civil no excluye la deducción de las responsabilidades administrativa y penal contra el infractor.

El artículo 327 impone la reserva de la ley tratándose de la responsabilidad “civil” del Estado y la responsabilidad civil, penal y administrativa de los servidores del Estado hondureño.

## 10) Panamá

En la Constitución Política de la República de Panamá son ausentes disposiciones dedicadas *ex profeso* a la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, en el conjunto de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia se aprecia que dicho tribunal tiene radicada la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de la prestación deficiente o deficiente de los servicios públicos, y en consecuencia, de ser procedente la reclamación intentada, restablecer el derecho particular violado (artículo 203, numeral 2).

## 11) Uruguay

El artículo 24 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay dispone que el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y en general, todo órgano del Estado, serán “civilmente” responsables del daño causado a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección. Es de presumirse que la responsabilidad patrimonial estatal sería directa, mas nada indica que sea objetiva. El artículo 25 de la Ley Fundamental uruguaya prevé la facultad de repetir contra los funcionarios respecto de lo pagado por concepto de reparación, cuando el daño haya sido causado en el ejercicio de sus



funciones o en ocasión de ese ejercicio, si es que obró con culpa grave o dolo. Nótese la reiteración del esquema de la facultad de repetir en algunos de los modelos estudiados, en cuanto a condicionar la acción de repetición en los casos en que el causante del daño haya operado con culpa o dolo.

Lo que sería más bien propio de la legislación secundaria, en el artículo 312 de la Constitución oriental se instituye que la acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo se ejercerá por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto administrativo. El actor tiene la opción de impetrar la anulación del acto o la reparación del daño causado por el acto. Si agota el primer supuesto y obtiene sentencia anulatoria, podrá demandar luego la reparación ante la sede correspondiente. En cambio, resultará improcedente pedir la anulación si es que se ejerció la acción reparatoria, independientemente del contenido de la sentencia que le recaiga. Además la Constitución uruguaya prescribe que si la sentencia confirma (sic) el acto, “pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación”.

## 12) Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela resulta dilatada en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. En primer término, su artículo 25o. asienta que todo acto dictado en ejercicio del Poder Público es nulo cuando viole o menoscabe los derechos garantizados por dicho ordenamiento fundamental y la ley; de tal manera que los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrirán en responsabilidad penal, civil y administrativa, sin que la emisión de órdenes superiores les sirvan de excusa.

El artículo 30o. de la Constitución Bolivariana obliga al Estado a indemnizar de forma integral a las víctimas de violaciones de los derechos humanos que le sean imputables o a sus “derecho habientes”, con inclusión del pago de daños y perjuicios. A dicho efecto, el Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en el citado artículo. Se observa que el objeto de la responsabilidad, en el régimen venezolano, abarca expresamente al pago de perjuicios.

El artículo 49o., numeral 8, de la Ley Fundamental de Venezuela instituye la responsabilidad del Estado debida a error judicial, retardo u omisión injustificados en actuaciones judiciales y administrativas, causantes de una situación jurídica lesionada,

dejando a salvo el derecho del particular de exigir la responsabilidad personal de los juzgadores, así como el “derecho” del Estado de actuar contra ellos.

El artículo 259o. de la Ley Fundamental venezolana está dedicado a la jurisdicción contencioso administrativa, depositada en el Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración Pública; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

### **13) Haití**

El artículo 27-1 de la Constitución de esta nación antillana que los funcionario y empleados del Gobierno son directamente responsables conforme a las leyes penales, administrativas y civiles por llevar a cabo sus actos en violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende hacia el Estado también.

De la anterior exposición se puede considerar válidamente que existe un amplio movimiento constitucional hispanoamericano que trata de colocar la responsabilidad patrimonial del Estado en el capitulo de las leyes fundamentales, con una clara tendencia por instituir la responsabilidad directa y objetiva, así como tratar de fijar el derecho de repetir contra los funcionarios y empleados públicos, a fin de que cubran los montos de las indemnizaciones pagados por su causa.

## **IV. LA ELEVACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN MÉXICO**

Como se expresó con antelación, sin duda la obra de Álvaro Castro Estrada dio inició a un importante movimiento jurídico en México, en pro de modificar el anquilosado esquema de la responsabilidad patrimonial del Estado imperante hacia fines del siglo XX, basado en el esquema de la responsabilidad civil extracontractual, por hecho ilícito y de exigibilidad subsidiaria, en caso de que los servidores públicos, en trance de ejecución de sentencia condenatoria, no tuviesen bienes o que fueren insuficientes para reparar el daño causado.



Dicho movimiento se formalizó con dos iniciativas de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que propiciarían un cambio substancial del régimen de la institución resarcitoria: pasar del Derecho Privado al Derecho Público.

A continuación se expondrá en términos generales, la forma en que se desarrolló el procedimiento de revisión constitucional que concluiría con la reforma de la denominación del Título Cuarto de la Ley Suprema de la Unión y la adición de un párrafo segundo al artículo 113 del mismo ordenamiento fundamental, para después comentar las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial del Estado y exponer los principios que regirán dicha institución reparadora.

## **A) LAS INICIATIVAS**

En 1999 se presentaron dos distintas iniciativas de reforma constitucional a efecto de elevar al más alto nivel normativo un régimen explícito de la responsabilidad estatal.

Las iniciativas tenían en común la formulación de una garantía individual protectora de la integridad patrimonial de los gobernados y de las necesarias atribuciones legislativas para hacer efectiva la responsabilidad del Estado. La primera fue suscrita por los diputados del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de fecha 22 de abril de 1999<sup>18</sup> y la segunda fue firmada por los diputados del Partido Acción Nacional (PAN), presentada el 16 de junio del mismo año.<sup>19</sup>

### **1) LA INICIATIVA DEL PRI**

En la exposición de motivos de este documento se partió de considerar que uno de los requerimientos para apuntar la existencia del Estado de Derecho es la existencia de un sistema de responsabilidad patrimonial estatal, para de ahí reconocer que dicho sistema ha sido poco satisfactorio en el orden jurídico fundado por la Carta Suprema de 1917.

---

<sup>18</sup> Los firmantes fueron los diputados Marco Augusto Bucio Mújica, Miguel Quiroz Pérez y Rafael Ocegüera Ramos. El contenido de la iniciativa fue publicada en la *Gaceta Parlamentaria*, 22 de abril de 1999, pp. 50 a 55.

<sup>19</sup> La suscribieron los diputados Abelardo Perales Meléndez, Nicolás Jiménez Carrillo, Juan Bueno, Espiridión Sánchez López, José Antonio Álvarez A., Edgar Ramírez Pech, Ricardo Ortiz, Joaquín Montaña, Margarita Pérez Gavilán, Francisco Javier Reynoso, Gloria Ocampo Arvide, Julio Faesler y Jorge López Vergara.



Fueron señaladas las dificultades técnicas que debía sortear el particular cuando intentaba deducir una acción resarcitoria contra el Estado (identificación de los servidores públicos causantes del daño reclamado, y prueba del dolo y de la insolvencia del servidor público responsable).

Se propuso la adopción de un sistema de responsabilidad directa del Estado, donde éste reintegre a las arcas públicas lo erogado por causa de sus servidores públicos, repitiendo contra ellos, ya que los sistemas imperantes de la responsabilidad estatal sustentados en la legislación civil:

*“...no satisfacen las expectativas de una sociedad cada día más exigente y participativa, ya que la naturaleza indirecta y subjetiva de la responsabilidad del Estado como la regula el Derecho Privado, ha demostrado su incapacidad para resolver adecuadamente los problemas de indemnización a que tienen derecho los particulares cuando el estado les infiere daños y perjuicios, a través de sus órganos representativos, es decir, los servidores públicos.”<sup>20</sup>*

A continuación fueron expuestas las dificultades de la aplicación de la teoría de la culpa en el deslindamiento de la responsabilidad patrimonial del Estado:

- a) Imposibilidad de identificar a los autores materiales cuando se trata de los daños impersonales o anónimos;
- b) Los obstáculos para demostrar la ilicitud en el proceder de los servidores públicos y la insolvencia en que se hallen para enderezar la acción contra el Estado, cuyas secuelas se notan en procedimientos prolongados y complicados;
- c) Limitación estructural de la teoría de la culpa en los casos de la producción de daños derivados del actuar lícito o normal de la Administración Pública, y
- d) La teoría de la culpa explicable en las personas físicas, resulta inaplicable para el Estado, al ser una persona jurídica o moral.

---

<sup>20</sup> *Gaceta Parlamentaria*, cit. nota 22, p. 51.



El desglose anterior sirvió para proponer la reforma de la denominación del Título Cuarto de la Ley Suprema y la adición de un segundo párrafo al artículo 113 constitucional, para:

- a) Fincar una garantía de integridad patrimonial de los gobernados respecto de la actividad estatal, y
- b) Establecer la obligación correlativa del Estado a reparar las lesiones antijurídicas que repercutan en el patrimonio de los particulares.

La reforma propuesta sería el cimiento constitucional para la expedición de una ley que desarrollase de forma detallada, un sistema de responsabilidad directa y objetiva del Estado, por el que se obligue a éste a resarcir a los particulares, “cuando éstos no tengan la obligación jurídica de soportarlos y la mismo tiempo impulsar la eficiencia y el control de las actividades estatales en su conjunto.”<sup>21</sup>

La modificación tendría como principio uniformador explícito el de *ponderación*, con la finalidad de equilibrar o propiciar el equilibrio respecto del pago de indemnizaciones a las víctimas, en el sentido de que “...habiendo restricciones presupuestales generales, es preferible concentrar las indemnizaciones más completas para quienes menores ingresos tienen: en la inteligencia de que en el supuesto de que los ingresos públicos lo permitiesen, lo más deseable sería otorgar una indemnización integral para todos.”<sup>22</sup> Este principio tiende a fijar el concepto de la “indemnización justa”.

En cuanto a la repercusión de la reforma que nos ocupa en el sistema federal, se establece una facultad coincidente para la Federación y los estados, a fin de que sus órganos legislativos expidiesen leyes sobre responsabilidad patrimonial estatal en el ámbito de sus competencias, cuyo contenido deberá ser puntualmente desenvuelto (características del daño resarcible, supuestos de imputabilidad al Estado, bases para la cuantificación del daño, relación de causalidad y procedimiento de reclamación).

La parte final del nuevo texto que se pedía incorporar al artículo 113 de la Ley Fundamental, ampliaba la competencia de los órganos de jurisdicción administrativa

---

<sup>21</sup> Ibid., p. 53.

<sup>22</sup> *Loc. cit.*



para que conozcan de controversias en materia de responsabilidad estatal, a fin de evitar el “peregrinaje de jurisdicciones” entre la vía civil y la administrativa.

La iniciativa propuso que los poderes legislativos expidiesen las leyes reglamentarias respectivas dentro del año siguiente a la entrada en vigor de la reforma constitucional, a fin de integrar los “estándares de calidad de los servicios públicos” y de que la Administración Pública tenga oportunidad de revisar y superar las deficiencias detectadas en la prestación de servicios públicos.

El documento de los diputados priístas advirtió que la reforma constitucional evitaría la conversión del patrimonio estatal en una especie de “aseguradora universal”. Tampoco pretendía erigirse en un obstáculo a la eficiencia de las funciones públicas, sino busca fortalecer la aplicación del derecho, afirmar la confianza de los gobernados y elaborar la calidad de los servicios públicos.

## 2) LA INICIATIVA DE PAN

La iniciativa panista recapituló las principales posiciones doctrinales mexicanas (Fraga, Carrillo Flores y, sobre todo, Castro Estrada) sobre el tema, para después exponer los fundamentos legales del vigente sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado (Código Civil Federal y Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1982).

En este documento se partió de que la responsabilidad del Estado debe provenir tanto de la actuación lícita como del proceder ilícito de los servidores públicos. La iniciativa consideró que debe desplazarse la dominante teoría de la culpa de la vigente regulación del instituto resarcitorio para adoptar la teoría del perjuicio o del daño objetivo:

*“...el Estado debe responder de los daños que cause al patrimonio de las personas aun cuando sus funcionarios, en el ejercicio del Estado moderno ha invadido todos los campos de la vida social, creando con su actuación una multiplicidad de riesgos.”*

Sin embargo, después asumió que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado debe radicar en la lesión antijurídica, al quebrantarse los principios de equidad, igualdad y bien común.



Comparada con la otra iniciativa, la que nos ocupa es menos prolija en la exposición de motivos y más rica en las modificaciones al texto constitucional.

Los cambios constitucionales planteados en la iniciativa panista fueron:

a) La adición de un párrafo duodécimo al artículo 16 de la Constitución General de la República, por la que se incorporaría una garantía individual, para que toda persona tenga derecho a recibir una indemnización equitativa sufra un daño en sus bienes o se afecten sus derechos, con motivo de la actividad del Estado, y que a éste se imponga la obligación directa de resarcir los daños y perjuicios.

b) La modificación del Título Cuarto de la Norma Suprema para que sea “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”, por cierto, en términos semejantes a los de la iniciativa priísta, aunque inversos en su orden.

c) La adición de un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política, donde se establece que la Federación respondería directamente por los daños y perjuicios que su actividad ocasione en los bienes y derechos de los particulares, reconociendo el derecho de éstos a ser indemnizados en forma equitativa, de acuerdo a lo que dispongan las leyes que expida el Congreso de la Unión.

d) La adición de una fracción VIII al artículo 116 del Pacto Federal, por la que se impone a los Estados y Municipios el deber de indemnizar en forma directa y equitativa por los daños y perjuicios ocasionados a las personas, en los términos que prevean las leyes que al efecto expidan las legislaturas locales. Igualmente, se expresaba que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo estatales serían competentes para conocer de las controversias planteadas con motivo de la responsabilidad patrimonial.

e) La adición de un tercer párrafo a la Base Quinta del apartado C del artículo 122 constitucional para repetir el mismo esquema que para los Estados y Municipios se pretendía implantar, de acuerdo a lo explicado en el inciso precedente. También se faculta al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal para que conozca de las controversias suscitadas por los reclamos de las indemnizaciones correspondientes.

f) En el segundo transitorio de la iniciativa de Acción Nacional es instituida la competencia de los Tribunales Fiscales de los Estados para conocer de las controversias incoadas en materia de la responsabilidad patrimonial estatal, en aquellas entidades federativas donde no se hayan establecido Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Ambas iniciativas fueron remitidas a las Comisiones de Gobernación y Puntos Constitucionales y del Distrito Federal de la Cámara de Diputados.

## **B) EL DICTAMEN DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS** <sup>23</sup>

De inicio, las comisiones dictaminadoras sostuvieron que nuestro país no contábamos con un auténtico sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, lo que implicaba un rezago en el fortalecimiento del principio de seguridad jurídica y del Estado de Derecho. En el dictamen se reconocía que, hasta ese momento, la responsabilidad del Estado estaba apoyada en los principios civiles de la culpa, dominando la responsabilidad de exigibilidad subsidiaria como regla general, además de la ausencia de un procedimiento eficaz para que los particulares estuviesen en posibilidad de impetrar reparaciones.

Las dictaminadoras destacaron que en nuestro país se han esgrimido razones contra la edificación de la responsabilidad estatal directa, apoyadas en las dificultades económicas para costear los montos de las indemnizaciones, razones atendibles mas no justificantes para no hacer valer el Estado de Derecho.

Brevemente se exponen las principales consideraciones del dictamen a favor del establecimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución General de la República:

- a) La responsabilidad patrimonial del Estado debe ser directa, a fin de evitar que quien sufra un daño, tenga que soportarlo inequitativamente.
- b) La responsabilidad patrimonial del Estado debe regirse por los principios propios del Derecho Público, estableciendo una responsabilidad directa y objetiva, sin necesidad de acreditar la culpa del servidor público, y si, en cambio, debe aportarse caudal probatorio del daño ocasionado y del nexo causal con la actividad del Estado.

---

<sup>23</sup> Cf. *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados* de 3 de mayo de 2000.



c) La instauración de la responsabilidad directa y objetiva del Estado en la Constitución Federal se justifica al tratarse de la Ley Suprema de la Unión, que obligaría y limitaría al legislador ordinario; de esta forma se garantiza que la responsabilidad directa y objetiva del Estado será regulada tanto en la legislación federal como en la de las entidades federativas (lo que constituiría una facultad coincidente). Con ello se evitaría que los poderes legislativos creasen sistemas de responsabilidad patrimonial estatal distintos en cada entidad federativa, lo cual provocaría inequidad e inseguridad jurídica en las relaciones entre las autoridades y los gobernados.

d) Se estimó preferible ubicar la institución reparadora en la parte orgánica de la Constitución, y no en la parte dogmática, para establecer un mandato al legislador ordinario, y por lo tanto regular, limitándola, su potestad legislativa, independientemente que la misma regulación constitucional del responsabilidad patrimonial estatal hace surgir un derecho fundamental a favor de los gobernados.

e) El empleo de los términos “bienes y derechos”, y no solamente bienes, resultaba adecuado a fin de proteger todos los ámbitos de afectación que pueden ser dañados por las autoridades.

f) Se prefirió descartar el empleo de los vocablos “proporcional y equitativa”, como calificativos de las indemnizaciones públicas y parámetros de interpretación.

g) Las comisiones dictaminadoras se apoyaron innegablemente en la teoría de la lesión antijurídica para la edificación de la garantía de integridad patrimonial de los particulares, quienes no tienen la obligación jurídica de soportar el daño que sufran por la actividad administrativa del Estado, al ser antijurídico por si mismo tal daño, al resultar quebrantados los principios de equidad, bien común e igualdad.

h) Las comisiones propusieron que la responsabilidad patrimonial del Estado se concentrase en los actos de la administración pública, principalmente por razones de prudencia se sugería la exclusión de los actos legislativos y judiciales, no de los actos materialmente administrativos de los poderes legislativos y judiciales. Las dictaminadoras no evadieron la posibilidad futura de extender la aplicabilidad de la institución resarcitoria hacia los campos excluidos e inclusive a la actividad administrativa regular.

i) Resultaba importante dejar asentado que debería evitarse convertir al patrimonio público “en una especie de aseguradora universal”. Por ello, el legislador secundario tendría el imperativo de establecer –bajo el principio de equidad– los montos, bases, límites y procedimientos para la fijación de la indemnización. A tal efecto, se propuso determinar un plazo de dos años para que la Federación y las entidades federativas expidiesen las disposiciones legales reglamentarias que procuren la debida correspondencia entre la responsabilidad directa y la provisión presupuestal, teniendo presente el principio de equidad.

El 29 de abril de 2000 fue aprobado el dictamen sin discusión en lo general, ni en lo particular, con 369 votos en pro y 5 abstenciones, pasando a la colegisladora para continuar con el procedimiento de revisión constitucional.<sup>24</sup>

### **C) EL DICTAMEN DEL SENADO<sup>25</sup>**

La minuta proveniente de la Representación Nacional, con el proyecto de decreto de modificación constitucional en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, fue turnada el 17 de abril de 2001 a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Gobernación y de Estudios Legislativos. Primera, de la Cámara de Senadores, las que produjeron su dictamen en noviembre de dicho año. El documento expuso de forma completa y sustentada en la doctrina extranjera y mexicana sobre el tema, coincidencia plena con los planteamientos de las comisiones de la colegisladora a favor de dar cabida constitucional a la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. El dictamen sintetiza las exposiciones mucho más profusas del diverso que fue aprobado en la Cámara de Diputados y arriba a conclusiones similares a las contenidas en éste, sin cambiar el contenido del proyecto de decreto por el que se modificaba el Título Tercero y era adicionado un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### **D) EL DEBATE EN EL SENADO<sup>26</sup>**

El 8 de noviembre de 2001 se llevó a cabo la discusión y aprobación del dictamen con proyecto del decreto que elevaba al máximo rango normativo a la responsabilidad

---

<sup>24</sup> Cf. *Diario de los Debates, Órgano oficial de la Cámara de Diputados*, de 29 de abril de 2000, pp. 2368-2378.

<sup>25</sup> Cf. *Gaceta del Senado de la República* de 8 de noviembre de 2001.

<sup>26</sup> *Diario de los Debates, Órgano oficial de la Cámara de Senadores*, LVIII Legislatura, Diario 23, de 8 de noviembre de 2001.



patrimonial del Estado en el pleno de la Cámara de Senadores. Por las comisiones, hizo uso de la palabra el senador Héctor Astudillo Flores del PRI, quien después de una breve consideración respecto a la importancia del instituto resarcitorio; tocó un tema inexplorado hasta ese momento, ¿cómo la responsabilidad patrimonial del Estado puede incentivar “la permanente y sana presión para que la administración pública se conduzca de manera más eficaz?”, y de esta manera son detectadas, focalizadas, expuestas y corregidas las ineficacias del aparato administrativo, en especial las dañosas, con la intención de evitar el pago de indemnizaciones provocadas por los reclamos.

El senador Astudillo Flores advirtió, tal vez con cierta ingenuidad, los límites materiales que deberían acompañar la responsabilidad patrimonial del Estado: evitar tanto una “cultura del reclamo entre los administrados” como una política de aceptación sistemática de los reclamos por la administración pública, para mejor implantar un sentido de la responsabilidad, tanto de los particulares en la formulación de sus reclamos como de los gobernantes en su actuación.

El siguiente orador fue el entonces senador y distinguido catedrático de Derecho Administrativo Fauzi Hamdan Amad, quien, además de sumarse al beneplácito por la reforma constitucional y justificar la asunción de la responsabilidad estatal directa y objetiva, expone didácticamente los ejemplos clásicos de daños que los particulares pueden sufrir en sus relaciones con el Poder Público. Finalmente, consideró que la modificación constitucional viene a ser una transformación radical del Estado absolutamente irresponsable, (a pesar de las reglas del Código Civil) al Estado de plena, total y absoluta responsabilidad.

El dictamen con proyecto de dictamen de modificación constitucional fue aprobado en la Cámara de Senadores con 90 votos en pro.

## **V. LAS BASES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

### **A) EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL**

La responsabilidad patrimonial del Estado en México alcanzó el máximo nivel normativo, mediante la adición de un segundo párrafo al artículo 113 de la Ley Fundamen-



tal, además del cambio de la denominación del Título Cuarto del Código Político.<sup>27</sup> El cambio al Título Cuarto significa: a) que debe distinguirse a la responsabilidad patrimonial del Estado y b) que ésta queda diferenciada de las responsabilidades de los servidores públicos, por lo que se abandona el esquema adoptado en la reforma de 1994, por la cual se hermanó la responsabilidad patrimonial estatal con la responsabilidad de los servidores públicos, en especial la administrativa.

Conforme al segundo párrafo del artículo 113 constitucional, se instituye que la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que se cause en los bienes o derechos de los particulares, derivados de su actividad administrativa irregular, será objetiva y directa, y con apoyo en los postulados de la teoría de la lesión antijurídica.

La responsabilidad estatal será *objetiva*, en cuanto que resultará irrelevante que exista dolo o culpa de parte del servidor público causante de los daños en la esfera de derechos y bienes de los gobernados que de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, sería cualquier persona física o moral; nacional o extranjera; mayor o menor de edad; residente en territorio nacional, que esté de mero tránsito o que, sin encontrarse en territorio nacional, sin distinción de clase social o posición económica, pueda ver afectados sus bienes que se hallen en el ámbito territorial de los Estados Unidos Mexicanos.

Que la responsabilidad sea *directa*, implicaría que el reclamo de pago de indemnización se formularía contra el Estado, sin necesidad de demandar de forma previa al servidor público o servidores públicos involucrados en la ocasión de los daños provenientes de una actividad administrativa irregular. De ésta forma se evita la tortuosidad que caracterizó el sistema civil de responsabilidad del Estado, anterior a la modificación constitucional.

---

<sup>27</sup> *Diario Oficial* de la Federación de 14 de junio de 2002. Cf. CASTRO ESTRADA, Alvaro, "La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Fundamento constitucional y legislativo", en DAMSKY (h), Isaac Augusto, LÓPEZ OLVERA, Miguel Ángel y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (coords.), *op. cit. supra* nota 6, pp. 533-556; MÁRQUEZ, Daniel y CASTRO ESTRADA, Álvaro, "Artículo 113", en *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, 7a. ed., México, Cámara de Diputados-Senado de la República-Instituto Federal Electoral- Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, 2006, tomo XIX, pp. 1001-1002; DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, "La responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano", en LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete*, México, UNAM, 2006, pp. 63-74, y CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos- Porrúa, 2007, pp. 696-698. Una visión crítica respecto de la reforma constitucional de 2002, cf. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (coord.), *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, UNAM, ITAM, 2004.



Por Estado se deberá entender a la organización política que se desenvuelve conforme a las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a través de la Federación, los Estados de la Unión, el Distrito Federal y los municipios, por lo que la responsabilidad estatal se surtirá por la actividad administrativa irregular imputada a los órganos del Estado en cualquiera de los ámbitos antes enumerados y ordenada o ejecutada por los servidores públicos que le estén adscritos.

Si bien es cierto que el segundo párrafo hace referencia a *daños*, no debe descuidarse que estamos ante una garantía individual, por lo que su interpretación debe ser en sentido amplio y consecuentemente sería procedente el reclamo de *perjuicios* o *lucro cesante* derivado de la misma actividad administrativa irregular.

El órgano revisor de la Ley Fundamental evitó definir a la actividad administrativa irregular, por lo que serán los poderes legislativos quienes deberán precisar que se entiende por dicha actividad. Lo que si queda claro, como se reitero en el procedimiento de revisión constitucional, es la improcedencia de reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño sufrido por el particular sea por una actividad administrativa regular.

La Constitución Federal prevé que la reparación patrimonial se realizará a través del pago de una indemnización, o sea mediante la entrega de una cantidad de dinero en efectivo que subsane el daño causado en los bienes y derechos de la víctima. En este caso, en teoría se cierra la posibilidad de reparar el daño mediante la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la aparición de dicho daño. Si bien es cierto que uno de los objetivos torales e incontrovertible de la modificación constitucional era abandonar el esquema del Derecho Privado para depositar a la institución resarcitoria estatal en el corpus del Derecho Público, la separación no puede ser tajante, por razones teóricas y prácticas, pues sería absurdo elaborar categorías y conceptos tales como daño, perjuicio, nexo causal, víctima, en vía de ejemplo. Por ello, reducir el objeto de la nueva responsabilidad patrimonial del Estado al mero pago de la indemnización, con exclusión de la restitución de las cosas al estado en que se encontraban, de ser posible, puede atizar las críticas contra la fórmula contenida en el párrafo segundo del artículo 113 constitucional, en cuanto al monto de indemnizaciones que rebasen las partidas presupuestales que sostengan el pago de la reparación.

La nueva disposición constitucional prevé que surgirá la responsabilidad patrimonial del Estado cuando por una actividad administrativa irregular se llegasen a afectar los pa-

rimonios y personas de los particulares, a quienes se les reconoció un derecho público subjetivo para obtener una indemnización (lo que configura una garantía individual), superando la tendencia dominante de regular dicha responsabilidad patrimonial conforme a los criterios de los Códigos Civiles de la República (en sus capítulos de responsabilidad extracontractual por hecho ilícito) y abandonando las modestas y residuales previsiones sobre dicha responsabilidad estatal contenidas en la legislación administrativa.

Dicho derecho se ejercerá conforme a las bases, límites y procedimientos establecidos por las leyes. De esta previsión se desprende que están proscritas las llamadas “indemnizaciones de hecho”, pues la responsabilidad estatal se deslindará después de substanciarse un procedimiento, sea en sede administrativa o jurisdiccional. También se impone que la responsabilidad debe quedar circunscrita a las disposiciones legales.

Resulta notorio, si comparamos el segundo párrafo del artículo 113 con el derecho constitucional latinoamericano, que la nueva previsión carece de referencia a la facultad de repetir contra los servidores públicos causantes de los daños en los bienes y derechos de los particulares.

## **B) EL TRANSITORIO DEL DECRETO DE LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL**

En único transitorio del “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”, además de indicar la fecha de entrada en vigor de las modificaciones al Código Político Federal, por cierto de forma alambicada, contiene previsiones de tipo permanente más que de tipo transitorio, lo que denota una deficiente técnica legislativa. No debe omitirse que el transitorio es parte de la Constitución, como lo establece su artículo 135, sin embargo los transitorios siempre son considerados de existencia efímera, al fenecer cuando se cumplen los extremos de sus contenidos normativos.

Las cuestiones de tipo permanente que se desprenden de dicho transitorio son los límites que les son impuestos a los poderes legislativos federal y locales cuando expidan leyes de responsabilidad patrimonial estatal en sus respectivos ámbitos, en cuanto a la prosecución procedimental de los reclamos de indemnización y la limitación de los pagos a la disponibilidad presupuestal.



Si resultan transitorias las disposiciones relativas al plazo impuesto a los poderes legislativos para expedir las leyes reglamentarias correspondientes y tomar las medidas administrativas y presupuestales necesarias, a fin de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado.

### **C) LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO**

Tanto del segundo párrafo incorporado al artículo 113 constitucional, como del transitorio único del decreto de la reforma constitucional de 2002, se desprenden los principios básicos del sistema de la responsabilidad patrimonial del Estado:

- 1) El *principio de legalidad de la responsabilidad patrimonial estatal*, en el sentido de que resulta ineludible la creación de ordenamientos legales por los cuales se conduzcan las peticiones, los procedimientos, las resoluciones y las formas de entregar las indemnizaciones.
- 2) El *principio de prosecución procedimental*, mediante el cual los reclamantes de pago de daños y perjuicios deben incoar una instancia con miras a obtener una resolución que determine la procedencia de su petición, a efecto de evitar las “indemnizaciones de hecho”.<sup>28</sup>
- 3) El *principio de previsión presupuestal*, indica la necesidad de que los presupuestos de egresos contengan las partidas que sostengan los pagos de las indemnizaciones, con lo que además se cumple el principio de legalidad presupuestal señalado en el artículo 126 de la Constitución federal.
- 4) El *principio de disponibilidad presupuestal*, por el que al fijarse los montos de las partidas presupuestales, no deben ser de tal magnitud que afecte el cumplimiento de los programas aprobados en los respectivos Presupuestos de Egresos, tanto de la Federación como de los Estados.

---

<sup>28</sup> CASTRO ESTRADA, Alvaro, *Responsabilidad...*, cit. nota 6, p. 251



## **VI. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN: LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL**

A partir de la reforma constitucional de junio de 2002, resulta destacable una tendencia jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito, en especial respecto de algunos aspectos constitucionales sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. A continuación nos ocuparemos de los criterios del Poder Judicial Federal sobre los extremos normativos contenidos en el segundo párrafo del artículo 113 constitucional, aun cuando también han surgido tesis importantes sobre esta materia, pero debido al objeto de esta investigación, únicamente se comentarán las tesis sobre las bases constitucionales de la responsabilidad patrimonial del Estado.

A partir de la resolución de la acción de inconstitucionalidad 4/2004, planteada por los diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, de fecha 7 de febrero de 2008, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desprendió cinco tesis de jurisprudencia referidas a la responsabilidad patrimonial estatal.<sup>29</sup> De estas, dos tesis jurisprudenciales tiene por objeto definir el sentido normativo del segundo párrafo del artículo 113 de la Ley Suprema, mientras las restantes se abocan a la problemática de la reglamentación de dicho precepto fundamental por las entonces vigentes disposiciones del Código Financiero del Distrito Federal. Además, la Segunda Sala del Alto Tribunal emitió un criterio aislado sobre la entrada en vigor de la modificación constitucional.

### **A) LA TESIS JURISPRUDENCIAL P./J. 42/2008: DEFINICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL OBJETIVA Y DIRECTA**

En la tesis P./J. 42/2008, de rubro **“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO OBJETIVA Y DIRECTA. SU SIGNIFICADO EN TÉRMINOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 113 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTA-**

---

<sup>29</sup> El Pleno del más Alto Tribunal del país aprobó las tesis jurisprudenciales, el 12 de mayo de 2008, derivadas de la Acción de inconstitucionalidad 4/2004. Diputados integrantes de la Tercera Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 7 de febrero de 2008. Unanimidad de diez votos. Ausente y Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto, el ministro Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Eduardo Delgado Durán



**DOS UNIDOS MEXICANOS**<sup>30</sup>, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expuso que cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, éstos podrán demandar la responsabilidad estatal de forma “directa”, sin tener la carga procesal de acreditar la ilicitud o el dolo del servidor público causante del daño imputado, pero sí la carga de probar la irregularidad de su actuación, amén de no tener que demandar previamente a dicho servidor.

Asimismo, en la citada jurisprudencia, el Alto Tribunal define de la siguiente manera a la responsabilidad objetiva imputable al Estado:

*“...es aquella en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por una actividad irregular del Estado, entendida ésta como los actos de la administración realizados de manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.”*

En la definición de la responsabilidad directa que hace la Suprema Corte de Justicia en esta tesis, encontramos elementos torales de la responsabilidad objetiva que están vinculados con la definición transcrita: la irrelevancia jurídica de la ilicitud o el dolo del servidor público que causó el daño reclamado.

## **B) LA TESIS JURISPRUDENCIAL P./J. 43/2008: DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA**

Esta tesis de jurisprudencia, de rubro “**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA**”<sup>31</sup>, tiene por objeto denotar la diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva, tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado instaurada en el párrafo segundo del artículo 113 de la Ley Fundamental. La responsabilidad subjetiva se caracteriza por la presencia de negligencia, dolo o intencionalidad por parte del agente causante del daño, en tanto para la responsabilidad objetiva carece de relevancia la intencionalidad dolosa.

---

<sup>30</sup> Tesis P./J. 42/2008 visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, Junio de 2008, Pleno, p. 722.

<sup>31</sup> Tesis P./J. 43/2008 visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, Junio de 2008, Pleno, p. 719.

A partir de la aplicación del método de interpretación constitucional genérico-teleológico<sup>32</sup>, la Suprema Corte de Justicia expone que en el procedimiento de modificación constitucional que dio origen a la responsabilidad patrimonial del Estado se planteó la responsabilidad objetiva en un sentido amplio, de tal manera que únicamente bastaba la existencia de cualquier daño en los bienes o en los derechos de los particulares, para que procediera la indemnización correspondiente, por lo que se decidió circunscribir la procedencia de la responsabilidad, condicionándola a la indefectible existencia de una actividad administrativa irregular, en el entendido de que dicha actividad está desvinculada sustancialmente de la negligencia, dolo o intencionalidad.

Por lo anterior, el Máximo Tribunal del país formuló su interpretación de cómo debe ser interpretada la responsabilidad objetiva del Estado por causa de una actividad administrativa irregular:

“...cuando el artículo 113 constitucional alude a que la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado surge si éste causa un daño al particular ‘con motivo de su actividad administrativa irregular’, abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.”

De esta guisa, se observa que no basta la ocasión del daño, sino que es indispensable que éste derive de una actuación administrativa contraria a la ley o que sea anormal en el ejercicio de la función pública.

### **C) LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2002**

Como se desprende del mismo rubro de la tesis aislada XXXIII/2007 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, **“RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. LA ADICIÓN AL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 14 DE JUNIO DE 2002, ENTRÓ EN**

---

<sup>32</sup> Cf. la tesis P. XXVIII/98, con rubro “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”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo VII, Abril de 1998, Pleno, p. 117.



**VIGOR EL 1o. DE ENERO DE 2004**<sup>33</sup>, la misma dilucida la fecha de la entrada en vigor del “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”, ya que los términos del único transitorio del Decreto mencionado son propicios para la confusión<sup>34</sup>, por lo que la Segunda Sala, de forma sistemática examina a detalle el contenido del Decreto para fijar la fecha de entrada en vigor de la modificación constitucional.

## VII. CONCLUSIONES

*Primera.* Los fenómenos sociales, económicos y tecnológicos han ido propiciando la necesidad de instaurar un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que sea efectivo, a fin de que se respete la integridad patrimonial de los gobernados cuando sufren daños por causa de una actividad estatal que sea contraria a derecho o a los criterios generales que deben regir su desempeño.

*Segunda.* En el derecho constitucional comparado de Hispanoamérica resulta considerable y creciente el número de disposiciones de las Leyes Fundamentales dedicadas al establecimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado, destacando aquellas que la prevén de tipo directa y objetiva, además de establecer el “derecho” de repetir contra los funcionarios y empleados causantes de los daños, que motivaron el pago de indemnizaciones por parte del Estado.

*Tercera.* La adición de un párrafo segundo al artículo 113 de la Constitución General de la República inauguró una nueva etapa en la trayectoria de la responsabilidad patrimonial del Estado, al fijarla como objetiva y directa, abandonando la regulación de dicha institución en el esquema establecido en los Códigos Civiles, así como de sentar las bases para el encuadramiento jurídico secundario a nivel federal y local,

---

<sup>33</sup> Tesis 2a. XXXIII/2007 visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, Segunda Sala, p. 1188 (Amparo en revisión 29/2007. Gerardo Guerrero Camacho. 21 de marzo de 2007. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: José Antonio Abel Aguilar Sánchez).

<sup>34</sup> El párrafo inicial del transitorio único reza así: “El presente Decreto entrará en vigor el 1o. de enero del segundo año siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.”



dentro de un sistema de Derecho Público. La modificación constitucional estableció la garantía individual de integridad patrimonial.

*Cuarta.* La modificación constitucional tuvo como fin establecer las bases y principios de Derecho Público a que deberían someterse los poderes legislativos encargados de expedir las leyes reglamentarias en materia de responsabilidad del Estado, en todos los órdenes del sistema federal mexicano.

*Quinta.* Es de desearse que los estados de la Unión, que se han visto rebasados por el plazo señalado en el único transitorio del “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”, cumplan el mandato de expedir las leyes de responsabilidad patrimonial del Estado, a fin de superar el estigma que Gabino Fraga sentenció en su tratado de Derecho Administrativo: que en nuestro país era inexistente el Estado de Derecho por su deficiente y desvaído “sistema” de responsabilidad patrimonial del Estado.



## BIBLIOGRAFÍA

ALTAMIRA GIGENA, Julio I. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973.

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro, *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 2a. ed., Bogotá, Leyer, 2003.

CARRILLO FLORES, Antonio. *La defensa jurídica de los particulares frente a la Administración en México*. México, Editorial Porrúa, 1939. (Hay una segunda edición con el título *La Justicia Federal y la Administración Pública*. México, Editorial Porrúa, 1973).

CASTRO ESTRADA, Álvaro. *Responsabilidad patrimonial del Estado*. México, Editorial Porrúa, 1997.

———. "Estudio de la constitucionalidad de un plausible esfuerzo municipal, para establecer un auténtico régimen de responsabilidad patrimonial de la administración pública" en Fernando Serrano Migallón (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Felipe Tena Ramírez*. (Prólogo de Francisco Javier Gaxiola). México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 53 a 87.

———. *Nueva Garantía Constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*. México, Editorial Porrúa, 2002.

CISNEROS FARÍAS, Germán, FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.). *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. México, UNAM, 2007.

DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOSA, Manuel. *Compendio de Derecho Administrativo. Primer curso*. (Prólogo de Genaro David Góngora Pimentel). México, Editorial Porrúa, 1994.

———. *Elementos de Derecho Administrativo. Segundo curso*. Segunda reimpresión de la primera edición. México, Editorial Limusa, 1994.

DAMSKY (h), Isaac Augusto, LÓPEZ OLVERA, Miguel Ángel y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

DROMI, José Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Bogotá, Temis, 1980. (Hay una segunda edición con prólogo de José Bermejo Vera, Madrid, Editorial Grouz, 1986).

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Introducción a la Justicia Administrativa en el ordenamiento mexicano*. México, El Colegio Nacional, 1983.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Vigésimo tercera edición. México, Editorial Porrúa, 1982.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. 2 tomos. Quinta edición. Madrid, Editorial Civitas, 1991.

HOYOS DUQUE, Ricardo. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Bogotá, Temis, 1984.

LAUBADERE, André de. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá, Temis, 1984.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *La instancia administrativa*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ediar, 2008.

———. *Estudios en homenaje a don Alfonso Nava Negrete*. México, UNAM, 2006.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos (coord.), *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, UNAM, ITAM, 2004.

MOGUEL CABALLERO, Manuel, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, 2006.

ORTIZ REYES, Gabriel. *El control y la disciplina en la administración pública federal*. México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

PARADA, Ramón. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. (Estudio, co-

*mentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*). Madrid, Marcial Pons, 1993.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

REIRIZ, María Graciela. *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, EUDEBA, 1969.

REJTMAN FARAH, Mario, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

WEIL, Prosper. *Derecho Administrativo*. Madrid, Editorial Civitas, 1989. (Cuadernos Civitas).

## **HEMEROGRAFÍA**

CARRILLO FLORES, Antonio, "Responsabilidad extracontractual del Estado en México" en *Tribunal Fiscal de la Federación. Cuarenta y cinco años al servicio de México*, Tomo V, p.19-39.

PÉREZ LÓPEZ, Miguel, "La nueva responsabilidad patrimonial del Estado mexicano", *Alegatos*, núm. 28, septiembre-diciembre 1994, pp. 531-532.

———, "La justicia administrativa en la Constitución federal mexicana" en *Alegatos*, número 41, enero-abril de 1999, México, pp. 97-108.

———, "La responsabilidad patrimonial del Estado en la justicia administrativa" en *Alegatos*, número 43, septiembre-diciembre de 1999, México, pp. 577-592.

## **LEGISLACIÓN**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

## **JURISPRUDENCIA**

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época.

## VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

**Mag. María Teresa Olmos Jasso**

Noviembre de 2009

**ABSTRACT:** Las pruebas surgen de la realidad extrajurídica, del orden natural de las cosas, son una creación del derecho, su existencia y valor se toman de la realidad extrajurídica y están constituidas como medios. Los archivos electrónicos son verdaderos documentos aptos para dar algún grado de evidencia al Juzgador y pueden constituirse como medio de prueba dentro del proceso.

Se propone, dar un tratamiento distinto a los documentos electrónicos que cuenten con firma electrónica avanzada de aquéllos que no cuenten con ella, por lo que los primeros harán prueba plena, y/o las segundas serán meros indicios que deberán administrarse con otro tipo de pruebas, quedando a la prudente apreciación del Juzgador su valoración.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. 1.1. DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA. CAPÍTULO II: VALORACIÓN PROCESAL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS 2.1 VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN GENERAL 2.2. DOCUMENTO ELECTRÓNICO. CAPÍTULO III: ES SUFICIENTE LA LEGISLACIÓN EXISTENTE PARA VALORAR LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS TRATÁNDOSE DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 3.1. TESIS DE JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.



## INTRODUCCIÓN

Con los avances de la tecnología el concepto de prueba documental ha sido superado, en la actualidad los jueces y las legislaciones se ven rebasadas por la tecnología.

Lo anterior me motivo a investigar si existe legislación en nuestro país suficiente para valorar los documentos electrónicos y en principio concluir si nuestra legislación considera como prueba los documentos electrónicos y si está regulada su valoración.

La tecnología avanza a pasos agigantados, mientras que el derecho lo hace a pequeñas escalas, por lo que muchas veces tenemos los problemas antes de que existan las medidas legislativas necesarias para poder resolverlos, razón por la que los jueces debemos prepararnos en temas tan importantes como la valoración de los documentos electrónicos y no solo los jueces sino también los legisladores deben estar abiertos a las nuevas tecnologías.

### 1.- EVOLUCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

El proceso tiene tres etapas que son:

1.- La expositiva, postulatoria o polémica, durante la cual las partes expresan en sus demandas, contestaciones y reconvencciones sus pretensiones y excepciones, así como los hechos y las disposiciones jurídicas en que fundan aquellas. En esta fase se plantea el litigio ante el Juzgador.

2.- La segunda etapa es la probatoria o demostrativa. En ella las partes y el Juzgador realizan los actos tendientes a probar los hechos controvertidos. Esta etapa se desarrolla normalmente a través de los actos de ofrecimiento o proposición de los medios de prueba, su admisión o desechamiento; la preparación de las pruebas admitidas y la práctica, ejecución o desahogo de los medios de prueba admitidos y preparados.

3.- La tercera etapa es la conclusiva, muy similar a la llamada de juicio en el proceso penal. En esta etapa las partes expresan sus alegatos o conclusiones respec-

to de la actividad procesal precedente y el Juzgador también expone sus propias conclusiones en la sentencia, poniendo término al proceso en su primera instancia.<sup>1</sup>

De las anteriores etapas del proceso, la que importa para nuestro trabajo es la número dos, que es la etapa probatoria. Sobre la noción de prueba se tiene hoy en día un concepto uniforme y generalizado. Las pruebas son hechos, que surgen de la realidad extrajurídica, del orden natural de las cosas. Las pruebas son una creación del derecho, su existencia y valor se toman de la realidad extrajurídica como fuentes (documento, testigo, cosa litigiosa, etc.) y están constituidas como medios (actuaciones judiciales como la declaración de un testigo), por ejemplo.<sup>2</sup>

La enciclopedia jurídica Omeba respecto del concepto de **prueba** señala:

“PRUEBA. En el vocabulario jurídico dirigido por Capitant, se define como ‘demostración de la existencia de un hecho material, o de un acto jurídico en las formas admitidas por la ley’; o bien el ‘medio empleado para hacer la prueba’. Otros autores la explican como razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa y más concretamente, justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce como eficaces la ley (Diccionario de Derecho privado). Alsina (tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial) dice que, en su acepción lógica que, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero que en su acepción corriente expresa una operación mental de comparación, por lo que ‘la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla (...)’.”<sup>3</sup>

## 1.1. DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA

El Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 93 reconoce como medios de prueba:

---

<sup>1</sup> Ovalle Favela José, *Teoría General del Proceso*, 6<sup>a</sup>. Ed., México, Oxford, 2005, p. 198

<sup>2</sup> Téllez Valdez, Julio, *Derecho informático*, tercera edición, México, McGraw Hill, 2007, p. 242

<sup>3</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIII, Pres-Razo, Argentina, p.729.



- 1.- La confesión;
- 2.- Los documentos públicos;
- 3.- Los documentos privados;
- 4.- Los dictámenes periciales;
- 5.- El reconocimiento o inspección judicial;
- 6.- Los testigos;
- 7.- Las fotografías, escritos y notas taquigráficas y, en general todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia, y
- 8.- Las presunciones.

El Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 129 señala que son documentos públicos aquellos cuya formación está encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia a un funcionario público revestido de la fe pública, y los expedidos por funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones, que la calidad de públicos se demuestra por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso, prevengan las leyes y a su vez nos señala que los documentos privados son los que no reúnen las condiciones antes precisadas.

Aquí es necesario señalar que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó en su 29° periodo de sesiones un texto de Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la mayoría de los países han adaptado sus legislaciones a dicho modelo.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas en su artículo 2 señala:

- a) "Firma electrónica" se entenderán los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos;





- b) Por “certificado” se entenderá todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma;
- c) Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros el intercambio electrónico de datos (Edi), el correo electrónico, el telex o el telefax;
- d) Por “firmante” se entenderá la persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa por cuenta propia o por cuenta de la persona a la que representa;
- e) Por “prestador de servicios de certificación” se entenderá la persona que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas;
- f) Por “parte que confía” se entenderá la persona que pueda actuar sobre la base de un certificado o de una firma electrónica.<sup>4</sup>

En la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas, en su artículo 9 expresa que cuando un prestador del servicios de certificación preste servicios para apoyar una firma electrónica que pueda utilizarse como firma con efectos jurídicos, ese prestador de servicios de certificación deberá actuar de conformidad con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas; actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones importantes que se hayan hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él son exactas y cabales; proporcionar a la parte que confía en el certificado medios razonablemente accesibles que permitan a ésta determinar mediante el certificado:

- 1.- La identidad del prestador de servicios de certificación.
- 2.- El firmante nombrado en el certificado tenía bajo su control los datos de creación de la firma en el momento en que se expidió el certificado;
- 3.- Que los datos de creación de la firma eran validos en la fecha en que se expidió el certificado o antes de ella.

---

<sup>4</sup> [www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf). Consultado el 17 de noviembre de 2008.



Lo anterior es importante ya que el valor probatorio de los documentos electrónicos está ligado a su certificación por las empresas que llevan a cabo esta función y su fiabilidad.

Ahora bien, por Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal (ahora Código Civil Federal), del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, se adicionó el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, en los términos siguientes:

**“ARTÍCULO 210-A.-** *Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.*

*“Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se genero por primera vez en su forma definitiva y ésta puede ser accesible para su ulterior consulta.”*

Posteriormente el 29 de agosto de 2003, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de firma electrónica, todas estas reformas fueron necesarias para poner a nuestro país al día por lo que hace a los avances tecnológicos.

Así, en el artículo 89 del Código de Comercio en materia de firma electrónica se dio el concepto de mensaje de datos, expresando que es la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología; así también en el artículo 90 del Código de Comercio expresa que se presumirá que un mensaje de datos proviene del emisor si ha sido enviado por el propio emisor, usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre de éste respecto a ese mensaje de datos o por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

Por otra parte, en el Código Civil Federal se reconoció la celebración de actos jurídicos a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología; mientras que en el Código Federal de Procedimientos Civiles se reconoce como prueba la información contenida en los medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, dando una serie de reglas para su valoración por parte del Juzgador. En la Ley Federal de Protección al Consumidor, se reconoció la utilización de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología en la instrumentación de las operaciones que celebren los proveedores con los consumidores, dando las bases sobre las cuales habrán de realizarse dichas operaciones.

Mientras que en el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de firma electrónica, se regula el comercio electrónico, se adicionan los capítulos primero, segundo, tercero y cuarto al título segundo, denominado “Del Comercio Electrónico”, refiriéndose en el artículo 89 a los mensajes de datos, mientras que en el artículo 89 Bis se señala que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un mensaje de datos.

En el capítulo II del decreto en comento se hace referencia a las firmas señalándose en el artículo 96 que las disposiciones del Código serán aplicadas de modo que no excluya, restrinja o priven de efecto jurídico a cualquier método para crear una firma electrónica, en el siguiente precepto se señala que la firma electrónica se considerará avanzada o fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

- 1.- Los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;
- 2.- Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;
- 3.- Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma, y
- 4.- Respecto de la integridad de la información de un mensaje de datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.



## 2.- VALORACIÓN PROCESAL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS

### 2.1 VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN GENERAL

La prueba a lo largo del tiempo ha sido de suma importancia para solucionar conflictos entre las partes, teniendo las pruebas por objeto acreditar los hechos y los motivos con que se cuenta para decidir el conflicto a favor de uno de los contendientes.

*“(...) la actividad probatoria se identifica con la actividad procesal que realizan las partes para producir alguna influencia en el criterio o decisión de quien va a resolver el juicio, produciendo claridad acerca de los hechos sujetos a discusión. El grado de convicción se refiere a la magnitud alcanzada por los elementos objetivos presentados para acreditar los hechos materia de controversia y que fueron motivo de litis en el proceso, con lo cual es usual escuchar la expresión ‘hizo prueba plena’, o encontrar plasmada tal frase en los fallos emitidos por los tribunales.”<sup>5</sup>*

Para Florian, citado por Juan Carlos Riofrio Martínez Villalba, medio de prueba es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de prueba: el acto del testimonio, el acto del informe que da el perito, el acto durante el cual confiesa, etc.

Por ser importante para este trabajo procederemos a analizar qué entiende la doctrina por documento, ya que como señala el Dr. Julio Téllez Valdés:

*“Si bien es cierto que la mayoría de los medios de prueba pueden interrelacionarse con las computadoras, es la prueba documental la que, en última instancia, guarda un vínculo mas estrecho debido a que los soportes magnéticos pueden ‘constar’ al igual que un documento.”<sup>6</sup>*

---

<sup>5</sup> Esquivel Vazquez, Gustavo A., La Prueba en el Juicio Fiscal Federal, 4ª. Ed., México, 2005, p. 5

<sup>6</sup> Téllez Valdés Julio, Derecho Informático, 3ª. Ed., México, 2007, p. 243

Respecto del documento Núñez Lagos citado por Juan Carlos Riofrio, lo concibe como “una cosa, en sentido físico corporal, que Docet, que enseña, que hace conocer”<sup>7</sup>

Del anterior concepto se desprende que no se circunscribe al papel el concepto de documento y así permite que un monumento, una moneda, o cualquier otra cosa apta para representar un hecho, sea documento.

La doctrina distingue dos elementos constitutivos del documento: el corpus y el docet. El corpus es la cosa corporal, sobre la que consta una representación gráfica de un hecho; el docet es la enseñanza, lo que el autor intenta expresar al destinatario del documento.

Ahora nos toca analizar si los medios informáticos como correos electrónicos, mensajes de datos, tienen esos elementos y así tenemos que los medios informáticos tienen materia, aun cuando dichos medios puedan borrarse fácilmente y copiarse en otros formatos de forma indefinida, los archivos electrónicos están soportados en medios físicos. Así también los medios informáticos cumplen con la función del docere, por lo que concluimos que son verdaderos documentos aptos para dar algún grado de evidencia al Juzgador y consecuentemente pueden constituirse como medios de prueba dentro del proceso.

En nuestro país, como ha quedado analizado en el primer capítulo de este trabajo, se han dado las reformas legislativas pertinentes para otorgar a los documentos electrónicos aptitud probatoria, por lo que procederemos a analizar el concepto de documento electrónico y sus características.

## 2.2. DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Se puede definir al documento electrónico como el conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora y que permiten su traducción natural a través de una pantalla o una impresora.

---

<sup>7</sup> Riofrio Martínez Villalva, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, Bogotá, Colombia, Temis, 2004.



Las características del documento electrónico son: Inalterabilidad, uno de los principales obstáculos para otorgarles eficacia probatoria, se plantea con relación al carácter permanente, pero es el caso que si ese documento electrónico cuenta con un sistema de cifrado y de firma digital, dicho documento electrónico no podrá ser alterado. Al respecto, el artículo 89 del Código de Comercio en materia de firma electrónica, señala que debe entenderse por datos de creación de firma electrónica, son los datos únicos, como código o claves criptográficas privadas, que el firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su firma electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha firma electrónica y el firmante.

Así también, en el ordenamiento en comento al dar el concepto de firma electrónica, expresa que son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

Por lo que hace a la firma electrónica avanzada o fiable, expresa que es aquella firma electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97 del Código de Comercio en materia de firma electrónica.

El artículo 97 antes citado preceptúa que cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una firma en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento, si se utiliza una firma electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese mensaje de datos, se considera una firma electrónica como avanzada o fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

1.- Los datos de creación de la firma, en el contexto en el que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;

2.- Los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

3.- Es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma y



4.- Respecto a la integridad de la información de un mensaje de datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta, hecha después del momento de la firma.

En el propio ordenamiento que se analiza se prevé la existencia de prestadores de servicios de certificación, quiénes podrán ser y cuáles sus obligaciones correspondientes.

Con todos estos elementos podemos tener la certeza de que un documento electrónico es inalterable si y siempre y cuando cuente con la firma electrónica fiable o avanzada a que se ha hecho referencia y se encuentre certificado por alguna de las empresas que prestan estos servicios.

Otra de las características del documento electrónico es la autenticidad que como señala el Dr. Julio Téllez Valdés, esta íntimamente vinculada a la inalterabilidad, por lo que en esta parte téngase por reproducido lo que se ha analizado respecto de la inalterabilidad del documento electrónico.

La durabilidad es otra característica, ya que contrariamente al papel que se deteriora con el uso, polvo y tiempo, tratándose de un documento electrónico no habría ese problema, en tanto que se puede obtener una reproducción, que como se ha dicho no puede ser alterada.

Por último, tenemos el elemento de seguridad ya que con el desarrollo de las claves de cifrado y otras medidas criptográficas el documento electrónico es seguro.

El artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología, señalando que para valorar la fuerza probatoria de la información así generada, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que se haya obtenido, comunicado, recibido o archivado, esto es, en nuestra legislación ya se reconoce como prueba los documentos electrónicos, admitiendo prueba en contrario, por lo que los jueces tienen ya los elementos para iniciar una nueva etapa en el proceso y específicamente en cuanto a la valoración de las pruebas ofrecidas.

Es diferente la valoración de documentos electrónicos sin firma digital pues considero que tendrán la calidad de indicios y que deberán ser administrados con otros



medios de prueba, qué tipos de documentos podrían ser estos, copia de un e-mail, alguna página de Internet, etc.,

El Juez también deberá de apoyarse en caso de ser necesario por peritos en la materia, esto es, el inicio de esta nueva etapa que nos tocará vivir, es un enorme salto en la valoración de las pruebas que ya no tiene vuelta atrás, por lo que los abogados, autoridades y jueces tienen la obligación de avanzar al respecto y dejar de ver hacia el pasado, adentrándonos en la nueva era, preparándonos para ello mediante el estudio.

### **3.- ES SUFICIENTE LA LEGISLACIÓN EXISTENTE PARA VALORAR LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS TRATÁNDOSE DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, tiene previsto para enero de 2010, arrancar con el Juicio en Línea, esto será un gran avance que permitirá entre otras cosas abatir el rezago existente, un mejor reparto de la carga de trabajo, cumplir con el artículo 17 Constitucional en cuanto a la impartición de una justicia pronta, completa e imparcial.

Esto es, ya no habrá expedientes como los conocemos actualmente sino que todo se verá a base de documentos electrónicos y en donde los Magistrados tendrán que analizar y valorar este tipo de documentos, sé que cambiarán muchas cosas y si bien tenemos ya como base para la valoración de estos documentos electrónicos, el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, considero que deberán reformarse algunos artículos de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, ya que si bien en su artículo 1° señala que a falta de disposición expresa se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, sería conveniente tener actualizada nuestra legislación sobre todo si vamos a ser un Tribunal pionero en materia federal por lo que hace al Juicio en Línea.

Tomando en cuenta que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en su artículo 69-C señala que las dependencias y los organismos descentralizados de la Administración Pública Federal recibirán las promociones o solicitudes que, en términos de esta Ley, los particulares presenten por escrito, sin perjuicio de que dichos





documentos puedan presentarse a través de medios de comunicación electrónica, también podríamos señalar en el artículo 2° de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo que procede el juicio contencioso contra las resoluciones administrativas definitivas que se contengan por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, pues si se acepta que los particulares pueden presentar sus escritos a través de los medios de comunicación electrónica, y si el gobernado está de acuerdo, podría la autoridad a su vez emitir su resolución a través de estos medios de comunicación electrónica, los que igualmente y al tratarse de las materias de que conoce el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa podrían ser impugnados.

Con el Juicio en Línea, además de la celeridad, se evitarían muchos problemas que con el procedimiento tradicional se dan, como son el que al promovente se le olvide firmar en forma autógrafa su escrito de demanda, así ya no existirá ese problema puesto que la persona que promueva tendrá su firma electrónica avanzada, con la que podrá realizar los trámites correspondientes.

Por lo que hace al artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo tendrá que modificarse ya que en su primer párrafo señala que la demanda se presentará por escrito directamente ante la Sala Regional competente, aquí tendrá que agregarse que la demanda se presentará por escrito o a través de los medios electrónicos existentes.

Por lo que hace a las medidas cautelares, su otorgamiento sería de inmediato, pues ya no habría los problemas de notificación, pues en el mismo día en que se acuerde la medida cautelar correspondiente será notificada por los medios electrónicos a la autoridad.

Estos son solo unos artículos de los varios que deberán reformarse, pero como mi trabajo se refiere a la valoración de los documentos electrónicos analizare en específico el Capítulo V, del Título II de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo intitulado “De las Pruebas.”



En el artículo 40 se señala que serán admisibles toda clase de pruebas, considero que se debe señalar incluso: “(...) la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología”.

En el artículo 45 que se refiere a la expedición de copias certificadas por funcionarios y autoridades, puede expresarse que la expedición de dichas copias puede hacerse por los medios electrónicos ya sea al interesado o al propio Tribunal.

En cuanto al artículo 46 que se refiere a la valoración de las pruebas señala:

*“ARTÍCULO 46. La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes disposiciones:*

*“I.- Harán prueba plena la confesión expresa de las partes, las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos, incluyendo los digitales; pero si en los documentos públicos citados se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos solo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones, pero no prueban la verdad de lo declarado, ni manifestado.*

*“II.- Tratándose de actos de comprobación de las autoridades administrativas, se entenderán como legalmente afirmados los hechos que constan en las actas respectivas.*

*“III.- El valor de las pruebas pericial y testimonial, así como el de las demás pruebas, quedará a la prudente apreciación de la Sala.*

*“Cuando se trate de documentos digitales con firma electrónica distinta a una firma electrónica avanzada o sello digital, para su valoración se estará a lo dispuesto por el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles.*

*“Cuando por el enlace de las pruebas rendidas y de las presunciones formadas, la Sala adquiera convicción distinta acerca de los hechos materia del litigio, podrá valorar las pruebas sin sujetarse a lo dispuesto en las fracciones anteriores, debiendo fundar razonadamente esta parte de su sentencia.”*

Como se ve el artículo antes transcrito para la valoración de documentos digitales, hace la división de documentos digitales con firma electrónica avanzada o sello digital, de aquéllos que no cuentan con esa firma o sello, y para estos últimos remite al artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que para la valoración

de tales documentos, deberá estimarse la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Considero que la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo debe contener los artículos necesarios para la valoración de los documentos electrónicos y así señalar en un artículo que podría ser 46-A lo siguiente:

*“ARTÍCULO 46-A. Los documentos electrónicos con firma electrónica avanzada o fiable hacen prueba plena, salvo prueba en contrario.”*

Por lo que hace a los documentos electrónicos que no tienen firma electrónica avanzada o fiable deberá adicionarse un artículo 46-B que señalará:

*“ARTÍCULO 46-B. Cuando se trate de documentos digitales que no contengan firma electrónica avanzada o sello digital, para su valoración se tomará en cuenta primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generado, comunicado o recibido o archivado y si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta, de no darse tales requisitos tales documentos electrónicos solo constituirán indicios que deberán ser administrados con otro tipo de pruebas, quedando a la libre apreciación del juzgador el que deberá motivar debidamente la valoración que haga de dicha prueba.”*

Esto es, como ha quedado precisado en el capítulo anterior la valoración de los documentos electrónicos es diferente si cuentan con firma electrónica avanzada de aquéllos que no la tienen, en el primer caso hará prueba y corresponderá a la contra parte demostrar que dichos documentos no son auténticos, pero tratándose de documentos electrónicos que no contienen este tipo de firma o sello digital, su eficacia probatoria es mínima aunque no inexistente por lo que resulta ser un mero indicio que tendrá que ser administrado con otro tipo de pruebas, dejándose al Juzgador en libertad para su valoración.

Es de reconocer que el panorama que tenía al inicio de este trabajo ha cambiado radicalmente, en tanto que ante el anuncio del Presidente del Tribunal Federal de



Justicia Fiscal y Administrativa del uso de las nuevas tecnologías para impartir justicia, se me hacía imposible arrancar con dicho proyecto.

Ahora gracias a esta pequeña investigación he encontrado que tenemos los elementos básicos para iniciar esta nueva etapa del Tribunal, sugiero las reformas que han quedado propuestas para la valoración de los documentos electrónicos ya sea que cuenten con firma electrónica avanzada o no.

Pero en el caso de que no se dieran esas reformas de inmediato por que se requiere de un proceso legislativo y como he señalado no serían las únicas modificaciones para que nuestra Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo estuviera lista para arrancar con el Juicio en Línea, mientras tanto podríamos empezar con lo que tenemos, esto es, el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles así como las reformas llevadas a cabo el 29 de mayo de 2000, y las realizadas el 29 de agosto de 2003, reformas que tuvo que realizar nuestro país con motivo de los tratados del libre comercio celebrados con diversos países, entre ellos el Tratado del Libre Comercio de América del Norte, y tomando en cuenta la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas.

### **3.1. TESIS DE JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL**

A continuación cito algunas tesis de jurisprudencia y aisladas sustentadas por el Poder Judicial de la Federación, relativas a documento electrónico y su valoración.

**Localización:**

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVII, Febrero de 2008

Página: 530

Tesis: 2a./J. 24/2008

Jurisprudencia

Materia(s): Administrativa

#### **DECLARACIÓN PRESENTADA A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS Y ACUSE DE RECIBO CON SELLO DIGITAL. LA CONSTANCIA IMPRESA O SU**



**COPIA SIMPLE SON APTAS PARA ACREDITAR LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES EN QUE AQUÉLLA SE SUSTENTÓ.** De acuerdo con el artículo 31 del Código Fiscal de la Federación, los contribuyentes deben realizar pagos y presentar las declaraciones respectivas en documentos digitales a través de los medios electrónicos señalados por el Servicio de Administración Tributaria mediante reglas generales y este último, conforme al artículo 17-E del propio ordenamiento, por la misma vía remitirá el acuse de recibo que contenga el sello digital, consistente en la cadena de caracteres generada por la autoridad, la cual permita autenticar su contenido. De esa forma, si para cumplir con las indicadas obligaciones fiscales, por disposición legal, debe hacerse uso de una interconexión de redes informáticas, a través de la cual el contribuyente y las autoridades fiscales se transmiten información directamente desde computadoras, prescindiendo de constancias impresas, para valorar la información obtenida de dicha red, o sus copias simples, no debe acudir a las reglas aplicables en cuanto al valor probatorio de documentos impresos, sino a la regulación específica prevista en el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme al cual debe atenderse preponderantemente a la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si el contenido de la información relativa es atribuible a las personas obligadas y si está disponible para su ulterior consulta. Así, tratándose del cumplimiento de las obligaciones fiscales a través de medios electrónicos, el método por el cual se generan los documentos digitales está previsto en la ley y, además, el propio legislador y la autoridad administrativa, a través de reglas generales, han desarrollado la regulación que permite autenticar su autoría, de manera que su impresión o su copia simple son aptos para demostrar la aplicación de los preceptos legales que sirven de base a los diversos cálculos cuyo resultado se plasma en la declaración, siempre y cuando sea indudable que las correspondientes hipótesis normativas sustentan los resultados contenidos en ella.

Contradicción de tesis 261/2007-SS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. 13 de febrero de 2008. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Óscar F. Hernández Bautista.

Tesis de jurisprudencia 24/2008. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del trece de febrero de dos mil ocho.



**Localización:**

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXVI, Septiembre de 2007

Página: 2528

Tesis: I.4o.A.596 A

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa

**ESTADOS DE CUENTA INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORES AFILIADOS AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. PARA DETERMINAR SU VALOR PROBATORIO DEBEN EVALUARSE, ENTRE OTROS ASPECTOS, LOS REQUISITOS A QUE SE REFIERE EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 210-A DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, APLICADO SUPLETORIAMENTE, EN CUANTO A LA INFORMACIÓN GENERADA QUE CONSTE EN MEDIOS ELECTRÓNICOS, ÓPTICOS O EN CUALQUIER OTRA TECNOLOGÍA.** De los artículos 3, 4, 5 y 14 del Reglamento del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización se advierte, por una parte, que el patrón debe inscribir a sus trabajadores en el Instituto Mexicano del Seguro Social y comunicarle sus modificaciones salariales y bajas, ya sea presentando los formatos impresos autorizados, o bien, a través de medios magnéticos, digitales, electrónicos, ópticos, magneto ópticos o de cualquier otra naturaleza, debiendo utilizar, en este caso, el número patronal de identificación electrónica que le proporciona el citado instituto, como llave pública de sus sistemas criptográficos, con los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos firmados autógrafamente y, por otra, que el aludido instituto podrá conservar en dichos medios la información presentada en formatos impresos. Por tanto, para que los estados de cuenta individuales, que son impresiones o registros de la información que obra en dispositivos magnéticos o electrónicos, tengan suficiente valor probatorio para acreditar la relación laboral entre el patrón y los trabajadores a que se refieren, es necesario evaluar, entre otros aspectos, los requisitos que exige el segundo párrafo del artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente, que son, en primer lugar, la fiabilidad del método en que se encuentre o almacene la información, es decir, donde se genere, comunique, reciba o archive; en segundo, de ser posible, que

se atribuya el contenido de la información al patrón; y en tercero, que ésta sea accesible para su posterior consulta. Por consiguiente, debe acreditarse que efectivamente dicha información fue aportada por el patrón, ya sea conservando los formatos impresos autorizados o su resguardo en medios magnéticos o electrónicos, tal como lo señala el artículo 4 del citado reglamento, o bien, corroborar con el número patronal de identificación electrónica correspondiente (equivalente a la firma electrónica) que la información enviada por medios electrónicos fue efectivamente aportada por el patrón, pues en términos del invocado artículo 5, sólo los trámites en que se utilice ese número producirá los mismos efectos que los documentos firmados autógrafamente.

#### CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 70/2007. Titular de la Jefatura de Servicios Jurídicos de la Delegación Sur del Distrito Federal del Instituto Mexicano del Seguro Social. 16 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

#### **Localización:**

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIV, Octubre de 2006

Página: 1496

Tesis: XXI.2o.P.A.32 K

Tesis Aislada

Materia(s): Común

**PRUEBA DE INSPECCIÓN. DEBE DESECHARSE CUANDO LOS PUNTOS PROPUESTOS PARA SU DESAHOGO PUEDAN SER COMPROBADOS A TRAVÉS DE LA DOCUMENTAL, ENTENDIDA COMO LA INFORMACIÓN GENERADA O COMUNICADA QUE CONSTE EN MEDIOS ELECTRÓNICOS O EN CUALQUIER OTRA TECNOLOGÍA, QUE PUEDE SER REPRODUCIDA, NO SOLAMENTE EN PAPEL SINO TAMBIÉN EN ALGÚN DISQUETE O DISCO ÓPTICO.**  
La base de datos existente en el sistema de cómputo de alguna dependencia



oficial, constituye, en sentido amplio, una documental, atendiendo a que el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, por disposición de su artículo 2o., segundo párrafo, señala que se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. En ese contexto, resulta correcto desechar la prueba de inspección cuando los puntos materia de su desahogo tienen como propósito demostrar hechos susceptibles de ser comprobados a través de la prueba documental, entendida ésta como la información que puede ser reproducida, no exclusivamente en papel, sino también en algún disquete o disco óptico, en el cual se logre grabar la información solicitada por el quejoso para efectos de exhibirlos como prueba en el juicio de amparo, de conformidad con el artículo 152 de la Ley de Amparo.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Queja 39/2006. Inversiones Raf, S.A. de C.V. 29 de junio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Martiniano Bautista Espinosa. Secretario: Mario Alejandro Noguera Radilla.

**Registro No.** 178929

**Localización:**

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Marzo de 2005

Página: 1205

Tesis: II.1o.A.21 K

Tesis Aislada

Materia(s): Común

**PRUEBAS EN EL AMPARO. PARA EL DESAHOGO DE LAS RELACIONADAS CON MEDIOS ELÉCTRICOS O ELECTRÓNICOS NO ES ADMISIBLE LA IMPOSICIÓN DE CARGA ESPECÍFICA A SU OFERENTE PARA VALORAR SU ADMISIBILIDAD.** Además de los medios clásicos o tradicionales de prueba, la rápida evolución de la técnica ha creado nuevos métodos probatorios antaño in-



sospechados que, en parte, debido a su constante innovación y dadas las particularidades que cada uno de ellos pueden presentar, no han sido regulados en detalle por el legislador, pero la posibilidad de aportarlos como elementos de convicción está prevista tanto en el artículo 150 de la Ley de Amparo como en los artículos 93, 188, 189, 210-A y 217 del Código Federal de Procedimientos Civiles supletorio de aquélla. En razón de ello, el juzgador deberá determinar en cada caso concreto y según sus propias características, la forma más conveniente para el desahogo y valoración de tales medios de convicción; sin embargo, el legislador en ningún caso previó que las peculiaridades de tales probanzas tuvieran como efecto imponer cargas específicas a los quejosos, como sería el caso de solicitar a éstos que aportaran algún tipo de aparato (como televisión o videocasetera), a fin de que se valorara la admisibilidad de su prueba, ya que no es posible tener la certeza de que los quejosos cuenten con la posibilidad real y material de aportar tales aparatos eléctricos o electrónicos, y dado que el juicio de garantías constituye una defensa del gobernado frente a actos arbitrarios de la autoridad, no resulta aceptable que su acceso se haga depender de la posibilidad de disponer de determinados bienes materiales. Por ello, se estima que la imposición a los quejosos de tal carga afecta el derecho a probar y, por ello, implica violación a las leyes del procedimiento.

#### PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 480/2004. Sebastián Pallares Robles y otros. 25 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Mondragón Reyes. Secretaria: Sonia Rojas Castro.

**Registro No.** 182439

**Localización:**

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XIX, Enero de 2004

Página: 1492

Tesis: I.1o.A.120 A

Tesis Aislada

Materia(s): Administrativa



**CONTRIBUCIONES. LA COPIA SIMPLE DEL COMPROBANTE DE PAGO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS OBTENIDA MEDIANTE IMPRESORA, FAX O CUALQUIER OTRO MEDIO ANÁLOGO ES APTA PARA ACREDITAR EL ACTO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA VIGENTE EN EL AÑO DOS MIL TRES.**

Del artículo 31, segundo párrafo, del Código Fiscal de la Federación y de la regla 2.9.17. de la Resolución Miscelánea Fiscal vigente en febrero del año dos mil tres se desprende que cuando los contribuyentes realicen el cumplimiento de sus deberes fiscales por medios electrónicos, no es obligatorio que presenten la declaración correspondiente en las formas aprobadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en virtud de que los contribuyentes podrán presentar la declaración en las citadas formas para obtener el sello o impresión de la máquina registradora, lo que significa que se está en presencia de una facultad o derecho del gobernado que puede o no ejercer y no de un deber; en igual forma, es una facultad de éste obtener copia certificada de las declaraciones presentadas por medios electrónicos. Ahora bien, el pago de contribuciones por medios electrónicos constituye un instrumento para facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los gobernados y la pronta y eficaz recaudación, cuya forma de operar implica que los causantes tengan una clave de acceso al sistema tributario cuando realicen pagos por transferencia electrónica, en tanto que la institución financiera proporcionará el sello digital. El concepto del “equivalente funcional” entre los documentos consignados en papel y aquellos consignados por vía electrónica tiene por objeto establecer una serie de características numéricas y criptográficas que identifican a la persona y aprobar la información que aparece en el mensaje, de ahí que la reproducción de la información mediante impresora, fax o cualquier otro medio análogo, que naturalmente se reduce a copia simple, no significa, en modo alguno, que carezcan de valor probatorio para demostrar el acto de aplicación del artículo tercero transitorio de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en el año dos mil tres, reclamado, por el simple hecho de que consten en copia simple, antes bien, son confiables partiendo de la base de los fines del artículo 31 del ordenamiento citado, que sirvió de fundamento para generar la información electrónica, en virtud de que la seguridad de la operación se encuentra en la clave digital que es original, administrada con los demás datos como son el registro federal de contribuyentes, la fecha de pago, el número de cuenta, el número de operación, el periodo, el impuesto y la cantidad que se paga y, en todo caso, el fisco federal, de no estar de acuerdo con su contenido, está en posibilidad de

impugnarlo, y si no lo hizo, tal omisión se traduce en su aceptación tácita para todos los efectos legales, porque la presentación de una declaración escrita para obtener el sello oficial en original o la impresión en ella de la máquina registradora, después de haber realizado el pago o cumplimiento de obligaciones fiscales por medios electrónicos, es una facultad o derecho del gobernado que puede o no ejercer a su juicio, porque no se trata de un deber, una obligación. Por tanto, la fuerza probatoria deriva de la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser exigida para su ulterior consulta, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, aplicado supletoriamente en términos del artículo 2o. de la Ley de Amparo, y no de la aplicación dogmática de una regla general de que las copias simples carecen, por sí mismas, de valor, por el hecho de que el sello digital se encuentra en una copia simple obtenida de impresora, fax, entre otros, ya que los avances tecnológicos, a nivel mundial, trajeron como resultado que el legislador introdujera los medios electrónicos para crear, modificar, extinguir o cumplir obligaciones, según se advierte de los artículos 31 del código tributario, 89 a 114 del Código de Comercio, 188 y 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, entre otros ordenamientos, que establecen excepciones a la regla general citada. Por consiguiente, si al realizar el pago provisional del impuesto sustitutivo del crédito al salario que le corresponde, el acuse referido es el único documento que obtuvo el particular al realizar su pago de esa forma, es claro que si las autoridades hacendarias no lo objetaron, por razones de lealtad procesal, de probidad y buena fe frente al Juez, quien debe evitar que se trastoquen dichos valores, debe considerarse apto y suficiente para demostrar el pago de referencia y, por ende, el acto concreto de aplicación de la norma tildada de inconstitucional y su interés jurídico para cuestionarla; con mayor razón si la quejosa, en el escrito de demanda, manifestó bajo protesta de decir verdad que la copia simple en la que consta la firma electrónica, es real, sin perjuicio de las responsabilidades que le pudieran resultar, en el supuesto de que llegara a faltar a la verdad, sobre todo si se toma en cuenta que la autoridad fiscal se abstuvo de cuestionar la veracidad de la firma electrónica, no obstante que cuenta con la base de datos que contiene los sellos digitales y las firmas electrónicas.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.



Amparo en revisión 354/2003. Cierres Best de México, S.A. de C.V. 10 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Humberto Hernández Fonseca. Secretario: José de Jesús Alcaraz Orozco.

Amparo en revisión 437/2003. Nutrical, S.A. de C.V. 15 de octubre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Humberto Hernández Fonseca. Secretario: José de Jesús Alcaraz Orozco.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, septiembre de 2002, página 1351, tesis I.7o.A.183 A, de rubro: "DECLARACIONES FISCALES PRESENTADAS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS (VÍA INTERNET). EL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN SE ACREDITA CON ACUSE DE RECEPCIÓN QUE CONTENGA LOS DATOS REFERENTES A LA HORA, FECHA, FOLIO Y TIPO DE OPERACIÓN, TRANSMITIDO POR LA AUTORIDAD CORRESPONDIENTE.

De la primera tesis de jurisprudencia núm. 2a./J. 24/2008 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace referencia a la presentación de declaraciones en documentos digitales a través de medios electrónicos señalados por el Servicio de Administración Tributaria mediante reglas de carácter general y este conforme al artículo 17-E del Código Fiscal de la Federación y por la misma vía remita el acuse de recibo que contenga el sello digital, lo que permite autenticar su contenido. El artículo 17-E del Código Fiscal de la Federación señala que el sello digital es el mensaje electrónico que acredita que un documento digital fue recibido por la autoridad correspondiente y que estará sujeto a la misma regulación aplicable al uso de la firma electrónica avanzada.

Continua expresando el artículo en comentario que el sello digital identificará la dependencia que recibió el documento y se presumirá, **salvo prueba en contrario**, que el documento digital fue recibido en la hora y fecha que se contienen en el acuse de recibo mencionado. Esto es, la Segunda Sala le dio valor probatorio pleno a la declaración presentada a través de los medios electrónicos por la confiabilidad de ésta al contar con el acuse de recibo que contenía el sello digital. En este caso no hay mayor problema puesto que se equipara a la firma electrónica avanzada.

Por lo que hace a la tesis aislada I.4o.A.596A del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito analiza las cuentas individuales de los trabajadores afiliados al Instituto Mexicano del Seguro Social, a fin de otorgarles valor pro-

batorio, análisis que se hace tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En relación con el Reglamento del Seguro Social en materia de afiliación, clasificación de empresas, recaudación y fiscalización, permite que el patrón inscriba a sus trabajadores, comunique sus modificaciones salariales y bajas ya sea mediante formatos impresos autorizados, o bien a través de medios magnéticos, digitales, electrónicos, ópticos, magneto ópticos o de cualquier otra naturaleza, debiendo utilizar el número patronal de identificación electrónica que le proporciona el Instituto como llave pública de sus sistemas criptográficos, es incuestionable que dichas cuentas individuales hacen prueba plena de la relación laboral.

Las otras tesis aisladas no se refieren tanto a la valoración de los documentos electrónicos sino a la forma de presentar dichos medios de prueba.

## **CONCLUSIONES**

1.- El avance de la Tecnología ha provocado un cambio en la forma de entender las pruebas y valorarlas en un proceso.

2.- Las computadoras dejaron de ser una herramienta opcional y pasaron a ser una necesidad, muchas veces impuesta para el desarrollo de nuestras tareas, es enorme la cantidad de información que guardamos en estos sistemas de información que cada vez son más importantes y necesarios.

3.- Con motivo de ese avance surgieron los documentos electrónicos y las legislaciones mundiales tuvieron que modificar su marco normativo al respecto.

4.- Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000, se adicionó el artículo 210-A al Código Federal de Procedimientos Civiles, en donde se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

5.- Así también por Decreto de 29 de mayo de 2003, se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio en materia de firma electrónica en donde nos define la firma electrónica y la firma electrónica avanzada o fiable.



6.- Considero que el documento electrónico hace prueba plena si cuenta con firma electrónica avanzada quedando a cargo de la parte contraria demostrar que no es auténtica.

7.- Es diferente la valoración si se trata de un documento que no contenga la firma electrónica avanzada pues entonces el juzgador deberá estimar primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso si es posible atribuir a la persona obligada el contenido de la información relativa.

8.- Por tanto considero la valoración de los documentos a que nos referimos en el numeral anterior, tendrán solo el valor de indicios que deberán adminicularse con otro tipo de pruebas, dejando al juzgador en libertad para valorar tal probanza, pero deberá razonar cuidadosamente el por que le otorga ese valor.

9.- Del análisis a nuestra legislación encontramos que por lo menos se reconoce ya como prueba el documento electrónico, por lo que ya existe un buen principio y si bien no están reguladas todas las situaciones, esto se resolverá sobre la marcha, dado lo vertiginoso de la tecnología, correspondiendo a los abogados y juzgadores la responsabilidad, tratándose de ser los primeros en ofrecer debidamente sus pruebas, señalando los razonamientos acerca de su confiabilidad y a los jueces resolver en forma informada, razonada y así ir construyendo la jurisprudencia que será una fuente importante en esta materia.

10.- Con la puesta en práctica del juicio en línea en el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, será necesario reformar y adicionar algunos preceptos de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en especial por lo que hace a la valoración de los documentos electrónicos.

11.- La adición que se propone, es darle un tratamiento distinto a los documentos electrónicos que cuenten con firma electrónica avanzada de aquéllos que no cuenten con ella, los primeros harán prueba plena correspondiendo a la contraparte desvirtuar su autenticación y los segundos serán meros indicios que deberán adminicularse con otro tipo de pruebas, quedando a la prudente apreciación del juzgador la valoración de dichos documentos.



## **BIBLIOGRAFÍA**

Esquivel Vázquez, Gustavo A., *La prueba en el Juicio Fiscal Federal*, 4ª. Ed., México, Porrúa, 2005.

Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, 6ª. Ed. México, Oxford, 2005.

Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, *La firma Electrónica y las Entidades de Certificación*, México, Porrúa, 2003.

Riofrio Martínez Villalba, Juan Carlos, *La Prueba Electrónica*, Bogotá, Colombia, Temis. 2004.

Téllez Valdez, Julio, *Derecho informático*, 3ª. Ed., México, Mcgraw Hill, 2007.

## **ENCICLOPEDIA**

Enciclopedia Jurídica Omeba, *Tomo XXIII, Pres-Razo*, Argentina.

## **CIBERGRÁFICAS**

[www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf)  
17 de noviembre de 2008.

## FIRMA ELECTRÓNICA

*Dr. Gustavo A. Esquivel Vázquez\**

## Notas Sobre la Firma Electrónica en Materia Tributaria

*Agradecemos al Dr. Gustavo A. Esquivel Vázquez por haber autorizado la publicación de su artículo en la presente revista.<sup>1</sup>*

**ABSTRACT:** A partir de la recomendación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico, se propone que es momento de que la autoridad se incorpore al avance tecnológico, con las herramientas informáticas apropiadas y se encuentre en aptitud de exteriorizar su voluntad a través de la firma digitalizada o electrónica. Se deberán crear los controles cibernéticos necesarios para dar certeza y seguridad de que se trata de un acto válido de la autoridad administrativa.

La firma ha sido definida por Planiol y Ripert como “una inscripción manuscrita que indica el nombre de una persona que entiende hacer suyas las declaraciones del acto”<sup>2</sup>, y que según Castrillón y Luna en la voz que elaboró para el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; su naturaleza jurídica es la “afirmación de individualidad, pero sobre todo de voluntariedad. En el primer aspecto, significa que ha sido la persona firmante y no otra quien ha suscrito el documento. En segundo lugar, que se acepta lo que allí se manifiesta”.<sup>3</sup>

La legislación acepta lo anterior y considera que la firma es autógrafa por antonomasia, en lo que respecta a lo que comúnmente se le conoce como firma electrónica, cabe

\* Magistrado del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

<sup>1</sup> Artículo publicado en: *Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal*, Año V, Número 14, año 2002., pp.12-29.

<sup>2</sup> Citado por Victor Manuel Castrillón y Luna en el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano.-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.- 1ª. Edición.-año 2000.-México.-pp. 1706 y 1707.

<sup>3</sup> Castrillón y Luna, Victor Manuel en el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.- 1ª. Edición.-año 2000.- México.- p. 1707.





mencionar que la Organización de las Naciones Unidas, por conducto de la Asamblea General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en atención a la Resolución 51/162, de fecha 16 de diciembre de 1996, referente a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, recomendó a todos los Estados consideren de manera favorable la ley Modelo, en lo tocante a transacciones electrónicas cuando promulguen o revisen sus leyes relativas al comercio electrónico, preparando una Guía para su incorporación al Derecho Interno aprobada en 1998.

En nuestro país; se efectúan en el año dos mil, adiciones al Código Civil Federal, Código Federal de Procedimientos Civiles, Código de Comercio, y la Ley Federal de Protección al Consumidor, para regular operaciones contractuales a través de los medios electrónicos.

### **Código Civil Federal**

En el Código Civil Federal se define el consentimiento, el cual se considera un elemento esencial para formalizar el contrato electrónico, el que se entiende otorgado en forma expresa cuando el mismo se contenga o se exprese por medios electrónicos y ópticos o de cualesquier tecnología;

Se precisa también el reconocimiento por conducto electrónico tiene la misma validez y cumple el requisito de la forma escrita que se exige para el contrato y demás documentos legales que deban ser firmados por las partes.

Esto se contempla en el Artículo 1803, fracción I; del Código Civil Federal, que dice:

**“Artículo 1803.-** El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

“I. Será expreso cuando la voluntad, se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos; y

“II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos de que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.”

En relación a esta disposición se tiene que el artículo 1805, regula por su parte la propuesta y a la aceptación, para la celebración de un contrato, efectuado a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, dispositivo que dice:



**“Artículo 1805.-** Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

Al respecto es necesario traer a colación la adición del artículo 1834 BIS, que dice:

**“Artículo 1834 bis.-** Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.”

Así se tendría que los supuestos previstos en la ley relativos a que, cuando el contrato exija la forma escrita y si no sabe o no puede, firmará otra a su ruego además de imprimir su huella digital; podrán estos actos llevarse a cabo con la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología mediante la concurrencia de ciertas condiciones reguladas por la ley.

## **Código Federal de Procedimientos Civiles**

Se publican en el Diario Oficial de la Federación del veintinueve de mayo de dos mil, reformas con las que se reconocen efectos jurídicos, validez y fuerza probatoria a la información generada o comunicada, que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. Se atiende también al reconocimiento de los requisitos de autenticidad, integridad y confiabilidad de la información por los instrumentos antes mencionados:

**“Artículo 210-A.-** Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.”

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

## Código de Comercio

En las reformas al Artículo 49 se introduce el concepto de mensajes de datos, además de establecer la obligación al igual que el Código Federal de Procedimientos Civiles, de conservar dichos documentos electrónicos o mensajes de datos, y se hayan mantenido íntegros e inalterados a partir del momento que se les generó, y sean accesibles para su ulterior consulta, este Código prevé que será la Secretaría de Economía, la encargada de emitir la Norma Oficial Mexicana para la conservación de los mencionados mensajes de datos:

**“Artículo 49.-** Los comerciantes están obligados a conservar por un plazo mínimo de diez años los originales de aquellas cartas, telegramas, mensajes de datos o cualesquiera otros documentos en que se consignent contratos, convenios o compromisos que den nacimiento a derechos y obligaciones.”

Para efectos de la conservación o presentación de originales, en el caso de mensajes de datos, se requerirá que la información se haya mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y sea accesible para su ulterior consulta. La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial emitirá la Norma Oficial Mexicana que establezca los requisitos que deberán observarse para la conservación de mensajes de datos.

Por otra parte se reconoce la validez de los convenios y contratos mercantiles que se celebren mediante el uso de medios electrónicos, ópticos, o de cualquier otra tecnología y se precisa que quedarán perfeccionados desde que se contesten aceptando la propuesta o las condiciones con que éste fuere modificado, según el artículo 80 que dice:

**“Artículo 80.-** Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de



cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.”

Es menester mencionar que el Artículo 81, prescribe que con las modificaciones y restricciones del Código de Comercio, será aplicable a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil, acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos. Esto debe entenderse que en caso de interpretación al Código en comento, sobre los supuestos antes mencionados, en supletoriedad será aplicable el Código Civil Federal, remitiendo todo lo concerniente a lo expuesto en párrafos anteriores, dispositivo que a continuación se transcribe:

**“Artículo 81.-** Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.”

Ahora bien, el Código de Comercio en el dispositivo 1298-A, reconoce como medios de prueba a los mensajes de datos:

**“Artículo 1205.-** Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.”

**“Artículo 1298-A.-** Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

## **Ley Federal de Protección al Consumidor**

Se publican el Diario Oficial de la Federación distintas modificaciones a la Ley Federal de Protección del Consumidor, adicionándose la fracción VIII, del artículo 1º, donde prevé el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y su adecuada utilización, que literalmente dice:

“(...) Son principios básicos a las relaciones de consumo. I al VII (...)”

“**VIII.** La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados.”

A lo que se añade en su artículo 76 bis, un catálogo de derechos de los consumidores de las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Ahora bien, en un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, que extiende un banco (contrato que por cierto es de adhesión) se precisa que los números confidenciales serán la firma electrónica y que el cliente reconoce y acepta que para la manifestación de su voluntad en la disposición del crédito, utilizara según sea el caso, su firma autógrafa o electrónica. Especificando que para el pago de bienes o servicios, o disposiciones de efectivo que haga el cliente deberá digitar su número confidencial de identificación personal (NIP), o su firma electrónica, los cuales equivaldrán a su firma autógrafa o autentica, por lo que su uso y digitación acedita que el cliente ha manifestado su voluntad en convenir los servicios bancarios y que es responsable de las operaciones realizadas.

### **III. REGULACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN MATERIA ADMINISTRATIVA**

Para efectos de estas notas se mencionará a la Ley del Seguro Social y sus reglamentos, al Código Fiscal de la Federación y la Resolución Miscelánea 2002-2003, sin dejar de destacar que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos también regulan aspectos interesantes de firma electrónica que atribuyen consecuencias de Derecho.

Vale la pena una pequeña digresión, para comentar que por reforma publicada el 30 de mayo de 2000 en el Diario Oficial de la Federación, se agregaron diversos párrafos al artículo 69-C de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en donde se autoriza a la Administración Pública Federal la recepción de promociones o solicitudes a través de medios de comunicación electrónica, en que se emplearán en sustitución de la firma autógrafa, medios de identificación electrónica, precisando que los



documentos presentados por medios de comunicación electrónica producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos firmados autógrafamente.<sup>4</sup>

## Ley del Seguro Social

Por otra parte, el veinte de diciembre de dos mil uno, se publica en el Diario Oficial de la Federación, reformas a la Ley del Seguro Social, la que incluyo un apartado relativo a los medios de comunicación electrónica, que manifiestan que el Instituto Mexicano del Seguro Social recibirá promociones o solicitudes a través de medios electrónicos, magnéticos, digitales, ópticos magneto ópticos o de cualquier otra naturaleza, empleando los medios de identificación correspondientes que a su vez serán optativos, además de que los documentos presentados por esos medios producen los mismos efectos legales que los documentos firmados de manera autógrafa, mismos que tendrán el mismo valor probatorio que la ley otorga.

Esto se encuentra regulado en el artículo 286 L de la Ley del Seguro Social, que indica:

**“Artículo 286 L.-** El Instituto, para lograr la mejor aplicación de las facultades contenidas en esta Ley, así como de las facultades que las demás leyes o reglamentos le confieran, recibirá las promociones o solicitudes que los particulares presenten por escrito, sin perjuicio de que dichos documentos puedan presentarse a través de medios de comunicación electrónicos, magnéticos, digitales, ópticos, magneto ópticos o de cualquier otra naturaleza, para lo cual emplearán los medios de identificación correspondientes.

“El uso de dichos medios de comunicación, será optativo para cualquier interesado, pero al momento de hacer uso de los mismos en una promoción deberá continuar en esta forma la presentación de cualquier tipo de documento relacionado con dicha promoción.

“Los documentos presentados por los medios a que se refiere este Capítulo producirán los mismos efectos legales que los documentos firmados autógrafamente y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio que las disposiciones aplicables les otorguen a éstos (...).”

---

<sup>4</sup> La misma disposición indica que se podrá hacer una vez que las dependencias y organismos emitan reglas de carácter general y se publiquen en el Diario Oficial de la Federación.

La ley prevé, que el IMSS puede efectuar notificaciones, citatorios, emplazamientos, requerir o solicitar informes o documentación, así como emitir resoluciones a través de los medios electrónicos a solicitud de los particulares, establecido por el siguiente artículo, que a la letra dice:

**“Artículo 286 M.-** El Instituto podrá efectuar notificaciones, citatorios, emplazamientos; requerir o solicitar informes o documentación, así como emitir resoluciones a través de medios de comunicación electrónica, siempre que los particulares manifiesten previamente y de manera expresa su conformidad de recibir las actuaciones mencionadas en esta disposición, respecto de cada promoción o solicitud que realicen.”

“El reglamento de Afiliación en su artículo 3° prevé que:

**“ARTÍCULO 3°.-** El registro de los patrones y demás sujetos obligados, así como la inscripción de los trabajadores y demás sujetos de aseguramiento se harán en los formularios autorizados que serán publicados en el Diario Oficial de la Federación, cuya reproducción podrá realizarse en la forma y en los términos que señala el Instituto, o a través de medios magnéticos o de telecomunicación, de acuerdo con las especificaciones establecidas por el mismo.”

“Toda documentación original presentada en formularios medios magnéticos o de telecomunicación, en relación con el registro de patrones y demás sujetos obligados e inscripción, modificación de salario y baja de trabajadores y demás sujetos de aseguramiento, podrá conservarla el Instituto en medios magnéticos o de microfilmación, sin que por tal motivo, pierdan para todos los efectos legales, el carácter de documentos originales y, en consecuencia, tendrán igual valor probatorio. En todos los casos el Instituto entregará al patrón una constancia de los movimientos afiliatorios realizados.”

## Código Fiscal de la Federación

El Código Fiscal de la Federación, contempla en el artículo 20 párrafo séptimo y el diverso 31, segundo párrafo, la obligación de efectuar el pago de sus contribuciones mediante la transferencia electrónica de fondos, de acuerdo a reglas de carácter general, las cuales se contienen en la Resolución Miscelánea Fiscal para 2002 en los Capítulos 2.9, 2.14, 2.15 y 2.16, que esencialmente prevén que generando



una clave de identificación electrónica confidencial, serán enviados vía Internet, proporcionando los datos que se contienen en la dirección electrónica, en su caso las instituciones de crédito enviarán el acuse de recibo con sello digital generado por las mismas, así como el pago con tarjeta tributaria; precisándose que:

“2.16.1 Los medios de identificación automatizados que las instituciones de crédito tengan establecidos con sus clientes, los medios de identificación electrónica confidencial que se generen por los contribuyentes mediante los desarrollos informáticos del SAT, así como el uso de la tarjeta tributaria, sustituyen a la firma autógrafa y producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes, teniendo el mismo valor probatorio.”

Por otra parte el artículo 49 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación obliga tanto al contribuyente como el Contador Público Registrado a firmar digitalmente los documentos digitales del Dictamen de los Estados Financieros; y el Capítulo 2.10 de la Resolución Miscelánea regula el envío del dictamen fiscal vía Internet, debiendo generar para tal efecto certificado digital.

## **FIRMA DIGITALIZADA O ELECTRÓNICA DE LA AUTORIDAD**

En otro orden de ideas, cuestión diversa lo es cuando la firma digitalizada o electrónica se plasma en un acto de autoridad, ya que su regulación es diversa, pues no solamente se trata de resoluciones en donde aparece digitalizada la firma del funcionario emisor, sino también podría considerarse en algún momento alguna controversia acerca de la expedición y envío por correo electrónico del certificado digital al contribuyente, la garantía digital al Contador Público Registrado por cuestión de la presentación de un Dictamen de Estados Financieros (Regla 2.10.C.2 4º párrafo), el acuse de recibo por vía correo electrónico con sello digital generado por el SAT en el supuesto de los contribuyentes que se encuentren obligados a presentar la primera declaración sin pago (Regla 2.14.2).

Así se tendría que, la doctrina asevera que la potestad tributaria del Estado se encuentra limitada por la garantía de forma escrita y por ende con firma de la autoridad, tal y como lo prevé el artículo 16 de la Constitución, que si bien, si bien es cierto no se refiere expresamente a que debe tratarse de una firma autógrafa, la que se plasme en el acto de autoridad, distintas jurisprudencias del Poder Judicial y del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa así lo exigen.



“Octava Época

“Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL  
“PRIMER CIRCUITO.

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación

“Tomo: VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990

“Tesis I.6o.A. J/22

“Página: 356

**“FIRMA AUTÓGRAFA DE LA AUTORIDAD RESPONSABLE, SU OMISIÓN IMPIDE OTORGAR VALIDEZ AL ACTO.** Una resolución determinante de un crédito fiscal en términos de los artículos 3° y 4° del Código Fiscal de la Federación debe constar en un documento público que en términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles, debe estar suscrito por un servidor público competente, lo cual sólo se demuestra por la existencia, entre otros extremos, de la firma autógrafa del signante y la falta de este signo gráfico impide otorgar alguna validez o eficacia al oficio relativo, ya que no es posible afirmarle o asegurarle al gobernador que una cierta resolución proviene de una pretendida autoridad dada la ambigüedad e incertidumbre que conlleva el uso de un sello que cualquier persona puede utilizar y estampar en un oficio, cuando que la seguridad jurídica que tutelan los artículos 14 y 16 constitucionales, impone que se demuestre la identidad del emisor para los efectos de la autoria y la responsabilidad que implica el ejercicio de las facultades que a cada autoridad le corresponden.

**“SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.**

**“Amparo directo 1496/88.** Super Servicio Lomas, S. A. de C. V. 11 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Pérez de León Espinosa. Secretario: Jean Claude Tron Petit.

**“Amparo directo 1726/88.** Jardines de Tlalnepantla, S. A. 31 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Alejandro Luna Ramos. Secretario: Agustín Tello Espíndola.

**“Amparo directo 346/89.** Compañía Operadora de Teatros, S. A. 11 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Pérez de León Espinosa. Secretaria: Adela Domínguez Salazar.



“**Amparo directo 946/89.** Compañía Operadora de Teatros, S. A. 25 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Pérez de León Espinosa. Secretaria: Yolanda Ruiz Paredes.”

“**Amparo directo 326/90.** Omnibus de México, S. A. de C. V. 25 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Pérez de León Espinosa. Secretaria: Yolanda Ruiz Paredes.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995, Tomo III, Segunda Parte, tesis 668, pág. 487.

“Octava Época

“Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación

“Tomo: III, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1989

“Tesis I.6o.A. J/17

“Página: 917

“**FIRMA AUTÓGRAFA DE LA AUTORIDAD REponsable. DEBE APARECER EN EL DOCUMENTO QUE CONTIENE EL ACTO DE MOLESTIA.** Es irrelevante que el original del documento a partir del cual tal vez se haya elaborado la resolución impugnada, tenga firma auténtica de su emisor, ya que el documento entregado a la quejosa contiene simple sello de la rubrica, lo cual es violatorio de garantías, en razón de que constituye para ella un acto de autoridad que le molesta y priva de sus recursos pues no es el primer ejemplar, sino la copia que le fue entregada el que le agravia y, por ende, éste debe estar revestido de todos y cada uno de los requisitos de validez del caso.

“**SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.**

“**Amparo directo 1496/88.** Super Servicio Lomas, S. A. de C. V. 11 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Pérez de León Espinosa. Secretario: Jean Claude Tron Petit.

“**Amparo directo 1726/88.** Jardines de Tlalnepantla, S. A. 31 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Alejandro Luna Ramos. Secretario: Agustín Tello Espíndola.

**“Amparo directo 106/89.** Mangueras Industriales, Herramientas, Accesorios y Conexiones, S. A. 15 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Tirado Ledesma. Secretario: Jorge Higuera Corona.

**“Amparo directo 166/89.** Compañía Operadora de Teatros, S. A. 15 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Tirado Ledesma. Secretaria: María Eugenia Peredo García Villalobos.

**“Amparo directo 346/89.** Compañía Operadora de Teatros, S. A. 11 de mayo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Pérez de León Espinosa. Secretaria: Adela Domínguez Salazar.

“JURISPRUDENCIA 154 del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, modificada por acuerdo G/107/90

**“FIRMA AUTÓGRAFA.- DEBE APARECER NECESARIAMENTE EN LA COPIA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA QUE SE ENTREGUE AL PARTICULAR.** A lo que se añade, que la fracción IV del artículo 38 del Código Fiscal de la Federación, exige los actos administrativos que deban notificarse a los gobernados, deberán encontrarse firmados por el funcionario competente, sin distinguir entre firma autógrafa, digitalizada o electrónica.”

En similar sentido se encuentra el artículo 3º fracción IV de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, con la precisión de que el acto administrativo debe constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, pero con la salvedad de que en otros casos la ley autorice otra forma de expedición.

Parecería que al igual que en el derecho privado, la exteriorización de la voluntad se produce con la firma autógrafa del servidor público, tal y como lo ha considerado la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en la jurisprudencia V-J-SS-13, cuyo rubro es:

**“FIRMA AUTÓGRAFA.- ES UN REQUISITO DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO CUYA AUSENCIA GENERA LA NULIDAD LISA Y LLANA.-** Conforme al artículo 38, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación, uno de los requisitos de los actos administrativos que deban notificarse es que ostenten la firma



del funcionario competente, por lo que es dable concluir que la firma autógrafa constituye un requisito de validez del propio acto de autoridad y que la falta de la misma implica que legalmente se está en presencia de un acto que carece de autenticidad, ya que si no se tiene la certeza de autenticidad de la firma por no ser ésta autógrafa, el acto no puede surtir efecto alguno, razonamiento que nos lleva a concluir que su nulidad no puede ser para efectos, sino que deber ser lisa y llana con base en lo dispuesto por la fracción IV del artículo 238 en relación con la fracción II del artículo 239 del ordenamiento arriba citado.

“Contradicción de sentencias No. 2180/00-007-5 y otros 8/360/01-PL-09-01. Resolución por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión del 1° de marzo de 2002, con quórum de 10 Magistrados. “(Tesis de jurisprudencia aprobada en sesión de 3 de abril de 2002).”<sup>5</sup>

Ante la precisión de las opiniones jurisdiccionales, ¿convendría revisar la legislación?, ya que ante el abuso del gobernante absoluto de la antigüedad, los gobernados exigieron que el acto de autoridad fuera escrito y con el requisito de la firma autógrafa del funcionario emisor, tradición que no solo se exige para el acto de autoridad como acto de molestia al gobernado, sino que permanece en el requisito constitucional del refrendo del Secretario del Despacho.

Por otra parte, en aquellos lejanos días del medievo, el avance tecnológico limitaba a que la comunicación y la permanencia del mensaje fuera a través de pluma, tinta y sellos.

Incluso la palabra pluma resulta equívoca en ese sentido, ya que originalmente se refiere al tejido epitelial de una ave, pero como era el instrumento que se utilizaba para escribir, en el lenguaje popular contemporáneo se le denomina de esa forma al bolígrafo.

Quizás ha llegado el momento de que la doctrina y las normas fiscales auxilien a que la autoridad se incorpore al avance tecnológico, con las herramientas informáticas apropiadas y se encuentre en aptitud de exteriorizar su voluntad, a través de la firma digitalizada o electrónica.

---

<sup>5</sup> RTFJFA julio de 2002, página 7.

Para ello deberán crearse los controles cibernéticos correspondientes, para dar certeza y seguridad de que se trata realmente de un acto válido de autoridad administrativa, máxime que los objetivos del derecho son precisamente la certeza y la seguridad jurídica, sin olvidar por otra parte que uno de los principios que rigen al procedimiento administrativo es precisamente el de la Bona Fide (Buena Fe).

Una última digresión, para comentar que en el Diario Oficial de la Federación de 17 de enero de 2002, con sustento en el artículo 69-C de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, apareció un Acuerdo del Secretario de Contraloría y Desarrollo Administrativo por el que se establecen disposiciones que deberán observar las dependencias y organismos descentralizados de la Administración Pública Federal, para la recepción de promociones que formulen los particulares en los procedimientos administrativos a través de medios de comunicación electrónica, así como para las notificaciones, citatorios, emplazamientos, requerimientos, solicitudes de informes o documentos y las resoluciones administrativas que se emitan por esa vía.

Acuerdo del que cabe destacar entre otras cosas, que define la firma electrónica como un conjunto de datos electrónicos que asociados con un documento son utilizados para reconocer a su autor, y que expresan el consentimiento de este para obligarse a las manifestaciones que en él se contienen, que se establecen en una certificación del medio de identificación electrónica de los servidores públicos, que deberá requerir la presencia física de los mismos; y exige una suscripción autógrafa de un documento, como condición para que los particulares puedan realizar tramites electrónicos, con lo cual resulta notorio que finalmente y a pesar de toda la cuestión tecnológica, no se desecha del todo a la firma autógrafa.



*Agradecemos al Lic. Raúl Rodríguez Lobato por haber autorizado la publicación de la Ponencia presentada en el XXXIII Congreso del Colegio Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Fiscal y Finanzas Públicas, en la presente revista.*

COLEGIO NACIONAL DE PROFESORES E INVESTIGADORES DE DERECHO FISCAL Y FINANZAS PÚBLICAS.

XXXIII CONGRESO

CUERNAVACA, MOR., 20/22 NOVIEMBRE DE 2008

## REGULACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

**Lic. Raúl Rodríguez Lobato**

Noviembre de 2009

**ABSTRACT:** En el Código Fiscal de la Federación se prevé que tanto las promociones dirigidas a las autoridades fiscales, como las resoluciones de éstas, pueden constar en documento digital, con firma electrónica avanzada, cuyo valor probatorio es el mismo que tiene el documento en papel con firma autógrafa. No obstante en reflexiones expresadas en el presente trabajo se puede observar que el avance tecnológico no ha llegado al campo del proceso fiscal, pues todavía falta que estos se plasmen en la Ley.

Deseo comenzar con una aclaración, bueno dos; la primera: el tema general del presente panel es “Los Avances Tecnológicos en el Proceso Fiscal y su Regulación Normativa”, por tanto, el primer ordenamiento al que acudí fue la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, pero observé que, en realidad, en esta ley

no se regula nada a propósito de los avances tecnológicos para el desarrollo del proceso fiscal, pues sólo se hace mención de determinados conceptos de la moderna tecnología digital, pero, insisto sin regularlos; y observé también que respecto de estos conceptos sí había regulación en el Código Fiscal de la Federación; por ello preferí denominar estas notas como “Regulación de los Medios Electrónicos en el Código Fiscal de la Federación”.

La segunda aclaración: las presentes notas que comparto con ustedes no pretenden ser un estudio exhaustivo de los medios electrónicos y su regulación jurídica; sino sólo el apuntamiento de ideas que, en mi opinión, merecen un estudio más amplio que llevaría un tiempo mayor del que se ha asignado a este panel. Por tanto, me sentiré satisfecho si las ideas que expreso en este trabajo mueven al auditorio a la reflexión y al estudio sistemático del tema.

Entrando en materia, lo primero que me he planteado es: ¿por qué es importante el estudio de los medios electrónicos para los efectos del proceso fiscal? La respuesta inmediata ha sido: porque en el Código Fiscal de la Federación se prevé que tanto las promociones dirigidas a las autoridades fiscales, como las resoluciones de éstas, pueden constar en documento digital, con firma electrónica avanzada, cuyo valor probatorio es el mismo que tiene el documento en papel con firma autógrafa, como se advierte de la lectura de los artículos 18 y 38 del Código Fiscal de la Federación; y ambos, promoción y resolución pueden presentarse ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa como resolución impugnada o pruebas, según sea el caso.

En efecto, conforme a lo dispuesto por los artículos 14, fracción II y 15, fracción III de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la demanda debe indicar cuál es la resolución impugnada y debe adjuntarse a la demanda, el documento en que conste la resolución impugnada. Por otro lado, de acuerdo con lo previsto por los mismos artículos, sólo que ahora en sus fracciones V y IX, respectivamente, la demanda debe indicar las pruebas que se ofrezcan y deben adjuntarse a la demanda las pruebas documentales que se ofrezcan. Ya he dicho que una y otras pueden constar en documento digital, de modo que hay que ver qué es un documento digital.

El siguiente planteamiento que me he hecho es: cuando hablamos de proceso fiscal ¿debemos entender sólo el proceso entendido como un juicio? o ¿debemos abarcar todos los procedimientos fiscales? En relación con esto, tal vez por deforma-



ción profesional, me quedo con la primera opción, es decir consideraré por proceso fiscal el juicio que en esta materia se sigue ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

En seguida me surge un tercer planteamiento: ¿la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo contiene regulación específica sobre los medios electrónicos, o dicho empleando la denominación del presente panel, tiene regulación suficiente a propósito de los avances tecnológicos para la substanciación y resolución de los asuntos sometidos a su consideración? Aquí, luego de leer con calma la Ley mencionada, mi respuesta es que no, pues sólo hay referencias a las modernas comunicaciones electrónicas, pero no regulación específica al respecto, es decir, no se indica qué es documento digital, o qué es firma electrónica avanzada, tampoco cuál es la fuerza probatoria de los documentos digitales, o cuándo se entienden notificados los documentos digitales enviados por correo electrónico, etc.

Sigo con mis planteamientos, a la vista de lo anterior, ¿prevé la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo la posibilidad de la aplicación de leyes supletorias? En este punto, el artículo 1o. de la ley sólo prevé como ley supletoria al Código Federal de Procedimientos Civiles, y en especial, a propósito de la valoración de la prueba consistente en documento digital, hay remisión expresa al artículo 210 del mencionado Código. Sin embargo, de la revisión del resto del Código citado resulta que este ordenamiento no contiene regulación precisa sobre las comunicaciones electrónicas que permita resolver los problemas conceptuales que mencioné anteriormente. Entonces, ante esta situación llego a la siguiente conclusión: no obstante que no se diga expresamente en el artículo 1o. de la Ley que rige el proceso fiscal, debemos aplicar supletoriamente otros ordenamientos, ¿cuáles?, desde luego el Código Fiscal de la Federación, porque éste en el Capítulo II del Título Primero, denominado **DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS**, que comprende los artículos 17-C a 17-J regula el documento digital, pero como de la revisión de esta regulación advierto que a pesar de que se define el documento digital y su eficacia jurídica, la mayor parte de las normas que integran este capítulo se refieren al procedimiento para obtener la firma electrónica avanzada, la cual por cierto, no es definida, me doy cuenta de que no es suficiente esta regulación para suplir las deficiencias de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, pues quedan todavía diversos aspectos sin regulación, de modo que se hace necesario acudir a otro ordenamiento, y en este caso es el Código de Comercio, cuyo Capítulo I del Título Segundo, que comprende los artículos 89 a 114, contiene una mucho más amplia regulación de esta materia que no sólo prevé los diver-



esos conceptos involucrados en las comunicaciones electrónicas, sino que prevé aspectos tan importantes como la fecha en que se debe tener por recibida y conocida una comunicación electrónica y que si bien está referida a la contratación entre particulares, no deja de constituir un lineamiento sobre este tema para orientar a los juzgadores.

En resumen, considero que las comunicaciones electrónicas en el proceso fiscal deben regirse por las disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y en su defecto por las del Código Federal de Procedimientos Civiles, las del Código Fiscal de la Federación y las del Código de Comercio, sin perjuicio de que si para el caso concreto de que se tratase, hubiese una disposición que resultara aplicable en algún otro ordenamiento federal, sería igualmente aplicable. (\*)

Una vez expuestas las ideas anteriores, quiero referirme muy brevemente a tres conceptos concretos: el documento digital, la firma electrónica y las notificaciones de los documentos digitales, referidos al proceso fiscal.

Por principio de cuentas, documento digital o electrónico, según los teóricos de la materia, es un conjunto de impulsos eléctricos que se fijan en un soporte de computadora, concretamente en un disco magnético, una cinta magnética, un disco óptico u otro dispositivo capaz de almacenar los impulsos eléctricos, y que sometidos a un adecuado proceso, permiten su traducción a lenguaje natural a través de una pantalla de computadora o de una impresora; de lo anterior advierto que el documento digital cumple con las características del documento en soporte de papel, puesto que contiene un mensaje, que puede ser un texto alfanumérico o diseño gráfico, en lenguaje convencional, el de los bites, sobre soporte, la cinta o disco o dispositivo y destinado a durar en el tiempo.

Sin embargo, me parece necesario señalar que lo que se lee en una pantalla de computadora o lo impreso por la impresora conectada a la computadora no es el documento digital original, sino una copia, ya que el original no se puede utilizar directamente, debido a que su contenido no puede ser aprehendido por nuestros sentidos, puesto que como antes indiqué el documento digital está constituido por un conjunto de impulsos eléctricos fijados en el soporte de la computadora y que requieren de traducción a lenguaje natural, que es lo que leemos en la copia visible en la pantalla de la computadora o en el impreso en papel; en síntesis, lo que podemos ver y leer no es el documento digital original, sino sólo una copia del mismo.

---

(\*) Ver anexo con disposiciones que se citan.



Así las cosas, veamos cómo encaja esto en algunas disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo:

1.- Impugnación de una resolución que consta en documento digital: No hay problema para cumplir con lo dispuesto por el artículo 14, fracción II de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, pues sin dificultad alguna se puede precisar cuál es la resolución impugnada, identificándola en cuanto a quién la expidió, cuándo la expidió, cuál es su contenido, etc.; pero ¿cómo cumplir con lo dispuesto por el artículo 15, fracción III de la propia ley?, cuya disposición viene desde la Ley de Justicia Fiscal que dio nacimiento al ahora Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y que se ha interpretado como la exigencia legal de acompañar a la demanda el original de la resolución impugnada. Definitivamente, no es posible exhibir en juicio el original de dicha resolución habida cuenta de que el original nunca estará en poder del demandante, sino en poder de la autoridad emisora, exactamente en la memoria de su computadora. Más aún, al administrado sólo se le notifica una copia del documento digital y esto es lo más que se puede exhibir en juicio, una copia.

2.- La misma situación se presenta en materia de pruebas, cuando las que se ofrecen constan en documento digital, pues fácilmente se puede cumplir con lo dispuesto por el artículo 14, fracción V de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, ya que no hay dificultad en identificar los documentos digitales que se ofrecen como prueba, hayan sido expedidos por una autoridad o por un particular, pero no es posible cumplir con lo previsto por el artículo 15, fracción IX de ese mismo ordenamiento, puesto que a la demanda no será posible acompañar los originales de los documentos digitales ofrecidos como prueba por las razones apuntadas con anterioridad, esto es, porque los originales están en la memoria de las computadoras de los emisores de los documentos digitales y lo más que puede exhibirse es una copia impresa en papel de tales documentos.

Me referiré ahora a la firma electrónica avanzada. Sabemos que por la exigencia constitucional contenida en el artículo 16, primer párrafo de la Constitución Política del país, de que los actos de autoridad deben constar por escrito y provenir de autoridad competente, el artículo 38, fracción V del Código Fiscal de la Federación exige, a su vez, que los actos de la autoridad fiscal consten por escrito y ostenten la firma del funcionario competente que los emite, pues la firma permite corroborar quién emitió los actos y por tanto, si han sido emitidos por una autoridad competente.

Sobre el particular, establece el artículo 17-D, tercer párrafo del Código Fiscal de la Federación que en los documentos digitales, una firma electrónica avanzada amparada por un certificado vigente sustituirá a la firma autógrafa del firmante, garantizará la integridad del documento y producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio. Lo anterior quiere decir que la firma electrónica avanzada permite atribuir el documento al titular de dicha firma y así se podrá precisar si el acto contenido en ese documento digital proviene de autoridad competente. Correcto, pero ¿qué es una firma electrónica avanzada?, ¿cómo podemos saber que estamos en presencia de ella?

La Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo no prevé qué es una firma electrónica avanzada y el Código Federal de Procedimientos Civiles tampoco; entonces, con base en lo que he dicho antes acudo al Código Fiscal de la Federación y resulta que este ordenamiento únicamente regula el procedimiento administrativo para obtener la firma electrónica avanzada, pero no la define; por lo tanto, acudo al Código de Comercio y ahí sí encuentro de qué se trata la firma electrónica avanzada.

Ciertamente, de la lectura del artículo 89 del Código de Comercio observo primeramente, que una firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información contenida en el mensaje de datos, y después advierto que firma electrónica avanzada, también llamada fiable, es aquella firma electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97 del propio Código, que prevén lo siguiente:

**“Artículo 97.- (...)**

“La Firma Electrónica se considerará avanzada o fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

“I. Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;

“II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;

“III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y



“IV. Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

“(…)”

Bueno ahora sé lo que es la firma electrónica avanzada, pero ¿realmente puedo tener la seguridad de que el documento que la tiene fue expedido por el titular de la misma y no por otra persona que la haya utilizado?, porque no obstante que la ley dice que la firma está bajo el control exclusivo del firmante, cabe la posibilidad de que éste autorice a otra persona a usar su firma electrónica avanzada o bien que esa otra persona lo haga sin saberlo el titular de la firma y, por tanto, sin la voluntad de éste. En el caso de firma autógrafa, si tengo duda de la autenticidad de la firma puedo acudir a la prueba pericial grafoscópica, pero en el caso de la firma electrónica avanzada, ¿quién puede dictaminar si fue usada por el titular de la misma o por otra persona? Y hago notar que me refiero a la firma en sí misma y no al documento, es decir, no se trata de que dude de que el documento haya sido alterado después de firmado o de que dude de la integridad del documento.

Por lo que hace a las reglas de valoración de la prueba, el documento digital con firma electrónica avanzada es equivalente a un documento con firma autógrafa y tiene el mismo valor probatorio, de donde se sigue que si se trata de un documento digital emitido por una autoridad, tendremos un documento público con el valor probatorio que le atribuye el artículo 46, fracción I, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, pero si se trata de un documento digital que no tenga firma electrónica avanzada, sino otra distinta, el segundo párrafo de este precepto remite al artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual establece:

“**Artículo 210-A.**- Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

“Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

“Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información

generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.”

Como se puede observar, realmente este precepto lo que indica es que en el caso la valoración de la prueba queda al prudente arbitrio del juzgador.

Finalmente me quiero referir a las notificaciones. Al respecto establecen los artículos 65, 66 y 67, quinto párrafo de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo:

**“Artículo 65.-** Toda resolución debe notificarse, o en su caso, darse el aviso por correo personal electrónico, a más tardar el tercer día siguiente a aquél en que el expediente haya sido turnado al actuario para ese efecto y se asentará la razón respectiva a continuación de la misma resolución.

“(…)

**“Artículo 66.-** En las notificaciones, el actuario deberá asentar razón del envío por correo o entrega de los oficios de notificación y de los avisos por correo personal electrónico, así como de las notificaciones personales y por lista. Los acuses postales de recibo y las piezas certificadas devueltas se agregarán como constancia a dichas actuaciones.

**“Artículo 67.-**

“(…)

“Las partes que así lo deseen, podrán señalar su clave o dirección de correo personal electrónico a la Sala Regional en que se lleve el juicio, a fin de que por este medio se les dé aviso de la emisión de los autos y demás resoluciones que en él se dicten, acompañado de un extracto de su contenido que comprenderá la fecha y órgano de emisión, los datos de identificación del expediente y el tipo de auto o resolución. Satisfecho lo anterior, el Magistrado Instructor ordenará que los avisos de que se trata se le practiquen por este medio a la parte que lo haya solicitado; el Actuario, a su vez, deberá dejar constancia en el expediente de que el aviso se envió a la dirección electrónica señalada hasta por tres ocasiones consecutivas y la fecha y hora en que las realizó. En estos casos, durante el plazo



de cinco días siguientes a aquél en que el aviso se llevó a cabo, la parte interesada podrá apersonarse al local de la Sala a notificarse personalmente de la resolución de que se trate y, a su vencimiento, si esto último no hubiere ocurrido, se procederá a su notificación por lista.(5)”

De la lectura de los preceptos anteriores fácilmente se puede uno dar cuenta de que el avance tecnológico no ha llegado realmente a este campo del proceso fiscal, pues en realidad no se hace notificación alguna por correo electrónico, sino únicamente se avisa a la parte interesada de que hay una providencia para notificar, y en su momento la notificación se hará personalmente o por lista.

Dejo aquí estas reflexiones con el sincero deseo de que sirvan para motivar a este auditorio de profesores e investigadores del Derecho fiscal a continuar el estudio del tema y para los interesados, como apéndice dejo, también, el texto de las disposiciones a que me he referido en este trabajo.

Muchas gracias.

Raúl Rodríguez Lobato

Cuernavaca, Morelos., 21 de noviembre de 2008.



**A NEXO\***  
**A P É N D I C E**  
**CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN**  
**TITULO PRIMERO**  
**Disposiciones Generales**  
  
(...)  
**CAPÍTULO II**  
**DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS**

**Artículo 17-C.-** Tratándose de contribuciones administradas por organismos fiscales autónomos, las disposiciones de este Código en materia de medios electrónicos sólo serán aplicables cuando así lo establezca la ley de la materia.

**Artículo 17-D.-** Cuando las disposiciones fiscales obliguen a presentar documentos, estos deberán ser digitales y contener una firma electrónica avanzada del autor, salvo los casos que establezcan una regla diferente. Las autoridades fiscales, mediante reglas de carácter general, podrán autorizar el uso de otras firmas electrónicas.

Para los efectos mencionados en el párrafo anterior, se deberá contar con un certificado que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de una firma electrónica avanzada, expedido por el Servicio de Administración Tributaria cuando se trate de personas morales y de los sellos digitales previstos en el artículo 29 de este Código, y por un prestador de servicios de certificación autorizado por el Banco de México cuando se trate de personas físicas. El Banco de México publicará en el Diario Oficial de la Federación la denominación de los prestadores de los servicios mencionados que autorice y, en su caso, la revocación correspondiente.

En los documentos digitales, una firma electrónica avanzada amparada por un certificado vigente sustituirá a la firma autógrafa del firmante, garantizará la integridad

---

\*Anexo citado en la página 144



del documento y producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio.

Se entiende por documento digital todo mensaje de datos que contiene información o escritura generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología.

Los datos de creación de firmas electrónicas avanzadas podrán ser tramitados por los contribuyentes ante el Servicio de Administración Tributaria o cualquier prestador de servicios de certificación autorizado por el Banco de México.

Cuando los datos de creación de firmas electrónicas avanzadas se tramiten ante un prestador de servicios de certificación diverso al Servicio de Administración Tributaria, se requerirá que el interesado previamente comparezca personalmente ante el Servicio de Administración Tributaria para acreditar su identidad. En ningún caso los prestadores de servicios de certificación autorizados por el Banco de México podrán emitir un certificado sin que previamente cuenten con la comunicación del Servicio de Administración Tributaria de haber acreditado al interesado, de conformidad con las reglas de carácter general que al efecto expida. A su vez, el prestador de servicios deberá informar al Servicio de Administración Tributaria el código de identificación único del certificado asignado al interesado.

La comparecencia de las personas físicas a que se refiere el párrafo anterior, no podrá efectuarse mediante apoderado o representante legal. Únicamente para los efectos de tramitar la firma electrónica avanzada de las personas morales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19-A de este Código, se requerirá el poder previsto en dicho artículo.

La comparecencia previa a que se refiere este artículo también deberá realizarse cuando el Servicio de Administración Tributaria proporcione a los interesados los certificados, cuando actúe como prestador de servicios de certificación.

Los datos de identidad que el Servicio de Administración Tributaria obtenga con motivo de la comparecencia, formarán parte del sistema integrado de registro de población, de conformidad con lo previsto en la Ley General de Población y su Reglamento, por lo tanto dichos datos no quedarán comprendidos dentro de lo dispuesto por los artículos 69 de este Código y 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.



Para los efectos fiscales, los certificados tendrán una vigencia máxima de dos años, contados a partir de la fecha en que se hayan expedido. Antes de que concluya el período de vigencia de un certificado, su titular podrá solicitar uno nuevo. En el supuesto mencionado el Servicio de Administración Tributaria podrá, mediante reglas de carácter general, relevar a los titulares del certificado de la comparecencia personal ante dicho órgano para acreditar su identidad y, en el caso de las personas morales, la representación legal correspondiente, cuando los contribuyentes cumplan con los requisitos que se establezcan en las propias reglas. Si dicho órgano no emite las reglas de carácter general, se estará a lo dispuesto en los párrafos sexto y séptimo de este artículo.

Para los efectos de este Capítulo, el Servicio de Administración Tributaria aceptará los certificados de firma electrónica avanzada que emita la Secretaría de la Función Pública, de conformidad con las facultades que le confieran las leyes para los servidores públicos, así como los emitidos por los prestadores de servicios de certificación que estén autorizados para ello en los términos del derecho federal común, siempre que en ambos casos, las personas físicas titulares de los certificados mencionados hayan cumplido con lo previsto en los párrafos sexto y séptimo de este artículo.

**Artículo 17-E.-** Cuando los contribuyentes remitan un documento digital a las autoridades fiscales, recibirán el acuse de recibo que contenga el sello digital. El sello digital es el mensaje electrónico que acredita que un documento digital fue recibido por la autoridad correspondiente y estará sujeto a la misma regulación aplicable al uso de una firma electrónica avanzada. En este caso, el sello digital identificará a la dependencia que recibió el documento y se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento digital fue recibido en la hora y fecha que se consignan en el acuse de recibo mencionado. El Servicio de Administración Tributaria establecerá los medios para que los contribuyentes puedan verificar la autenticidad de los acuses de recibo con sello digital.

**Artículo 17-F.-** El Servicio de Administración Tributaria podrá proporcionar los siguientes servicios de certificación de firmas electrónicas avanzadas:

I. Verificar la identidad de los usuarios y su vinculación con los medios de identificación electrónica.

II. Comprobar la integridad de los documentos digitales expedidos por las autoridades fiscales.



**III.** Llevar los registros de los elementos de identificación y de vinculación con los medios de identificación electrónicos de los firmantes y, en su caso, de la representación legal de los firmantes y de aquella información con la que haya verificado el cumplimiento de fiabilidad de las firmas electrónicas avanzadas y emitir el certificado.

**IV.** Poner a disposición de los firmantes los dispositivos de generación de los datos de creación y de verificación de firmas electrónicas avanzadas o sellos digitales.

**V.** Informar, antes de la emisión de un certificado a la persona que solicite sus servicios, de las condiciones precisas para la utilización del certificado y de sus limitaciones de uso.

**VI.** Autorizar a las personas que cumplan con los requisitos que se establezcan en reglas de carácter general, para que proporcionen los siguientes servicios:

- a)** Proporcionar información sobre los certificados emitidos por el Servicio de Administración Tributaria, que permitan a terceros conocer:
  - 1)** Que el certificado fue emitido por el Servicio de Administración Tributaria.
  - 2)** Si se cuenta con un documento suscrito por el firmante nombrado en el certificado en el que se haga constar que dicho firmante tenía bajo su control el dispositivo y los datos de creación de la firma electrónica avanzada en el momento en que se expidió el certificado y que su uso queda bajo su exclusiva responsabilidad.
  - 3)** Si los datos de creación de la firma eran válidos en la fecha en que se expidió el certificado.
  - 4)** El método utilizado para identificar al firmante.
  - 5)** Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales puedan utilizarse los datos de creación de la firma o el certificado.
  - 6)** Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad del Servicio de Administración Tributaria.
  - 7)** Si se ofrece un servicio de terminación de vigencia de los certificados.
  
- b)** Proporcionar los servicios de acceso al registro de certificados. A dicho registro podrá accederse por medios electrónicos.

Las facultades mencionadas podrán ser ejercidas directamente en cualquier tiempo por el Servicio de Administración Tributaria, pudiendo hacerlo en forma separada o conjunta con las personas autorizadas en los términos de esta fracción.

**Artículo 17-G.-** Los certificados que emita el Servicio de Administración Tributaria para ser considerados válidos deberán contener los datos siguientes:

I. La mención de que se expiden como tales. Tratándose de certificados de sellos digitales, se deberán especificar las limitantes que tengan para su uso.

II. El código de identificación único del certificado.

III. La mención de que fue emitido por el Servicio de Administración Tributaria y una dirección electrónica.

IV. Nombre del titular del certificado y su clave del registro federal de contribuyentes.

V. Período de vigencia del certificado, especificando el día de inicio de su vigencia y la fecha de su terminación.

VI. La mención de la tecnología empleada en la creación de la firma electrónica avanzada contenida en el certificado.

VII. La clave pública del titular del certificado.

Cuando se trate de certificados emitidos por prestadores de servicios de certificación autorizados por el Banco de México, que amparen datos de creación de firmas electrónicas que se utilicen para los efectos fiscales, dichos certificados deberán reunir los requisitos a que se refieren las fracciones anteriores, con excepción del señalado en la fracción III. En sustitución del requisito contenido en dicha fracción, el certificado deberá contener la identificación del prestador de servicios de certificación y su dirección electrónica, así como los requisitos que para su control establezca el Servicio de Administración Tributaria, mediante reglas de carácter general.

**Artículo 17-H.-** Los certificados que emita el Servicio de Administración Tributaria quedarán sin efectos cuando:



**I.** Lo solicite el firmante.

**II.** Lo ordene una resolución judicial o administrativa.

**III.** Fallezca la persona física titular del certificado. En este caso la revocación deberá solicitarse por un tercero legalmente autorizado, quien deberá acompañar el acta de defunción correspondiente.

**IV.** Se disuelvan, liquiden o extingan las sociedades, asociaciones y demás personas morales. En este caso, serán los liquidadores quienes presenten la solicitud correspondiente.

**V.** La sociedad escidente o la sociedad fusionada desaparezca con motivo de la escisión o fusión, respectivamente. En el primer caso, la cancelación la podrá solicitar cualquiera de las sociedades escindidas; en el segundo, la sociedad que subsista.

**VI.** Transcurra el plazo de vigencia del certificado.

**VII.** Se pierda o inutilice por daños, el medio electrónico en el que se contengan los certificados.

**VIII.** Se compruebe que al momento de su expedición, el certificado no cumplió los requisitos legales, situación que no afectará los derechos de terceros de buena fe.

**IX.** Cuando se ponga en riesgo la confidencialidad de los datos de creación de firma electrónica avanzada del Servicio de Administración Tributaria.

El Servicio de Administración Tributaria podrá cancelar sus propios certificados de sellos o firmas digitales, cuando se den hipótesis análogas a las previstas en las fracciones VII y IX de este artículo.

Cuando el Servicio de Administración Tributaria revoque un certificado expedido por él, se anotará en el mismo la fecha y hora de su revocación.

Para los terceros de buena fe, la revocación de un certificado que emita el Servicio de Administración Tributaria, surtirá efectos a partir de la fecha y hora que se dé a conocer la revocación en la página electrónica respectiva del citado órgano.



Las solicitudes de revocación a que se refiere este artículo deberán presentarse de conformidad con las reglas de carácter general que al efecto establezca el Servicio de Administración Tributaria.

**Artículo 17-I.-** La integridad y autoría de un documento digital con firma electrónica avanzada o sello digital será verificable mediante el método de remisión al documento original con la clave pública del autor.

**Artículo 17-J.-** El titular de un certificado emitido por el Servicio de Administración Tributaria, tendrá las siguientes obligaciones:

I. Actuar con diligencia y establecer los medios razonables para evitar la utilización no autorizada de los datos de creación de la firma.

II. Cuando se emplee el certificado en relación con una firma electrónica avanzada, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el certificado, con su vigencia, o que hayan sido consignados en el mismo, son exactas.

III. Solicitar la revocación del certificado ante cualquier circunstancia que pueda poner en riesgo la privacidad de sus datos de creación de firma.

El titular del certificado será responsable de las consecuencias jurídicas que deriven por no cumplir oportunamente con las obligaciones previstas en el presente artículo.



## **TÍTULO SEGUNDO**

### **De los Derechos y Obligaciones de los Contribuyentes**

#### **CAPÍTULO ÚNICO**

**Artículo 18.-** Toda promoción dirigida a las autoridades fiscales, deberá presentarse mediante documento digital que contenga firma electrónica avanzada. Los contribuyentes que exclusivamente se dediquen a las actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras o silvícolas que no queden comprendidos en el tercer párrafo del artículo 31 de este Código, podrán no utilizar firma electrónica avanzada. El Servicio de Administración Tributaria, mediante reglas de carácter general, podrá determinar las promociones que se presentarán mediante documento impreso.

Las promociones deberán enviarse por los medios electrónicos que autorice el Servicio de Administración Tributaria mediante reglas de carácter general, a las direcciones electrónicas que al efecto apruebe dicho órgano. Los documentos digitales deberán tener por lo menos los siguientes requisitos:

I. El nombre, la denominación o razón social, y el domicilio fiscal manifestado al registro federal de contribuyentes, para el efecto de fijar la competencia de la autoridad, y la clave que le correspondió en dicho registro.

II. Señalar la autoridad a la que se dirige y el propósito de la promoción.

III. La dirección de correo electrónico para recibir notificaciones.

Cuando no se cumplan los requisitos a que se refieren las fracciones I y II de este artículo, las autoridades fiscales requerirán al promovente a fin de que en un plazo de 10 días cumpla con el requisito omitido. En caso de no subsanarse la omisión en dicho plazo, la promoción se tendrá por no presentada, así como cuando se omita señalar la dirección de correo electrónico.

Los contribuyentes a que se refiere el tercer párrafo del artículo 31 de este Código no estarán obligados a utilizar los documentos digitales previstos en este artículo. En estos casos, las promociones deberán presentarse en documento impreso y estar firmadas por el interesado o por quien esté legalmente autorizado para ello, a menos que

el promovente no sepa o no pueda firmar, caso en el que imprimirá su huella dactilar. Las promociones deberán presentarse en las formas que al efecto apruebe el Servicio de Administración Tributaria. Cuando no existan formas aprobadas, la promoción deberá reunir los requisitos que establece este artículo, con excepción del formato y dirección de correo electrónicos. Además deberán señalar el domicilio para oír y recibir notificaciones y, en su caso, el nombre de la persona autorizada para recibirlas.

Cuando el promovente que cuente con un certificado de firma electrónica avanzada, acompañe documentos distintos a escrituras o poderes notariales, y éstos no sean digitalizados, la promoción deberá presentarla en forma impresa, cumpliendo los requisitos a que se refiere el párrafo anterior, debiendo incluir su dirección de correo electrónico. Las escrituras o poderes notariales deberán presentarse en forma digitalizada, cuando se acompañen a un documento digital.

Cuando no se cumplan los requisitos a que se refieren los párrafos cuarto y quinto de este artículo, las autoridades fiscales requerirán al promovente a fin de que en un plazo de 10 días cumpla con el requisito omitido. En caso de no subsanarse la omisión en dicho plazo, la promoción se tendrá por no presentada, si la omisión consiste en no haber usado la forma oficial aprobada, las autoridades fiscales deberán especificar en el requerimiento la forma respectiva.

Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a las declaraciones, solicitudes de inscripción o avisos al registro federal de contribuyentes a que se refiere el artículo 31 de este Código.

En caso de que la firma no sea legible o se dude de su autenticidad, las autoridades fiscales requerirán al promovente a fin de que, en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior, se presente a ratificar la firma plasmada en la promoción.

(...)

## **TITULO TERCERO**

### **De las Facultades de las Autoridades Fiscales**

#### **CAPÍTULO ÚNICO**

(...)



**Artículo 38.**- Los actos administrativos que se deban notificar deberán tener, por lo menos, los siguientes requisitos:

I. Constar por escrito en documento impreso o digital.

Tratándose de actos administrativos que consten en documentos digitales y deban ser notificados personalmente, deberán transmitirse codificados a los destinatarios.

(...)

V. Ostentar la firma del funcionario competente y, en su caso, el nombre o nombres de las personas a las que vaya dirigido. Cuando se ignore el nombre de la persona a la que va dirigido, se señalarán los datos suficientes que permitan su identificación. 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.

Para la emisión y regulación de la firma electrónica avanzada de los funcionarios pertenecientes al Servicio de Administración Tributaria, serán aplicables las disposiciones previstas en el Capítulo Segundo, del Título I denominado “De los Medios Electrónicos” de este ordenamiento.(2)

En caso de resoluciones administrativas que consten en documentos impresos, el funcionario competente podrá expresar su voluntad para emitir la resolución plasmando en el documento impreso un sello expresado en caracteres, generado mediante el uso de su firma electrónica avanzada y amparada por un certificado vigente a la fecha de la resolución.(3)

Para dichos efectos, la impresión de caracteres consistente en el sello resultado del acto de firmar con la firma electrónica avanzada amparada por un certificado vigente a la fecha de la resolución, que se encuentre contenida en el documento impreso, producirá los mismos efectos que las Leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio.(4)

Asimismo, la integridad y autoría del documento impreso que contenga la impresión del sello resultado de la firma electrónica avanzada y amparada por un certificado



vigente a la fecha de la resolución, será verificable mediante el método de remisión al documento original con la clave pública del autor.(5)

El Servicio de Administración Tributaria establecerá los medios a través de los cuales se podrá comprobar la integridad y autoría del documento señalado en el párrafo anterior.(6)

Si se trata de resoluciones administrativas que determinen la responsabilidad solidaria se señalará, además, la causa legal de la responsabilidad.(7)

(...)

## **LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **TÍTULO I**

#### **Del Juicio Contencioso Administrativo Federal**

### **CAPÍTULO I**

#### **Disposiciones Generales**

**ARTÍCULO 1o.-** Los juicios que se promuevan ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se regirán por las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de que México sea parte. A falta de disposición expresa se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, siempre que la disposición de este último ordenamiento no contravenga las que regulan el juicio contencioso administrativo federal que establece esta Ley.

(...)

### **TÍTULO II**

#### **De la Substanciación y Resolución del Juicio**

### **CAPÍTULO I**

#### **De la Demanda**

**ARTÍCULO 14.-** La demanda deberá indicar:



(...)

**II.** La resolución que se impugna. En el caso de que se controvierta un decreto, acuerdo, acto o resolución de carácter general, precisará la fecha de su publicación.

(...)

**V.** Las pruebas que ofrezca.

(...)

**ARTÍCULO 15.-** El demandante deberá adjuntar a su demanda:

(...)

**III.** El documento en que conste la resolución impugnada.

(...)

**IX.** Las pruebas documentales que ofrezca.

(...)

## **CAPÍTULO V De las Pruebas**

(...)

**ARTÍCULO 45.-** A fin de que las partes puedan rendir sus pruebas, los funcionarios o autoridades tienen obligación de expedir con toda oportunidad, previo pago de los derechos correspondientes, las copias certificadas de los documentos que les soliciten; si no se cumpliera con esa obligación la parte interesada solicitará al Magistrado Instructor que requiera a los omisos.

(...)



**ARTÍCULO 46.-** La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes disposiciones:

I. Harán prueba plena la confesión expresa de las partes, las presunciones legales que no admitan prueba en contrario, así como los hechos legalmente afirmados por autoridad en documentos públicos, incluyendo los digitales; pero, si en los documentos públicos citados se contienen declaraciones de verdad o manifestaciones de hechos de particulares, los documentos sólo prueban plenamente que, ante la autoridad que los expidió, se hicieron tales declaraciones o manifestaciones, pero no prueban la verdad de lo declarado o manifestado.

(...)

Cuando se trate de documentos digitales con firma electrónica distinta a una firma electrónica avanzada o sello digital, para su valoración se estará a lo dispuesto por el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles.(2)

## **TÍTULO IV** **Disposiciones Finales**

### **CAPÍTULO I** **De las Notificaciones**

**ARTÍCULO 65.-** Toda resolución debe notificarse, o en su caso, darse el aviso por correo personal electrónico, a más tardar el tercer día siguiente a aquél en que el expediente haya sido turnado al actuario para ese efecto y se asentará la razón respectiva a continuación de la misma resolución.

(...)

**ARTÍCULO 66.-** En las notificaciones, el actuario deberá asentar razón del envío por correo o entrega de los oficios de notificación y de los avisos por correo personal electrónico, así como de las notificaciones personales y por lista. Los acuses postales de recibo y las piezas certificadas devueltas se agregarán como constancia a dichas actuaciones.



**ARTÍCULO 67.-** Las notificaciones que deban hacerse a los particulares, se harán en los locales de las salas si las personas a quienes deba notificarse se presentan dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquélla en que se haya dictado la resolución. Cuando el particular no se presente se harán por lista autorizada que se fijará en sitio visible de dichos locales. A fin de facilitar su consulta, la lista mencionada podrá ser incluida en la página electrónica del Tribunal.

(...)

Las partes que así lo deseen, podrán señalar su clave o dirección de correo personal electrónico a la Sala Regional en que se lleve el juicio, a fin de que por este medio se les dé aviso de la emisión de los autos y demás resoluciones que en él se dicten, acompañado de un extracto de su contenido que comprenderá la fecha y órgano de emisión, los datos de identificación del expediente y el tipo de auto o resolución. Satisfecho lo anterior, el Magistrado Instructor ordenará que los avisos de que se trata se le practiquen por este medio a la parte que lo haya solicitado; el Actuario, a su vez, deberá dejar constancia en el expediente de que el aviso se envió a la dirección electrónica señalada hasta por tres ocasiones consecutivas y la fecha y hora en que las realizó. En estos casos, durante el plazo de cinco días siguientes a aquél en que el aviso se llevó a cabo, la parte interesada podrá apersonarse al local de la Sala a notificarse personalmente de la resolución de que se trate y, a su vencimiento, si esto último no hubiere ocurrido, se procederá a su notificación por lista.(5)



## CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

(...)

### TITULO CUARTO Prueba

(...)

### CAPITULO IX Valuación de la prueba

(...)

**ARTICULO 210-A.-** Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

(...)

## CÓDIGO DE COMERCIO

(...)



## TITULO SEGUNDO De Comercio Electrónico

### CAPITULO I De los Mensajes de Datos

**Artículo 89.-** Las disposiciones de este Título regirán en toda la República Mexicana en asuntos del orden comercial, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Las actividades reguladas por este Título se someterán en su interpretación y aplicación a los principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional y equivalencia funcional del Mensaje de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa.

En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, se deberán tomar en cuenta las siguientes definiciones:

**Certificado:** Todo Mensaje de Datos u otro registro que confirme el vínculo entre un Firmante y los datos de creación de Firma Electrónica.

**Datos de Creación de Firma Electrónica:** Son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el Firmante genera de manera secreta y utiliza para crear su Firma Electrónica, a fin de lograr el vínculo entre dicha Firma Electrónica y el Firmante.

**Destinatario:** La persona designada por el Emisor para recibir el Mensaje de Datos, pero que no esté actuando a título de Intermediario con respecto a dicho Mensaje.

**Emisor:** Toda persona que, al tenor del Mensaje de Datos, haya actuado a nombre propio o en cuyo nombre se haya enviado o generado ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de Intermediario.

**Firma Electrónica:** Los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio.

**Firma Electrónica Avanzada o Fiable:** Aquella Firma Electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en las fracciones I a IV del artículo 97.

En aquellas disposiciones que se refieran a Firma Digital, se considerará a ésta como una especie de la Firma Electrónica.

**Firmante:** La persona que posee los datos de la creación de la firma y que actúa en nombre propio o de la persona a la que representa.

**Intermediario:** En relación con un determinado Mensaje de Datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho Mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él.

**Mensaje de Datos:** La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.

**Parte que Confía:** La persona que, siendo o no el Destinatario, actúa sobre la base de un Certificado o de una Firma Electrónica.

**Prestador de Servicios de Certificación:** La persona o institución pública que preste servicios relacionados con Firmas Electrónicas y que expide los Certificados, en su caso.

**Secretaría:** Se entenderá la Secretaría de Economía.

**Sistema de Información:** Se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma Mensajes de Datos.

**Titular del Certificado:** Se entenderá a la persona a cuyo favor fue expedido el Certificado.



**Artículo 89 bis.** - No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos.

**Artículo 90.** - Se presumirá que un Mensaje de Datos proviene del Emisor si ha sido enviado:

I. Por el propio Emisor;

II. Usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del Emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre del Emisor respecto a ese Mensaje de Datos, o

III. Por un Sistema de Información programado por el Emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

**Artículo 90 bis.** - Se presume que un Mensaje de Datos ha sido enviado por el Emisor y, por lo tanto, el Destinatario o la Parte que Confía, en su caso, podrá actuar en consecuencia, cuando:

I. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el Emisor, con el fin de establecer que el Mensaje de Datos provenía efectivamente de éste, o

II. El Mensaje de Datos que reciba el Destinatario o la Parte que Confía, resulte de los actos de un Intermediario que le haya dado acceso a algún método utilizado por el Emisor para identificar un Mensaje de Datos como propio.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará:

I. A partir del momento en que el Destinatario o la Parte que Confía, haya sido informado por el Emisor de que el Mensaje de Datos no provenía de éste, y haya dispuesto de un plazo razonable para actuar en consecuencia, o

II. A partir del momento en que el Destinatario o la Parte que Confía, tenga conocimiento, o debiere tenerlo, de haber actuado con la debida diligencia o aplicado algún método convenido, que el Mensaje de Datos no provenía del Emisor.





Salvo prueba en contrario y sin perjuicio del uso de cualquier otro método de verificación de la identidad del Emisor, se presumirá que se actuó con la debida diligencia si el método que usó el Destinatario o la Parte que Confía cumple con los requisitos establecidos en este Código para la verificación de la fiabilidad de las Firmas Electrónicas.

**Artículo 91.**- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará como sigue:

I. Si el Destinatario ha designado un Sistema de Información para la recepción de Mensajes de Datos, ésta tendrá lugar en el momento en que ingrese en dicho Sistema de Información;

II. De enviarse el Mensaje de Datos a un Sistema de Información del Destinatario que no sea el Sistema de Información designado, o de no haber un Sistema de Información designado, en el momento en que el Destinatario recupere el Mensaje de Datos, o

III. Si el Destinatario no ha designado un Sistema de Información, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese a un Sistema de Información del Destinatario.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable aun cuando el Sistema de Información esté ubicado en un lugar distinto de donde se tenga por recibido el Mensaje de Datos conforme al artículo 94.

**Artículo 91 bis.**- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido cuando ingrese en un Sistema de Información que no esté bajo el control del Emisor o del Intermediario.

**Artículo 92.**- En lo referente a acuse de recibo de Mensajes de Datos, se estará a lo siguiente:

I. Si al enviar o antes de enviar un Mensaje de Datos, el Emisor solicita o acuerda con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante:



a) Toda comunicación del Destinatario, automatizada o no, o

b) Todo acto del Destinatario, que baste para indicar al Emisor que se ha recibido el Mensaje de Datos.

II. Cuando el Emisor haya indicado que los efectos del Mensaje de Datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el Mensaje de Datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recibido el acuse de recibo en el plazo fijado por el Emisor o dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio, a partir del momento del envío del Mensaje de Datos;

III. Cuando el Emisor haya solicitado o acordado con el Destinatario que se acuse recibo del Mensaje de Datos, independientemente de la forma o método determinado para efectuarlo, salvo que:

a) El Emisor no haya indicado expresamente que los efectos del Mensaje de Datos estén condicionados a la recepción del acuse de recibo, y

b) No se haya recibido el acuse de recibo en el plazo solicitado o acordado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable atendiendo a la naturaleza del negocio.

El Emisor podrá dar aviso al Destinatario de que no ha recibido el acuse de recibo solicitado o acordado y fijar un nuevo plazo razonable para su recepción, contado a partir del momento de este aviso. Cuando el Emisor reciba acuse de recibo del Destinatario, se presumirá que éste ha recibido el Mensaje de Datos correspondiente;

IV. Cuando en el acuse de recibo se indique que el Mensaje de Datos recibido cumple con los requisitos técnicos convenidos o establecidos en ley, se presumirá que ello es así.

**Artículo 93.-** Cuando la ley exija la forma escrita para los actos, convenios o contratos, este supuesto se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que la información en él contenida se mantenga íntegra y sea accesible para su ulterior consulta, sin importar el formato en el que se encuentre o represente.

Cuando adicionalmente la ley exija la firma de las partes, dicho requisito se tendrá por cumplido tratándose de Mensaje de Datos, siempre que éste sea atribuible a dichas partes.

En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de Mensajes de Datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.

**Artículo 93 bis.**- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 de este Código, cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho respecto a un Mensaje de Datos:

I. Si existe garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como Mensaje de Datos o en alguna otra forma, y

II. De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar.

Para efectos de este artículo, se considerará que el contenido de un Mensaje de Datos es íntegro, si éste ha permanecido completo e inalterado independientemente de los cambios que hubiere podido sufrir el medio que lo contiene, resultado del proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido será determinado conforme a los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.

**Artículo 94.**- Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido en el lugar donde el Emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente artículo:

I. Si el Emisor o el Destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal, y

II. Si el Emisor o el Destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.



**Artículo 95.-** Conforme al artículo 90, siempre que se entienda que el Mensaje de Datos proviene del Emisor, o que el Destinatario tenga derecho a actuar con arreglo a este supuesto, dicho Destinatario tendrá derecho a considerar que el Mensaje de Datos recibido corresponde al que quería enviar el iniciador, y podrá proceder en consecuencia. El Destinatario no gozará de este derecho si sabía o hubiera sabido, de haber actuado con la debida diligencia, o de haber aplicado algún método previamente acordado, que la transmisión había dado lugar a un error en el Mensaje de Datos recibido.

Se presume que cada Mensaje de Datos recibido es un Mensaje de Datos diferente, salvo que el Destinatario sepa, o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia, o de haber aplicado algún método previamente acordado, que el nuevo Mensaje de Datos era un duplicado.

## **CAPITULO II** **De las Firmas**

**Artículo 96.-** Las disposiciones del presente Código serán aplicadas de modo que no excluyan, restrinjan o priven de efecto jurídico cualquier método para crear una Firma Electrónica.

**Artículo 97.-** Cuando la ley requiera o las partes acuerden la existencia de una Firma en relación con un Mensaje de Datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si se utiliza una Firma Electrónica que resulte apropiada para los fines para los cuales se generó o comunicó ese Mensaje de Datos.

La Firma Electrónica se considerará Avanzada o Fiable si cumple por lo menos los siguientes requisitos:

- I. Los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante;
- II. Los Datos de Creación de la Firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del Firmante;
- III. Es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica hecha después del momento de la firma, y



**IV.** Respecto a la integridad de la información de un Mensaje de Datos, es posible detectar cualquier alteración de ésta hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre de cualquier otra manera la fiabilidad de una Firma Electrónica; o presente pruebas de que una Firma Electrónica no es fiable.

**Artículo 98.-** Los Prestadores de Servicios de Certificación determinarán y harán del conocimiento de los usuarios si las Firmas Electrónicas Avanzadas o Fiables que les ofrecen cumplen o no los requerimientos dispuestos en las fracciones I a IV del artículo 97.

La determinación que se haga, con arreglo al párrafo anterior, deberá ser compatible con las normas y criterios internacionales reconocidos.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho internacional privado.

**Artículo 99.-** El Firmante deberá:

**I.** Cumplir las obligaciones derivadas del uso de la Firma Electrónica;

**II.** Actuar con diligencia y establecer los medios razonables para evitar la utilización no autorizada de los Datos de Creación de la Firma;

**III.** Cuando se emplee un Certificado en relación con una Firma Electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el Certificado, con su vigencia, o que hayan sido consignadas en el mismo, son exactas.

El Firmante será responsable de las consecuencias jurídicas que deriven por no cumplir oportunamente las obligaciones previstas en el presente artículo, y

**IV.** Responder por las obligaciones derivadas del uso no autorizado de su firma, cuando no hubiere obrado con la debida diligencia para impedir su utilización, salvo que el Destinatario conociere de la inseguridad de la Firma Electrónica o no hubiere actuado con la debida diligencia.



### **CAPITULO III**

#### **De los Prestadores de Servicios de Certificación**

**Artículo 100.-** Podrán ser Prestadores de Servicios de Certificación, previa acreditación ante la Secretaría:

- I. Los notarios públicos y corredores públicos;
- II. Las personas morales de carácter privado, y
- III. Las instituciones públicas, conforme a las leyes que les son aplicables.

La facultad de expedir Certificados no conlleva fe pública por sí misma, así los notarios y corredores públicos podrán llevar a cabo certificaciones que impliquen o no la fe pública, en documentos en papel, archivos electrónicos, o en cualquier otro medio o sustancia en el que pueda incluirse información.

**Artículo 101.-** Los Prestadores de Servicios de Certificación a los que se refiere la fracción II del artículo anterior, contendrán en su objeto social las actividades siguientes:

- I. Verificar la identidad de los usuarios y su vinculación con los medios de identificación electrónica;
- II. Comprobar la integridad y suficiencia del Mensaje de Datos del solicitante y verificar la Firma Electrónica de quien realiza la verificación;
- III. Llevar a cabo registros de los elementos de identificación de los Firmantes y de aquella información con la que haya verificado el cumplimiento de fiabilidad de las Firmas Electrónicas Avanzadas y emitir el Certificado, y
- IV. Cualquier otra actividad no incompatible con las anteriores.

**Artículo 102.-** Los Prestadores de Servicios de Certificación que hayan obtenido la acreditación de la Secretaría deberán notificar a ésta la iniciación de la prestación de servicios de certificación dentro de los 45 días naturales siguientes al comienzo de dicha actividad.



**A)** Para que las personas indicadas en el artículo 100 puedan ser Prestadores de Servicios de Certificación, se requiere acreditación de la Secretaría, la cual no podrá ser negada si el solicitante cumple los siguientes requisitos, en el entendido de que la Secretaría podrá requerir a los Prestadores de Servicios de Certificación que comprueben la subsistencia del cumplimiento de los mismos:

**I.** Solicitar a la Secretaría la acreditación como Prestador de Servicios de Certificación;

**II.** Contar con los elementos humanos, materiales, económicos y tecnológicos requeridos para prestar el servicio, a efecto de garantizar la seguridad de la información y su confidencialidad;

**III.** Contar con procedimientos definidos y específicos para la tramitación del Certificado, y medidas que garanticen la seriedad de los Certificados emitidos, la conservación y consulta de los registros;

**IV.** Quienes operen o tengan acceso a los sistemas de certificación de los Prestadores de Servicios de Certificación no podrán haber sido condenados por delito contra el patrimonio de las personas o que haya merecido pena privativa de la libertad, ni que por cualquier motivo hayan sido inhabilitados para el ejercicio de su profesión, para desempeñar un puesto en el servicio público, en el sistema financiero o para ejercer el comercio;

**V.** Contar con fianza vigente por el monto y condiciones que se determinen en forma general en las reglas generales que al efecto se expidan por la Secretaría;

**VI.** Establecer por escrito su conformidad para ser sujeto a Auditoría por parte de la Secretaría, y

**VII.** Registrar su Certificado ante la Secretaría.

**B)** Si la Secretaría no ha resuelto respecto a la petición del solicitante, para ser acreditado conforme al artículo 100 anterior, dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la solicitud, se tendrá por concedida la acreditación.



**Artículo 103.-** Las responsabilidades de las Entidades Prestadoras de Servicios de Certificación deberán estipularse en el contrato con los firmantes.

**Artículo 104.-** Los Prestadores de Servicios de Certificación deben cumplir las siguientes obligaciones:

I. Comprobar por sí o por medio de una persona física o moral que actúe en nombre y por cuenta suyos, la identidad de los solicitantes y cualesquiera circunstancias pertinentes para la emisión de los Certificados, utilizando cualquiera de los medios admitidos en derecho, siempre y cuando sean previamente notificados al solicitante;

II. Poner a disposición del Firmante los dispositivos de generación de los Datos de Creación y de verificación de la Firma Electrónica;

III. Informar, antes de la emisión de un Certificado, a la persona que solicite sus servicios, de su precio, de las condiciones precisas para la utilización del Certificado, de sus limitaciones de uso y, en su caso, de la forma en que garantiza su posible responsabilidad;

IV. Mantener un registro de Certificados, en el que quedará constancia de los emitidos y figurarán las circunstancias que afecten a la suspensión, pérdida o terminación de vigencia de sus efectos. A dicho registro podrá accederse por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y su contenido público estará a disposición de las personas que lo soliciten, el contenido privado estará a disposición del Destinatario y de las personas que lo soliciten cuando así lo autorice el Firmante, así como en los casos a que se refieran las reglas generales que al efecto establezca la Secretaría;

V. Guardar confidencialidad respecto a la información que haya recibido para la prestación del servicio de certificación;

VI. En el caso de cesar en su actividad, los Prestadores de Servicios de Certificación deberán comunicarlo a la Secretaría a fin de determinar, conforme a lo establecido en las reglas generales expedidas, el destino que se dará a sus registros y archivos;

VII. Asegurar las medidas para evitar la alteración de los Certificados y mantener la confidencialidad de los datos en el proceso de generación de los Datos de Creación de la Firma Electrónica;



**VIII.** Establecer declaraciones sobre sus normas y prácticas, las cuales harán del conocimiento del usuario y el Destinatario, y

**IX.** Proporcionar medios de acceso que permitan a la Parte que Confía en el Certificado determinar:

- a) La identidad del Prestador de Servicios de Certificación;
- b) Que el Firmante nombrado en el Certificado tenía bajo su control el dispositivo y los Datos de Creación de la Firma en el momento en que se expidió el Certificado;
- c) Que los Datos de Creación de la Firma eran válidos en la fecha en que se expidió el Certificado;
- d) El método utilizado para identificar al Firmante;
- e) Cualquier limitación en los fines o el valor respecto de los cuales puedan utilizarse los Datos de Creación de la Firma o el Certificado;
- f) Cualquier limitación en cuanto al ámbito o el alcance de la responsabilidad indicada por el Prestador de Servicios de Certificación;
- g) Si existe un medio para que el Firmante dé aviso al Prestador de Servicios de Certificación de que los Datos de Creación de la Firma han sido de alguna manera controvertidos, y
- h) Si se ofrece un servicio de terminación de vigencia del Certificado.

**Artículo 105.-** La Secretaría coordinará y actuará como autoridad Certificadora, y registradora, respecto de los Prestadores de Servicios de Certificación, previstos en este Capítulo.

**Artículo 106.-** Para la prestación de servicios de certificación, las instituciones financieras y las empresas que les prestan servicios auxiliares o complementarios relacionados con transferencias de fondos o valores, se sujetarán a las leyes que las regulan, así como a las disposiciones y autorizaciones que emitan las autoridades financieras.



**Artículo 107.-** Serán responsabilidad del Destinatario y de la Parte que Confía, en su caso, las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de que no hayan tomado medidas razonables para:

I. Verificar la fiabilidad de la Firma Electrónica, o

II. Cuando la Firma Electrónica esté sustentada por un Certificado:

a) Verificar, incluso en forma inmediata, la validez, suspensión o revocación del Certificado, y

b) Tener en cuenta cualquier limitación de uso contenida en el Certificado.

**Artículo 108.-** Los Certificados, para ser considerados válidos, deberán contener:

I. La indicación de que se expiden como tales;

II. El código de identificación único del Certificado;

III. La identificación del Prestador de Servicios de Certificación que expide el Certificado, razón social, su domicilio, dirección de correo electrónico, en su caso, y los datos de acreditación ante la Secretaría;

IV. Nombre del titular del Certificado;

V. Periodo de vigencia del Certificado;

VI. La fecha y hora de la emisión, suspensión, y renovación del Certificado;

VII. El alcance de las responsabilidades que asume el Prestador de Servicios de Certificación, y

VIII. La referencia de la tecnología empleada para la creación de la Firma Electrónica.

**Artículo 109.-** Un Certificado dejará de surtir efectos para el futuro, en los siguientes casos:

I. Expiración del periodo de vigencia del Certificado, el cual no podrá ser superior a dos años, contados a partir de la fecha en que se hubieren expedido. Antes de que concluya el periodo de vigencia del Certificado podrá el Firmante renovarlo ante el Prestador de Servicios de Certificación;

II. Revocación por el Prestador de Servicios de Certificación, a solicitud del Firmante, o por la persona física o moral representada por éste o por un tercero autorizado;

III. Pérdida o inutilización por daños del dispositivo en el que se contenga dicho Certificado;

IV. Por haberse comprobado que al momento de su expedición, el Certificado no cumplió con los requisitos establecidos en la ley, situación que no afectará los derechos de terceros de buena fe, y

V. Resolución judicial o de autoridad competente que lo ordene.

**Artículo 110.-** El Prestador de Servicios de Certificación que incumpla con las obligaciones que se le imponen en el presente Capítulo, previa garantía de audiencia, y mediante resolución debidamente fundada y motivada, tomando en cuenta la gravedad de la situación y reincidencia, podrá ser sancionado por la Secretaría con suspensión temporal o definitiva de sus funciones. Este procedimiento tendrá lugar conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

**Artículo 111.-** Las sanciones que se señalan en este Capítulo se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal y de las penas que correspondan a los delitos en que, en su caso, incurran los infractores.

**Artículo 112.-** Las autoridades competentes harán uso de las medidas legales necesarias, incluyendo el auxilio de la fuerza pública, para lograr la ejecución de las sanciones y medidas de seguridad que procedan conforme a esta Ley. Incluso, en los procedimientos instaurados se podrá solicitar a los órganos competentes la adopción de las medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte.



**Artículo 113.-** En el caso de que un Prestador de Servicios de Certificación sea suspendido, inhabilitado o cancelado en su ejercicio, el registro y los Certificados que haya expedido pasarán, para su administración, a otro Prestador de Servicios de Certificación, que para tal efecto señale la Secretaría mediante reglas generales.

#### **CAPITULO IV**

### **Reconocimiento de Certificados y Firmas Electrónicas Extranjeros**

**Artículo 114.-** Para determinar si un Certificado o una Firma Electrónica extranjeros producen efectos jurídicos, o en qué medida los producen, no se tomará en consideración cualquiera de los siguientes supuestos:

I. El lugar en que se haya expedido el Certificado o en que se haya creado o utilizado la Firma Electrónica, y

II. El lugar en que se encuentre el establecimiento del Prestador de Servicios de Certificación o del Firmante.

Todo Certificado expedido fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que un Certificado expedido en la República Mexicana si presenta un grado de fiabilidad equivalente a los contemplados por este Título.

Toda Firma Electrónica creada o utilizada fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que una Firma Electrónica creada o utilizada en la República Mexicana si presenta un grado de fiabilidad equivalente.

A efectos de determinar si un Certificado o una Firma Electrónica presentan un grado de fiabilidad equivalente para los fines de los dos párrafos anteriores, se tomarán en consideración las normas internacionales reconocidas por México y cualquier otro medio de convicción pertinente.

Cuando, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las partes acuerden entre sí la utilización de determinados tipos de Firmas Electrónicas y Certificados, se reconocerá que ese acuerdo es suficiente a efectos del reconocimiento transfronterizo, salvo que ese acuerdo no sea válido o eficaz conforme al derecho aplicable.

## TELETRABAJO

**Lic. Xochitl Garmendia Cedillo**  
*Subdirectora de Análisis e Investigación*

**ABSTRACT:** El teletrabajo define una modalidad de trabajar a distancia, que implica el uso de las TIC's, en la que tanto el trabajador como el empleador establecen una relación laboral en base a parámetros de control de calidad y tiempo de entrega. Urge que en México se regule dentro de la Ley Federal del Trabajo esta modalidad para favorecer el empleo con menores costos para el empleador, y ciertas facilidades para el empleado.

### INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías de información y comunicación han cambiado al mundo en la forma de realizar cualquier actividad que se lleve a cabo en las áreas científicas, educativas, industriales de negocios, no hay actividad humana que no utilice los medios electrónicos y la informática en sus funciones.

Internet es una red de telecomunicaciones que comunica a millones de personas en el mundo. Se pueden enviar archivos documentales de video y sonido por medio de las computadoras. Estos elementos unidos han producido herramientas de trabajo que transformaron la tradicional forma de trabajar, en algunos casos se aceleraron las actividades y se multiplicaron las formas de presentación y comunicación.

El *trabajo*, es el esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza que aunado a los beneficios que ofrecen las nuevas tecnologías de información y comunicación ha dado lugar a la creación de un nuevo sistema llamado "*teletrabajo*", en el que un trabajador puede realizar las tareas encomendadas y posteriormente transmitir las al patrón con quien está contratado.



El teletrabajo tiene características propias que lo individualizan como una relación de trabajo “*sui generis*”, que es materia de análisis en el presente estudio.

## 1. Teletrabajo o Ergonomía Informática

Se entiende por “*teletrabajo*”, el realizado utilizando las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el término de *Ergonomía Informática* “*al conjunto de implicaciones de orden normativo y laboral provocadas por el uso de la informática*”<sup>1</sup>.

El teletrabajo ha sido definido por la OIT (Organización Internacional del Trabajo) como: “*la forma de trabajo efectuada en lugar distante de la oficina y/o de separación física y que implique el uso de una nueva tecnología facilitando la comunicación*”.<sup>2</sup>

“En los Estados Unidos se usa la expresión ‘**telecommuting**’ o la posibilidad de trabajar en casa durante el horario comercial regular. **Telecommuters** son las personas que trabajan en sus residencias, donde tienen computadoras conectadas con las empresas. Sería una forma de trabajo a distancia. El término ‘**telecommuting**’ fue consolidado por Jack Nilles, y fue popularizado por el futurista Francis Kinsman en su libro ‘**The telecommuters**’ (John Willey & Sons, 1987), ésta definición se utiliza para referirse a la sustitución de los desplazamientos debidos al trabajo por las telecomunicaciones.

“En Europa se usa el término ‘**telework**’, popularizado por el uso en la Comisión Europea, pero fue acuñada por Olson en 1988, se usa para referirse al trabajo de una organización realizado fuera de los límites organizacionales -normales, espaciales y temporales- aumentados por las TIC’s la cual incentivó una considerable cantidad de investigaciones en esta área para que sea definida como una actividad económica que pueda desarrollar y crear oportunidades en las áreas rurales o lugares con problemas económicos.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Téllez Valdés, Julio “*Derecho Informático*”, MacGraw-Hill Interamericana. México, 2007. Tercera Edición (2003), p. 218. Define el Doctor Téllez a la Ergonomía Informática (...) “*de acuerdo a su etimología, al conjunto de enunciados referidos a la aplicación de la Informática en el ámbito laboral. Proviene de ergon, energía, trabajo y nomos, tratado, y del vocablo informática ya aludido*”.

<sup>2</sup> [www.teletrabajador.com](http://www.teletrabajador.com) (consultado el día 21 de octubre de 2008)

<sup>3</sup> [http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf](http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf) (consultado el día 21 de octubre de 2008)

También se le conoce como flexible working (trabajo flexible).

El trabajo a distancia, o elaborado a través de las nuevas tecnologías implica la celeridad y prontitud en el envío de datos como lo es el fax, el teléfono y la comunicación de telefonía celular.

El trabajo es una función social, necesidad personal, un derecho constitucional que desarrollado a través de medios electrónicos presenta características especiales.

Permite al trabajador estar fuera del centro de trabajo, lo que implica que con el tiempo vayan desapareciendo las concentraciones de trabajadores en un solo lugar (empresas, oficinas y centros de trabajo), de ello resultan beneficios y desventajas tanto para los trabajadores como para las empresas.

## **1.2. Características del teletrabajo**

Para el empleador es necesario que por lo menos el empleado en domicilio esté bajo una relación de subordinación que podrá ser medida por el control de la empresa sobre su trabajo, como por ejemplo, estableciendo cuotas de producción, plazo o periodo de realización, determinando día y hora para la entrega del producto, estos constituyen algunos de los elementos que sirven para verificar la calidad de éste.

- Este tipo de trabajo debe tener la característica de ser permanente y no eventual.
- Debe ser prestado por personas físicas, no por empresas, ya que en este caso, no será considerada una relación laboral sino un contrato de prestación de servicios.
- La subordinación cambia en este tipo de trabajo, pues el trabajador se ve libre de realizarlo en el tiempo y horario que el disponga.
- Los controles del trabajo cambian ya que la supervisión no será la misma que en un centro de trabajo, aquí los controles serán por los resultados de productividad, calidad y prontitud.

## **1.3. Ventajas para los trabajadores**

Las ventajas que ofrece al teletrabajo al trabajador son:

- Menos estrés,
- Mayor productividad,



- Mayor concentración en la realización del trabajo,
- Menos distractores,
- Incluyente de las personas discapacitadas, y
- Evita discriminación, pues lo importante aquí, son los resultados,
- El trabajador impone el ritmo de trabajo,
- Ahorro en el transporte, y ganancia en el tiempo de traslado para el servicio,
- Mejora la calidad de vida, con el equilibrio de la vida laboral y familiar,
- Posibilidad para el autoempleo.

#### **1.4. Ventajas para las empresas.**

Los beneficios para la empresa se ven reflejados en:

- Menores costos de mantenimiento de la empresa, luz, agua, renta, mobiliario, instalaciones, etc. en Estados Unidos se ha calculado que se ahorra un 30% de gastos por cada trabajador.
- Se reduce el ausentismo, ya que el trabajador podrá seguir realizando sus funciones en casa, cuando no se trate de enfermedades graves, lo que se traduce en aumento de la productividad.
- La empresa puede mantener libre de congestionamiento sus comunicaciones, y en caso de emergencias se evitan los operativos de seguridad civil, evitando accidentes o emergencias.
- Mejora en el reclutamiento y mantenimiento de recursos humanos, posibilidad de la organización de contratar a personal que habita en zonas distantes sin que tenga que cambiar de domicilio o residencia y siga contando con el personal calificado.
- Mejoras en atención al cliente, cuando se refiere al trabajo móvil por comunicaciones a distancia con el cliente, para otorgarle un mejor servicio.

#### **1.4. Ventajas en general**

- El teletrabajo significa una verdadera globalización del sistema laboral ya que se puede contratar a un especialista a distancia y de igual modo va a dar sus servicios como si se encontrara en la misma ciudad.





- El teletrabajo es capaz de generar tanto empleos altamente especializados como aquellos que demandan menos especialización alcanzando por tanto una gran cantidad de trabajadores inclusive que hoy se encuentran excluidos del mercado de trabajo.

### 1.5. Desventajas

Presenta también inconvenientes para ambas partes que se traducen en desventajas:

- Desempleo, ya que las computadoras van a suplir el trabajo de cierto personal que antes se dedicaba a realizar las tareas de formas tradicional, como el uso de la máquina de escribir, (en este punto, ya hemos visto los efectos), los dependientes que atendían personalmente en servicios, que han sido sustituidos por máquinas como por ejemplo pagar el estacionamiento a través de máquinas o los despachadores de alimentos automáticos dando por resultado la desocupación y desempleo; sin embargo, se crean otro tipo de trabajadores especializados que deben tener conocimiento de las TIC's en todas sus variables.
- Pérdida de prestaciones sociales (es optativo del Patrón). En este aspecto urge la reforma legal que establezca los derechos y obligaciones laborales.
- Aislamiento social.
- Pérdida de control directo del trabajador por los medios tradicionales.
- Posibilidad de robo, pérdida o contaminación de la información al trasladarla desde fuera hacia la organización; (que puede asegurarse con sistemas y conductos de seguridad).
- Incremento en costos de equipamiento y comunicaciones: necesidad de la organización de poner a disposición de los empleados el equipo necesario para que puedan trabajar.
- Pérdida de cohesión e identidad. Se debe establecer en contrapartida políticas de pertenencia al grupo periódicamente.



Las nuevas tecnologías obligan a que se adapten los trabajadores y se incluyan dentro de esta nueva dinámica en una novedosa relación de trabajo lo que requiere capacitarse para insertarse en el medio laboral de otras maneras en un nuevo sistema de trabajo.

## 2. Ámbito Internacional

El **teletrabajo** ha sido definido por la OIT (Organización Internacional del Trabajo) como: *“la forma de trabajo efectuada en lugar distante de la oficina y/o de separación física y que implique el uso de una nueva tecnología facilitada de la comunicación”*.<sup>4</sup>

De igual manera “según el programa **Star** de la Comisión Europea, el término se utiliza correctamente cuando se refiere a *“cualquier actividad realizada a distancia mediante las tecnologías de la información y la comunicación (TIC’s), y que genera un valor económico añadido”*. Otra definición es la de Michel Icks, ex-coordinador del Programa Europeo para el Desarrollo del Teletrabajo (European Telework Development), que considera que hay dos tipos de teletrabajo: el “sedentario” que se desempeña desde el propio hogar; y el “nómada”, que es el que realizan por ejemplo los agentes comerciales cuando trabajan mientras viajan de un lugar a otro ya sea entre aviones, terminales de tren o habitaciones de hotel.”<sup>5</sup>

Este tipo de trabajo ha avanzando de tal manera que ha venido sustituyendo la forma tradicional de trabajar.

La OIT, calcula que en la Unión Europea hay actualmente unos nueve millones de *teletrabajadores* (sin presencia física en la empresa), incluidos prestadores de servicios administrativos y centros de atención telefónica. Según un informe preparado para la VI Reunión Regional Europea de la OIT, que se desarrolló en Ginebra del 12 al 15 de diciembre del año 2000, *“la difusión de las nuevas tecnologías tendrá consecuencias significativas para la organización del trabajo y la producción”*.<sup>6</sup>

No existen informes actualizados al 2008 del tema por parte de la OIT, pareciera que es un tema que se ha dejado de lado, para abordarlo y regularlo. Los archivos más recientes están fechados entre los años 2000 y 2002.

---

<sup>4</sup> [www.teletrabalhador.com](http://www.teletrabalhador.com)

<sup>5</sup> <http://deteletrabajo.uji.es/articulos/art3.htm> (Localizado el 21 de octubre de 2008)

<sup>6</sup> <http://deteletrabajo.uji.es/articulos/art3.htm> (Localizado el 20 de octubre de 2008)

La forma que ha venido creciendo esta forma de contratación, ha ido aumentando según el desarrollo de cada país, sin embargo, el teletrabajo a pesar de traer consigo ventajas muy favorables tanto para las empresas en el ahorro de instalaciones, y para el trabajador la comodidad de no desplazarse también tiene consecuencias en:

Los factores tradicionales para medir el trabajo, controlarlo y supervisarlos, cambian bajo esta nueva forma, pues la jornada de trabajo, los horarios y días laborales pasan a ser relativos pudiendo el trabajador disponer del tiempo en forma autónoma tanto en horario como en días, incluyendo a veces sus días de descanso tradicional.

La forma de medir los resultados será por la productividad y calidad del trabajo, pero esto va a afectar las condiciones generales de trabajo de las que se disponían hasta la fecha pues los beneficios laborales logrados a través de los contratos se perderán igual que muchas prestaciones sociales.

Sin embargo, se considera que todos estos elementos que constituyen la relación laboral tradicional, tendrán que adaptarse a nuevos parámetros de control, como lo será el producto terminado, tiempo de entrega y calidad.

Los contratos laborales del “teletrabajo”, a futuro deberán someterse a otro tipo de reglas, y en cuanto a las prestaciones de seguridad social, de igual manera serán convenidas bajo otros esquemas.

Deben contemplarse asimismo formas de comunicación y convivencia para evitar el aislamiento.

Se estima que este tipo de trabajo es adecuado para especialistas, asesores, consultores, diseñadores, proyectistas, en general profesionistas que por el rango de sus actividades, su trabajo depende de la calidad de los conocimientos y nivel profesional.

El teletrabajo beneficia a las mujeres cuando están en la etapa de crianza de los hijos, pues podrán desarrollar una actividad y al mismo tiempo estar cerca del cuidado de la familia, propiciando así por otra parte una mayor integración familiar y evitar los problemas que han surgido por el alejamiento de la mujer del hogar.

En la actualidad es viable que se impulse esta variante del trabajo sin perder los beneficios laborales alcanzados en el sistema tradicional de contrato laboral presencial en la empresa o recinto de trabajo.



Manuel Martín Pino Estrada en su estudio “*El teletrabajo en el derecho Brasileño*” señala formas específicas de teletrabajo.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> [http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf](http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf)

4. Formas del teletrabajo.

**4.1. Centros comunitarios.**

Son microcentros de trabajo remotos que ofrecen espacios y recursos para los empleados (de uno sólo o diferentes empleadores) que viven dentro de un área contigua y/o restricta.

**4.2. Centros locales.**

Abrigan personas que trabajan para diferentes empleadores que forman un equipo para estructurar y mantener instalaciones de trabajo remoto. Este tipo de centro ha tenido problemas de seguridad. Las empresas invitadas a que participen de un centro de trabajo cooperativo temen que su base de datos confidenciales se vuelvan vulnerables. En Suecia existen reglas que prohíben dos empresas del mismo para que no participen al mismo tiempo del mismo centro.

**4.3. Centro satélite o centro de teleservicios.**

Describe un centro de trabajo remoto que abriga personas trabajando para un único empleador. Los centros satélite son una aplicación nueva para una vieja tendencia a la descentralización. Estos centros se diferencian de las oficinas tradicionales, pues existe una preocupación con la geografía de la ciudad en la elección de éstos en armonía con la localización de las residencias de sus teletrabajadores, que trabajan juntos, no por que ejercen una misma función dentro de la empresa, y sí por que viven cercanamente.

**4.4. Domicilio, residencial o home-office.**

Es el trabajo que es desarrollado en la propia residencia del trabajador. Conectados a una base de datos, trabajando en casa y comunicándose con la oficina por medio de fax o computadora.

**4.5. Teletrabajo nómada.**

Es aquella relativa al trabajo realizado por trabajadores que no tienen un lugar fijo de prestación de servicios, y que por eso pasan la mayor parte del tiempo fuera de la empresa.

**4.6. Oficinas turísticas.**

Son localizadas en áreas bien buscadas para vacaciones. Albergan profesionales, a veces sus familias, siempre con sus grupos de trabajo, de dos a cuatro semanas. Ahí sus actividades mezclan trabajo y recreación, muchas veces un grupo se queda en el hotel desarrollando un proyecto. La oficina turística ofrece un escape a la tensión causada por el trabajo.

**4.7. Oficinas virtuales.**

Son oficinas que funcionan lógicamente como una oficina, con recursos telemáticos, pudiendo ser móviles o fijos.

**4.8. Hotelling**

Utilización espacial donde los empleados pueden reservar espacios en el centro de trabajo de una oficina tradicional, una mesa o una sala de reunión, etc. Hotelling es la forma de reservar espacio, muy semejante a una reserva de un cuarto en un hotel, muy utilizado en empresas de auditoría externa y consejería.

**4.9. Móvil.**

Trabajo que es efectuado en pequeños períodos de tiempo, en locales a veces móviles, como por ejemplo: bicicletas, carros, hoteles, aviones, clientes de una forma general, etc., utilizando recursos telemáticos también móviles: lap tops, teléfonos celulares, impresoras, etc.

**4.10. Telecabañas.**

Son aquellas utilizadas con las más variadas finalidades: áreas rurales carentes de empleos, locales bien distantes del empleador, que sirven para conseguir una fuerza de trabajo que de otro modo no conseguiría contactar, generando nuevos empleos donde son necesarios, aprovechando el precio más bajo de la tierra, de la mano de obra y de la vivienda para los empleados.

## 2.1. Regulación jurídica del teletrabajo en el ámbito Internacional

*Teletrabajo*, una figura contractual que está sin regular. La falta de regulación en la materia, ha sido suplida en el ámbito de la Unión Europea con la firma de un **Acuerdo- Marco**, aprobado el 16 de julio de 2002, por los agentes sociales (CES, UNICE/ UEAPME y CEEP). Tales organizaciones, junto con representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros, decidieron asumir por sí mismos la aplicación del Acuerdo.

Las reglas que aquí se acordaron son las que deberá tenerse en cuenta para establecer los procedimientos y las prácticas de empresarios y trabajadores en cada Estado miembro.

## 2.2. “Convenio sobre Teletrabajo”

*En este convenio marco, los sindicatos y los representantes de los empleadores europeos negociaron un acuerdo tipo sobre teletrabajo, cuyo ámbito de aplicación es la Unión Europea.*

El convenio, suscrito en julio del año 2002 es la culminación de casi una década de debates a escala europea sobre el modo de regularizar las relaciones de trabajo que se realizan con la ayuda de elementos de las nuevas tecnologías de la información.

El convenio fue negociado por tres órganos europeos de representación de empleadores y por la Confederación Europea de Sindicatos, y es la primera vez en Europa que representantes de trabajadores y de empleadores establecen un convenio en el que se comprometen a llevar a la práctica, bajo la legislación europea.

### 2.2.1. El convenio comprende varios aspectos:

- Se establece que el teletrabajo ha de ser voluntario y que debe reconocerse de manera explícita un “derecho a regresar” a la actividad laboral convencional a solicitud del trabajador o del empleador (salvo en los casos en los que en la descripción inicial del puesto se especifique que se trata de una actividad específica de teletrabajo).
- Los teletrabajadores se beneficiarán de los mismos derechos y condiciones laborales que sus compañeros en puestos convencionales y en general se espera de los empleadores que doten a aquellos de los equipos que requieran para desempeñar su función y que asuman la responsabilidad relativa a la adopción de salvaguardas en materia de protección de datos.



- Los empleadores seguirán siendo responsables de la salud y la seguridad de los trabajadores a distancia, de conformidad con la legislación vigente. Entre otros aspectos en el convenio se recogen el derecho a la intimidad y se abordan las cuestiones relativas a éste.

El acuerdo se basa en numerosos convenios colectivos sobre teletrabajo adoptados en determinadas empresas (sobre todo en las integradas en los sectores de las TIC's y las telecomunicaciones) y en repertorios de recomendaciones prácticas y convenios nacionales o sectoriales sobre teletrabajo establecidos en varios Estados miembros de la UE. Son antecedentes recientes de este instrumento los dos convenios sectoriales sobre teletrabajo dirigidos al conjunto de la UE y negociados para los sectores de las telecomunicaciones y el comercio entre los empleadores y UNI-Europa.

En el caso del establecimiento de asociaciones de carácter social en Europa, el factor que ha recibido especial atención ha sido la naturaleza voluntaria del acuerdo tipo. Éste se sirve por vez primera de la “vía voluntaria” recogida en el artículo 139 del Tratado de la UE, y se percibe como un modelo para la constitución de futuros acuerdos de asociación de índole social.

### 2.3. OIT (Organización Internacional del Trabajo)

La Organización Internacional del Trabajo realizó una investigación sobre “*Las tecnologías de la información en las industrias de los medios de comunicación y del espectáculo. Su repercusión en el empleo, las condiciones de trabajo y las relaciones laborales*”. En el, se señalan los lineamientos que deberán seguirse en estos contratos y postula que el contrato entre el empleado y la empresa debería abarcar cuestiones tales como:

- *Entorno de trabajo y*
- *Normas de seguridad y*
- *Salud, entre otras.*

Los empleadores deberían inspeccionar el domicilio del trabajador (en una visita previamente acordada), para evaluar:

- *La ventilación del lugar,*
- *Los riesgos de incendio,*
- *La ergonomía, la iluminación, etc.*



Otro aspecto contemplado en este documento es la capacitación para evitar el estrés tecnológico, un fenómeno característico de los teletrabajadores que no tienen un manejo adecuado de las TIC's. Concretamente, la OIT está a favor de promover cursos de formación sobre la utilización de tecnología con el fin de reducir el miedo o la reticencia de los trabajadores. La mejora en la capacitación podría implicar una mayor productividad y competitividad del contratado. Este círculo virtuoso, a su vez, podría ser aprovechado por los empleadores y los gobiernos.<sup>8</sup>

**2.4. Colombia, es el primer país en la región que promulga una ley para la promoción en relación al teletrabajo.** Se trata de la Ley 1221 que fue sancionada a fines del mes de julio de 2008. Es la primera que fomenta el teletrabajo sin importar si se trata de teletrabajadores en relación de dependencia o freelance.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> [http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/editorial/editorial\\_0119.php](http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/editorial/editorial_0119.php) localizado el 22 de octubre de 2008.

<sup>9</sup> [http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/editorial/editorial\\_0119.php](http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/editorial/editorial_0119.php) localizado el 22 de octubre de 2008. La Ley 1221 establece algunos aspectos interesantes como:

1. Compromete a varias instituciones en el desarrollo de las políticas de fomento del teletrabajo. No sólo al Ministerio de la Protección Social -en Argentina su equivalente sería el Ministerio de trabajo- sino que contará con el acompañamiento del Ministerio de Comunicaciones, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Departamento Nacional de Planeación, El Departamento Administrativo de la Función Pública, el SENA, y la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales -DIAN.

2. Se crea una red nacional donde cada institución -las empresas, los cibercafés, las asociaciones profesionales y los organismos públicos- tendrá un rol indispensable.

3. El punto 11 del artículo 6 es uno de los más llamativos. Obliga a las empresas locales a emplear teletrabajadores colombianos. Siendo el teletrabajo un trabajo sin fronteras, es una preocupación para los gobiernos mantener las fuentes de trabajo internas. Recordemos que el crecimiento económico que tuvo EE.UU entre los años 2004 y 2006 no generó los puestos de trabajo esperados en el país, sino fuera de él. Seguramente no será fácil el control de este punto, pero es sin duda de un gran interés protectorio para un país que sufre de altas tasas de desempleo desde hace tiempo.

De todos modos será bueno pensar que este artículo no se convierta en un obstáculo en aquellas situaciones en que el teletrabajo puede significar la solución como:

- en momentos de crisis cuando el desempleo es intenso,
- o ante escasez de capital humano -profesiones o actividades específicas- en el país.

Probablemente las excepciones serán tratadas en la reglamentación que deberá realizarse dentro del periodo de 6 meses siguientes a la sanción.

4. Considera temas tales como la voluntariedad. Tiene en cuenta las garantías laborales, sindicales y de seguridad social. Se expresa sobre el teletrabajo de las personas con discapacidad y grupos vulnerables.

El resto de los temas pueden leerse directamente de la Ley que transcribimos al pie.

Muchas otras iniciativas sobre el régimen legal del teletrabajo se debaten hoy en diferentes países -Perú, Chile, Argentina- y seguramente iremos conociendo de otras de ahora en más.



Debido a que la tendencia en los últimos años ha sido digitalizar el trabajo en todos los aspectos susceptibles de ser digitalizados, paulatinamente esta modalidad laboral se ha ido extendiendo a un gran número de ocupaciones. Por consiguiente las posibilidades son amplias y diversas, por ejemplo la consultoría, asesoría laboral, fiscal, jurídica y/o contable; ventas; trabajo secretarial, servicios de traducción, medicina, educación y formación; arquitectura, diseño gráfico, diseño Web, edición, captura de datos, programación de sistemas informáticos, ingeniería, telemarketing, teleprocesamiento, vigilancia electrónica, seguimiento de valores bursátiles, comercio electrónico, la vigilancia de bosques y medio ambiente, entre otros.

Dentro del teletrabajo puede considerarse que es ideal para el personal que requiere realizar todas o parte de sus actividades laborales fuera de su empresa, como: los periodistas, contadores, analistas de sistemas, diseñadores, vendedores, publicistas, visitadores médicos, ya que con la tecnología adecuada, “la oficina va con ellos”, y pueden enviar noticias, informes, reportes, programas informáticos, pedidos desde sus computadoras.

### 3. México

En el área de las telecomunicaciones se ha valorado y contemplado la posibilidad de la utilización del teletrabajo, ya que se menciona en el ***“El Acuerdo por el que se adiciona, según corresponda, el anexo B o C, a los títulos de concesión para instalar, operar y explotar redes públicas de telecomunicaciones que comprenden los servicios de televisión y/o audio restringidos por microondas terrenal a través de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para uso determinado otorgadas a los concesionarios mediante el título respectivo, para incluir el servicio fijo de transmisión bidireccional de datos”***, publicado en el D.O.F., el 18 de diciembre de 2003, se señala en los considerandos:

“(…) con el fin de impulsar una mayor penetración de servicios de valor agregado como los que actualmente se prestan vía Internet, tales como el acceso lógico y aplicaciones básicas sobre dichas redes, se tendrá un impacto positivo en la utilización de nuevas tecnologías para la capacitación y educación a distancia, así como para aplicaciones de telemedicina, **teletrabajo** y comercio electrónico, como medios que impulsen el desarrollo económico, social y cultural del país, así como incentivar la infraestructura de acceso a dichas redes; (…)”



Sin embargo no se encuentra debidamente regulada esta modalidad de trabajo en la Ley Federal del Trabajo, se considera que podría ser considerada bajo los lineamientos establecidos en los artículos 311 al 330 que regula el trabajo a domicilio.<sup>10</sup> Sin embargo

<sup>10</sup> LEY FEDERAL DEL TRABAJO (*Última Reforma DOF 17-01-2006*)

## **CAPÍTULO XII**

### Trabajo a domicilio

**Artículo 311.-** Trabajo a domicilio es el que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por el, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo. Si el trabajo se ejecuta en condiciones distintas de las señaladas en el párrafo anterior, se regirá por las disposiciones generales de esta Ley.

**Artículo 312.-** El convenio por virtud del cual el patrón venda materias primas u objetos a un trabajador para que éste los transforme o confeccione en su domicilio y posteriormente los venda al mismo patrón, y cualquier otro convenio u operación semejante, constituye trabajo a domicilio.

**Artículo 313.-** Trabajador a domicilio es la persona que trabaja personalmente o con la ayuda de miembros de su familia para un patrón.

**Artículo 314.-** Son patrones las personas que dan trabajo a domicilio, sea que suministren o no los útiles o materiales de trabajo y cualquiera que sea la forma de la remuneración.

**Artículo 315.-** La simultaneidad de patrones no priva al trabajador a domicilio de los derechos que le concede este capítulo.

**Artículo 316.-** Queda prohibida la utilización de intermediarios. En el caso de la empresa que aproveche o venda los productos del trabajo a domicilio, regirá lo dispuesto en el artículo 13.

**Artículo 317.-** Los patrones que den trabajo a domicilio deberán inscribirse previamente en el Registro de patrones del trabajo a domicilio, que funcionará en la Inspección del Trabajo. En el registro constará el nombre y el domicilio del patrón para el que se ejecutará el trabajo y los demás datos que señalen los reglamentos respectivos.

**Artículo 318.-** Las condiciones de trabajo se harán constar por escrito. Cada una de las partes conservará un ejemplar y el otro será entregado a la Inspección del Trabajo. El escrito contendrá:

- I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio del trabajador y del patrón;
- II. Local donde se ejecutará el trabajo;
- III. Naturaleza, calidad y cantidad del trabajo;
- IV. Monto del salario y fecha y lugar de pago; y
- V. Las demás estipulaciones que convengan las partes.

**Artículo 319.-** El escrito a que se refiere el artículo anterior deberá entregarse por el patrón, dentro de un término de tres días hábiles, a la Inspección del Trabajo, la cual, dentro de igual término, procederá a revisarlo bajo su más estricta responsabilidad. En caso de que no estuviese ajustado a la Ley, la Inspección del Trabajo, dentro de tres días, hará a las partes las observaciones correspondientes, a fin de que hagan las modificaciones respectivas. El patrón deberá presentarlo nuevamente a la misma Inspección del Trabajo.

**Artículo 320.-** Los patrones están obligados a llevar un Libro de registro de trabajadores a domicilio, autorizado por la Inspección del Trabajo, en el que constarán los datos siguientes:

- I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil del trabajador y domicilio o local donde se ejecute el trabajo;
- II. Días y horario para la entrega y recepción del trabajo y para el pago de los salarios;
- III. Naturaleza, calidad y cantidad del trabajo;
- IV. Materiales y útiles que en cada ocasión se proporcionen al trabajador, valor de los mismos y forma de pago de los objetos perdidos o deteriorados por culpa del trabajador;
- V. Forma y monto del salario; y
- VI. Los demás datos que señalen los reglamentos.

Los libros estarán permanentemente a disposición de la Inspección del Trabajo.

**Artículo 321.-** Los patrones entregarán gratuitamente a sus trabajadores a domicilio una libreta foliada y autorizada por la Inspección del Trabajo, que se denominará Libreta de trabajo a domicilio



y en la que se anotarán los datos a que se refieren las fracciones I, II y V del artículo anterior, y en cada ocasión que se proporcione trabajo, los mencionados en la fracción IV del mismo artículo.

La falta de libreta no priva al trabajador de los derechos que le correspondan de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

**Artículo 322.-** La Comisión Nacional de los Salarios Mínimos fijará los salarios mínimos profesionales de los diferentes trabajos a domicilio, debiendo tomar en consideración, entre otras, las circunstancias siguientes:

I. La naturaleza y calidad de los trabajos;

II. El tiempo promedio para la elaboración de los productos;

III. Los salarios y prestaciones percibidos por los trabajadores de establecimientos y empresas que elaboren los mismos o semejantes productos; y IV. Los precios corrientes en el mercado de los productos del trabajo a domicilio. Los libros a que se refiere el artículo 320 estarán permanentemente a disposición de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos.

**Artículo 323.-** Los salarios de los trabajadores a domicilio no podrán ser menores de los que se paguen por trabajos semejantes en la empresa o establecimiento para el que se realice el trabajo.

**Artículo 324.-** Los patronos tienen las obligaciones especiales siguientes:

I. Fijar las tarifas de salarios en lugar visible de los locales donde proporcionen o reciban el trabajo;

II. Proporcionar los materiales y útiles de trabajo en las fechas y horas convenidos;

III. Recibir oportunamente el trabajo y pagar los salarios en la forma y fechas estipuladas;

IV. Hacer constar en la libreta de cada trabajador, al momento de recibir el trabajo, las pérdidas o deficiencias que resulten, no pudiendo hacerse ninguna reclamación posterior; y

V. Proporcionar a los Inspectores y a la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos los informes que le soliciten.

**Artículo 325.-** La falta de cumplimiento puntual de las obligaciones mencionadas en las fracciones II y III del artículo anterior, dará derecho al trabajador a domicilio a una indemnización por el tiempo perdido.

**Artículo 326.-** Los trabajadores a domicilio tienen las obligaciones especiales siguientes:

I. Poner el mayor cuidado en la guarda y conservación de los materiales y útiles que reciban del patrón;

II. Elaborar los productos de acuerdo con la calidad convenida y acostumbrada;

III. Recibir y entregar el trabajo en los días y horas convenidos; y

IV. Indemnizar al patrón por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales y útiles que reciban. La responsabilidad del trabajador a domicilio se rige por la disposición contenida en el artículo 110, fracción I.

**Artículo 327.-** También tienen el derecho de que en la semana que corresponda se les pague el salario del día de descanso obligatorio.

**Artículo 328.-** Los trabajadores a domicilio tienen derecho a vacaciones anuales. Para determinar el importe del salario correspondiente se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 89.

**Artículo 329.-** El trabajador a domicilio al que se le deje de dar el trabajo, tendrá los derechos consignados en el artículo 48.

**Artículo 330.-** Los Inspectores del Trabajo tienen las atribuciones y deberes especiales siguientes:

I. Comprobar si las personas que proporcionan trabajo a domicilio se encuentran inscritas en el registro de Patronos. En caso de que no lo estén, les ordenarán que se registren, apercibiéndolas que de no hacerlo en un término no mayor de 10 días, se les aplicarán las sanciones que señala esta Ley;

II. Comprobar si se llevan correctamente y se encuentran al día los Libros de registro de trabajadores a domicilio y las Libretas de trabajo a domicilio;

III. Vigilar que la tarifa de salarios se fije en lugar visible de los locales en donde se reciba y proporcione el trabajo;

IV. Verificar si los salarios se pagan de acuerdo con la tarifa respectiva;

V. Vigilar que los salarios no sean inferiores a los que se paguen en la empresa al trabajador similar;

VI. Practicar visitas en los locales donde se ejecute el trabajo, para vigilar que se cumplan las disposiciones sobre higiene y seguridad; y

VII. Informar a la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos las diferencias de salarios que adviertan, en relación con los que se paguen a trabajadores que ejecuten trabajos similares.

el “teletrabajo” tiene características especiales que lo diferencia del trabajo a domicilio, ya que, *“el teletrabajo consiste fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones inmateriales por naturaleza, lo que distingue del trabajo a domicilio tradicional, basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables”*.<sup>11</sup>

En México, desde 1997, ingresó como parte del mercado de la manufactura de software<sup>12</sup>, situación que se dio después de la firma del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, ej: La Empresa KPMG, Compañía Consultora de Profesionales, que en 1999 eran alrededor de 1500; Nortel Networks; Softec, empresa dedicada al software ubicada en Monterrey; ACS Bussines Solutions y una contratista de UPS Servicio de Mensajería Mundial, ubicadas en la Ciudad de Hermosillo Sonora que se establecen en México como grandes maquiladoras de procesamientos de datos, es decir, capturan datos que les llegan vía Internet o en paquetes de mensajería, los cuales son enviados a las matrices ubicadas en los Estados Unidos vía telemática, o en su caso UPS, es enviado a sus oficinas administrativas a través de Internet por medio del contratista, llevándose a cabo la descentralización productiva a través de la modalidad teletrabajo off shore o trasnacional.

Algunas empresas en México han podido llevar a cabo esta forma de teletrabajo, como IBM, HP, AT&T, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, DHL, Grupo Elektra y el Instituto Politécnico Nacional; el gobierno de México, tiene algunos avances en el sitio e-México, que pretende ser implementado a nivel nacional, y el Gobierno de Nuevo León.

Como podrá observarse, en México es reciente la aplicación de este sistema de trabajo, sin embargo han pasado ya diez años desde los primeros contratos de este tipo, por lo que urge se regule, debidamente en la Ley Federal del Trabajo.

Puede llevarse a cabo una formulación de tipos de trabajo y controles aplicables en cada caso para establecer los sistemas y controles por tipo de actividad.

---

<sup>11</sup> Córdova Olivarría, Sergio, “El Teletrabajo , la tecnología en la creación de nuevas relaciones de trabajo y su inobservancia por la ley laboral mexicana” en el Cuarto Congreso Nacional de Estudios de Trabajo <http://www.uaq.mx/amet/estructura/publicaciones/CUARTOCONGRESONACIONAL/templates/res/tema2/SERGIO%20CORDOVA.pdf> (citado dentro del documento) localizado 120 de octubre de 2005.

<sup>12</sup> Hernández Sosa, Jonathan, “La oficina fuera de la oficina, facilita el trabajo y mejora decisiones” Periódico Reforma, México D.F., julio 26 de 1999.



Debe valorarse como una nueva forma de crear empleo con una inversión y gastos más bajos, lo cual redundaría en beneficios para ambas partes, sin embargo, como todo sistema nuevo, lo más complicado es establecer la familiaridad con el mismo, y la aceptación generalizada de que constituye otra forma de trabajar para que sea adoptada.

El Teletrabajo debe verse como una oportunidad en el crecimiento de oportunidades laborales, tanto por parte de las empresas como por la de los trabajadores, para aquellas empresas que se dedican a la consultoría, servicios profesionales, asesoría o de investigación, tanto en el sector privado como en el sector público.

Esto implica desde luego el crecimiento de servicios de Internet, el uso de computadoras, pero sobre todo la aceptación de esta modalidad dentro del régimen laboral que debe ser regulado debidamente en México.

En el actual siglo veintiuno, estamos transitando rápidamente a la aplicación de los sistemas informáticos en todos los campos, y no es la excepción la forma de trabajar.

La implementación de nuevos servicios por internet, favorecen que se pueda utilizar esta nueva forma de trabajo, pero para que ello sea posible, es indispensable que se regule debidamente en la Ley Federal del Trabajo.

En los tiempos actuales en que la crisis económica ha ocasionado un gran desempleo, las empresas en ocasiones se ven restringidas en otorgar empleos en la forma tradicional, que implica tener instalaciones y gastos de mantenimiento. El teletrabajo, no solo implica una opción para las empresas, sino una opción individual de autoempleo.

## **CONCLUSIONES**

1. El teletrabajo es una nueva forma de trabajo a distancia por medios electrónicos, que ha transformado la relación de trabajo tradicional, por las características especiales que tiene.
2. Se ha expandido el uso del Teletrabajo en casi todo el mundo, y se encuentra regulado de forma específica en la Unión Europea y los Estados Unidos de Norteamérica.
3. En México no está regulado el trabajo a distancia. Su regulación debe verse como una oportunidad de abrir nuevas fuentes de trabajo y bajar los costos de las empresas e Instituciones gubernamentales.

## BIBLIOGRAFÍA

CÓRDOVA OLIVARRÍA Sergio, "El Teletrabajo, la tecnología en la creación de nuevas relaciones de trabajo y su inobservancia por la ley laboral mexicana", en el Cuarto Congreso Nacional de Estudios de Trabajo. <http://www.uaq.mx/amet/estructura/publicaciones/CUARTOCONGRESONACIONAL/templates/res/tema2/SERGIO%20CORDOVA.pdf> (citado dentro del documento) Localizado 120 de octubre de 2005.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio "Derecho Informático", MacGraw-Hill Interamericana. México, 2007. Tercera Edición (2003), p 218.

## HEMEROGRAFÍA

HERNÁNDEZ SOSA, Jonathan, "La oficina fuera de la oficina, facilita el trabajo y mejora decisiones" Periódico Reforma, México D.F., julio 26 de 1999.

## LEGISLACIÓN

LEY FEDERAL DEL TRABAJO (*Última Reforma DOF 17-01-2006*)

## CIBERGRAFÍA

[www.teletrabajador.com](http://www.teletrabajador.com) (Consultado el día 21 de octubre de 2008)

Revista de Informática [http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf](http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf) (consultado el día 21 de octubre de 2008)

[www.teletrabajador.com](http://www.teletrabajador.com)

<http://deteletrabajo.uji.es/articulos/art3.htm> (Localizado el 21 de octubre de 2008)

<http://deteletrabajo.uji.es/articulos/art3.htm> (Localizado el 20 de octubre de 2008)

[http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf](http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/pino.pdf)

[http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/editorial/editorial\\_0119.php](http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/editorial/editorial_0119.php)

[http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/editorial/editorial\\_0119.php](http://www.caminandoutopias.org.ar/contenidos/notas/editorial/editorial_0119.php)

## LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN LOS ASUNTOS DE SEGURIDAD SOCIAL

PONENCIA PRESENTADA EN LA DÉCIMA ASAMBLEA DE LA ACADEMIA MEXICANA DE LA SEGURIDAD SOCIAL, EN LA CIUDAD DE MÉXICO LOS DÍAS 19 Y 20 DE FEBRERO DE 2009

*Dr. Ángel Guillermo Ruíz Moreno*

**ABSTRACT:** Los principios procesales en el Derecho de Seguridad Social se han conformado por disposiciones, establecidas en otras materias y no han surgido de la problemática singular del derecho social. Es imperante el desarrollo y creación de normas específicas. Posibilitar un derecho procesal que tutele los principios de la seguridad social y que la justicia sea impartida por Tribunales especializados en la materia.

¿Qué es la justicia? Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres —desde Platón hasta Kant—. Y sin embargo, ahora como entonces carece de respuesta. Quizás sea porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva, sino tan sólo preguntar mejor.

Hans Kelsen

**SUMARIO:** 1. CONTEXTO GENERAL Y UBICACIÓN DEL PROBLEMA. 2. LA SINGULAR MANERA DE ATENDER LOS ASUNTOS JURISDICCIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL EN LATINOAMÉRICA. 3. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE CONTAR CON UN DERECHO PROCESAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO. 4. ALGUNAS IDEAS A MANERA DE CONCLUSIÓN Y DE PROPUESTAS.

## 1. CONTEXTO GENERAL Y UBICACIÓN DEL PROBLEMA

Qué difícil resulta hablar o escribir con relativa certidumbre y autoridad acerca de lo que apenas se está construyendo en la ciencia jurídica Latinoamericana. Nos referimos naturalmente a los llamados *principios procesales en los asuntos de seguridad social*, un tema poco explorado -por no decir que hasta ignorado- cuya importancia y trascendencia están fuera de toda discusión.

Porque a manera de contextualización de la problemática, respetando obviamente las ideas de quienes difieran de las opiniones aquí vertidas -mismas que intentan provocar la reflexión serena y comprometida de todos nosotros como interesados en esta hermosa disciplina-, lo cierto es que tales *principios procesales* sólo existen hipotéticamente al aplicar normatividad supletoria ajena por completo a la naturaleza intrínseca de la seguridad social.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> No siempre se alcanza comprender a cabalidad la cognición y alcances de la frase *naturaleza intrínseca* de algo o alguien. Acaso la paradigmática moraleja de “la rana y el escorpión” nos ayude a entender mejor de qué se trata:

Se aprestaba la rana a cruzar a nado el arroyo. El escorpión le rogó: “déjame subir sobre ti, es la única forma que tengo de vadear el agua”. “No puedo, -dijo la rana- me picarías”. “Jamás, -le replicó el escorpión- pues en ese caso moriríamos los dos”. Tan certero razonamiento la convenció (...) y en el medio del trayecto sintió la picadura mortal. “¡Qué has hecho!, -exclamó la rana- los dos moriremos”. “Lo sé, -contestó el crustáceo- pero no tuve alternativa (...) hacerlo está en mi naturaleza”.



Si tales *principios procesales de seguridad social* de alguna manera existen, lo hacen más bien por simples razones pragmáticas o mejor aún, utilitarias, debido a que discrecionalmente se aplican en la práctica por los tribunales especializados competentes por ley para conocer, tramitar y resolver este tipo de procedimientos especiales de la seguridad social; si bien se encuentran estructurados de origen para otras cosas, distintas materias de naturaleza diferente, y se van construyendo de manera singular y poco ortodoxa al haberse tomado acaso *principios procesales genéricos del Derecho Común, o bien procedimientos completos que se han tomado prestados a otros tipos de asuntos* -normativas procedimentales administrativas, laborales o fiscales del país-, ante la palpable y sentida ausencia de un auténtico *Derecho Procesal de la Seguridad Social Nacional*.

He aquí la primera gran interrogante a tratar de resolver por nosotros los juristas, y la premisa de la cual se parte en este ensayo: ¿Existe en México un *Derecho Procesal de la Seguridad Social*?<sup>2</sup>

Porque si existiera -hipótesis no consentida, desde luego-, estaríamos nada menos que ante una notoria *excepción* de lo que es la regla general en Latinoamérica; una excepción que por si misma nos confirmaría la ancestral ausencia en esta región geográfica de este Derecho Adjetivo, pese a que la instauración de la seguridad social en el país tiene ya más de de medio siglo -para ser exactos 65 años y contando-.

Sin tener noticia todavía de que algún país maneje la administración de justicia y la resolución de estos asuntos que tienen que ver precisamente con la materialización de este derecho humano y social, ajenos al Derecho Procesal Laboral por meras razones prácticas de origen; o en su caso de los procedimientos del Derecho Administrativo o del Derecho Fiscal, según el caso específico de que se trate.

Al punto no se omite señalar que por simples razones de pertinencia, así como de tiempo y espacio, no se hablará en este breve ensayo de ningún país en concreto- vamos, ni siquiera del nuestro-, pese a contarse ya, en esta temática procedimental de

---

<sup>2</sup> Al lector interesado en esta temática específica de la notoria ausencia en México, en pleno siglo XXI, de un genuino Derecho Procesal de la Seguridad Social -nacional y local-, le sugerimos acceder al libro de nuestra autoría intitulado: *“La impugnación legal de los actos definitivos del Seguro Social en México”*, Porrúa, México, 2008.



los asuntos de seguridad social, con una panorámica completa del área de nuestra amada *América morena*.

## **2. LA SINGULAR MANERA DE ATENDER LOS ASUNTOS JURISDICCIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL EN LATINOAMÉRICA.**

En efecto, visto el entorno de esta región del planeta, vale afirmar que doctrinariamente los *principios procesales generales en asuntos de la seguridad social, no han sido razonados ni estructurados de manera sistematizada, acorde a la naturaleza intrínseca del problema de fondo que aquí se analiza*; de lo cual se colige que no hay *principios procesales* específicos en los procedimientos administrativos y/ o jurisdiccionales en los que los juzgadores basen la enorme responsabilidad de impartir justicia, ni tampoco las partes involucradas pueden saber a qué atenerse puesto que las “reglas del juego” dependen más bien de la opinión o visión del juzgador.

Nunca debemos perder de vista que la ciencia del Derecho dejaría de serlo si el conjunto de conocimientos obtenidos mediante el razonamiento lógico-jurídico no se estructurase sistemáticamente a fin de que sea factible deducir principios generales - en el caso concreto que nos ocupa, en materia procedimental y específicamente tratándose de conflictos surgidos respecto de la seguridad social-. Grave cosa para la ciencia del Derecho el que en la práctica, tratando de llenar vacíos legales, se utilicen analogismos o similitudes procedimentales en el ofrecimiento, admisión y valoración de pruebas u otras fases procesales análogas, intentando equiparar un asunto de tanta envergadura como es el relativo a por ejemplo las prestaciones de la seguridad social; igualándoles por meras razones prácticas a simples “procesos administrativos”, “procesos laborales” o “procesos fiscales”, sin considerar que existen detrás de dicha problemática seres humanos de carne y hueso, gente real con problemas reales *que merecerían tener un trato jurídicamente diferenciado, que se encuentre siempre previsto en la propia norma legal procedimental*.

---

Por cierto, en muy pocos países del área geográfica Latinoamericana -a diferencia de lo que ocurre en México-, sí existe el fuero específico de seguridad social, como en la república de Argentina por ejemplo. Allá existe una *Cámara Federal de Seguridad Social*, encargada de tramitar y resolver este tipo de asuntos.



Pero como ello no existe, en *asuntos de la seguridad social*, ya en la práctica cotidiana:

a) Se aplica la normativa y regulación procedimental laboral, dado que suelen ser los Tribunales del Trabajo quienes tramitan y resuelven estos juicios por prestaciones de seguridad social -que no son laborales-;

b) Se aplica la normativa y regulación administrativa, al ser los Tribunales Administrativos quienes tramitan y resuelven estos juicios por prestaciones de seguridad social -que no propiamente son asuntos administrativos-; y,

c) Se aplica la normativa y regulación tributaria, al ser los Tribunales Fiscales quienes tramitan y resuelven estos juicios por aportaciones de seguridad social -que no necesariamente son fiscales-.

De manera que, en este diagnóstico situacional, uno de los grandes pendientes que tiene el cultor de la ciencia del Derecho en América Latina entera tiene qué ver con todo lo que atañe a la efectiva *materialización* del Derecho de la Seguridad Social sustantivo, *al carecerse en nuestros países de un Derecho Procesal propio de esta abigarrada disciplina*.

Esta inexistente normativa procedimental -la que teóricamente debería contener los *principios procesales* específicos en esta compleja e incomprensible disciplina-, debe ser dictada *ex profeso* por el propio legislador nacional considerando en todo momento la *real naturaleza jurídica*, tanto del servicio público brindado por el Estado, como el de los sujetos que intervienen en tan peculiar e inquietante proceso: por una parte los Seguros Sociales; y, por otra parte, los asegurados, sus familiares derechohabientes dependientes económicos, o acaso el resto de los legales beneficiarios de este servicio público a cargo del Estado, tales como campesinos, patrones, personas físicas, estudiantes, profesionistas, etc.

Intentando evitar lamentables confusiones a ese respecto, aclaramos desde ahora algo que es crucial y que a menudo se pierde de vista: *que la seguridad social no es un simple servicio público*, al que sin mayor problema el Derecho Administrativo podría atender a cabalidad. No, definitivamente no es igual al resto de los servicios públicos a cargo del Estado, ya que éste que nos ocupa, es un servicio público singular que involucra a toda una sociedad organizada, y que nada menos tiene a su cargo

cuestiones tales como la propia dignidad humana o la calidad de vida, lo que no es poco. Porque la salud, las prestaciones sociales y las pensiones no son cualquier cosa, y jamás debiéramos de olvidarlo en este caos de mitos que suelen rondar como moscas a la seguridad social contemporánea.

Aún más: *el Estado mismo no debería jamás confundirse en la delicada tarea de la impartición de justicia*, pero en la realidad -siempre más sabia que el Derecho- se confunde irremisiblemente, al aplicar en forma supletoria normas de naturaleza distinta.

Caso típico de la complejidad procedimental que representa la forzada utilización de principios jurídicos y procedimientos por completo ajenos a la seguridad social, lo es la coexistencia forzada *de una normativa de Derecho Público* -que es aplicación estricta, misma que debe observar el ente asegurador prestador del servicio público de seguridad social-, con respecto a la *aplicación laxa y tuitiva* de principios procesales que son propios del Derecho Social (*v.gr:* del Derecho Laboral), los que tienden a equilibrar a las partes en el proceso laboral por meras razones de clase social, debido a que, como los beneficiarios asegurados suelen ser trabajadores subordinados, deben entonces recibir el trato jurídicamente diferenciado que merecen a través con la aplicación de principios procesales fácticos que propenden en todo momento al equilibrio de las partes justiciables en un juicio laboral.

Aquí surge una interrogante clave: *¿Cómo empatar principios procesales disímbolos -ya laborales o ya fiscales o administrativos- en este tipo de asuntos de seguridad social, si la aplicación de normas depende más bien del criterio o la discrecionalidad del juzgador ante la sentida ausencia de un Derecho Procesal de la Seguridad Social?*

Porque debido a que en todos los países Latinoamericanos se entienden, planifican e instrumentan estos procedimientos de materialización de derechos normados, de efectiva tutela de derechos -adquiridos o latentes-, y administración de justicia en asuntos de la seguridad social, sencillamente *no hay principios procesales generales* contruidos y habrá que tender entonces a su eventual construcción.

Para colmo de males no hay -ni debe haber, claro está- principios jurídicos procesales “genéricos intercambiables”, pues ese tipo de “seudo-principios” (sic) terminaría



por olvidarse de lo principal: a) del propio *sujeto* justiciable que se vea obligado a intervenir en un procedimiento determinado cuando el ente asegurador no actúa bajo el principio de la buena fe o se equivoca; y, b) el *objeto* mismo del juicio y/o procedimiento con cuya materialización se propende al aplicarse la norma legal -siempre general, abstracta y coercible-, al caso concreto específico, transformar lo ideal a la vida real al pasar de lo meramente teórico a lo práctico.

Empero, no será fácil saldar esa deuda con nuestro Derecho Positivo. Y no lo será por asuntos de técnica jurídica ni por falencias estructurales de nuestro sistema jurídico, sino más bien debido al específico peso político de quienes juegan los roles protagónicos en esta singular materia e intervienen ya directa o ya indirectamente en las disputas que los sitúan en las antípodas de criterios e ideologías, volviendo irreconciliables sus ancestrales diferencias; de forma especial -que no los únicos, pues hay otros actores sociales- nos referimos a los representantes del capital y del trabajo, los dos factores clásicos de la producción que regula el Estado.

Los infaltables factores políticos y económicos, en materia de los asuntos sociales son ingredientes básicos a considerar en todo momento dado que subyacen especialmente en la manera de entender, estructurar y brindar el servicio público de la seguridad social, por lo cual deben establecerse procedimientos claros, congruentes, uniformes, modernos y expeditos con el objeto de tutelar derechos y de administrar justicia en este delicado rubro; aunque ya sabemos que nuestra clase política suele olvidar la mayoría de las veces los asuntos sociales -salvo en épocas electorales-, e ignoran con soberbia y estulticia extraordinarias el meollo del asunto: *que el servicio público de la seguridad social es ante todo un derecho humano y social, irrenunciable, inalienable e inextinguible*.<sup>3</sup>

Además, hay un asunto técnico-jurídico que resulta ser de suyo un quebradero de cabeza para todos: la *multiplicidad de facetas* que suele presentar hoy en día la seguridad social contemporánea, atendiendo a los diversos perfiles que acaso sólo

---

<sup>3</sup> Para comprobarlo véanse los artículos 22 y 25 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aprobada por la Asamblea General desde el 10 de diciembre de 1948.

sea capaz de observar con toda objetividad un *segurólogo social* experto y dedicado.<sup>4</sup> Veamos enseguida porqué.

Los *segurólogos sociales* bien sabemos que el Derecho de la Seguridad Social se integró al paso del tiempo muy lentamente, con una maduración primaria de digamos más o menos medio siglo contado a partir de su origen (1883-1889), siendo una disciplina por obvias razones de inicio considerada entonces como un simple “apéndice” o añadido del Derecho Laboral; si bien en México tiempo después superaría y digamos que hasta rebasaría por la izquierda al Derecho del Trabajo. Dos hechos puros y duros demuestran nuestra afirmación a ese respecto:

~ *Primero*, el basamento de la seguridad social lo hallamos en el Título Sexto “Del Trabajo y de la Previsión Social”, artículo 123, de nuestra Constitución Federal, precepto único que regula más bien, como su nombre lo indica, el trabajo y la previsión social laboral -que no la seguridad social-. Debe pues *modificarse el sustento Constitucional de la seguridad social*, modernizándole y volviéndole un derecho social exigible al Estado.

~ *Segundo*, las leyes del trabajo ordinario en México datan de 1931 y 1970 -ésta, con una reforma procesal trascendente de 1980-; en tanto que las leyes de seguridad social básica (Ley del Seguro Social) son de 1943, de 1973 y especialmente de 1997 -reformada luego ésta en al menos dos terceras partes de su texto original, a fines de 2001-. Lo cual demuestra que si antaño la seguridad social seguía al trabajo, ahora por una serie de factores imposibles de tratar aquí por razones metodológicas, es exactamente al revés: ha alcanzado su plena autonomía y es ahora la seguridad social la que ha asumido el liderazo en el espinoso tema de los asuntos sociales. Por ello debe

---

<sup>4</sup> *Segurólogo social* es un neologismo utilizado habitualmente entre los expertos en seguridad social para denominar a sus pares, es decir, a quienes estudian la compleja temática de la seguridad social desde cualquiera de sus diversas aristas jurídicas sustantivas o adjetivas. Se trata de un concepto novedoso que se propone diferenciar, en el ámbito jurídico, a quien cultiva el Derecho Laboral de quien estudia el Derecho de la Seguridad Social.

A veces se usa el mismo más allá del ámbito estrictamente jurídico (esto es, para diferenciar a los expertos en seguridad social con perfiles profesionales de economistas, matemáticos actuarios, administradores, contadores públicos, sociólogos, médicos, trabajadores sociales, relacionistas industriales, etc.)

Por otra parte, en español suele utilizarse esta frase en vez del barbarismo “*securólogo (sic) social*” - por su analogía con *social security*-, que habitualmente se usa en idioma inglés, dado que el concepto es de origen un anglicismo. Todavía no es aceptado universalmente dicho concepto y aún es poco utilizado; pero, existen evidencias de que al fin comienza a ser utilizado en América Latina.



cobrarse plena conciencia de estas inercias mundiales a fin de “*deslaborar*” de una buena vez a la seguridad social.

Ahora bien, lo que ahora interesa más resaltar, no cabe duda alguna que al evolucionar la manera primigenia de entender este sistema protector magnífico -transitando de los seguros sociales *Bismarckianos* a la seguridad social *Beveridgiana*-, con el decurso de los años poco a poco se requirió acoger *figuras jurídicas* distintas a las de inicio exclusivamente laborales, y por lo tanto *el Derecho de la Seguridad Social* hubo de nutrirse de principios provenientes de diversas disciplinas heterogéneas, a saber:

- a) Del *Derecho Administrativo*, al ser los seguros sociales entidades públicas autárquicas -normalmente revistiendo el carácter de organismos públicos descentralizados con personalidad jurídica y patrimonio propio-, en razón de lo cual están sujetos siempre a dichas normativas como prestadores que son de un servicio público originariamente al cargo del Estado.
- b) Del *Derecho Fiscal o Contributivo*, toda vez que en prácticamente todo el planeta, los aportes o cuotas destinadas ex profeso a la seguridad social son considerados con la naturaleza de tributos -ya sea que se les considere en la normativa nacional como impuestos, derechos fiscales, tributos especiales, o tributos parafiscales-. Como quiera que sea, acaso sólo para obligar a su pago y en su caso expedir su cobro coactivo, se les ha atribuido en el carácter de contribuciones, así de origen hubiesen sido simples cuotas gremiales tripartitas.
- c) Del *Derecho Laboral o del Derecho Burocrático*, ya que el principal -que no el único- grupo social amparado, lo han sido y siguen siendo todavía los operarios al servicio de un empleador o bien al servicio del mismo Estado; quedando éstos habitualmente protegidos en caso de siniestros laborales, lo que implica que bajo la *teoría del riesgo social* se releve a los empleadores de todo tipo de responsabilidades por esta clase de riesgos, siempre a condición de que el patrón hubiese asegurado a sus empleados subordinados. Además, es usual en las legislaciones Latinoamericanas que otro tipo de prestaciones sociales -tales como la vivienda o el servicio de guarderías-, al igual que la maternidad y otras contingencias de vida de los trabajadores, antaño protegidas por la *previsión social* laboral, ya estén únicamente amparadas por la seguridad social; así, más allá de su real autonomía interdisciplinaria, siguen ligados el Derecho Laboral y el Derecho de la Seguridad Social.

- d) Del *Derecho Económico*, al tratarse la seguridad social de una política de Estado y un redistribuidor nato del ingreso económico de un país, se ha convertido al paso del tiempo en una estrategia fundamental del propio Estado para preservar e incrementar el bienestar social mediante políticas públicas relativas a la protección social solidaria de la población. Imposible pensar a fines de la primera década del siglo XXI, en un país que no tenga como asunto crucial en su gasto social la planificación e instrumentación de un sistema de seguridad social; y,
- e) Del *Derecho Financiero o Bursátil*, toda vez que en aquellos países en donde se tienen modelos pensionarios previsionales de capitalización individual con administración privada -Chile, Perú, México, Costa Rica, etc.-, los fondos que son guardados de manera forzosa por el operario en activo, para preveer una contingencia futura de cualquier tipo que le impida laborar, se invierten precisamente en instrumentos bursátiles en el mercado financiero (Bolsas de Valores), a fin de preservar su valor adquisitivo e incrementarlo. Ello ha convertido a los operarios asegurados en *inversionistas*, para decirlo en pocas palabras, sujetos todos obviamente a los vaivenes económicos nacionales y mundiales.<sup>5</sup>

Entonces, la pregunta clave a responder ahora es: *¿Desde qué óptica debe verse, analizarse e interpretarse la temática de la seguridad social?* Y la respuesta a tal interrogante dependerá en todos los casos de la *posición* en que cada uno de los involucrados guarde con respecto a ella. Porque,

- Si el problema le atañe directamente al Estado, sus representantes querrán verlo desde el punto de vista del Derecho Económico o del Derecho Administrativo, dependiendo siempre del perfil que mejor convenga;
- Si quien resiente la problemática es la Institución de seguridad social o alguno de sus funcionarios, querrá visualizarlo e imponer el punto de vista meramente Administrativo, en cuyo marco actúa;

---

<sup>5</sup> Al lector interesado en esta compleja temática del pentágono de perfiles que suelen presentar los seguros sociales actuales, tanto en América Latina, le sugerimos la lectura del libro de nuestra autoría intitulado *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 13ª edición, Porrúa, México, 2008. Allí se explica con toda claridad y amplitud algunos de los temas más paradigmáticos de esta compleja cuanto evolutiva disciplina jurídica, entre ellos: las 3 personalidades distintas de todo seguro social; la del pentágono de caras o perfiles que suelen presentar estos entes públicos -que dificultan de sobremanera su comprensión para un juslaboralista-; y cómo fue formándose poco a poco el Derecho de la Seguridad Social al informarse de otras disciplinas hasta alcanzar ya su plena autonomía.



- Si se trata del trabajador asegurado -o de su núcleo familiar dependiente económico-, le importará tan sólo el punto de vista Laboral del tema;
- Si el asunto se relaciona con el pago de cuotas o aportes para el sostenimiento del servicio público de la seguridad social -a cargo generalmente del empleador sujeto obligado al pago-, se impone verle más bien el lado Fiscal o Contributivo al asunto; y,
- Si el problema se reduce por ejemplo a la concesión de pensiones, y el sistema pensionario no es un modelo de reparto solidario (fondo común) sino el modelo previsional de capitalización individualizada, entonces se tendrá que ver necesariamente el perfil Bursátil o Financiero del problema, sobre todo si se halla involucrada la administradora privada.

De todo lo anteriormente expuesto nos quedan claras ya al menos 2 cosas: que de alguna manera todos los involucrados tendrían *su* razón -que no *la* razón-; y que ello nos demuestra la enorme dificultad que entraña a quien cultiva una sola de dichas especialidades (administrativa, laboral, fiscal, etc.), el abarcar en su totalidad todas las aristas u ópticas de la compleja problemática de la seguridad social contemporánea, lo que le resta de forma dramática la real posibilidad de comprender a cabalidad y en toda su magnitud el problema jurídico inherente al asunto de marras.

Lo que nos permitiría concluir en el sentido de que México -y de suyo Latinoamérica entera-, *no cuenta todavía con un procedimiento que permita la comprensión abarcadora de toda la problemática que suele ser planteada al juzgador en asuntos de seguridad social*, lo que por sí mismo limita o impide la resolución del conflicto jurídico con plena justicia social.

Y por lógica, al no existir tal Derecho Adjetivo particular, tampoco existen los pretendidos *principios procesales generales de seguridad social* a los que hemos querido pero no hemos podido referirnos por obvias razones que saltan a la vista.



### 3. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE CONTAR CON UN DERECHO PROCESAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO.

Ante tan sentida omisión normativa procesal en lo que atañe a procedimientos específicos de la seguridad social, el hecho por sí mismo y sin mayores explicaciones causa-efecto constituye todo un reto para los juristas, y un desafío enorme para aquellos que están inmersos en las cuestiones prácticas o de materialización efectiva de la seguridad social. Muy en especial para los impartidores de justicia, claro.

Porque sin dudar en forma alguna de su capacidad intelectual, ni tampoco de su sensibilidad social, su calidad moral y ética, o de su compromiso con la equidad que seguramente animará su delicada tarea, lo cierto es que ni a ellos -para ser justos, a nadie- *la ciencia jurídica les ha facilitado los instrumentos para actuar de mejor manera en esa permanente búsqueda de la verdad legal y ese valor tan abstracto llamado “justicia”.*

Ignoramos cómo les va y en especial lo que cada uno de ellos ha hecho desde su trinchera, para conseguir del Poder Legislativo la expedición de una ley que les dote al fin de las herramientas jurídicas necesarias para ejercer con mayores posibilidades de éxito su noble labor. Ignoramos incluso si es que han librado alguna lucha o sencillamente se han dedicado a tramitar procedimientos y resolver juicios con lo que tienen a la mano y haciendo lo que está a su alcance. Más de alguna vez nos han constado que incluso públicamente se ha lamentado más de uno a tener qué acudir a reglas laborales o fiscales en tan delicada tarea.

De lo que sí estamos ciertos es que la mejor herramienta para volver realidad la aspiración de sentirse protegido por la seguridad social, atraviesa por tener reglas procedimentales claras y congruentes en la materia, e incluso de que se integren tribunales especializados con personal ex profeso capacitado para efectuar tales tareas; todo ello -que quede muy claro-, no con la intención de volverle una especie de *estanco*, sino por estar comprobado que “todólogos” (sic) no hay, y cada quien debería ir a lo suyo; esto es, el laboralista a lo laboral; el fiscalista a lo fiscal; el administrativista a lo administrativo; y lógico: *el segurólogo social a la temática específica de la seguridad social.* Así de simple.



Sin perder de vista tampoco que no pocas veces los propios Seguros Sociales -que son los instrumentos jurídicos de la seguridad social actual y también sus antecedentes primarios-, *imparten justicia en la vía administrativa*, al metafóricamente revisar el caso concreto el propio superior jerárquico, sentado y tranquilo, lo que el inferior hiciera antes de pie y de prisa. Pero lo hacen ateniéndose sólo a reglas administrativas internas, a directrices, a normatividad enfocada más a cuidar posibles vicios de forma que de fondo. Es decir, intenta hacer justicia siendo juez y parte, y eso mata cualquier intento de objetividad.

Esto a su vez se traduce en la práctica en una *injerencia indebida de normatividades administrativas*, no pocas veces discrecionales, que desde luego no empatan con la normatividad legal vigente y menos todavía con el espíritu que anima a la legislación social -siempre tuitiva del trabajador asegurado o su familia-, creándose así un galimatías irresoluble al generarse una mescolanza peligrosa de criterios de tramitación e interpretación de normas, sin el menor respeto al Estado de derecho en que vivimos. Máxime si la temática concreta no se maneja con adecuado criterio, objetividad y responsabilidad, lo que por experiencia sabemos no es fácil debido a un sin número de factores que inciden en tan peculiar *impartición de justicia administrativa* en seguridad social.

Al punto diremos que quienes hemos cultivado el Derecho Social, comprendemos y hasta justificamos la existencia de figuras tales como la *suplencia en la deficiencia de que adolece la queja del trabajador* o el principio jurídico *in dubio pro operario*. Empero, contrario a lo que podría suponerse a golpe de vista, es factible afirmar categóricamente que salvo contadas excepciones -los riesgos de trabajo entre ellas-, *el procedimiento de seguridad social debe ser siempre de aplicación estricta*.

Dicho de otra manera, para que mejor se entienda: En materia de seguridad social, si se cumple con el requisito fijado en la norma legal en cada caso concreto, procederá la concesión de la prestación; pero si no se cumplió a cabalidad con los periodos de espera o con los requisitos de acceso previstos en ley, entonces de plano no procederá su concesión.

A golpe de vista parece simple el asunto, pero en la práctica no lo es, dado que pueden cometerse muchas injusticias debido a dos factores claves: a la ignorancia del

titular del derecho, o a la incultura jurídica de su asesor; porque más allá de si se cumplió o no la “condición suspensiva” de acceso a determinada prestación, habrá que saber *si efectivamente está probado en autos que el requisito exigido en ley se satisfizo*. Insistimos en que aquí *no basta haber cumplido, sino que habrá que demostrarlo*. Porque en estos casos no debe operar la *presunción legal* de cumplimiento aplicada a rajatabla; ni tampoco la aplicación *a priori* del principio jurídico *in dubio pro operario*, toda vez que se trata siempre de legislaciones de orden público e interés social las cuales contienen normas taxativas que no quedan al arbitrio de nadie cumplir a cabalidad en todo momento. Debiendo partirse siempre de la premisa de que *el Derecho es prueba* -aun tratándose de juicios y/o procedimientos relativos a la seguridad social-, pues no basta con argumentar sino que se debe probar en todos los casos. El principio jurídico es inmutable y muy claro: *“el que afirma está obligado a probar”*.

Acaso podrá aducirse a ese respecto que con una visión rigorista se intentan resolver los problemas que atañen a la seguridad social; pero sucede que una de las premisas legales a satisfacer para adquirir derechos y poder ejercitarlos lo son *el obsequio cabal a los “periodos de espera” o “requisitos de acceso”*, tanto para prestaciones en metálico como en especie. Requisitos tales como edades biológicas, parentesco, estado civil, número de años o de semanas cotizadas a la seguridad social, etc.

En tales casos, corresponde precisamente *al asegurado que lo afirma, el justificar a satisfacción del ente asegurador* -o de la autoridad jurisdiccional en su caso-, que efectivamente se ha cumplido a cabalidad con tales requisitos legales y/o reglamentarios previstos en norma; quedando entonces *relevado de la carga de la prueba el ente asegurador nacional*. Aquí precisamente subyace uno de los grandes temas olvidados de la seguridad social: *la responsabilidad individual en esta materia*; porque *no basta que el Estado asuma su responsabilidad en materia de protección social si el individuo asegurado no hace y pone de su parte*.

De manera que nos guste o no, querámoslo o no aceptar al parecernos descabellada la idea, aquí en este tipo de juicios y procedimientos de seguridad social, contrario a lo que prejuiciosamente cabría o podría suponerse, impera pues el principio jurídico procedimental de que *“quien afirma está obligado a probar”*, así sea un trabajador quien reclame tal prestación. Salvo, claro está, alguna excepción legal o en su caso la existencia de criterio jurisprudencial que obligue al propio ente asegurador



nacional a justificar su dicho en caso de controversia así sea casi imposible poder probar hechos negativos.<sup>6</sup>

De allí parte entonces la enorme dificultad de hablar de incontrovertibles *principios procesales en los procedimientos de seguridad social*, al ser obvio que cada seguro social -ya federal o ya local- tiene vías procedimentales distintas y cuenta con tribunales diferentes para aplicar las vigentes cuanto heterodoxas normas adjetivas para administrar justicia en este rubro; y, además todos los tribunales jurisdiccionales suelen manejarse con criterios claramente diferenciados entre sí, atendiendo sobre todo a cuestiones de especialidad y de materia propia.

---

<sup>6</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, ha sentado ya un precedente contrario a dicho criterio probatorio precitado, mismo que consideramos pertinente transcribir para explicar que el Derecho Procesal de la Seguridad Social aún está en plena construcción. La tesis referida es del tenor siguiente:

“SEGURO SOCIAL. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LAS COTIZACIONES DE LOS TRABAJADORES QUE SIRVEN DE BASE SALARIAL PARA DETERMINAR LA CUANTIFICACIÓN DE LAS PENSIONES QUE PREVÉ LA LEY RELATIVA, CORRESPONDE AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL.- La Ley del Seguro Social vigente hasta el 30 de junio de 1997, disponía en su artículo 275 como lo hace la ley en vigor en su artículo 295 que las controversias entre los asegurados o sus beneficiarios y el Instituto Mexicano del Seguro Social, sobre las prestaciones que dicha ley otorga, podrán ventilarse ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, lo que significa que al no señalar el procedimiento correspondiente, tal medio de defensa debe substanciarse conforme a las reglas procesales que regulan el funcionamiento y actividad de la aludida Junta Federal, es decir, de conformidad con el procedimiento previsto por la Ley Federal del Trabajo; por tanto, al establecer el ordenamiento legal primeramente citado que para el cálculo de la cuantía básica de las pensiones que el Instituto Mexicano del Seguro Social otorga a los trabajadores asegurados debe tomarse en cuenta el promedio de las últimas semanas de cotización, para determinar en un juicio laboral a quien corresponde probar tal extremo, debe acudirse a lo dispuesto por el artículo 784 de la Ley Federal del Trabajo, que prevé la figura procesal de la carga de la prueba y de cuyo contenido se desprende que el espíritu del legislador es, además de garantizar una igualdad real en el proceso mediante la tutela y protección del trabajador relevándolo de la carga de la prueba, el de alentar al sistema participativo en el proceso laboral a fin de que la contraparte de éste y terceros extraños al juicio, que por lógica o disposición de las leyes, disponen de más y mejores elementos de prueba que el propio trabajador, los aporten a efecto de lograr el real esclarecimiento de los hechos; siendo el Instituto quien por disposición de los artículos 240 de la Ley del Seguro Social anterior y 251 de la Ley en vigor, 4, 6, 7, 10, 13, 14 y 15 del Reglamento de Afiliación de patrones y trabajadores, el que posee los comprobantes e información idónea para acreditar el tiempo de cotización por corresponderle el registro e inscripción de los trabajadores para efectos del seguro social obligatorio, altas y bajas de estos, así como el registro de los salarios y sus modificaciones.”

Hasta aquí dicha transcripción textual.

Por cierto, dicha Tesis de Jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales Jurisdiccionales es localizable en el CD-Rom del Poder Judicial de la Federación: *Tesis de Jurisprudencia y Tesis Relacionadas*. Siendo la Tesis de Jurisprudencia número 27/98, consultable a páginas 524, Tomo VII, Pleno y Salas, mayo de 1998. Novena Época del Semanario Judicial de la Federación. Año 2000.

Por lo tanto, intentar generalizar ahora en cuanto a la probable existencia de *principios procedimentales generales en asuntos que atañen a la seguridad social* sería un craso error. Mejor será decir la verdad, por más que la misma sea dolorosa o pudiese molestar a algunas conciencias susceptibles. E inútil cuanto ocioso resulta tratar de abordar el tema de los *principios procesales generales de seguridad social* porque, a diferencia del Derecho del Trabajo que los ha venido construyendo desde hace casi un siglo en esta región -y que además los ha venido actualizando y perfeccionando-, *lo cierto es que en Derecho de la Seguridad Social tales principios procesales están apenas en proceso de construcción.*

Resulta penoso decirlo y sobre todo tener qué reconocerlo públicamente, pero esa es nuestra particular opinión. Todo lo demás que ahora pudiese añadirse al punto, no pasaría de ser mera especulación -teórica o pragmática, pero especulación a fin de cuentas-. Y claro está: *resulta fácil corroborar nuestra tesis, bastando con ver qué tribunales son competentes para conocer y dirimir estos conflictos en materia federal* (de la local, mejor ni hablamos) *y qué procedimiento utilizan para ello.*

1. Los asuntos que concretamente atañen a las *prestaciones de seguridad social*, atento a los previsto por el artículo 295 de la Ley del Seguro Social -trabajo ordinario, sea régimen obligatorio o voluntario-, le compete conocer a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. De manera pues que *la justicia es impartida por tribunales laborales y para ello utilizan procedimientos laborales* pensados obviamente para dirimir conflictos entre los factores de la producción (capital y trabajo), y no entre el ente asegurador nacional (IMSS) y sus derechohabientes. Por lo demás, se trata de una singular justicia impartida más bien por juslaboralistas pero no por segurólogos sociales, pues salvo al Presidente de dicha Junta Federal de Conciliación y Arbitraje -atento a la fracción IV del artículo 612 de la Ley Federal del Trabajo- *a ningún otro funcionario que realiza esta singular tarea "tripartita"* (esto es, integrada por representantes del Estado, patrones y trabajadores, quienes resulten por unanimidad o mayoría de votos en caso de disenso y que únicamente existe en México), *se le obliga a tener probada experiencia en materia de seguridad social.*



2. Los asuntos que se refieren a temas de naturaleza fiscal -así sea dudosa tal característica-,<sup>7</sup> que atañen a la seguridad social básica del país, se resuelven precisamente ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con arreglo a la competencia que le confiere el mismo precepto 295 de la Ley del Seguro Social; utilizándose primero el juicio fiscal que preveía el ya derogado Título IV, artículos 197 al 263 del propio Código Tributario Federal (derogado hacia finales de 2005), y luego la actual Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, reformada y vigente. Claro está que el procedimiento utilizado primero era eminentemente fiscal -metiéndose con calzador el tema de la seguridad social-, en tanto que el actual es de evidente índole contenciosa, sí, *pero de naturaleza tributaria y administrativa, no de seguridad social*; siendo impartida por juristas expertos en el rubro fiscal o administrativo, no verdaderos segurólogos sociales. Sin que hasta ahora se hubiesen especializado Salas para atender esta delicada tarea de justicia.
  
3. En el caso específico de la seguridad social de los servidores públicos federales, la Ley del ISSSTE, polémicamente reformada en 2007 -que es la ley más “judicializada” en la historia de México-, no contempla ex profeso tal competencia jurisdiccional, siendo entonces la propia Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa<sup>8</sup> la que prevé tal competencia, en la fracción VI del

---

<sup>7</sup> El tema de la *fiscalidad* de los aportes a la seguridad social da para una obra entera. La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mudado de criterio varias veces, en tanto que los expertos tributaristas nacionales -o extranjeros, da lo mismo-, no terminan aún de ponerse de acuerdo, eligiendo por comodidad “lugares pacíficos”. Hacen falta en nuestro país estudios serios acerca de esta temática, compleja a tal grado que un par de datos resultan relevantes y hasta aleccionadores: *el primero*, es que en México las aportaciones o cuotas tripartitas para el sostenimiento de la seguridad social (1943), no nacieron siendo fiscales, sino cuotas gremiales, lo que es muy distinto. *El segundo*, es que México tuvo “tipo fiscal” -es un requisito *sine qua non* de los tributos en todo el mundo el que el tipo fiscal esté previsto en norma legal-, hasta el año de 1983, al entrar en vigor el actual Código Fiscal de la Federación que poli reformado nos rige hoy día; de lo que se colige sin dificultad que durante ¡40 años! no tuvo soporte legal el cobro de tales créditos de seguridad social como de índole fiscal.

Al lector interesado en esta temática de la *fiscalidad aparente* de las cuotas tripartitas y aportaciones de seguridad social en general, le recomendamos ampliamente la lectura del capítulo IX del libro de nuestra autoría intitulado: *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, 13ª edición, México, 2008, pp. 256 a 317.

<sup>8</sup> En tratándose del ISSFAM, seguro social del segmento militar, la competencia se surte en favor del referido Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al tenor de la fracción V del artículo 11 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal. En tanto que al INFONAVIT (seguro social para la vivienda) le tocará resolver sus respectivas controversias igual que al IMSS, ante la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje si se tratara de prestaciones al asegurado; o bien ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en el rubro específico de aportaciones para vivienda, de hipotética índole tributaria. Sin mayores comentarios.

artículo 11, misma que sorprendentemente no se limita al rubro pensionario de la seguridad social, sino también abarca el de las *pensiones civiles* -cuando es el Estado y no el ISSSTE quien deba afrontar esta obligación legal, *sobre todo la jubilatoria* que se halla contemplada a nivel Constitucional en el artículo 123, Apartado “B”, fracción 11, inciso a); siendo éste un tema exclusivo del Derecho Burocrático laboral, el que no sobra añadir para evitar confusiones que es específicamente de *previsión social* más no de *seguridad social*.

De manera pues que ante tanta evidencia mostrada, sobra efectuar al respecto algún comentario adicional, pues ha quedado ya demostrada nuestra tesis sostenida a lo largo de este ensayo en el sentido de que *no existe propiamente un procedimiento de seguridad social específico, y que se aplican sin orden ni ortodoxia alguna todo tipo de procedimientos de manera supletoria, ante tan sentida ausencia, más no uno creado ex profeso para dirimir conflictos en materia de la seguridad social*.

Que conste, si bien de inicio nos hemos referido a esa lamentable ausencia al nivel Latinoamericano, lo cierto es que luego hemos estado abordando el caso concreto de México, país que es un ejemplo vivo de la fenomenal contradicción entre su rica historia -ya mítica en el rubro específico de los Derechos Sociales-, derivada del movimiento revolucionario que ya casi ajusta un siglo de haber iniciado y culminara con la promulgación de la primera Constitución Política Social del planeta, con respecto de su dolorosa, dramática y hasta *kafkiana* realidad.<sup>9</sup>

Porque sólo un país fantástico como el nuestro podría haber legado tanto y recordar tan poco, debido acaso a la ancestral falta de memoria histórica y de sentido previsional del que adolece nuestra patria. ¡Pues eso!

---

<sup>9</sup> Ocupado y preocupado permanente en este rubro específico de la seguridad social, y la efectiva administración de justicia en este rubro, he podido indagar un poco acerca de esta temática a nivel Latinoamericano. De suyo, a sugerencia del finado Dr. Manuel Alonso Olea -quien fungiera como mi Director de Tesis Doctoral-, dado que él afirmaba que era increíble que en México, repleto como está de buenos juristas, nunca nadie escribiera un libro acerca de la administración de justicia en este delicadísimo rubro social acaso “para no agraviar a los jueces” (sic), escribí un ensayo con el que obtuve dicho grado académico en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, mismo que ya ha sido publicado en México y cuya lectura recomiendo para tratar de entender el singular sistema de administración de justicia en materia de seguridad social mexicano. El libro se intitula “*La impugnación legal de los actos definitivos del Seguro Social en México*”, de Porrúa, México, 2007.



#### 4. ALGUNAS IDEAS A MANERA DE CONCLUSIÓN Y DE PROPUESTAS

Así las cosas, salvo acaso alguna honrosa excepción que sólo confirmaría la regla general, *aún no existen en nuestros países latinoamericanos verdaderos juzgados o tribunales de lo social, como tampoco existen procedimientos uniformes en la impartición y administración de justicia en este rubro.*

Lo que sí nos ha quedado muy claro, es la notoria obsolescencia de la otrora alabada figura del *tripartismo* -tristemente todavía utilizada en México para dirimir y resolver conflictos laborales y de seguridad social-. Esa idea, sin lugar a dudas valiosa en su tiempo, ha sido superada en todos los confines del planeta por la realidad; y sin que nuestro comentario pretenda restarle valor al *tripartismo* en otras áreas del proceso productivo, en materia de administración de justicia, sucede que en la práctica no se cumple, y por ende, lejos de contribuir la verdad es que estorba. Acaso decirlo más fuerte sea posible, pero decirlo más claro no es posible.

Reiteramos de nuevo ahora nuestra opinión en el sentido de que así existan conflictos en el rubro de la seguridad social y que con arreglo a derecho se ventilen los mismos ante tribunales con competencia<sup>10</sup> para ello -los que operan siempre con base a procedimientos propios de las materias laboral, fiscal o administrativa-, de plano *no existe en México un Derecho Procesal de la Seguridad Social*, acaso porque las propias leyes así lo han dispuesto por razones prácticas o de simple comodidad.

Lo explica, que no lo justifica, el que el Derecho de la Seguridad Social, si bien hoy una disciplina autónoma, surgió por meras razones de origen ligado ineluctablemente al Derecho del Trabajo al haberse planeado para operarios subordinados este esquema protector desde el primer Seguro Social del planeta en la época de Bismarck, su creador. Pero luego, lentamente fue ganando terreno y, en vez de seguir las inercias

---

<sup>10</sup> Hay de competencias a competencias, porque conforme al diccionario el vocablo es multívoco y tiene varias acepciones y significados. Dicho esto con el debido respeto que nos merecen los integrantes de nuestros prealudidos Tribunales (paradójicamente integrados al Poder Ejecutivo y no el Judicial), una cosa es que tengan *competencia jurisdiccional* para conocer del juicio o procedimiento, y otra distinta es la relativa a *la real competencia de sus miembros para resolver con sabiduría estas cuestiones de seguridad social*. Y qué conste ahora que ninguna culpa tienen quienes integran tales tribunales jurisdiccionales, que a ellos les tocó esa tarea y punto; por ahora sólo la capacitación profesional y permanente es la única manera de hacer bien o mejor su tarea en este rubro.



del Derecho Laboral, al andar hizo su propio camino, extendiéndose la protección a otros grupos sociales productivos. Por lo que ahora son también beneficiarios del servicio de la seguridad social otros grupos sociales distintos al de los trabajadores, entre ellos: auto-ocupados, profesionistas no subordinados, trabajadores autónomos, campesinos sin relación laboral, patrones, personas físicas, estudiantes de nivel medio superior y superior, etc.<sup>11</sup>

Como juristas advertimos el peligro de que, como resultado inevitable de las tendencias político-económicas observadas como una moda en nuestros actuales sistemas nacionales de seguridad social, se opte por desligar de una buena vez a este magnífico sistema protector, del empleo formal regulado (o *trabajo decente*, conforme le llama la propia Organización Internacional del Trabajo u OIT); ello partiendo siempre de la premisa básica de que *trabajo* y *empleo* no son sinónimos, puesto que todo mundo trabaja, pero no todos quienes trabajan están empleados ni sujetos a una relación laboral subordinada.

Por lo tanto diremos -acaso con un poco de audacia en la afirmación-, que poco o prácticamente nada tendrán qué ver en el futuro el nuevo Derecho de la Seguridad Social, con el actual Derecho del Trabajo.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Otto Von Bismarck, conocido como “el Canciller de Hierro” de Alemania, fue un gran estadista que entendió que los asuntos sociales tenía mucho futuro y que no son un gasto sino una inversión en lo mejor que tiene un pueblo, que es su gente. Bismarck creó la institución jurídica denominada *Seguro Social* -antecedente base de la actual seguridad social, siendo hoy sólo el instrumento de dicho servicio público-, durante el periodo 1883 a 1889. La idea eje consistió en reforzar los mecanismos protectores propios de la previsión social laboral, haciéndola extensiva al ámbito familiar del operario. Por ello no debe extrañar a los juslaboralistas que la actual *previsión social* esté por completo recargada en la *seguridad social* contemporánea, y que a veces hasta se confunda a la una con la otra.

<sup>12</sup> Los Informes de la OIT son muy claros a este respecto. El trabajo subordinado decrece rápidamente, declinando debido a problemas económicos globales y la recesión que ello genera, sin dejar de lado la perversa cultura del llamado “fraude laboral”, consistente en el ocultamiento o disfrazamiento de las relaciones laborales mediante figuras tales como el *outsourcing* o el pseudo contrato privado de prestación de servicios; siendo claros, no pocas fortunas se han amasado haciendo harina en polvo a los demás. Por otra parte, a partir de 2003, la propia OIT ha llamado a observar de manera especial en todos los países 2 fenómenos sociales fuera de todo control y aún no convenientemente regulados: la imparable *migración laboral* por un lado; y por el otro, la perniciosa *informalidad laboral*. Además, según la OIT hoy en día, en todo el planeta, de cada 10 nuevas ocupaciones que se crean, casi 8 de ellas son creadas en la llamada “auto-ocupación”.

Así las cosas, la gran interrogante clave a responder -sobre todo a raíz de la crisis financiera global de septiembre de 2008-, sea en el futuro: ¿Derecho *del* Trabajo o derecho *al* trabajo? El lector tendrá la mejor opinión a este respecto.



De tal suerte que si los representantes del Estado y muy en especial los juristas, no intervinimos decididamente para tratar de guiar a la sociedad contemporánea en la búsqueda de la ansiada nivelación de las desigualdades naturales existentes entre los seres humanos, buscándose para tales efectos fórmulas procedimentales para una correcta regulación de los factores de la producción (capital y trabajo) y, en su caso, quienes les sustituyan en los sistemas de la protección social (léase en tal sustitución, ente asegurador nacional / derechohabientes), *sin remedio llegaremos a la terrible inseguridad e injusticia social, que muy bien entendemos todos es exactamente la antítesis del Derecho Social.*

Urge entonces tomar nota puntual que *no es suficiente que exista un sistema nacional de seguridad social, ni que exista a la par un marco legal o reglamentario aplicable*; porque la norma legal, por sí misma, no resuelve nada si no existen verdaderos programas e instrumentaciones de todo tipo que tiendan a su correcta aplicación, volviéndose *efectiva* la correcta *administración de justicia*. En tal sentido, la justicia entendida como un valor, es un bien supremo, especialmente en los casos de seguridad social, justicia redistributiva que consiste en algo más que darle a cada quién lo que es suyo o lo que le corresponde.

Todavía una sana crítica más, la que comparten muchos amigos segurólogos sociales de distinto perfil profesional. Salvo algunas cuantas legislaciones comentadas y los pocos libros que abordan la temática acerca de los aspectos más bien doctrinarios o sustantivos -que no procesales- del Derecho de la Seguridad Social en América Latina, ningún tratadista o estudioso de la ciencia jurídica se ha preocupado por analizar a fondo las cuestiones adjetivas o procedimentales que atañen a la efectiva *materialización de la justicia* en esta compleja disciplina; mucho menos a volver realidad, en la práctica, la necesaria concreción de las prestaciones en dinero y en especie que se brinda a la población derechohabiente, plasmadas en nuestras legislaciones nacionales sustantivas de seguridad social. Menos aún se ha ocupado de indagar qué tanto se materializa en la práctica el manto protector de la seguridad social, máxime si se considera en todo momento que la seguridad social no está ya *hecha*, sino que requiere hacerse a diario para concretarla en el día con día y de manera progresiva.

Que no nos extrañe entonces el que la gente piense y hasta sienta que no hay en nuestros países de la llamada *América morena* una verdadera aplicación de *justicia* en esta disciplina, si es que ni siquiera existen tribunales jurisdiccionales especializados

que brinden a la población el servicio fundamental de la *tutela efectiva de sus derechos* -teóricamente irrenunciables, inalienables e inextinguibles-. No basta con estar protegido, sino que *es necesario sentirse protegido*. Ello a pesar de algunos esfuerzos dispersos e infructuosos, de quienes han intentado su creación y han visto frustrado su intento por cuestionables motivos políticos y/o económicos.<sup>13</sup>

Entonces, vistas las circunstancias, habría que determinar ahora, más allá de lo puramente conceptual, si con independencia de lo contemplado por el *Derecho sustantivo de la seguridad social*, el *Derecho adjetivo* está haciendo la parte que le toca, la que le corresponde hacer; esto es, *si la normatividad procesal en seguridad social está aportando y contribuyendo a materializar con efectividad los derechos de la ciudadanía*. Al menos cabría cuestionar con toda objetividad y sin apasionamientos, si en verdad se ha logrado *impartir genuina justicia* en este delicado rubro.

No perdamos de vista que *al Derecho procesal o adjetivo de la seguridad social le corresponde determinar cómo, cuándo y ante quién deben reclamarse los derechos* que, por una u otra causa, los Seguros Sociales, ya sea por error o por mala fe, se niegan a conceder a los beneficiarios de dicho servicio público los beneficios en dinero o especie previstos expresamente en norma legal.

Porque si es verdad que *la seguridad social es un derecho exigible al Estado*,<sup>14</sup> a fin de que no quede como un mero enunciado retórico plasmado en norma Constitucional y legal, deben buscarse siempre los mecanismos que apunten a facilitar su total observancia -incluyendo, claro, los sistemas procedimentalmente necesarios e ingeniosamente compensatorios, a fin de alcanzar la materialización efectiva en cada caso-, a aplicar de manera primordial cuando existan sujetos o grupos vulnerables que requieran, en mayor medida que otros, del auxilio de ese magnífico mecanismo redistribuidor del

---

<sup>13</sup> De la enorme influencia del *factor político* que subyace en materia de la seguridad social, sabemos porque nos consta como asesores legislativos que hemos sido en diversas legislaturas, tanto a nivel federal como estatal. Siendo francos, muy poco o casi nada se ha hecho para revertir o al menos atemperar esta sentida problemática social, y si nosotros los académicos no lo hacemos entonces nadie lo hará. Urgiría aportar nuestro esfuerzo individual para intentar cubrir pronto este sentido *vacío*.

<sup>14</sup> Léase el ensayo intitulado: *Los derechos sociales exigibles en México. Una aproximación conceptual*, en el libro colectivo intitulado "El Derecho Social en México a inicios del siglo XXI, una visión en conjunto." Ángel Guillermo Ruiz Moreno (coordinador), co-edición de la Universidad de Guadalajara, Editorial Porrúa México, 2007, pp. 1-20.



ingreso que es la seguridad social contemporánea, tales como los menores de edad, los discapacitados, los ancianos, las mujeres embarazadas, etc. No hacerlo así es sencillamente aberrante e inconcebible, pues nada hay más injusto en el Derecho Social que tratar igual a los que son desiguales.

Recuérdese también que las prestaciones de la seguridad social no son dones gratuitos de la caridad pública, sino *derechos irrenunciables exigibles al Estado* derivados de la inscripción de los asegurados (no siempre trabajadores), de los pensionados (no necesariamente ex-empleados subordinados), o de sus beneficiarios derechohabientes dependientes económicos de aquellos, inscritos o incorporados todos a los seguros sociales nacionales.

*A grado tal que deberá siempre ser factible el poder demandar al ente asegurador nacional para obligarle a cumplir con las disposiciones legales respectivas, mismas que le imponen el deber ineludible de actuar bajo la premisa de la buena fe para otorgar cuando proceda las prestaciones en dinero o en especie a que tienen legítimo derecho los beneficiarios del servicio, cuando se han reunido todos los requisitos exigidos por la norma legal aplicable para cada caso en particular.*

Para ello, resultará necesario *crear un auténtico Derecho Procesal de la Seguridad Social* en México, y dentro de los trabajos preliminares a efectuar, será necesario indagar a profundidad acerca del tema, efectuando un diagnóstico confiable para poder partir de bases firmes, *determinándose principios procesales de interpretación y cargas probatorias, así como aspectos jurídico-procedimentales varios en el menor los siguientes temas:*

- 1) Qué tipos de actos jurídicos administrativos de los distintos entes de seguridad social nacionales, son susceptibles de impugnación legal;
- 2) Diferenciar a cada uno de esos actos, acorde a su real naturaleza intrínseca, a fin de que sea resuelto con atingencia y la necesaria ortodoxia jurídica en el rubro de competencias y, en su caso, determinándose la vía -administrativa o contenciosa- en que podrán ser recurridos e impugnados los mismos;
- 3) Abordar el complicado tema de los procedimientos jurisdiccionales mediante los cuales serán combatidos los actos lesivos para los particulares beneficiarios del servicio público de la seguridad social;

- 4) Explorar con toda objetividad si pueden o deben crearse nuevos tribunales especializados en esta materia, sin que medien prejuicios ni escrúpulos que impidan materializar una medida de tal envergadura; o bien, si sólo se le dota de competencia suficiente a los actuales tribunales ya existentes, dotándoles a éstos de facultades plenas para exigir y comprobar en todo momento el cabal cuanto oportuno cumplimiento dado a la sentencia dictada por parte del correspondiente ente asegurador nacional.
- 5) De persistirse en la idea de utilizar a tribunales preexistentes, habrá qué dotarles de reglas específicas procedimentales que propendan ineluctablemente a la justicia en los asuntos de seguridad social; obligando también a la especialización de todos sus integrantes en esta temática compleja, abigarrada y altamente evolutiva; y,
- 6) Sobre todas las cosas, *precisar en normas procesales adjetivas claras cuáles deben ser los principios jurídicos que deberán regir en la administración de justicia en este rubro específico*, sometiendo a su imperio a todos los involucrados (a los entes de seguridad social; asegurados y derechohabientes; terceros implicados -como podrían ser administradoras privadas de fondos de pensiones, prestadoras de servicios de salud o de servicios sociales-; e inclusive a los propios juzgadores); ello con la finalidad de evitar todo tipo discrecionalidades o abusos en agravio de una sociedad que paga tributos y que apuesta su futuro a que funcionen los sistemas de seguridad social nacionales.

En resumen, habrá entonces qué mirar más al futuro que al pasado en este delicado asunto, a fin de evitar confundirnos. Nuestra esperanza radica esencialmente en *una efectiva tutela de nuestros derechos* en materia de seguridad social, que sea impartida por tribunales especializados integrados siempre por *gente con conciencia de clase y clase en la conciencia*. Habrá qué trabajar duro en ello, pues bien visto en su conjunto el tema abordado, no contar al menos con esa esperanza es más que inquietante, de plano inaceptable porque sin seguridad social no hay futuro.



## AVISO DE COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR ¿REQUISITO FORMAL O DE PROCEDENCIA?

**Lic. Juan Manuel Ángel Sánchez**  
Secretario de Acuerdos de Sala Superior  
Diciembre de 2009

**ABSTRACT:** El artículo 23 del Código Fiscal de la Federación contempla la figura de la compensación como forma de extinción de la obligación tributaria, exigiendo para ello el cumplimiento de diversos requisitos establecidos en el mismo numeral, entre los que se encuentra la presentación de un aviso dentro de los cinco días hábiles siguientes a que esta compensación se realice. Respecto de dicho requisito tanto el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa como la Suprema Corte de Justicia de la Nación han arribado a resoluciones distintas, respecto a las consecuencias que acarrea su incumplimiento. En el presente texto se lleva a cabo un breve análisis de los razonamientos expuestos por ambos órganos de impartición de justicia para arribar a sus respectivas conclusiones, así como el porqué se estima que el criterio del primero de los referidos órganos resulta más atinado.

### PLANTEAMIENTO

En sesión celebrada el pasado día 28 de septiembre de 2009, el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (en adelante el Pleno), resolvió la contradicción de sentencias número 979/07-20-01-8/Y OTRO/484/09-PL-01-01, y aprobó la tesis VI-J-SS-46 con carácter de jurisprudencia, cuyo rubro y contenido es el siguiente:

**“COMPENSACIÓN DE CONTRIBUCIONES. LA PRESENTACIÓN DEL AVISO CORRESPONDIENTE CONSTITUYE UN REQUISITO DE FORMA, CUYA OMISSION NO TRAE COMO CONSECUENCIA QUE AQUÉLLA SEA INDEBIDA O IMPROCEDENTE.** El primer párrafo del artículo 23 del Código Fiscal de la Fed-

ración permite a los contribuyentes obligados a pagar sus impuestos mediante declaración, compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que deban pagar por adeudo propio o por retención a terceros, para lo cual establece tres condiciones que consisten en que las cantidades que se compensen deriven de impuestos federales distintos de los causados por la importación; que esos impuestos los administre la misma autoridad y que no tengan destino específico, incluyendo sus accesorios, de modo que si se incumple alguna de ellas la compensación resultará indebida, por lo que constituyen requisitos de fondo de la misma. Asimismo, instituye dos requisitos más, consistentes en que se compensen cantidades actualizadas y que se presente el aviso de compensación correspondiente dentro de los cinco días siguientes a aquél en el que la misma se haya efectuado, acompañado de la documentación que al efecto se solicite en la forma oficial correspondiente, los cuales no condicionan la eficacia de la compensación, porque no impiden que ésta se efectúe, de modo que sólo pueden ser considerados requisitos de forma y, en ese sentido, la presentación del aviso de compensación no es un requisito “de procedencia”, cuyo incumplimiento traiga como consecuencia que la compensación efectuada sea indebida o improcedente, máxime que el numeral en comento no lo establece así, ni prevé la posibilidad de requerírsele al contribuyente, apercibiéndolo de que si no lo exhibe dentro del plazo otorgado o no acredita haberlo presentado, la compensación efectuada será indebida o improcedente, sino que solamente implica una infracción que es sancionada con la imposición de una multa.”

De su primera lectura, se desprende que el Pleno llevó a cabo una interpretación del artículo 23 del Código Fiscal de la Federación, que regula la figura de la compensación como forma de extinción de la obligación tributaria. Con motivo de esta interpretación ese cuerpo colegiado resolvió que aun cuando el referido numeral establece en su primer párrafo la obligación que tiene el contribuyente de presentar el aviso de compensación respectivo ante la autoridad fiscal competente, su incumplimiento no puede acarrear la consecuencia de que le sea rechazada la compensación llevada a cabo, dado que la presentación del aviso sólo es un requisito de forma.

Aquí es de señalarse, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, la referida jurisprudencia resulta obligatoria para las Salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, salvo que llegara a controvertir jurisprudencia del Poder Judicial Federal.



Por otra parte, el pasado 25 de marzo de 2009 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la Segunda Sala), resolvió la contradicción de tesis 75/2009, de la que derivó la tesis aislada 2a. LXIV/2009, cuyo rubro y texto es el siguiente:

“Novena Época

“Instancia: Segunda Sala

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

“XXIX, Junio de 2009

“Página: 315

“Tesis: 2a. LXIV/2009

“Tesis Aislada

“Materia(s): Administrativa

**“COMPENSACIÓN DE CANTIDADES A FAVOR. PARA SU PROCEDENCIA ES INDISPENSABLE LA PRESENTACIÓN DEL AVISO CORRESPONDIENTE, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.**

La citada disposición otorga al contribuyente la opción de que mediante declaración compense las cantidades que tuviere a su favor contra las que esté obligado a pagar por adeudo propio o por retención a terceros, exigiendo como únicos requisitos inmediatos, efectuar la compensación con cantidades actualizadas conforme al artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación, y presentar el aviso de compensación dentro de los 5 días siguientes a aquel en el que se efectuó, acompañado de la documentación necesaria referida en la norma oficial correspondiente, expedida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Partiendo de este supuesto, se desprende que la compensación en materia fiscal constituye una facilidad tendiente al cumplimiento de sus obligaciones fiscales; por tanto, si decide ejercerla debe presentar el respectivo aviso de compensación, porque la eficacia del artículo 23 del indicado ordenamiento está condicionada al cumplimiento de esa formalidad, pues así la autoridad fiscal tendrá conocimiento de que el contribuyente optó por compensar contribuciones, con lo cual estará en aptitud de analizar si cumple o no con los requisitos de fondo para extinguir su obligación. En este sentido, si no se presenta el indicado aviso, aun cuando se haya exhibido ante la autoridad fiscal la declaración por medio de la cual se compensan cantidades a favor contra las que el contribuyente estaba obligado a pagar por adeudo propio o por retención a terceros, la compensación será improcedente.



**“Contradicción de tesis 75/2009.** Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos del Vigésimo Séptimo Circuito. 25 de marzo de 2009. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco.”

**Nota:** Esta tesis no constituye jurisprudencia, ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada.

Como puede verse, la Segunda Sala llevó a cabo la interpretación del mismo artículo 23 del Código Fiscal de la Federación; sin embargo, arribó a una conclusión disímbola a la del Pleno, ya que para ésta la presentación en tiempo del aviso de compensación es un requisito formal de indefectible cumplimiento, so pena de que la compensación efectuada resulte improcedente.

Al no constituir jurisprudencia, la referida tesis no resulta de observancia obligatoria para los diversos órganos de impartición de justicia del ámbito federal y local, sin embargo no puede soslayarse el referido criterio, dado que aun cuando fue de forma aislada, es el sostenido por una de las salas de nuestro Máximo Tribunal.

Ante el escenario anterior surge inmediatamente la pregunta del porqué, aun cuando ambos órganos de impartición de justicia abordaron el estudio del mismo precepto normativo, arribaron a una conclusión totalmente diferente y opuesta uno del otro.

## **ANÁLISIS JURÍDICO**

Del contenido de ambas tesis se advierte que los dos órganos de impartición de justicia refieren al primer párrafo del artículo 23 que nos ocupa, cuyo contenido es oportuno conocer para dimensionar debidamente los razonamientos de ambos cuerpos colegiados:

**“Artículo 23.** Los contribuyentes obligados a pagar mediante declaración podrán optar por compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que estén obligados a pagar por adeudo propio o por retención a terceros, siempre que ambas deriven de impuestos federales distintos de los que se causen con motivo de la importación, los administre la misma autoridad y no tengan destino específico, incluyendo sus accesorios. Al efecto, bastará que efectúen la compensación



de dichas cantidades actualizadas, conforme a lo previsto en el artículo 17-A de este Código, desde el mes en que se realizó el pago de lo indebido o se presentó la declaración que contenga el saldo a favor, hasta aquel en que la compensación se realice. Los contribuyentes presentarán el aviso de compensación dentro de los cinco días siguientes a aquél en el que la misma se haya efectuado, acompañado de la documentación que al efecto se solicite en la forma oficial que para estos efectos se publique.

“(…)”

De la parte transcrita del precepto que fue materia de interpretación por parte de ambos órganos de impartición de justicia son de resaltarse los puntos siguientes:

1.- Es una opción del contribuyente compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que estén obligados a pagar por adeudo propio o por retención a terceros.

2.- Sólo pueden compensarse saldos a favor derivados de impuestos federales distintos de los que se causen con motivo de la importación y sin destino específico, contra adeudos provenientes de tales impuestos.

3.- El saldo a favor y la cantidad a cargo deben estar administrados por la misma autoridad.

4.- Las cantidades compensadas deberán estar actualizadas.

5.- Una vez efectuada la compensación, los contribuyentes cuentan con un plazo de cinco días hábiles para presentar el aviso de compensación respectivo.

Del análisis comparativo a ambas tesis, resulta que los puntos anteriores fueron los tomados en consideración por ambos órganos de impartición de justicia para emitir las tesis anteriormente transcritas; sin embargo, existe una divergencia conceptual que pareciera ser la razón de los criterios disímboles.

Efectivamente, el Pleno sostiene en su jurisprudencia que la compensación de saldos a favor contra las cantidades a cargo, es una posibilidad otorgada al contribuyente, que puede ser ejercida con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el mismo precepto, los cuales clasifica en dos rubros: los de procedencia y los de forma.

Para el Pleno, únicamente el incumplimiento de los requisitos de fondo darán lugar a la improcedencia de la compensación llevada a cabo por el contribuyente; es decir, sólo será improcedente la compensación si:

a) Se compensan cantidades derivadas de impuestos locales contra impuestos federales, o viceversa;

b) Se compensan cantidades derivadas de impuestos federales causados por la importación de mercancías al territorio nacional;

c) Aun cuando se trate de impuestos federales distintos a los causados con motivo de la importación de mercancías, éstos no los administra la misma autoridad; o

d) Se compensan impuestos, o sus accesorios, que tienen un destino específico.

Ahora bien, respecto del requisito consistente en presentar el aviso de compensación, el Pleno lo encuadra en los requisitos de carácter formal; por lo cual, ante su incumplimiento no acarrearía la consecuencia de que la compensación efectuada por el contribuyente resulte improcedente, sino que se sancione pecuniariamente al omiso.

En contraparte, la Segunda Sala estima también que la compensación es una opción que puede ser ejercida por el contribuyente, calificándola además como una facilidad administrativa tendente al cumplimiento de las obligaciones fiscales a su cargo.

En este contexto el referido órgano de impartición de justicia sostiene que, al ser una facilidad para el contribuyente, necesariamente debe cumplirse la formalidad consistente en presentar el aviso de compensación dentro de la temporalidad legalmente contemplada para ello, para que ésta resulte procedente.

Efectuadas las precisiones anteriores, se tiene que las concepciones de ambos cuerpos colegiados convergen en el punto de que la compensación a que se refiere el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación es una opción del contribuyente. Asimismo, tanto el Pleno como la Segunda Sala estiman que la presentación del aviso de compensación es un requisito de carácter formal. No obstante, existe la discrepancia de criterios respecto a las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento del referido



requisito formal, dado que para el primero de ellos sólo actualiza la comisión de una infracción de tipo formal, mientras que para la segunda hace improcedente el ejercicio de la facilidad concedida al contribuyente.

Para poder comprender debidamente los alcances de las afirmaciones efectuadas por ambos cuerpos colegiados, resulta atinente precisar que la compensación es una figura jurídica propia del derecho civil, la cual ha sido recogida por la legislación tributaria, que conforme a lo dispuesto en los artículos 2185 y 2186 del Código Civil Federal “*Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho*” y “*El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor*”.

Respecto de la compensación, Bejarano Sánchez sostiene que tiene fundamento en la buena fe, pues nadie debe pretender el cobro de su crédito sin pagar al mismo tiempo el monto de su deuda frente a la misma persona. A la vez se justifica como una garantía, pues permite a ambos deudores-acreedores precaverse contra la posible insolvencia del otro al no pagar su propia deuda sin hacer a la vez efectivo su crédito.<sup>1</sup>

El referido autor clasifica la compensación en cuatro clases diversas:

1. La legal.- Se produce por ministerio de ley, sin necesidad de declaración alguna de las partes, y basta para ello que los créditos recíprocos: a) tengan un objeto fungible de la misma especie, b) sean exigibles; c) su cuantía esté determinada; d) sean expeditos, es decir, que pueda disponer de él su titular sin afectar derechos de terceros; y e) sean embargables, es decir que puedan ser afectados por los acreedores para garantizar el pago.<sup>2</sup>

2. La voluntaria o convencional.- En caso de que exista un impedimento para que se lleve a cabo la compensación legal, ambos acreedores-deudores pueden pactarla. En este supuesto la compensación opera con motivo de la voluntad de las partes.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 3ª edición, México, Harla, p. 479.

<sup>2</sup> BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 480 y 481.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 482.

3.- La facultativa.- A diferencia de la anterior, en este caso basta la manifestación de voluntad de una de las partes quien, prescindiendo de su ventaja, impone una compensación que legalmente no se efectuaba en su protección; es decir, esta parte cuenta con una cantidad determinada que, por disposición legal, no puede válidamente ser afectada por quien es a la vez su acreedor (por ejemplo el salario mínimo), sin embargo, voluntariamente renuncia a dicha inafectabilidad y efectúa la compensación contra la cantidad que adeuda a aquél.<sup>4</sup>

4.- La judicial.- Como su nombre lo indica, ésta tiene su origen en un acto de naturaleza jurisdiccional, puesto que es impuesta en una sentencia de juez competente o en un laudo arbitral.<sup>5</sup>

Ante las precisiones anteriores, resulta que la opción del contribuyente para compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que estén obligados a pagar por adeudo propio o por retención a terceros, encuadra en la primera de las clases anteriores, ya que surge por ministerio de ley; sin embargo, al estar específicamente regulada en una disposición normativa de carácter tributario, para que resulte procedente deberá atender a los requisitos establecidos en la norma específica, concretamente en el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación.

### **SE CONCLUYE QUE:**

Por tanto, podemos válidamente sostener que en materia tributaria, para efectuar materialmente la compensación de un saldo a favor contra un saldo a cargo, bastará simplemente la existencia de ambos saldos y que el contribuyente opte libremente por extinguir la obligación tributaria mediante esta forma; es decir, el contribuyente renuncia voluntariamente a su derecho para solicitar la devolución del saldo a favor en términos del artículo 22 del Código Fiscal de la Federación, y en su lugar, aplica dicho saldo a favor para cubrir un crédito fiscal determinado.

En este punto resulta conveniente precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Código Fiscal de la Federación las contribuciones tienen tres momentos específicos: el de causación, el de determinación y el de pago. Respecto del primero las

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 483

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 484



contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho, previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran; respecto del segundo, las contribuciones se determinan por el propio contribuyente aplicando las disposiciones vigentes en el momento de su causación; y respecto del tercero, las contribuciones se pagan en la fecha o dentro del plazo señalado en las disposiciones respectivas, y a falta de disposición expresa, el pago deberá hacerse mediante declaración que se presentará ante las oficinas autorizadas, dentro del plazo que el mismo precepto señale.

En este contexto, podemos encuadrar la figura de la compensación en este tercer momento de las contribuciones; ya que para poder efectuarla primeramente la contribución se causó, fue determinada en cantidad líquida, y es hasta el momento en que debía pagarse que el contribuyente optó por no hacerlo, sino que decide aplicar el saldo a favor contra la cantidad que le correspondía cubrir. Es por ello que la compensación la efectúa por *motu proprio* el contribuyente al momento de presentar la declaración de pago de contribuciones ante las oficinas autorizadas.

Ante este escenario, resulta cuestionable el razonamiento sostenido por la Segunda Sala para estimar un requisito de procedencia, la presentación del aviso de compensación, ya que en la tesis que es materia de análisis sostiene que es mediante ese acto que la autoridad fiscal tendrá conocimiento de que el contribuyente optó por compensar contribuciones, con lo cual estará en aptitud de analizar si cumple o no con los requisitos de fondo para extinguir su obligación; sin embargo, si la compensación se efectuó mediante la presentación de la declaración correspondiente ante la misma autoridad fiscal, es indudable que desde ese mismo momento tiene formal conocimiento de que el contribuyente ejerció la opción contemplada en el artículo 23 del Código Fiscal de la Federación y, en vía de consecuencia, desde ese momento está en aptitud de analizar si cumple o no con los requisitos de fondo para extinguir su obligación.

Así entonces, resulta que el aviso de compensación a que se refiere el referido artículo 23 es una formalidad impuesta al contribuyente para que informe a la autoridad fiscal que optó por compensar un saldo a favor en contra de las contribuciones que estaba obligado a pagar; sin embargo, no por ello resulta sostenible el razonamiento de la Segunda Sala para considerar improcedente la compensación ante la falta de tal aviso, puesto tal y como se ha expuesto, dicha autoridad conoce plenamente del ejercicio de la opción desde el momento en que la declaración es presentada ante ella.

Ciertamente, si la autoridad fiscal tiene pleno conocimiento de que se ha efectuado una compensación desde el momento en que ésta se lleva a cabo por el contribuyente en la declaración correspondiente, se cae a tierra el razonamiento sustancial de la Segunda Sala, para estimar improcedente una compensación si no se da cumplimiento al requisito formal de presentar el aviso respectivo, motivo por el cual resulta más atinente la conclusión alcanzada por el Pleno en la jurisprudencia VI-J-SS-46, dado que para éste la presentación del aviso de compensación es un requisito de forma, cuyo incumplimiento constituye una conducta infractora en términos del artículo 81, fracción I, del Código Fiscal de la Federación, sancionada de conformidad con lo dispuesto en el diverso 82, fracción I, inciso c) del mismo ordenamiento, según se corrobora de su contenido incluido a continuación:

**“Artículo 81.-** Son infracciones relacionadas con la obligación de pago de las contribuciones, así como de presentación de declaraciones, solicitudes, avisos, informaciones o expedir constancias:

**“I.** No presentar las declaraciones, las solicitudes, los avisos o las constancias que exijan las disposiciones fiscales, o no hacerlo a través de los medios electrónicos que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o presentarlos a requerimiento de las autoridades fiscales. No cumplir los requerimientos de las autoridades fiscales para presentar alguno de los documentos o medios electrónicos a que se refiere esta fracción, o cumplirlos fuera de los plazos señalados en los mismos.

“(…)”

**“Artículo 82.-** A quien cometa las infracciones relacionadas con la obligación de presentar declaraciones, solicitudes o avisos, así como de expedir constancias a que se refiere el Artículo 81, se impondrán las siguientes multas:

**“I.** Para la señalada en la fracción I:

“(…)”

**“c)** De \$9,390.00 a \$18,770.00, por no presentar el aviso a que se refiere el primer párrafo del artículo 23 de este Código.

“(…)”

Apoya la conclusión anterior el hecho de que en su texto originalmente contenido en el Código Fiscal de la Federación publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de 1981, el artículo 23 no hacía mención alguna a la presentación del aviso de



compensación a que nos hemos venido refiriendo en el presente artículo, tal y como se corrobora a continuación:

**“Artículo 23.-** Los contribuyentes obligados a pagar mediante declaración podrán optar por compensar las cantidades que tengan a su favor contra las que estén obligados a pagar por adeudo propio o por retención a terceros, siempre que ambas deriven de una misma contribución, incluyendo sus accesorios. Al efecto bastará que efectúen la compensación en la declaración respectiva. Si las cantidades que tengan a su favor los contribuyentes no derivan de la misma contribución por la cual están obligados a efectuar pagos, sólo se podrán compensar previa autorización expresa de las autoridades fiscales.”

Si la compensación se hubiera efectuado y no procediera, se causarían recargos en los términos del artículo 21 de este Código, sobre las cantidades compensadas indebidamente y a partir de la fecha de la compensación.

No se podrán compensar las cantidades cuya devolución se haya solicitado o cuando haya prescrito la obligación para devolverlas.

El referido requisito de presentación del aviso de compensación fue incorporado al texto legal mediante reforma publicada en el citado medio de comunicación oficial el 12 de diciembre de 1995, sin que en la exposición de motivos correspondiente se hubiera precisado la *ratio legis* de tal adición.

Es indudable que en materia tributaria el legislador ha establecido una diversidad de obligaciones para los contribuyentes, tanto sustanciales como formales, e incluso existen disposiciones en las cuales expresamente se atribuyen consecuencias de carácter sustancial ante el incumplimiento de obligaciones del segundo tipo, tal y como se advierte en los artículos 106 y 107 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en la que ante el incumplimiento de la obligación formal que tienen las personas físicas residentes en México de informar, en la declaración del ejercicio, sobre los préstamos y los donativos obtenidos en el mismo, so pena de que se consideren ingresos omitidos; sin embargo, estimo que para dar cabal cumplimiento a la garantía de seguridad jurídica establecida en el artículo 16 Constitucional, tienen que estar expresamente precisadas las consecuencias ante el incumplimiento de la obligación formal, con la finalidad de que el contribuyente tenga la certeza de las consecuencias que acarreará, en caso de incumplirse.



Por tanto, si ante el incumplimiento de la presentación del aviso de compensación, la única consecuencia cierta que contempla el Código Fiscal de la Federación es la comisión de una infracción sancionada pecuniariamente, estimo que no habría lugar a considerar improcedente la compensación efectuada, y respecto de la cual la autoridad fiscal tiene pleno conocimiento desde el momento mismo en que se presenta la declaración en que ésta se lleva a cabo.

Cabe recordar que tal y como sostiene De la Garza “*por regla general, las relaciones de carácter formal existen en función instrumental de tutelar el cumplimiento de la obligación tributaria principal de pago del tributo*”<sup>6</sup>. En este sentido, no puede dejarse de lado el referido carácter accesorio y en consecuencia, si el cumplimiento de la obligación sustantiva principal se lleva a cabo con el ejercicio de la opción compensatoria, la presentación del aviso respectivo es una obligación inminentemente accesoria a aquélla sin trascendencia alguna más allá del aspecto meramente formal del cumplimiento de la obligación de carácter formal establecida en el precepto respectivo, con lo cual se refuerza el razonamiento anteriormente sentado, respecto a que resulta más acertada la conclusión alcanzada por el Pleno de la Sala Superior en su jurisprudencia VI-J-SS-46.

A manera de corolario no queda más que dejar precisada la trascendencia que guarda para el contribuyente la primacía de uno u otro criterio sostenido por los órganos de impartición de justicia de mérito, ya que de ello dependerá tener por cumplida o no la obligación tributaria principal. Por ello, resultaría invaluable que nuestro Máximo Tribunal se replanteara la problemática que fue abordada indirectamente en la contradicción de tesis 75/2009, y de la cual derivó la tesis aislada 2a. LXIV/2009, con la finalidad de que ponderara todos los aspectos involucrados en esta forma particular de extinción de la obligación mencionada, privilegiando en todo momento el fondo por encima de la forma.

---

<sup>6</sup> DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 26<sup>a</sup> Edición, México, Porrúa, 2005, p. 483.



## BIBLIOGRAFÍA

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, 3ª edición, México, Harla, 1994.

DE LA GARZA, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, 26ª Edición, México, Porrúa, 2005.

### LEGISLACIÓN

Código Fiscal de la Federación.

Ley del Impuesto sobre la Renta.

